



Secondo seminario annuale del “Gruppo di Pisa” con i dottorandi delle discipline giuridiche
Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali
Università di Roma Tre
20 settembre 2013

STEFANO ROSSI
SALUTE MENTALE E DIGNITÀ DELLA PERSONA: PROFILI DI UN DIALOGO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Perché dialogare su diritti e salute mentale? Introduzione e obiettivi di un percorso di ricerca. - 2. Il diritto nella storia: influssi e riflessi. - 3. Il diritto alla salute come concetto dinamico. - 3.1. Dalla salute pubblica al vissuto della persona. - 3.2. Salute mentale: viaggio nei luoghi dell'incertezza. - 3.3. Malattia mentale e legislazione: dal paradigma custodiale a quello di cura (1904-1978) - 3.4. Oltre il diritto alla salute (anche mentale) verso un diritto delle capacità. - 4. La libertà personale: dall'*habeas corpus* all'autodeterminazione. - 4.1. I trattamenti sanitari obbligatori: fin dove la libertà può cedere il passo alla salute? - 5. La dignità nella Costituzione: per un'interpretazione mite. - 5.1. Dignità e salute mentale: dallo stigma all'integrazione. - 6. La salute mentale come diritto dell'uomo: profili di diritto internazionale e sovranazionale.

1. Perché dialogare su diritti e salute mentale? Introduzione e obiettivi di un percorso di ricerca.

Il discorso della follia accompagna da sempre l'uomo offrendogli l'inquietante esperienza del confronto con l'Altro da Sé, con un pensiero che sragiona, che mette in dubbio visioni del mondo e certezze consolidate¹.

Per tradizione, e tutt'ora nel sentire sociale profondo, la persona affetta da malattia mentale, quale tipo sociale, è infatti al contempo considerata un'appartenente al gruppo, in quanto sta sulla soglia (anzi rappresenta il *limes*) del criterio di 'normalità' che ne connota i membri e le loro relazioni nel contesto sociale, ma, al pari dell'estraneo, essa è *al-di-fuori* del gruppo, nella misura in cui è semplice oggetto di misure di custodia, protettive o di cura da parte della collettività, essendogli invece precluso un inserimento organico nella vita della comunità².

La salute mentale, e in particolare la condizione giuridica delle persone affette da malattia mentale, costituisce pertanto un osservatorio privilegiato per analizzare e far emergere, con le risorse che la prospettiva costituzionalistica ci offre, le contraddizioni ancora insite nell'ordinamento, la difficoltà di declinare entro forme di tutela effettiva determinati diritti, ma anche le linee evolutive, nel campo dei diritti civili e sociali, che hanno inteso restituire dignità sociale ai 'folli'.

In tali termini, il percorso di analisi che ho inteso intraprendere è volto a vagliare i tratti frastagliati e complessi del tema della salute mentale attraverso alcuni principi propri del lessico costituzionalistico: in primo luogo, il diritto alla

* Sottolineo che nel presente scritto ho privilegiato gli argomenti che sono 'cardine e decumano' della mia ricerca, tralasciando (ad es. consenso informato, amministrazione di sostegno, pericolosità del malato di mente e organizzazione dei servizi socio-sanitari) o non approfondendo adeguatamente (specie i riferimenti al diritto sovranazionale e comparato) tematiche specifiche che svilupperò nel *work in progress* di elaborazione della tesi.

¹ Sul punto è d'obbligo il rinvio a E. Goffman, *Stigma. L'identità negata*, Laterza, Bari, 1970, 34 ss.; M. Foucault, *Storia della follia nell'età classica*, Rizzoli, Milano, 1981, 90 ss. ed anche Id., *Gli anormali. Corso al Collège de France (1973-1974)*, Feltrinelli, Milano, 2004, 49 ss.

² Sui rapporti tra singolo e gruppo si rinvia al classico G. Simmel, *La differenziazione sociale*³, Laterza, Roma-Bari, 1997, 54 ss.; inoltre K. Dörner, *Il borghese e il folle. Storia sociale della psichiatria*, Laterza, Bari, 1975, 25 ss.



salute – rappresentabile come «fascio di diritti»³ o costellazione «nella quale assumono rilievo, contemporaneamente ed intrecciate tra loro, pretese a determinati comportamenti pubblici, pretese di astensione, situazioni soggettive di svantaggio»⁴ – entro la cui cornice la salute mentale si iscrive in conformità con l'idea dell'indivisibilità di soma e psiche⁵, entrambe fondamento e condizione dell'identità della persona⁶.

Il secondo «rasoio di Occam» è rappresentato dalla libertà personale, sancita nella sua inviolabilità attraverso l'art. 13 della Carta costituzionale, che da strumento di autolimitazione del potere sovrano, nella forma storica dell'*habeas corpus*, si è evoluto divenendo luogo di affermazione dell'autodeterminazione⁷, ossia della libertà dell'individuo di decidere di sé stesso.

Nel contesto della salute mentale, tale disposizione assume, in virtuosa concorrenza con l'art. 32, 2° co., Cost.⁸, un ruolo disciplinante i trattamenti sanitari obbligatori, come disposti dalla legge 883/1978, che verranno quindi analizzati con sguardo critico alla luce delle lacune procedurali e di garanzia giurisdizionale che li caratterizzano.

Non si può dimenticare infatti il portato assiologico sottostante a tale istituto, in cui in gioco vi è il rapporto tra libertà del singolo e autorità statale, tra diritti individuali e interessi collettivi: in questo campo, pertanto, i problemi della follia non possono essere imprigionati esclusivamente nei modelli del linguaggio giuridico, rischiando così di dare l'agra sensazione di una riduzione della vita ai soli concetti, ma devono aprirsi al confronto e alla contaminazione con altre discipline (medica e sociologica in particolare) nel tentativo di dare forma e riconoscimento all'umanità che è propria di ogni individuo.

L'alternativa tra scelta e coazione si scioglie nella direttiva del rispetto della persona umana che, in una chiave assiologica e cioè di posizione dei valori *socialmente e normativamente* rilevanti, esprime il «centro di riferimento delle garanzie di libertà»⁹. Centro di gravità e al contempo di equilibrio, che, nel suo irriducibile ed essenziale nucleo significativo, si risolve nella tutela ad oltranza della dignità dell'individuo, la cui essenza si coglie nei diritti fondamentali ad esso inerenti (eguaglianza, libertà e solidarietà sociale)¹⁰.

Il riferimento alla dignità umana si dimostra quindi un passaggio ineludibile soprattutto in un settore, quello della medicina psichiatrica, in cui – almeno sino alla legge n. 180/1978 – per la dignità non vi era spazio, ove al

³ L. Principato, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. cost.*, 1999, II, 2513.

⁴ B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, I, 25.

⁵ La salute mentale è dunque, dal punto di vista concettuale, parte della salute intesa in senso corporeo, tuttavia, al contempo, ne costituisce una sorta di pre-condizione, venendo ad incidere su una componente specifica ed essenziale della realtà umana, quella «coscienza spirituale che distingue l'uomo nell'universo del mondo dato» (A. Falzea, *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in P. Cendon (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Esi, Napoli, 1988, 17). Sul punto anche V. Durante, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 2, 132 ss.

⁶ Per una riflessione sul rapporto tra corpo e identità della persona P. Zatti, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 63 ss.; S. Rodotà, *Trasformazioni del corpo*, in C. M. Mazzoni (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Giuffrè, Milano, 2008, 46 ss.; in ambito costituzionalistico P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 5 ss.

⁷ Tra i molti P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1967, 112; G. Peces Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, 211 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*³, I, Cedam, Padova, 2003, 20 ss., spec. 96 ss.; G. Gemma, *Costituzione e integrità fisica*, in U. Breccia, A. Pizzorusso, *Atti di disposizione del proprio corpo*, Plus, Pisa, 2007, 49 ss.; da rammentare che, a seguito delle sentenze della Corte cost. n. 438/2008 e n. 253/2009, è riconosciuto espressamente un diritto all'autodeterminazione in materia sanitaria, fondato sul combinato disposto tra gli artt. 2, 13 e 32 Cost. su cui R. Balduzzi, D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4959 ss.; D. Morana, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, *ibidem*, 4971 ss.

⁸ Senza alcuna esautività S. Merlini, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, 55 ss.; D. Vincenzi Amato, *sub art. 32, 2° co.*, in G. Branca (diretto da), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*. Artt. 29-34, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, 167 ss.; S.P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. Soc.*, 1979, 875 ss.; R. D'Alessio, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari"*, *ibidem*, 1981, 529 ss.; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, *ibidem*, 1982, 303 ss.; V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, *ibidem*, 1982, 557 ss.; di recente M. Cartabia, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 455 ss.

⁹ P. Vercellone, *Persona umana (libertà della)*, in *Nss. Dig.*, XII, 1965, 1082.

¹⁰ Riprendendo la ricostruzione del principio propria di H. Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993, 118, 353 ss.; trad. it. *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 620 ss.



riconoscimento della malattia faceva solitamente seguito l'omologazione ad un'unica categoria sociologica, l'internato in manicomio, che non essendo più soggetto, ma oggetto il cui destino era gestito dall'istituzione, subiva un processo di spersonalizzazione attraverso l'etichettamento e lo stigma¹¹.

Ma restituire dignità non è semplicemente riconoscere diritti, prima negletti, significa invero ricostruire la tutela della personalità del sofferente psichico a partire dall'identificazione tra scopo di cura e reintegrazione dell'identità della persona, valorizzando il primario diritto del malato a essere curato, ovvero ad essere aiutato e condotto, in tutto quanto sia possibile, al recupero della capacità di svolgimento della sua personalità¹², sia in termini identitari che relazionali.

Il problema dell'effettività del «diritto ad avere diritti»¹³ porta infine ad interrogarci su una dimensione più ampia della tutela delle persone affette da sofferenza psichica, richiamando a tal fine la categoria dei diritti umani¹⁴, quale chiave di volta per considerare le fonti internazionali e sovranazionali e l'elaborazione delle loro Corti nell'affermazione della tutela dei diritti dei soggetti deboli¹⁵.

Sul piano teorico la questione dei soggetti titolari dei diritti – e del loro statuto – diviene essenziale per sviluppare un'indagine che deve essere concepita «dal basso», a partire dai soggetti vulnerabili (che vivono nella sofferenza¹⁶). In tal senso proclamare l'esistenza dei diritti umani, non significa constatarne, quale conseguenza naturale, l'effettività: il linguaggio dei diritti ha infatti una grande funzione pratica, ossia quella di dar particolare forza alle rivendicazioni di quegli individui o movimenti che richiedono per sé e per gli altri soddisfazione di nuovi bisogni materiali e morali, ma diviene ingannevole se oscura e occulta la faglia esistente tra il diritto rivendicato e quello riconosciuto e protetto.

È necessario quindi andare «oltre i richiami morali» ai *policy makers* e oltre le campagne contro la stigmatizzazione come fenomeno genericamente culturale, verificando quanto l'approccio al sistema multilivello dei diritti e l'azione giurisdizionale ad esso servente possa concretare una possibile strada per imporre il rispetto dei diritti individuali e sociali dei sofferenti psichici¹⁷.

¹¹ Descrive con tratti vivi e drammatici tale condizione F. Basaglia, *Il corpo nell'ipocondria e nella depersonalizzazione*, in Id., *Scritti, 1953-1968. Dalla psichiatria fenomenologica all'esperienza di Gorizia*, Einaudi, Torino, 1981, 411 ss. secondo cui «Ma cosa accade di una persona se il suo veicolo dell'essere al mondo, quel corpo che tiene assicurati alla realtà, è totalmente costretto nell'artificio assoluto della realtà istituzionale? Dove rintracciare, nell'invasione e appropriazione totale da parte dell'istituzione, la distanza tra l'io e il sé, l'intervallo tra l'io e il corpo, se i corpi sono totalmente posseduti dall'istituzione? Dov'è il soggetto in quell'umanità umiliata, in quei corpi torturati, in quelle vite troncate?». In senso analogo anche E. Borgna, *Nei luoghi perduti della follia*, Feltrinelli, Milano, 2008, 386 ss.

¹² Questa direttiva di cura, costituzionalmente orientata, è espressa da P. Zatti, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in P. Cendon (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., 116 ss. per cui «scopo del trattamento diviene quello di recuperare e mantenere vitali, in quanto ancora esistano, le capacità di espansione della personalità del paziente nelle relazioni con le cose e le persone (...) nell'ambito del trattamento sanitario, ciascun diritto della personalità va concepito anche come un "diritto al diritto", cioè come il diritto a conservare la capacità di esercizio di libertà, facoltà, poteri propri del "libero cittadino e ad alimentare questa capacità attraverso un ambiente che non solo consenta, ma solleciti, comportamenti di esercizio di ciascun diritto».

¹³ Su cui di recente S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 41 ss.

¹⁴ Categoria complessa e controversa su cui A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007; M. Flores, *Storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2008; E. Pariotti, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Utet, Torino, 2008; A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005; C. Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹⁵ Sono consapevole delle insidie che si occultano nell'utilizzo di tale categoria definitoria, tuttavia se intendiamo la persona quale *homme situè* che vive la sua esistenza attraverso un corpo e una mente, coesistendo con altri uomini e aspirando ad una vita giusta, non si può negare che, nella società contemporanea, vi siano soggetti/persone 'deboli', definendo come tali coloro a cui è impedito o è reso faticoso lo stesso ricorrere all'esercizio dei diritti fondamentali e che pertanto trovano nel diritto l'unica via per affermare le ragioni della propria esistenza. Sostenere l'esistenza dei soggetti deboli (e dei loro diritti) non significa stigmatizzare determinate categorie, ma semplicemente ricordare, con un pizzico di utopia, che «i diritti dei deboli intendono superare la debolezza e, dunque, rendere più forte chi non lo è» (G. Ferrando, *Soggetti deboli – Discriminazione*, in P. Cendon, P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2000, 409).

¹⁶ Infatti «è l'incontro con la sofferenza la condizione che accomuna (e affratella) le vite delle persone (...), [il che] si traduce necessariamente in un dovere pubblico, e cioè in una responsabilità condivisa, di cura. La debolezza è dunque (...) la condizione da sostenere e, al contempo, la posizione dalla quale indagare e, insieme, valutare la costituzione di una società» (Cfr. F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di una ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012, 92 ss., in particolare 98).

¹⁷ L.O. Gostin, *Behind Moral Claim. A Human Rights Approach in Mental Health*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2001, 10, 264-274; S.S. Herr, L.O. Gostin, H. Hongju Koh, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different But Equal*, Oxford University Press, Oxford, 2003; L.O. Gostin, L. Gable, *The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*, in *MD. Law Review*, 2004, 63, 20-104; L.O. Gostin, J. McHale, P. Fennell, R.D. Mackay, P. Bartlett, *Principles of Mental Health Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2010; M.L. Perlin, *International Human Rights and Mental Disability Law: when the silenced are heard*, Oxford University Press, Oxford, 2012.



Nella loro essenza i diritti umani infatti esprimono pur sempre una forma di lotta per la dignità, non costituiscono principi già dati una volta per tutte quanto piuttosto un «non-essere-ancora»¹⁸ che implica costantemente l'azione e invoca atti politici e istituzionali¹⁹.

2. Il diritto nella storia: influssi e riflessi.

Da sempre la storia permea il diritto e ne costituisce parte integrante.

Non vi è diritto senza storia del diritto²⁰ e da sempre il giurista, anche senza alcuna vocazione o competenza di storico, non può che ricostruire le regole nella loro genesi e nel loro sviluppo nel corso del tempo.

Per questo, nell'indagare sullo statuto costituzionale della salute mentale, non è possibile prescindere dalla legge, la n. 180/1978, che, in Italia, ha realizzato una rivoluzione gentile²¹, un rovesciamento 'copernicano' capace di disintegrare l'istituzione manicomiale, ponendo al centro dell'attenzione la persona, non più identificata con la sua malattia, né ridotta entro il paradigma di una pericolosità solo presunta²².

Ma questa legge è, a sua volta, frutto di una storia che si colloca nel «quadro effervescente e inquieto [degli anni '60 e '70], pervaso da istanze umanitarie e libertarie, dalla forte tonalità utopica, che foment[arono] l'emergere di un dibattito che assu[nse] i temi legati alla follia come terreno emblematico da cui muovere un'analisi critica e una denuncia intransigente delle diverse istituzioni-simbolo dei meccanismi sociali diretti a realizzare forme di esclusione violenta e di mortificante emarginazione nei confronti dei soggetti deboli»²³.

Siamo negli anni del «disgelo costituzionale»²⁴, in cui un insieme (irripetibile) di condizioni politiche e sociali²⁵, resero possibile l'avvio di un percorso di riforme volte a superare i residui e le distorsioni del regime fascista, dando piena attuazione alla Carta costituzionale attraverso l'apertura di nuovi spazi di libertà. Questa politica si mosse lungo tre linee fondamentali: a) la restituzione all'individuo di poteri e/o libertà, ovvero di sfere di autonomia, in settori prima riservati alla potestà dell'organizzazione statale, espandendo i confini dell'autodeterminazione (così la legge sul divorzio, quella sull'aborto e sull'obiezione di coscienza al servizio militare); b) il programmatico riconoscimento della pari dignità sociale e dell'eguaglianza sostanziale a soggetti e gruppi prima vittime di discriminazione ed ostracismo (le donne in primo luogo, i minori e i portatori di *handicap*); c) la consacrazione dei diritti (per i lavoratori salariati con la l. n. 300/1970²⁶), la loro estensione (per i carcerati con la l. n. 354/1978) o la 'liberazione' e promozione degli stessi (per i

¹⁸ Così, con termini iperbolici, Bloch per cui «non è sostenibile che l'uomo sia libero e uguale per nascita. Non esistono diritti innati, sono tutti acquisiti o devono venir acquisiti con la lotta» (E. Bloch, *Diritto naturale e dignità umana* (1961), Giappichelli, Torino, 2005, 170).

¹⁹ T. Casadei, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012, XXI.

²⁰ Sulla dimensione essenzialmente storica del fenomeno giuridico è doveroso citare P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 43.

²¹ Una rivoluzione attraverso cui l'impossibile è divenuto possibile, in cui la liberazione dell'uomo da progetto è divenuto processo, perché – come scriveva Basaglia – «nella nostra debolezza, in questa minoranza che siamo, noi non possiamo vincere perché è il potere che vince sempre. Noi possiamo al massimo convincere e nel momento in cui convinciamo, noi vinciamo cioè determiniamo una situazione di trasformazione» (F. Basaglia, *Conferenze brasiliane*, Raffaello Cortina, Milano, 2000, 18).

²² Mirabile risulta ancor oggi la descrizione della persona affetta da patologia psichica come «soggetto perduto nel suo corpo, alienato, ristretto nelle sue strutture temporali, impedito di ogni coscienza intenzionale, che si sente posseduto nel silenzio degli sguardi e non ha più in sé alcun intervallo» (F. Basaglia, *Corpo, sguardo e silenzio*, in Id., *Scritti, 1953-1968. Dalla psichiatria fenomenologica all'esperienza di Gorizia*, Einaudi, Torino, 1981, 295-296).

²³ R. Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1997, 4, III, Utet, Torino, 756; in termini interdisciplinari V. Fiorino (a cura di), «*Rivoluzione il mondo, abolire la miseria*». *Un itinerario dentro l'utopia di Franco Basaglia 1953-1980*, Ets, Pisa, 1994, 14 ss.

²⁴ A. Pizzorusso, *Il disgelo costituzionale*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, II, 2, Einaudi, Torino, 1995, 136 ss.

²⁵ P. Ginsborg, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, Einaudi, Torino, 2006, 404 ss.; M. Revelli, *Movimenti sociali e spazio pubblico*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, II, *La trasformazione dell'Italia. Sviluppo e squilibri*, Einaudi, Torino, 1995; sotto il profilo della storia della psichiatria F. Cassata, M. Moraglio (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, Bfs, Pisa, 2005; Id. (a cura di), *Ci sarà una festa. Per una storia sociale della psichiatria*, in «*L'indice dei libri del mese*», 6, 2003.

²⁶ Sul punto L. Mariucci, *Le libertà individuali e collettive dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 1, 39 ss.



malati di mente con la l. n. 180/1978) nel contesto, in queste ultime due ipotesi, delle «istituzioni totali»²⁷, facendo conseguentemente emergere soggetti di diritto laddove vi erano solo destinatari di controllo.

Entro questa trama si coglie l'ordito dell'azione collettiva dei movimenti di critica all'autoritarismo delle istituzioni e di presa di parola dei soggetti tacitati che, per la prima volta, introdussero nel discorso pubblico istanze prima reiette, dando luogo a forme di pluralismo orizzontale in un sistema istituzionale sino ad allora governato da logiche di pluralismo verticale²⁸.

Per realizzare questa finalità si misero in campo notevoli risorse intellettuali, capacità di analisi dei mutamenti sociali e una riserva d'immaginazione, tali da consentire lo sviluppo delle indicazioni costituzionali fino a scrivere, facendolo emergere dalle potenzialità inesprese del testo, un nuovo catalogo di diritti: in tal senso la politica dei diritti civili, allora perseguita, si presentò come un aspetto essenziale dell'attuazione costituzionale, come promozione e liberazione dell'uomo²⁹ attraverso l'affermazione dai suoi diritti.

Nell'economia di questo contributo non è possibile approfondire le analogie tra i processi che portarono all'approvazione delle leggi affermative dei diritti civili e sociali (in particolare legge 180 e legge 194³⁰ del 1978), a cominciare dalla loro capacità di far emergere le contraddizioni che caratterizzavano, in quel periodo storico, la condizione delle donne e dei sofferenti psichici³¹. Ma, riteniamo che, a partire dalla posizione di questi ultimi, sia possibile ricostruire un discorso che è venuto a strutturare una comune grammatica dei diritti, rammentando come «la follia [sia] ritornata nel mondo nel momento in cui, svuotata di senso l'autorità, non più dato indiscutibile, è venuta meno la categoria che, in mancanza di una spiegazione univocamente appagante, costituiva l'unico supporto giustificativo della segregazione»³².

Può apparire retorico, ma non meno vero, constatare come la crisi³³ dell'autorità, la messa in discussione del rapporto conflittuale³⁴ basato sulla distinzione gerarchica tra Stato e cittadini, non abbia lasciato un deserto, ma una fitta rete di relazioni sociali, un'intelligenza diffusa, una «cultura dei bisogni e delle risorse» sulla quale si sono formati criteri inediti di cittadinanza nel rapporto con le istituzioni³⁵. Tali sfere di autonomia, in grado di esprimere «capacità di

²⁷ E. Goffman, *Asylum. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 2010.

²⁸ S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, Roma, 2011, 98 ss. Come notava lo stesso Autore (*Alla ricerca della libertà*, Il Mulino, Bologna, 1978, 17) «il riconoscimento della legittimità dell'aborto, così come di quella dell'obiezione di coscienza e del divorzio, non rispecchia la richiesta di una società civile che pretende di autoregolarsi, prescindendo da ogni struttura pubblica, ma l'aspirazione a una diversa organizzazione democratica dello Stato».

²⁹ N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano, 1995, 33 ss. in cui, nel ricostruire la genesi degli artt. 2 e 3 Cost., si sottolinea la funzione «liberatrice» del dettato costituzionale.

³⁰ Come nota O. De Leonardi, *Legge 180 e Legge 194: esperienze dell'inconciliabile*, in *Fogli di Informazione*, 5-6, 2008, 156 ss., la legge 180 e la 194 sono accomunate dal fatto che «in entrambe si è sedimentato e fissato un impegno collettivo a dare visibilità pubblica a contraddizioni insolubili, a situazioni non pacificabili, a espressioni intrinsecamente tragiche della convivenza umana. In un caso è la follia, come «esperienza abnorme» diceva Basaglia, a fronte della quale la norma sociale esprime la sua necessità e insieme la sua intrinseca violenza; nell'altro caso è l'aborto, come esperienza dell'inconciliabile scarto tra vita biologica e vita sociale che le donne - soprattutto le donne - fanno comunque, anche nella gestazione e nella stessa maternità». In questo senso le due leggi sarebbero espressione di «un impegno collettivo a riconoscerci l'inconciliabile, a tenerlo in circolo nella vita sociale, a farne materia di questioni, riflessioni, conflitti e compromessi; a socializzarlo, a farlo uscire dall'opacità violenta dell'esperienza privatizzata».

³¹ La consistenza di queste contraddizioni, le ragioni e i modi di portarle allo scoperto, per renderle sopportabili e tendenzialmente superabili, rappresentano un patrimonio decisivo di questa storia, di cui vogliamo verificare l'eredità attuale, se e come è stata coltivata e messa a frutto. Sul punto R. Castel, *La contraddizione psichiatrica*, in F. Basaglia, F. Ongaro Basaglia (a cura di), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all'oppressione*, Baldini Castoldi Dalai, 2009, 160 ss.

³² C. Castronovo, *Secolarizzazione e diritto alla follia*, in *Vita e Pensiero*, 1980, 2, 16.

³³ Crisi da intendere nel suo significato etimologico di *křinein* (separare, distinguere, decidere), ovvero la messa in dubbio a cui appartiene sia lo smisurato del suo sorgere che la tensione ad una misura, sia la revoca dell'autorità che l'istituzione della scelta. Si realizza così un ripiegamento che è simultaneamente apertura a nuove indagini e prospettive.

³⁴ Si fa riferimento al cd. «paradigma bipolare» che vede cittadini ed amministrazione come «due poli separati, né convergenti, né contrattanti, ma in contrapposizione, a causa della superiorità di uno sull'altro; a compensare tale superiorità, quello più forte è astretto a regole e poteri, mentre il privato agisce secondo il proprio interesse, in modo libero, salvo limiti esterni imposti dalla legge. Intorno a questo paradigma si sono formati e sviluppati i modi dello studio e del sapere giuridico, per cui può dirsi che ogni pur remoto suo angolo è influenzato da questa fondamentale contrapposizione» (così S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 604).

³⁵ L. Fazzi, *Il welfare mix come costruzione culturale*, in A. Scaglia (a cura di), *Regole e libertà. Pianificazione sociale, teoria sociologica, ambiti e tecniche di intervento*, Franco Angeli, Milano, 1999, 174 ss.



cura”, lasciate agire, entro un contesto regolato, hanno consentito di aprire a nuove prospettive di valorizzazione delle differenze, di crescita dell’autodeterminazione e concettualità delle persone, anche di quelle più deboli e marginali.

L’autorità propria delle istituzioni, in questa prospettiva, non ha trovato più misura nella ‘volontà di potenza’ da queste espressa, ma, al contrario, nella loro “resilience”, nell’elasticità e capacità di trasformarsi adattandosi all’evoluzione che, anche attraverso la loro stessa azione, si è andata man mano producendo nel contesto sociale. Così la loro debolezza, o meglio la loro mitezza, si è mutata in segno di forza, nella misura in cui ha consentito la complementare crescita dell’autonomia dei cittadini e delle formazioni sociali, i quali contribuiscono liberamente e spontaneamente al benessere collettivo, nell’aspettativa di una reciprocità che viene ancorata alla fiducia nei meccanismi di regolazione del legame comunitario³⁶.

In conclusione, se vi è un tratto che accomuna ispirazione e sostanza della legislazione che ha connotato il periodo del «disgelo costituzionale», esso può essere indicato nell’obiettivo di restituire soggettività (ovvero dignità) e nel riconoscere cittadinanza (come complesso di diritti e doveri) a chi ne era stato privato, segregato in un altrove in sé conchiuso.

3. Il diritto alla salute come concetto dinamico.

Il diritto alla tutela della salute, e la salute stessa - quale concetto presupposto alla sua qualificazione giuridica³⁷ - non rappresentano nozioni puramente statiche, ma si sono venute delineando in modo dinamico e sincronico, in corrispondenza con gli sviluppi delle discipline mediche e con le elaborazioni concettuali filosofiche, sociologiche e bioetiche attinenti ai vari aspetti della vita.

A partire dal secolo scorso, infatti, le possibilità offerte dalla scienza hanno ricondotto nel dominio della volontà decisioni che prima non vi appartenevano, collegando perciò le conseguenze di quelle scelte ad un atto umano e dunque ad una responsabilità individuale³⁸.

Così il diritto ha dovuto fare i conti non solo con un mutamento culturale, ma soprattutto con la radicale trasformazione dello storico paradigma della naturalità, che, per il suo carattere immodificabile e autoregolante, esonerava dall’obbligo di prevedere una disciplina legislativa nei settori di sua competenza. Nel momento in cui il paradigma della legge naturale veniva superato restava comunque il dilemma se a sostituirlo fosse sufficiente la regola scientifica o necessitasse la norma giuridica³⁹.

In questa direzione, rivendicando la funzione regolativa del diritto, si è cercato di dare accesso a soluzioni in grado di conciliare le esigenze di tutela della dignità della persona senza precludere le opportunità che la scienza sembra offrire, dando vita ad un «diritto omeostatico», capace di auto-adattamento, di seguire il costante mutamento determinato da scienza e tecnica.

Questa prospettiva, che coinvolge direttamente le diverse forme di declinazione del diritto alla salute, non può essere considerata come una sorta di resa del diritto di fronte alla tecnica, di cui subirebbe tempi e contenuti, ma al contrario, un diritto strutturato per principi rappresenta la migliore garanzia della possibilità di conservare effettività e promozione alle regole giuridiche.

Il diritto quindi deve incorporare il futuro, farsi «prospettico»⁴⁰, mettendo a fuoco le reciproche ibridazioni tra saperi che si generano dal mescolarsi e stratificarsi di significati scientifici e giuridici producendo nuove categorie e concetti, con cui la società pensa e discute se stessa e le direzioni dei propri cambiamenti.

³⁶ O. De Leonardis, R. Goergen, *Un’impresa sociale*, Relazione al convegno «La questione psichiatrica», Trieste, 1988, in www.exclusion.net, 3. Questa sfida è stata affrontata costruendo e ricostruendo nella quotidianità pratiche e contesti affinché gli internati potessero esprimere e vedersi riconosciuta la loro soggettività piena, dall’autonomia della volontà al diritto di partecipare al discorso pubblico.

³⁷ La riflessione sarebbe infatti mancante qualora si ragionasse di diritto alla salute senza una necessaria preliminare riflessione su cosa sia la salute.

³⁸ G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 278.

³⁹ S. Rodotà, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in G. Comandè, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, 27 ss.

⁴⁰ S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, 28-30.



In questa prospettiva si può scorgere un percorso parallelo tra lo sviluppo della nozione di salute che, transitando da una dimensione monadica ad una relativizzata, ha finito con il comprendere non soltanto funzioni biologiche in senso stretto, ma anche capacità logiche, affettive e relazionali⁴¹ e la correlata espansione del campo di tutela affidato all'art. 32 Cost., disposizione che dalla semplice tutela della 'salute pubblica' si è resa 'trasformatore permanente' delle istanze individuali e sociali (dalla tutela della salute dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente, dal diritto al risarcimento del danno biologico sino all'affermazione del consenso informato) in diritti giustiziabili.

Quanto alla salute mentale (la cui specifica trattazione si rinvia ai successivi paragrafi), si può accennare che, pur non essendo più isolabile dalla salute in sé intesa, essa ha vissuto e vive un travaglio concettuale⁴², che si riflette inevitabilmente sui profili giuridici del suo disciplinamento.

Tuttavia un dato appare, anche in questo campo, indiscutibile, ovvero che il mutamento di approccio medico alla malattia di mente – dall'impianto custodialistico alla convinzione che la socializzazione e partecipazione del malato possieda essa stessa un'efficacia terapeutica – ha determinato, dapprima, un'evoluzione della disciplina pubblicistica relativa ai trattamenti sanitari nel segno della volontarietà e, successivamente, una riforma dello statuto privatistico degli infermi di mente, volta a restituire soggettività alle persone vulnerabili.

3.1. Dalla salute pubblica al vissuto della persona.

Il profilo dinamico del diritto alla salute, come tutelato in Costituzione, si può cogliere solo considerandone la sintetica complessità⁴³ e il carattere strutturalmente aperto a rispondere alle esigenze nascenti dal contesto storico e sociale⁴⁴.

In tale prospettiva appare utile rammentare, seppure brevemente, le tre fasi che delineano l'evoluzione della concezione del diritto alla salute nel nostro ordinamento.

Una prima, propria del periodo liberale, in cui la salute era declinata in termini pubblicistici come sanità pubblica (vigilanza igienica e sicurezza pubblica), strumentale agli interessi dello Stato. A questa visione facevano da corollario l'attribuzione delle competenze in materia sanitaria al Ministero degli interni in un'ottica di controllo dell'ordine pubblico e l'equivalenza tra salute/assenza di malattia, intesa quest'ultima come processo morboso patologico in atto⁴⁵.

La fase corrispondente al ventennio fascista la cui politica del diritto è ben rappresentata dall'art. 5 c.c. che trova «fondamento in una concezione della persona strumentale e subordinata agli interessi superiori dello Stato, cui è dovuto il sacrificio delle istanze soggettive di libertà; si tratta di una concezione che vede la persona umana essenzialmente

⁴¹ C. D'Arrigo, *Salute (Diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2001, 1013. Così da una definizione attenta puramente al dato biologico, dell'assenza di malattia, si è passati a un concetto assai più ampio, che comprende l'aspetto dinamico del miglioramento del benessere e guarda alla complessità dell'equilibrio tra soma e psiche. Specularmente, anche il concetto di malattia si presta a una formulazione estensiva, che dall'originario riferimento all'alterazione anatomico-funzionale si proietta verso l'area più indefinita delle sociopatie, consistenti nei disagi e nei disturbi variamente connessi con il contesto socio-culturale e ambientale.

⁴² In questo senso con l'editoriale intitolato "Psichiatria: il tramonto delle certezze", Pier Francesco Galli e Paolo Migone aprono il n. 1/2013 della rivista *Psicoterapia e Scienze umane*; con grande autorevolezza, nello stesso senso, si veda M. Angell, *L'epidemia di malattie mentali e le illusioni della psichiatria*, in *ibidem*, 2012, 2, 263-282.

⁴³ Ricordiamo le definizioni del diritto alla salute come «posizione giuridica soggettiva complessa» (B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 25), «nozione di sintesi» (M. Luciani, *Salute I) Diritto alla salute – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, 5 ss.) o «diritto proteiforme» (C. Tripodina, *Art. 32 Cost.*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 321). Anche S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 2009, 267 per cui «l'art. 32 Cost. individua un campo di forze, designa una trama di poteri. Si prendono le mosse dalla salute, si giunge alla persona nella sua integrità».

⁴⁴ In questo senso G. Tesaurò, *L'azione sanitaria nel quadro delle libertà costituzionali del cittadino*, in *Rass. amm. sanità*, 1972, 2 ss. per cui la salute «come stato di benessere non dipende da una determinata ideologia a cui un ordinamento giuridico si conformi, ma è espressione del processo storico di evoluzione delle esigenze della vita consociata, comunque strutturata politicamente; il contenuto di tale concetto presenta carattere relativo in quanto è tratto dalla scienza medica e si modifica nel tempo col progredire della stessa».

⁴⁵ B. Poletti Di Teodoro, *Il diritto alla salute dallo Stato liberale alla riforma sanitaria*, in F.D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Il diritto alla salute*, Il Mulino, Bologna, 1978, 2 ss. che rinvia a F. Cammeo, *Diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, IV, Soc. ed. Libreria, Milano, 1905, 213 ss.; C. Lessona, *Trattato di diritto sanitario*, I, Bocca, Torino, 1914, 17 ss.; anche R. Ferrara, *Salute (Diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 514-516; A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, 656 ss.



come valore funzionalizzato, da tutelare e perciò da mantenere 'integra' non per sé, ma in funzione della potenza dello Stato: una linea ideologica che vede nell'uomo il guerriero e il produttore e nella donna la produttrice della specie⁴⁶.

La svolta nella concettualizzazione della salute si è realizzata tuttavia solo con l'entrata in vigore della Costituzione, che, nel 'rivoltare la piramide', ha posto al centro dell'ordinamento la persona umana come mondo soggettivo condizionato dalle circostanze ambientali, sociali ed economiche, le quali incidono sullo sviluppo dell'individuo e sulle sue relazioni sociali, riguardate come parte integrante del diritto alla salute.

Si pone in tal modo in rilievo il legame tra l'art. 32 e gli altri principi fondamentali, entro il cui solco viene a delinearci quella somma direttiva che lo Stato repubblicano ha posto alla sua azione volta alla «protezione e sviluppo della personalità dei singoli, non solo nel senso negativo della sua preservazione da ogni attentato da parte di altri, ma in quello positivo dell'esigenza di predisporre le condizioni favorevoli al suo pieno svolgimento»⁴⁷.

È ben noto peraltro come la piena maturazione di un comune sentire dottrinale, oltre che giurisprudenziale, volto a prendere coscienza delle potenzialità insite nella disposizione costituzionale abbia stentato a formarsi almeno sino alla metà degli anni '60⁴⁸, il che non ha poi impedito la successiva e tumultuosa gemmazione della salute, quale diritto primario ed assoluto, in una serie di posizioni soggettive direttamente tutelate a livello costituzionale⁴⁹.

Ciò è anche il frutto della natura complessa del diritto costituzionale alla salute, che si rappresenta come una costellazione «nella quale assumono rilievo, contemporaneamente ed intrecciate tra loro, pretese a determinati comportamenti pubblici, pretese di astensione, situazioni soggettive di svantaggio»⁵⁰.

Il diritto alla salute esibisce invero aspetti comunemente ritenuti tipici dei diritti sociali (la pretesa che ha ad oggetto una prestazione), quando si presenta come diritto alle cure (gratuite o sotto costo) e aspetti tipici dei diritti di libertà (la pretesa che ha ad oggetto un'astensione), quando si presenta come diritto a determinarsi in ordine alle proprie scelte terapeutiche (quindi anche come diritto a non essere curato)⁵¹.

Tralasciando (in questa sede) i profili attinenti alla qualificazione della salute come diritto sociale⁵², pare interessante considerarne la connotazione di diritto fondamentale, espressamente prevista dalla lettera della Costituzione, e di correlato interesse della collettività a che tutti i componenti godano del miglior stato di salute possibile a mezzo della predisposizione da parte dello Stato delle strutture e dei presidi sanitari più adeguati.

La salute, vista in tali termini, si caratterizza ad un tempo come diritto per il singolo e interesse per la collettività, il che potrebbe legittimare quell'asimmetria di potere che concretamente struttura i rapporti tra individuo e società; tuttavia per attenuare tale rischio, il costituente ne ha affermato la tutela – in via primaria ed immediata – come modo di essere della persona ed espressione della sua sfera di libertà, che non può certo subire alcuna *deminutio* nel rapporto-confronto con le esigenze collettive.

⁴⁶ B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 45; M.C. Cherubini, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in F.D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1979, 76 ss.

⁴⁷ C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, I, 1 ora in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Giuffrè, Milano, 1972, 435.

⁴⁸ Sulle ragioni storiche e giuridiche di tale ritardo L. Montuschi, *Art. 32, 1° comma*, in G. Branca (diretto da), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico-sociali*. Artt. 29-34, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, 655 ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 774 ss.; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998, 43 ss.; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, 4 ss.

⁴⁹ P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, 1 ss. per cui «Vi sono concetti giuridici che paiono destinati a condurre l'interprete e il giudice a sperimentare i confini del proprio compito e degli strumenti loro affidati: i limiti del diritto e della giurisdizione. L'idea di salute è uno di questi. Il bene della salute, e il diritto alla salute, fungono da fondamento e da crocevia per diversi aspetti della protezione della persona: il diritto, di carattere pubblicistico, alle prestazioni sanitarie; il diritto all'ambiente salubre, in tutte le sue possibili determinazioni; il diritto al risarcimento del danno, ed in particolare del danno connesso alla responsabilità medica; il problema del consenso al trattamento medico».

⁵⁰ B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 25.

⁵¹ M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 96.

⁵² B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 52 ss.; M. Luciani, *Salute I) Diritto alla salute – Dir. cost.*, cit., 4; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*; Giappichelli, Torino, 2000; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 50 ss.



Sicché, in una prospettiva dinamica, il diritto alla salute – che, in quanto diritto fondamentale, si collega, da un lato, con la tutela generale della personalità (art. 2 Cost.), con i diritti fondamentali di eguaglianza, dignità (art. 3 Cost.) e libertà della persona (art. 13 Cost.), dall'altro, con le norme che garantiscono le concrete estrinsecazioni sociali della persona – esprime in via prevalente la somma degli ottativi del soggetto ovvero delle pretese non aprioristicamente determinabili la cui soddisfazione è presupposto fattuale del miglioramento degli *standard* qualitativi dell'esistenza, che sono presupposto essenziale per il libero svolgimento della personalità dell'individuo stesso.

Lo spettro di rilevanza normativa della salute, quale diritto fondamentale della persona, trova ulteriore rinforzo nella disposizione del secondo comma dell'art. 32 Cost. (su cui si tornerà nei successivi paragrafi), che per garantire la sfera di intangibilità dell'individuo rispetto a interferenze esterne, pone limitazioni precise, di tipo formale (riserva di legge) e sostanziale (rispetto della persona umana) al potere di intervento coattivo dello Stato.

In questo quadro in cui la regola deve ravvisarsi nella libertà di rifiuto dei trattamenti sanitari, ovvero nella volontarietà degli stessi, mentre l'eccezione è rappresentata dall'obbligatorietà di essi eventualmente disposta dal legislatore per tutelare l'interesse della collettività alla salute, le decisioni autonome di ciascun soggetto costituiscono l'unica misura possibile per la definizione di come, quando e se adottare trattamenti sanitari di prevenzione, cura e riabilitazione.

Si torna così a richiamare la centralità della persona, alla cui struttura morale si deve adeguare il contenuto della salute, la quale quindi, seppur non definita in Costituzione, esige, in ragione della qualificazione di diritto fondamentale, una strutturazione conforme all'idea stessa del soggetto che ne è titolare⁵³. In tal modo il concetto di salute si apre agli aspetti interiori della vita come sentiti e vissuti dalla persona⁵⁴, venendo ad esprimere anzitutto una percezione di sé come soggetto morale. Ciò non significa cadere in un anarchico soggettivismo, considerando irrilevante qualsiasi parametro *standard* di salute o ancor meno ritenendo che la competenza medica sia fuori causa, ma semplicemente riconoscere che la valutazione dello stato di salute è di per sé dialettica ed, in quanto intrinsecamente legata all'identità vissuta⁵⁵, l'ultima parola su di essa deve essere comunque lasciata al singolo individuo.

3.2. Salute mentale: viaggio nei luoghi dell'incertezza.

In questa sede si vuole solo accennare ad un profilo che tende a sfumare nella discussione odierna dei giuristi, ritenendolo o presupposto o di competenza d'altri: in particolare, si intende porre in rilievo come al disturbo mentale⁵⁶ sia riservato uno statuto particolare, una condizione di instabilità che rende la salute mentale uno spazio di ricerca e di confronto polemico, anziché un luogo di incontro irenico.

È infatti proprio sul versante dei sicuri ancoraggi scientifici che la questione del disturbo mentale presenta i più rilevanti aspetti di problematicità, in un contesto in cui la dottrina parla, pressoché unanimemente, di «crisi della psichiatria», di «una crisi di identità (...) da alcuni anni attraversata» dalla scienza psichiatrica, risultando «la classificazione dei disturbi psichici quanto mai ardua e relativa, non solo per la mancanza di una terminologia

⁵³ L'articolazione del discorso sul diritto alla salute, e più in generale sui diritti fondamentali della persona, facendo leva sulle differenze dei singoli, risponde peraltro ad una tendenza alla specificazione, avendo riguardo all'«uomo specifico, ovvero nella specificità dei suoi diversi *status* sociali, in base a diversi criteri di differenziazione, il sesso, l'età, le condizioni fisiche, ognuno dei quali rivela differenze specifiche, che non consentono eguale trattamento ed eguale protezione» (N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, 67).

⁵⁴ P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., 4-5 secondo cui nell'interazione contenutistica tra salute, libertà e identità, è inevitabile che il fiume della salute sfoci nel mare dell'esistenza, confondendovi le sue acque.

⁵⁵ L'identità, infatti, comprende le credenze di ogni genere, le concezioni dell'universo, nonché la peculiarissima visione che ciascuno nutre di sé e del mondo. Ma ognuno costruisce la propria identità solo in parte in modo autonomo, mentre un'altra è la risultante della dialettica tra l'individuo e la collettività: quest'ultima, infatti, assegna ruoli sociali o elabora fisionomie morali che, inevitabilmente, finiscono per condizionare il singolo. Sul rapporto tra salute e identità V. Durante, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, cit., 132 ss.; Id., *La salute come diritto della persona*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 590 ss.

⁵⁶ In tal senso si riprende l'analisi di Dell'Acqua per cui è più corretto utilizzare la nozione di disturbo mentale e non malattia mentale, volendo sottolineare l'impossibilità di omologarlo al paradigma medico. Cfr. P. Dell'Acqua, *Persone, malattia mentale e guarigione*, in L. Lentì, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, *Trattato di Biodiritto*, cit., 783, n. 1.



generalmente accettata, ma per i profondi contrasti esistenti nella letteratura psichiatrica»⁵⁷. La scienza psichiatrica propone, difatti, come è noto, paradigmi e modelli scientifici diversi e tra loro conflittuali: dal paradigma organicistico, per cui le infermità mentali sono vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso, aventi, per ciò, un substrato organico o biologico, a quello psicanalitico per cui i disturbi mentali rappresentano disarmonie dell'apparato psichico, o quello sociologico, per il quale la malattia mentale è disturbo psicologico avente origine sociale, non più attribuibile ad una causa individuale di natura organica o psicologica, ma a relazioni inadeguate nell'ambiente in cui il soggetto vive. Nell'ultimo decennio hanno trovato infine nuovo spazio gli orientamenti ispirati ad una prevalenza del dato medico (psichiatria c.d. biologica legata allo studio delle neuroscienze), valorizzanti l'eziologia biologica della malattia mentale.

Né può dirsi risolutivo il modello enucleato dal Manuale Diagnostico e statistico dei disturbi mentali, il DSM-V, messo a punto dall'*American Psychiatric Association* nel 2012, che enuclea – con una nomenclatura nosografica che richiama sindromi e non malattie – i principali disturbi mentali in diciassette classi diagnostiche, in quanto il c.d. “approccio ateorico”, fondato utilizzando dati descrittivi o “obiettivi”, se viene utilizzato nella clinica, dimenticando le complesse variabili del rapporto interpersonale, snatura la funzione della psichiatria e rischia di offrire l'immagine di un paziente che esiste solo sul tavolo autoptico, ma non nella realtà clinica⁵⁸.

Si profila quindi un contesto culturale e scientifico caratterizzato da complessi e molteplici modelli teorici e dal confronto tra diversi orientamenti di epistemologia psichiatrica, il che inevitabilmente comporta ricadute sulla definizione di alternative opzioni legislative, giurisprudenziali e di riorganizzazione dei servizi (dal confronto sull'utilità del concetto di capacità di intendere e volere⁵⁹ e di imputabilità⁶⁰, alle questioni connesse all'espressione del consenso alle terapie⁶¹, sino agli strumenti adottati dalla legislazione in materia di tutela della salute mentale), ponendo i cultori del diritto di fronte alla sfida di delineare categorie e concetti, dotati di propria autonomia, ma in grado di dialogare con il complesso sapere delle scienze psichiatriche.

In questa prospettiva pare utile la valorizzazione di quegli orientamenti che affermano un «modello integrato» della malattia mentale, in grado di spiegare il disturbo psichico sulla base di diverse ipotesi esplicative della sua natura e della sua origine: trattasi, in sostanza, di «una visione integrata, che tenga conto di tutte le variabili, biologiche, psicologiche, sociali, relazionali, che entrano in gioco nel determinismo della malattia», in tal guisa superandosi la visione eziologica monocausale della malattia mentale, e pervenendo ad una concezione «multifattoriale integrata» in un'ottica olistica contraddistinta dalla complementarità e dalla circolarità⁶².

3.3. Malattia mentale e legislazione: dal paradigma custodiale a quello di cura (1904-1978).

⁵⁷ In questo senso Cass. pen., sez. un., 8 marzo 2005, n. 9136, in *Cass. pen.*, 2005, 3, 120. In dottrina P.R. Mc Hugh, P.R. Slavney, *The perspectives of psychiatry*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1986; E. Poli, P. Cioni, *Modelli di malattia in psichiatria*, in P. Pancheri, G.B. Cassano (a cura di), *Trattato italiano di psichiatria*, Masson, Milano, 1999. In controtendenza R. Rossi, *Psichiatria o psichiatra che cambia? Vicende evolutive dello psichiatra*, in *Italian Journal of Psychopathology*, 2005, 11, 4, 412 secondo cui «forse non c'è bisogno di inseguire statuti ineccepibili che ci diano sicurezza, e non c'è bisogno di cercarli e di adattarsi: l'attrezzatura dello psichiatra è una attrezzatura mentale, di per sé specifica e non comune, che fa sua la sofferenza, la tollera perché la elabora e la racconta, ricostruisce la trama di una vita interiore frantumata, fornendo idee, narrative, teorie, conoscenze biologiche, sociologiche, letterarie. Basta e avanza...».

⁵⁸ S. Demazeux, *Qu'est-ce que le DSM? Genèse et transformations de la bible américaine de la psychiatrie*, Parution, Paris, 2013, 25 ss.; J.C. Wakefield, *DSM-5: An Overview of Changes and Controversies*, in *Clinical Social Work Journal*, 2013, 41, 2, 139 ss.

⁵⁹ P. Zatti, *Oltre la capacità di intendere e volere*, in G. Ferrando, G. Visintini (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 49 ss.; G. Visintini, *La nuova disciplina sui trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali. Riflessi sulla nozione di incapacità di intendere e volere*, in *Pol. dir.*, 1984, 817 ss.

⁶⁰ G. Visintini, *La crisi della nozione di imputabilità nel diritto civile*, in G. Ferrando, G. Visintini (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 189 ss.; L. Monteverde, *La nozione di imputabilità penale*, in *ibidem*, 201 ss.

⁶¹ A. Venchiarutti, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, *Trattato di Biodiritto*, cit., 817 ss.

⁶² M. Schiavone, *Psichiatria e salute mentale*, in Comitato Nazionale per la Bioetica, *Il Comitato Nazionale per la Bioetica: 1990-2005. Quindici anni di impegno*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Editoria, Roma, 2006, 495.



Seppure in ritardo rispetto al resto d'Europa, a inizio Novecento anche in Italia si era giunti all'approvazione di una legge sui manicomi.

La normativa sui «Manicomi e sugli alienati», legge 14 febbraio 1904 n. 36 – entrata a regime nel 1909 con l'approvazione del relativo regolamento di attuazione n. 615 – rendeva finalmente chiare e univoche le procedure di ricovero nel manicomio su tutto il territorio nazionale e delineava l'approccio culturale dello Stato liberale rispetto al problema della malattia mentale⁶³.

La legge era stata approvata sull'onda del clamore determinato da uno scandalo che aveva coinvolto la gestione dei manicomi veneziani, ma era soprattutto una risposta all'impressionante aumento dei ricoverati, che, erano quasi raddoppiati nel loro numero assoluto una prima volta tra il 1875 (0,46 per mille della popolazione residente) e il 1892 (0,77 per mille), e nuovamente tra il 1892 e la vigilia dell'entrata in guerra dell'Italia (1,48 per mille), ingenerando quel fenomeno noto come «Grande internamento», realizzatosi a cavallo dei due secoli, considerato effetto e conseguenza delle profonde trasformazioni economiche e sociali avvenute in quella fase storica⁶⁴.

I principi informatori della legislazione erano ordinati intorno alla centralità dell'ordine pubblico, ponendo in primo piano il bisogno di tutelare, di salvaguardare la «società dei sani» dai malati di mente, subordinando la cura alla custodia, nella misura in cui la malattia mentale, concepita in termini strettamente biologici, era considerata un dato naturale, incurabile e irreversibile⁶⁵.

L'orientamento della legislazione giolittiana – volto a realizzare forme di controllo sociale e al contempo di indirizzo del costume – si desume dalle stesse condizioni atte a legittimare l'internamento in manicomio, disposto ordinariamente dal procuratore e in caso di urgenza dall'autorità di pubblica sicurezza, ovvero la pericolosità per sé o per altri o l'ingenerare pubblico scandalo di soggetti che non potessero essere custoditi e curati convenientemente al di fuori del manicomio.

Programmatiche appaiono, in tal senso, le parole del relatore della legge, il neurologo Leonardo Bianchi, il quale senza esitazioni aveva affermato che «il folle che ingombra la società simboleggia, nell'organismo sociale, quello che rappresentano le tossine, le infezioni nell'organismo individuale»⁶⁶, il che aveva aperto le porte del manicomio, non tanto a chi era malato, quanto piuttosto agli individui pericolosi, oziosi, improduttivi o portatori di scandalo⁶⁷, riducendo la psichiatria manicomiale ad ancella (o meglio strumento) della polizia.

All'internamento, prima provvisorio e poi definitivo, scandito da un rigido meccanismo processuale⁶⁸ seguiva la spoliazione della persona dei suoi diritti fondamentali, prima attraverso l'automatica interdizione (*ex art. 420 c.c.*), quindi con la sospensione dal diritto di voto e infine attraverso l'imposizione dello stigma concretato dall'iscrizione nel casellario giudiziario, ai sensi dell'art. 604, n. 2, c.p.p., del provvedimento di internamento in manicomio⁶⁹.

⁶³ R. Canosa, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità ad oggi*, Feltrinelli, Milano, 1979, 126 ss.; M. Cotti, *L'istituzione manicomiale nel nuovo Stato unitario. Regime sanitario, regime amministrativo e armonia istituzionale*, in V.P. Babini, M. Cotti, F. Minuz, A. Tagliavini, *Tra sapere e potere. La psichiatria italiana nella seconda metà dell'Ottocento*, Il Mulino, Bologna, 1982, 238 ss.; G. Rabaglietti, *Manicomi*, in *Nss. Dig.*, X, Utet, Torino, 1964, 177 ss.

⁶⁴ M. Morgaglio, *Dentro e fuori il manicomio. L'assistenza psichiatrica in Italia tra le due guerre*, in *Contemporanea*, 2006, 1, 16 ss.; riferimenti in A. De Bernardi (a cura di), *Follia psichiatria e società*, Milano, Angeli, 1982.

⁶⁵ S. Merlini, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, 1-2, 61 ss.; L. Bruscutiglia, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1963, n. 431*, Giuffrè, Milano, 1971, 8 ss.; L. Bruscutiglia, F.D. Busnelli, A. Galoppini, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 661-663; A.M. Vecchiotti, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1983, 2 ss.; M. Morello, *I malati di mente dalla legislazione preunitaria alla legge Basaglia*, Guardigli ed., San Marino, 2008, 99 ss.; in controtendenza G. Visintini, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 1982, 3, 447 ss. secondo cui «le legge, di per sé, rappresentava un progresso rispetto al passato: essa individuava, per la prima volta, come pubblico, cioè da gestire dallo Stato, l'interesse alla sanità mentale (...) tutti i motivi di critica erano tuttavia da imputare più che alla legge, alla sua interpretazione ed applicazione».

⁶⁶ *Atti parlamentari Camera dei Deputati*, legisl. XXI, II sessione, discussioni, tornata del 9 febbraio 1904, Progetto legge Giolitti.

⁶⁷ Sul dibattito del mondo psichiatrico a proposito della legge del 1904 vedi F. De Peri, *Il medico e il folle: istituzione psichiatrica, sapere scientifico e pensiero medico tra Otto e Novecento*, in *Storia d'Italia*, Annali 7, *Malattia e medicina*, Einaudi, Torino, 1984, 1129 ss.

⁶⁸ M. Romano, F. Stella, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 389 ss.

⁶⁹ Le ulteriori limitazioni ai diritti e alle libertà dell'internato sono riportate con scrupolo in L. Bruscutiglia, F.D. Busnelli, A. Galoppini, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, cit., 660.



Il compendio normativo del 1904, proprio per i caratteri che lo connotavano, si rese pertanto strumento duttile alle torsioni liberticide del regime fascista⁷⁰, nonostante le critiche di coloro che ne chiedevano una riforma in senso restrittivo per «frenare l'impressionante aumento della follia e conseguentemente della degenerazione della razza (...) a cui la legge, coi criteri restrittivi ed esclusivamente di pubblica sicurezza che la informano nei riguardi dell'ammissione (...) contribuisce indubbiamente, poiché fa sì che un numero non indifferente di epilettici, di nevrastenici, di imbelli ecc. rimanga libero di inquinare il consorzio civile, favorendo la riproduzione di nuovi esseri fortemente tarati e predisposti alla follia»⁷¹.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione⁷², la transizione verso il superamento del finalismo custodialistico vide una prima affermazione con la legge 18 marzo 1968, n. 431, intitolata «Provvidenze per l'assistenza psichiatrica», il cui merito principale è stato quello di restituire la malattia mentale alla medicina, nell'intento di eliminare dall'ospedale psichiatrico ogni traccia della sua funzione repressiva. Recependo le aspettative del movimento psichiatrico, la legge 431 prevedeva l'istituzione, a fianco dei manicomi, di centri e servizi di igiene mentale, con funzioni preventive, nonché curative per chiunque vi si fosse rivolto in forma volontaria e alternativa al ricovero ospedaliero. Si trattava della prima 'picconata' alle mura dei manicomi, a cui si accompagnava l'introduzione della facoltà – prima proibita – per il malato di richiedere volontariamente, per finalità di accertamento e cura, il ricovero in ospedale psichiatrico su semplice autorizzazione del medico di guardia. Si cominciava in tal modo ad affermare, pur senza perfezionarsi, l'affermazione del diritto alla salute⁷³, prevalente e prioritario rispetto a qualsiasi istanza di ordine pubblico; indirizzo consolidato dall'abrogazione espressa dell'obbligo di iscrizione nel casellario giudiziario del provvedimento di ammissione o dimissioni da ospedali psichiatrici, che aveva finito per porsi come il più serio ostacolo al reinserimento del malato, una volta dimesso, nella vita sociale e allo svolgimento di qualsiasi attività⁷⁴.

Più che una radicale trasformazione, la legge del 1968 rappresentò un tentativo di razionalizzare il sistema esistente, un correttivo costituzionalmente orientato alle contraddizioni che connotavano la legislazione del periodo liberale. I risultati non furono quindi eclatanti, ma posero le basi, attraverso l'affermazione del rispetto della persona umana, della sua libertà e della tutela della salute, per la successiva riforma legislativa.

Sotto la pressione di un'iniziativa referendaria volta ad abrogare l'ormai anacronistica l. n. 36/1904, nel maggio del 1978 venne approvata la legge n. 180, poi confluita con alcune modifiche nella legge n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale.

Gli elementi che caratterizzano maggiormente tale normativa sono così riassumibili: il legislatore, nel disciplinare il trattamento della malattia mentale, abbandona definitivamente l'ottica asilare e para-detentiva della legge del 1904, privilegiando una scala di valori che vede la salute dell'uomo, la sua libertà e dignità come valori anteposti ad ogni altro interesse. In aderenza a tali principi, il trattamento in condizioni di degenza ospedaliera figura ridotto ad una forma di intervento residuale e transitorio, dovendo fornirsi assistenza e riabilitazione specificatamente nei centri e presidi psichiatrici extra-ospedalieri in un rapporto di collaborazione con il territorio e con l'ambiente sociale del malato. Si impone come regola il principio della volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari, di contro all'eccezionalità dell'obbligo di sottoporsi agli stessi, comunque nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti in Costituzione⁷⁵.

⁷⁰ F. Cassata, *Il lavoro degli "inutili": fascismo e igiene mentale*, in F. Cassata, M. Morgaglio (a cura di), *Manicomio, società e politica*, cit., 2005, 23 ss.; D. Padovan, *Biopolitica, razzismo e trattamento degli "anormali" durante il fascismo*, in *ibidem*, 59 ss.

⁷¹ In tal senso, l'allora relatore della legge, divenuto fervente sostenitore del movimento fascista L. Bianchi, *A proposito della riforma della legge sui Manicomi e sugli alienati*, in *Rivista sperimentale di freniatria*, 1922, 222 ss.

⁷² I valori e principi costituzionali, come detto, faticarono ad affermarsi, a trasformarsi da promessa in realtà di liberazione, specie nel campo della salute mentale.

⁷³ L. Bruscuoglia, F.D. Busnelli, A. Galoppini, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, cit., 667-68.

⁷⁴ L. Bruscuoglia, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431*, cit., 27.

⁷⁵ L. Bruscuoglia, *Commento alla L. 13 maggio 1978, n. 180, Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 176 ss.; A.M. Vecchietti, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 50 ss.; C. Castronovo, *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 608 ss.; C. Cherubini, *Diritto alla salute*, in *Dig. sez. civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, 83 ss.; A. Venchiarutti, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in in L. Lentì, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 822 ss.



Il provvedimento forse più rivoluzionario è dato dalla chiusura (graduale) degli ospedali psichiatrici e dal divieto di costruirne di nuovi, il che ha modificato radicalmente l'approccio al disturbo mentale: da un'immagine fondata su un processo irreversibile, da isolare e occultare, si è passati alla costruzione di un percorso di liberazione che passa attraverso la riabilitazione nel territorio, le cure farmacologiche, la possibilità di integrazione sociale e il coinvolgimento attivo delle famiglie.

La "legge Basaglia" si rappresenta così come una svolta epocale nel trattamento della sofferenza psichica: essa infatti ha reintrodotta la salute mentale nel contesto complesso del diritto alla salute, sia consentendo di farne oggetto di cura anziché di controllo, sia tutelando la dignità del malato attraverso la reintegrazione delle competenze personali, sociali e civili compromesse da condizionamenti patologici e ambientali.

3.4. Oltre il diritto alla salute (anche mentale) verso un diritto delle capacità.

Dall'analisi che abbiamo cercato di sviluppare emergono due elementi che possono dirsi ormai consolidati, ovvero la complessità del diritto alla salute, che racchiude in sé strutture di senso poliformi e polifoniche, e la finalizzazione delle politiche sulla salute mentale alla cura, riabilitazione e reinserimento sociale della persona con sofferenza psichica.

È entro questo quadro che si può ipotizzare uno sviluppo ulteriore nella concezione del diritto alla salute che ne valorizzi la connessione virtuosa con il principio personalistico di cui all'art. 2 e con l'obiettivo dell'eguaglianza inscritto nell'art. 3 Cost.

Si tratta di declinare le politiche per la salute e il benessere dei sofferenti psichici, delle loro famiglie e della comunità in cui esse vivono alla luce del paradigma teorico delle *capability* (o delle capacità). Tale approccio viene connesso con il richiamo al più noto principio di autodeterminazione, che pure si sviluppa nella *penumbra* dell'art. 32 Cost., con la funzione univoca di espandere gli spazi di autonomia del soggetto e sostenere il diritto dell'individuo di essere responsabile delle proprie scelte⁷⁶.

L'idea che sta alla base dell'approccio delle *capability* è che gli assetti sociali dovrebbero tendere ad espandere le *capability* delle persone, ossia la loro libertà di promuovere o raggiungere i *beings, doings e becomings* a cui essi stessi danno valore, sia a livello individuale che per la società nel suo complesso. L'approccio delle *capability* ritiene che, tenendo conto dell'azione reciproca svolta dalle caratteristiche individuali e dalle restrizioni sociali, si possano definire misure concrete in grado di garantire l'espansione delle opportunità di scelta e quindi delle libertà delle persone.

Come dimostra la riforma psichiatrica in Italia, l'esperienza della conquista e della costruzione dei diritti civili e sociali degli ex internati, dei 'folli', ha reso necessario il rovesciamento dello sguardo che sposta il giudizio dai beneficiari degli interventi agli interventi stessi e richiede essenzialmente di valutare questi ultimi sulla base del parametro della loro capacità di 'validare' le persone, di perseguire e costruire il pieno dispiegarsi della loro soggettività. L'approccio delle *capability*, quindi, guarda alle condizioni di vulnerabilità come ad un fenomeno multidimensionale e dinamico, il che implica dare rilevanza ai diversi tipi di limitazioni alla *capability* di ciascuno per consentirgli raggiungere i vari *functionings* a cui il soggetto in condizioni di vulnerabilità assegna valore⁷⁷.

⁷⁶ Seguendo infatti gli itinerari percorsi dalla libera costruzione della sfera della persona, si comincia a percepire una funzione di *empowering* attribuita ai titolari dei diritti fondamentali che - operando come istanza di difesa e di garanzia dell'individuo - già lascia intravedere il delinearsi dei contorni di un ribaltamento nel significato o addirittura il venire alla luce di un nuovo scenario nel quale l'attribuzione di potere al singolo serve ad impedire la colonizzazione della vita umana

⁷⁷ Nel linguaggio che caratterizza l'approccio delle capacità, il benessere materiale inteso in senso tradizionale come disponibilità di risorse è sostituito da un'idea di "star bene" (*well-being*), ovvero da una condizione più estesa che include ciò che l'individuo è in grado di fare o può essere a partire dai mezzi e dalle risorse a disposizione, e in relazione alle capacità delle persone di trasformare questi mezzi in realizzazioni, traguardi e risultati che esse intendono conseguire. È l'insieme di questi traguardi potenzialmente raggiungibili (spazio delle capacità o *capability set*) o effettivamente realizzati (spazio dei funzionamenti o *functionings*) che contribuisce, nel complesso, a determinare il benessere e la qualità della vita delle persone. Al livello più fondamentale essi includono attività come il muoversi e il mangiare e stati come l'essere ben nutrito o l'essere in buona salute. Al livello meno fondamentale essi potrebbero includere il «partecipare nella vita della comunità» o l'«apparire in pubblico senza vergogna». Le capacità sono, invece, le *possibilità* che la persona ha di acquisire funzionamenti e riflettono, dunque, la sua libertà di scelta. Le acquisizioni di una persona possono essere concepite come un vettore di funzionamento, mentre il suo insieme di capacità consiste nell'insieme di vettori di



Sulla base di un approccio critico alle teorizzazioni di Sen⁷⁸, Martha Nussbaum ha approfondito la nozione di capacità e funzionamenti e, rivendicandone le radici aristoteliche, ha tentato di stenderne una lista completa⁷⁹. La Nussbaum pensa ad una concezione che non può fare a meno di combinare l'accento sulle capacità umane con il problema dell'imperfezione, sul bisogno e, sui diritti dei soggetti vulnerabili⁸⁰, nella misura in cui «una teoria soddisfacente della giustizia umana richiede di riconoscere l'eguale cittadinanza delle persone con menomazioni, incluse le menomazioni mentali, e di supportare adeguatamente il compito di amare e di istruire queste persone, in un modo che si rivolga alle loro disabilità. Richiede, inoltre, il riconoscimento delle varie tipologie di menomazioni, disabilità, bisogni e forme di dipendenza che sperimentano i 'normali' esseri umani, e quindi della stretta continuità fra le vite 'normali' e quelle delle persone con menomazioni permanenti»⁸¹.

Utilizzare tale approccio significa richiede al decisore pubblico e ai soggetti coinvolti⁸² a vario titolo un cambiamento culturale importante, in quanto le persone con disabilità psichica, le loro famiglie, le associazioni non figurano più solo come dei destinatari passivi di politiche e servizi, ma divengono soggetti attivi del cambiamento⁸³.

Tuttavia per rispondere all'imperativo della costruzione di un 'sistema delle opportunità' è indispensabile investire sulle persone, rendendo le politiche di intervento socio-sanitario «fattori di conversione» dei diritti in capacità, della titolarità a benefici sociali in libertà di scelta e di azione effettivamente agite⁸⁴.

Proprio l'esempio dei sofferenti psichici mostra spesso come si possano avere dei diritti, come si possa avere titolo legale ai diritti senza possedere la capacità di esercitarli, di farne uso, in mancanza di un apposita politica di sostegno da parte delle istituzioni pubbliche non solo di tipo materiale, ma anche di carattere giuridico formale in grado di rimuovere gli ostacoli alla loro fioritura⁸⁵.

In questo senso, «capacità» allude non solo a ciò che ci viene riconosciuto e attribuito ma *anche a ciò che siamo 'effettivamente' in grado di fare per realizzare la nostra dignità di persone* e cambiare in meglio le nostre vite: «ciò che le persone

funzionamento tra cui essa può scegliere. Si riprende il pensiero di A.K. Sen, *Resources. Values and Development*, Blackwell-Harvard University Press, Oxford-Cambridge, 1984; Id., *Commodities and Capabilities*, North-Holland, 1985; Id., *La disuguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 1992.

⁷⁸ Sul punto e sulle differenze di impostazione S.F. Magni, *Etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, Il Mulino, Bologna, 2006.

⁷⁹ M. Nussbaum, *Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution*, in G. Patzig (a cura di), *Aristoteles' «Politik»*. *Akten des XI Symposium Aristotelicum*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987, 152 ss. la lista include funzionamenti quali la buona salute, l'essere ben nutrito, l'averne un tetto, il muoversi, la soddisfazione sessuale, l'uso dei cinque sensi, l'immaginare, il pensare e il ragionare, il riconoscimento e il riguardo per gli altri, l'amare, il sentire gratitudine, il fatto di visitare e ospitare amici, la partecipazione nella vita della comunità, la partecipazione politica, il vivere con riguardo per e in relazione ad animali, piante e il mondo naturale, il ridere e il giocare. La lista è concepita in modo che su di essa possano risultare convergenti le nostre intuizioni ponderate su quelle «funzioni che sono particolarmente essenziali per la vita umana, nel senso che la loro presenza o assenza è contrassegno caratteristico della presenza o assenza della vita umana» (M. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2007, 87).

⁸⁰ M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2002; Id., *Capacità personale e democrazia sociale*, Diabasis, Bologna, 2003.

⁸¹ M. Nussbaum, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 116.

⁸² In primo luogo i dipartimenti di salute mentale che – in linea e in ottemperanza alla filosofia sottesa alla riforma – devono ritagliarsi un ruolo attivo nei confronti dell'interlocutore sociale per riformulare una negoziazione sociale sull'oggetto del loro lavoro e per definire quali sono le problematiche emergenti nei singoli territori. Tutto ciò al fine di rispondere all'esigenza di intervenire in modo tempestivo sulle persone con disagio mentale per evitare il rischio di atrofizzare le loro capacità e per reinserirle in un percorso di riappropriazione delle opportunità di cittadinanza, facendo leva sul loro *empowerment* e sulla collaborazione dei diversi attori e servizi di prossimità della comunità.

⁸³ «Pure ho visto anche cosa vuol dire e cosa produce per persone veramente sofferenti, essere parte di un progetto, di una speranza comune di vita, coinvolti in un'azione comune dove ti senti preso in un intreccio pratico, intellettuale, affettivo, in cui serietà ed allegria si mescolano e i problemi tuoi si sciolgono e fanno parte anche dei problemi di altri con cui li condividi. E allora anche salute e malattia possono mescolarsi con una qualità della vita che sia umana, con legami, rapporti, riconoscimento di sé e dell'altro, complicità nel progetto comune che potrebbe unirvi anziché dividere ed isolare» (F. Ongaro Basaglia, *Salute/Malattia. Le Parole della medicina*, a cura di MG. Giannichedda, AlphaBeta Verlag, Merano, 2012, 27 ss.)

⁸⁴ Sui fattori di conversione A.K. Sen, *Justice: Means versus Freedoms*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1990, 9, 2, 111-121. In particolare «i benefici, misure e prestazioni funzionano da fattori di conversione in quanto siano i beneficiari nelle condizioni di trasformarli in capacità effettivamente esercitate, in libertà agite: sono essi stessi attori di tale conversione. Detto altrimenti le capacità non sono materia trattabile con il vocabolario del dare e ricevere beni e prestazioni, poiché esse sono tali in quanto agite, in quanto l'interessato ne sia l'attore, che con esse si esprime, si riconosce e si fa riconoscere» (O. De Leonardi, T. Emmenegger, *Le istituzioni della contraddizione*, in *Rivista sperimentale di freniatria*, 2005, 3, 27-28).

⁸⁵ Esempio ne è l'Istituto dell'amministrazione di sostegno su cui P. Cendon, R. Rossi, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Utet, Torino, 2009, 93 ss.



realmente sono in grado di fare e di essere, avendo come modello l'idea intuitiva di una vita che sia degna della dignità di un essere umano»⁸⁶.

Questa prospettiva tende ad allontanare dall'astrazione, spesso propria del linguaggio dei diritti, costringendo a percorrere la strada di una deformalizzazione che si pone in sintonia con quel 'costituzionalismo dei bisogni'⁸⁷, che attraverso il vissuto concreto delle persone si rispecchia nella vita materiale. In ciò emerge la necessità di quel passaggio a un sistema ordinamentale che sappia accompagnare al generale riconoscimento dei diritti (*linguaggio dei diritti*)⁸⁸ la messa a punto «di un quadro delle capacità inteso come spazio più idoneo all'interno del quale valutare la qualità della vita»⁸⁹.

In questa prospettiva «il modo migliore di pensare ai diritti⁹⁰ è quello di vederli come *capacità combinate*»⁹¹, in quanto la complementarità tra diritti e capacità suggerisce di conservare il *linguaggio dei diritti* mettendo però in evidenza la connessione concettuale tra promozione degli stessi e promozione delle capacità di ogni singola persona⁹².

4. La libertà personale: dall'habeas corpus all'autodeterminazione.

Appare davvero complesso districare il bandolo di una matassa in cui i fili teorici del diritto alla salute e quelli della libertà personale si sono venuti inevitabilmente a sovrapporre e intersecare, rappresentando entrambi espressioni di sintesi delle concrete possibilità di sviluppo della persona, in termini di scelte esistenziali. Ritengo quindi che, se sul piano teorico sia espressione di rigore scientifico considerare le diverse declinazioni che il concetto di libertà personale ha assunto nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale⁹³, accompagnata e favorita dall'elaborazione della dottrina, nella materia della salute mentale sia possibile operare una scelta 'partigiana', aderendo ad una concezione espansiva dell'interpretazione dell'art. 13 Cost. che, nel guardare «alla vita della norma nel tempo e nello spazio»⁹⁴, è in grado di integrare la storica nozione di limite ai poteri, propria della tradizione dell'*habeas corpus*, con quella che ne fa «la vera matrice dei singoli diritti personali»⁹⁵, declinati nei termini di un'affermazione della sovranità della persona su sé stessa.

⁸⁶ M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001, 19 ss.

⁸⁷ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., 37.

⁸⁸ Nella riflessione della Nussbaum centrale è il soggetto, la persona che deve esprimere una certa rivendicazione e non l'oggetto della rivendicazione stessa, come una certa libertà o un certo servizio, e quindi quel "diritto a" specificamente inteso. In altri termini, il *capabilities approach* non afferma che "la persona y ha diritto a x", ma piuttosto stabilisce un vincolo di questo tipo: "per essere una persona, e per funzionare pienamente come tale, y ha bisogno di x".

⁸⁹ M.C. Nussbaum, *Creare capacità liberarsi dalla dittatura del Pil*, Il Mulino, Bologna, 2012, 25.

⁹⁰ M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, cit., 87 ss. L'approccio delle capacità non concepisce i diritti soggettivi come diritti negativi, che servono a garantire il margine di scelta entro il quale le persone sono affrancate da costrizioni esterne, ma come forme di libertà positiva, che servono a favorire la nostra libertà di condurre l'esistenza che *sceghieremo* di condurre. In casi come questi, Quando si definisce la garanzia dei diritti in termini di capacità si pone l'accento sul fatto che il valore d'uso dei diritti, che altrimenti sarebbero una mera concessione formale oppure una vuota espressione verbale, dipende dalla efficacia delle misure che è necessario adottare per mettere le persone in condizioni di avvalersene. Cfr. E. Greblo, *Capacità e diritti umani*, in *Etica & Politica*, 2013, XV, 1, 563-582.

⁹¹ Definendo i diritti come capacità combinate Nussbaum intende sottolineare quanto peso abbia la messa in atto di politiche sociali in grado di intervenire sul terreno delle capacità per ampliare l'ambito della libertà positiva. Se definiamo i diritti come capacità combinate, il diritto nominale di partecipazione politica non risulta garantito solo perché sancito a livello costituzionale: esso diviene effettivo soltanto in presenza di quelle concrete misure politiche e sociali che rendono le persone realmente capaci di esercitare i propri diritti politici.

⁹² Privilegiare il linguaggio delle capacità rispetto a quello dei diritti – di cui riconosce l'importanza per dare fondamento giuridico alle politiche pubbliche connesse – sposta l'accento sugli effetti di determinate condizioni personali o sociali sugli individui e su ciò che è loro necessario, nelle circostanze concrete, perché le loro capacità possano essere sviluppate ed effettivamente esercitate traducendosi in funzionamenti. Cfr. C. Saraceno, *pensare i bisogni e vedere le relazioni per argomentare la giustizia*, in M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, cit., 13-14.

⁹³ A. Pace, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 272 ss., specie 296 ss.; G. Amato, *Art. 13*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, 4 ss.; A. Cerri, *Libertà II. Libertà personale – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1991, 3 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, 236 ss.; M. Ruotolo, *Art. 13*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 323 ss.

⁹⁴ P.F. Grossi, *Società, Diritto, Stato*, Giuffrè, Milano, 2006, 24.

⁹⁵ F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 10-12 che ricorda inoltre «Se si suppone che il concetto di libertà assunto dalla Costituzione è quello della libertà positiva come autodeterminazione o autorealizzazione (autonomia) del singolo (che in tal modo



Proclamare la sovranità di ogni individuo sul proprio corpo⁹⁶, come unità di *soma* e *psiche*, consente infatti l'espansione della sfera della personalità in vista dello svolgimento della stessa entro il contesto relazionale in cui ogni individuo si trova, in un preciso attimo, a calcare la scena della vita, e, al contempo, ne determina il limite, dato dall'invulnerabilità della sfera corporea, che è confine e condizione di legittimità di ogni atto che vi incida in concreto.

Il riferimento alla sovranità, quale modo d'essere dell' «ordinamento del corpo», qualifica quindi il rapporto in termini di originarietà e di indipendenza, orientandone l'interpretazione in funzione dei diritti di libertà. Ed è appunto entro questo paradigma che si iscrive la considerazione per cui «non esiste il diritto *sul* corpo [ma] una costellazione di diritti che in-cidono sulla questione del corpo», espressione dell'«esercizio di una signoria su noi stessi»⁹⁷.

Tale prospettiva ha trovato compiuta espressione nel principio del consenso informato⁹⁸, le cui radici si rinvengono negli artt. 2, 13 e 32 Cost., nel quale si è realizzata la sintesi fra i due diritti fondamentali più volte richiamati: il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione, riconosciuto quale autonomo diritto fondamentale⁹⁹. In particolare, nel sottolineare il profilo dell'autodeterminazione, la Corte costituzionale ha posto l'accento sul profilo attivo della scelta, piuttosto che su quello negativo del rifiuto di trattamento, attraendo la questione dalla sfera della *libertà da* (art. 32, 2° co., Cost.) in quella della *libertà di* scegliere (art. 13 Cost.)¹⁰⁰.

Analizzando la giurisprudenza costituzionale questo processo risulta evidente.

La sentenza n. 471/1990¹⁰¹, in primo luogo, nella quale la Corte, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 696, 1 co., c.p.c. nella parte in cui non consente ad un soggetto di ottenere che sia disposto accertamento tecnico od ispezione giudiziale sulla propria persona (nel caso un privato, assumendo di avere subito danno fisico a seguito di intervento chirurgico, chiedeva accertamento tecnico preventivo sulla propria persona, per poter dare sostegno alla pretesa risarcitoria), compie un'indagine sul valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, 1 co., Cost., come libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. Per la Corte, «la previsione di atti coercitivi di ispezione personale di cui all'art. 13, 2 co., Cost., eseguibili solo per provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, non esclude *a fortiori* atti di accertamento preventivo, volontariamente richiesti dalla persona sul proprio corpo nell'ambito di un procedimento civile».

In tal senso la pronuncia merita di essere richiamata soprattutto in quanto interpreta la possibilità di disporre del proprio corpo come «libertà» e non come «potere», ed ancor più in quanto rinviene il fondamento di tale diritto nell'art. 13 anziché nell'art. 32 Cost.

Un'altra pronuncia da considerare è la sentenza n. 307/1990¹⁰², che, pur contenendo solo un accenno indiretto alla tematica, è venuta a sancire chiare affermazioni sullo statuto e i limiti dell'autodeterminazione.

si fa persona) in tutte le direzioni possibili (civili, etico-sociali, economiche e politiche), essa presuppone ed anzi implica la dimensione negativa delle libertà, l'indipendenza dell'individuo da costrizioni, intrusioni o impedimenti che lo renderebbero (anche) incapace di qualsiasi autodeterminazione o autorealizzazione»

⁹⁶ Così G. Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005, 92-94.

⁹⁷ P. Zatti, *Principi e forme del 'governo del corpo'*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 121-122. Anche P. Veronesi, *Uno statuto costituzionale del corpo*, *ibidem*, 137 ss. specie 166.

⁹⁸ G. Grasso, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. Cocco (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, 19 ss.; E. Rossi, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'Aloia (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Esi, Napoli, 2012, 77 ss.; da ultimo S. Rossi, *Consenso informato (II)*, in *Digesto priv., sez. civ.*, VII, Utet, Torino, 2012, 177 ss.

⁹⁹ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4957 ss.; in dottrina sull'autodeterminazione come principio generale G.U. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, 85 ss. specie 108 ss.; V. Marzocco, *Il diritto ad autodeterminarsi ed il 'governo di sé'. La 'vita materiale' tra proprietà e personalità*, in A. D'Aloia (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, cit., 21 ss.; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 250 ss.

¹⁰⁰ In questa prospettiva, pur con accentuazioni differenti, Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, 2694; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, *Giust. civ.*, 1994, I, 2708; Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2326; Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, 2142. In dottrina R. Romboli, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Foro it.*, 1991, I, 17 ss.

¹⁰¹ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14.

¹⁰² Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, 1694.



In quella circostanza la Corte si è trovata ad esaminare una questione di costituzionalità relativa alle vaccinazioni obbligatorie, e valutando l'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio, ha sottolineato come il rilievo costituzionale della salute quale interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria, ma che «tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così *legittimamente limitata la sua autodeterminazione*, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri» (Corte cost., n. 307/1990).

La Corte poi, nella sentenza n. 282/2002¹⁰³, inerente i livelli essenziali delle prestazioni, ricorda che la pratica terapeutica si pone «all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, 2 co., secondo periodo, Cost. pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica».

In questo settore, prosegue la Corte, «la regola di fondo (...) è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

Ancora più chiara è la sentenza n. 338/2003¹⁰⁴, relativa al giudizio sulla legittimità costituzionale di due leggi regionali del Piemonte e della Toscana, in materia di applicazione della terapia elettroconvulsivante, di lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri interventi similari di psicoturgia, in cui la Corte ribadisce quanto già statuito nella sentenza n. 282/2002, riguardo l'autonomia e responsabilità del medico e sul consenso informato del paziente, ritenendo costituzionalmente illegittimi interventi legislativi regionali, che «pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche, in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione». Difatti «stabilire il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica (sent. n. 282/2002), diritti la cui tutela non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale» (Corte cost., n. 338/2003).

Tuttavia, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale, «nulla vieta invece che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e di procedura, o norme concernenti l'uso delle risorse pubbliche in questo campo», tra le quali «possono collocarsi discipline sul consenso informato (...), quali quelle contenute anche in disposizioni delle leggi di cui è giudizio, estranee all'oggetto delle impugnazioni ritualmente proposte».

Per ritrovare nelle decisioni del giudice costituzionale il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione specificamente riferito al diritto alla salute occorre attendere la sentenza n. 438/2008¹⁰⁵, che affronta espressamente il tema e colloca in via definitiva il diritto al consenso informato nell'ambito dei principi costituzionali.

Il giudizio nasceva dall'impugnazione di una legge piemontese, in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti, che subordinava la somministrazione di tali farmaci, finalizzati in particolare alla cura della sindrome nota come Disturbo da Deficit dell'Attenzione e Iperattività (ADHD), al consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto del genitore o del tutore nominato (art. 3).

La Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata, ha approfittato dell'occasione per svolgere una minuziosa ricognizione della tematica del consenso informato.

In questo senso la Corte definisce, in primo luogo, cosa si intende con l'espressione «consenso informato», ossia «l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico». Si tratta di una definizione

¹⁰³ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2027.

¹⁰⁴ Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *Foro it.*, 2004, I, 343.

¹⁰⁵ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, I, 1328.



essenziale, che semplifica la complessità dei rapporti che intercorrono nella relazione di cura tra paziente e sanitario; nondimeno tale definizione ha il pregio di individuare gli elementi essenziali del tema, sottolineando la necessità dell'adesione individuale consapevole come presupposto indispensabile dell'intervento medico.

Il diritto al consenso informato così definito «si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (Corte cost., n. 438/2008).

A tali disposizioni costituzionali la Corte aggiunge il richiamo ad alcune delle norme internazionali già segnalate (l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176; l'art. 5 della Convenzione di Oviedo; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) nonché a parte della normativa di rango primario vigente nel nostro ordinamento.

Il consenso informato si pone quindi quale crocevia e, al contempo, come punto di sintesi di due diritti fondamentali della persona: «quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione» (Corte cost., n. 438/2008; conf. Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Giust. amm.*, 2009, 11, 1200).

Quello citato è il passaggio fondamentale della sentenza laddove vengono messi in luce due aspetti: da un lato, il fondamento costituzionale di tale diritto e, dall'altro, il contenuto dello stesso.

Secondo la Corte, il consenso informato trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost.: il richiamo all'art. 2 appare in grado di integrare il diritto al consenso informato nel tessuto costituzionale dei diritti fondamentali, dai quali emergono le sfere di tutela inviolabile che garantiscono la persona.

Di maggior interesse sono gli altri due richiami operati dalla sentenza: indicando nell'art. 13 Cost. il fondamento costituzionale del consenso informato la Corte intende evidentemente riaffermare quella libertà di autodeterminarsi in ordine agli atti di disposizione del proprio corpo cui si riferiva nella sentenza n. 471/1990, e che acquisiscono uno spettro di azione più ampio di quello tradizionalmente connesso alla tutela del diritto alla salute; nel richiamare il secondo comma dell'art. 32, la Corte sembra fondare la rilevanza costituzionale del consenso informato su un ragionamento *a contrario* per cui, se i trattamenti obbligatori devono essere imposti per legge, tutti gli altri non possono ritenersi obbligatori, e quindi devono corrispondere ad una manifestazione di volontà dell'interessato. In tal senso «nella sent. n. 438 del 2008, la salute è vista esclusivamente sotto il profilo individuale di diritto fondamentale, mentre del tutto estraneo alla questione è qualsiasi riferimento alla stessa come interesse della collettività. Il diritto all'autodeterminazione, in questo contesto, viene allora richiamato non ai fini di legittimare il rifiuto di un trattamento sanitario, bensì ne viene sottolineato il profilo della scelta libera e consapevole; in altre parole, per quanto opinabile e incerta possa essere la distinzione fra libertà negative e libertà positive, è indubbio che la Corte costituzionale in questa pronuncia ponga l'accento sulla libertà di (scegliere, secondo l'art. 13 Cost.) e non sulla libertà da (i trattamenti sanitari, *ex art. 32, 2 co., Cost.*)»¹⁰⁶.

In questo contesto, l'autodeterminazione si profila come principio-limite che, in quanto determina la collocazione degli individui all'interno dell'organizzazione sociale, può dirsi costitutivo della cittadinanza. La persona umana, assunta come valore esistenziale e giuridico, racchiude in sé l'attuazione di fini irriducibili, non precostituibili, capaci di esprimere singolari e uniche concezioni del mondo e della vita, perciò tutelare l'autodeterminazione, quale «dimensione della personalità, significa tutelare il cuore stesso della verità di una persona, colta in quei caratteri che fanno di ogni uomo un individuo, e cioè un essere unico, irripetibile e diverso da tutti gli altri»¹⁰⁷.

¹⁰⁶ R. Balduzzi, D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, cit., 4962.

¹⁰⁷ G.B. Ferri, *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Maggioli, Rimini, 1987, 234.



Concludendo sul punto, si deve chiarire che se il nucleo duro dell'esistenza ove si esercita la sovranità nel corpo¹⁰⁸, quale oggetto di tutela della libertà personale, non è assoggettabile a qualsivoglia forma etero-decisione, così come ad una giurisdizione dispositiva dello Stato; ciò tuttavia non la rende una forma di potere anomico o una tirannia della volontà¹⁰⁹, in quanto è nella sua stessa natura stabilire il proprio *limes* entro il circuito virtuoso tra identità¹¹⁰ e dignità¹¹¹ della persona.

4.1. I trattamenti sanitari obbligatori: fin dove la libertà può cedere il passo alla salute?

Il trattamento sanitario obbligatorio si configura, dopo la riforma operata con la legge 180, come un complesso di atti con finalità sanitarie¹¹² posti in essere in base a disposizioni di legge per tutelare la salute della persona e della collettività, in mancanza del consenso del paziente¹¹³.

In premessa si deve rammentare come, nell'art. 33 legge 833/1978, venga riproposta la regola, già costituzionalizzata, della volontarietà del trattamento, ponendo come eccezione i casi in cui la legge ne disponga l'obbligatorietà. Tale disposizione tende a restituire una *ratio* unitaria, data dal necessario «rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, secondo l'art. 32 Cost., compreso per quanto possibile il diritto alla scelta del medico e del luogo di cura», ad un istituto scomposto in varietà e molteplicità di discipline, tutte precedenti alla riforma sanitaria.

Accogliendo l'impostazione di autorevole dottrina¹¹⁴, è possibile inoltre distinguere, in senso trasversale alle diverse discipline, tra trattamenti sanitari obbligatori e coattivi, caratterizzandosi questi ultimi come misure coercitive, suscettibili di incidere sulla libertà fisica della persona limitandone la sovranità nel corpo, attraverso l'uso, sia pur potenziale, della forza.

Limitando il campo di analisi ai Tso relativi alle malattie mentali, gli unici che peraltro trovano una disciplina 'procedurale' all'interno della legge 833/1978 (art. 35 ripreso con lievi varianti dalla l. n. 180/1978), si può affrontare il problema delle condizioni che legittimano lo stato di eccezione nel contesto del quale i trattamenti sanitari (ovvero il ricovero coatto in ospedale) posso essere disposti contro la volontà dell'interessato. In tale contesto infatti il diritto alla salute entra in rotta di collisione con la libertà individuale, dando vita ad una situazione aporetica nella quale reciprocamente l'attuazione del primo viene a limitare l'espansione della seconda e viceversa.

¹⁰⁸ P. Zatti, *Principi e forme del 'governo del corpo'*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 129 per cui «Valorizzare l'idea del *governo del corpo* non è operazione puramente terminologica, perchè la relazione con il corpo si delinea più efficacemente nei significati che *governo del corpo* include: *confine (noli me tangere)*, *controllo*, *libertà*, *decisione*, *potere di configurazione*, *di conduzione*, *d'impegno e anche di utilizzazione*; il corredo, in realtà, di tutti i diritti *erga omnes*, dalla privacy alla stessa proprietà, ma resi capaci, per l'ampiezza dell'espressione 'governo' e per i suoi legami semantici, capaci di riferirsi all'intero spettro della corporeità, dal più identitario al più cosale».

¹⁰⁹ Sul punto le critiche di S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, 2-3, 258 ss.; C. Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, in F. D'Agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I.*, Giuffrè, Milano, 2009, 49 ss. specie 60 ss.

¹¹⁰ Ulteriore conferma si ritrova in H. Dreier, *Lo Stato costituzionale delle libertà come ordinamento azzardato*, Mucchi, Modena, 2013, 29 secondo cui «Ciascuno ha, per così dire, il diritto di dare ai diritti fondamentali il proprio specifico senso: questi gli permettono d'essere il 'signore di se stesso' (...) i diritti fondamentali servono alla realizzazione di una forma di vita conforme alle convinzioni e rappresentazioni *proprie del singolo*, la cui libertà si può riassumere come 'autodeterminazione circa il proprio progetto di vita e il suo compimento'».

¹¹¹ L'autodeterminazione costituisce lo strumento per sottrarre l'individuo alle decisioni altrui, essa si misura con la dignità, la quale, nell'assicurare il rispetto dell'identità personale di ciascuno, opera come libertà (di stabilire ciò che è degno o indegno) in relazione al rapporto che l'individuo ha con se stesso, e, come dovere, nel rapporto con i terzi, di rispettare le determinazioni altrui. Cfr. G. Cricenti, *I diritti sul corpo*, Jovene, Napoli, 2008, 198 ss.

¹¹² Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 211, in *Giur. cost.*, 1988, I, 795 ss.

¹¹³ E. Cavasino, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, VI. Giuffrè, Milano, 2006, 5959 ss.; L. Mezzetti, A. Zama, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, XXV, Utet, Torino, 1999, 337.

¹¹⁴ S.P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 887 ss. che riprende S. Galcotti, *La libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1953, 10 ss.; L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, 29 ss.; S. Merlini, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 70 ss.



Tali condizioni si desumono dall'analisi dell'art. 32 Cost., disposizione, che, nella lettura ormai consolidata della dottrina¹¹⁵ e della giurisprudenza costituzionale¹¹⁶, legittima l'imposizione di un determinato trattamento sanitario, stabilito per legge, solo quando sia in gioco non soltanto la salute del singolo in quanto tale, ma anche, e direttamente, l'interesse collettivo alla salute. Ciò si evince dalla lettura combinata dei due commi dell'art. 32 Cost., per cui il carattere di limite esterno alla libertà individuale dell'interesse della collettività impedisce qualsiasi condizionamento intrinseco che ne trasformi in senso funzionale la natura¹¹⁷: la condizione richiesta per imporre un trattamento sanitario obbligatorio, ovvero la coesistenza della finalità di tutela della salute individuale e di quella collettiva, si configura quindi come un'endiadi, volta essenzialmente a proteggere i valori che integrano il profilo assiologico della persona umana. È evidente infatti che, laddove fosse sufficiente la finalità di conservare la salute individuale, il Tso si prospetterebbe inevitabilmente come strumento di attuazione del dovere alla salute; al contempo, e con effetti corrosivi sull'impostazione personalistica del nostro ordinamento, se fosse sufficiente l'interesse della collettività alla salute, il singolo, sottoposto a trattamento contro la sua volontà, diverrebbe strumento o mezzo per la realizzazione di interessi ad esso ultronei.

I principi ricavabili dal testo costituzionale rendono necessario verificare la legittimità della imposizione di trattamenti sanitari avendo riguardo alla finalità (trattamento diretto alle esigenze di tutela della salute collettiva e alla cura del soggetto obbligato), alle modalità (la volontarietà impone di ridurre a *extrema ratio* la coazione, che deve essere adeguata e proporzionale al fine da perseguire, comunque nel rispetto dei diritti fondamentali della persona) e al rispetto del principio di legalità (espresso nella riserva di legge rinforzata di cui all'art. 32, 2° co., Cost.).

Se dunque si scruta la sostenibilità della disciplina dei Tso in materia di salute mentale alla luce dei parametri costituzionali ne emerge un quadro critico. In primo luogo appare sfuggente quell'interesse alla tutela della salute collettiva tale da giustificare l'imposizione di un trattamento ad un soggetto con sofferenza psichica¹¹⁸, il che pone due alternative, entrambe non accettabili: o far riemergere il requisito della pericolosità sociale¹¹⁹, che si voleva negletto in quanto strumento di stigmatizzazione, o ammettere che «ove occorra, la legge può determinare le ipotesi nelle quali la tutela della salute, come diritto del singolo che la comunità ha il dovere non solo di rispettare ma anche di promuovere, si realizzi mediante trattamenti obbligatori», configurando quindi un dovere di curare e di farsi curare¹²⁰.

Per superare l'*empasse* determinato da tale carenza della legislazione in materia, si possono proporre, qui solo riassuntivamente, due soluzioni ermeneutiche: la prima, che si è venuta affermando nella dottrina¹²¹ e nella

¹¹⁵ C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 439 ss.; L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., 110 ss.; D. Vincenzi Amato, *sub art. 32, 2° co., cit.*, 174 ss.; S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 903 ss.; R. D'Alessio, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari"*, cit., 549 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 30 ss. e 63-64; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 312 ss.; M. Luciani, *Salute I) Diritto alla salute - dir. cost.*, cit., 9-10; M. Cartabia, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, cit., 456 ss.

¹¹⁶ In particolare Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit., su cui F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e responsabilità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1990, 1880 ss.; F. Modugno, *Chiosa a chiusa. Un modello di bilanciamento di valori*, in *Giur. it.*, 1995, 1, 64 ss.; per altri riferimenti vedi nota 91

¹¹⁷ D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 169 e 172 ss. sulla disciplina Tso.

¹¹⁸ D. Vincenzi Amato, *sub art. 32, 2° co., cit.*, 192 secondo cui «questo legame tra la salute del singolo e salute della collettività sussiste probabilmente solo con riguardo alle malattie contagiose, ed è senz'altro da escludere in presenza di malattie mentali che soltanto in modo indiretto - proprio attraverso, cioè, la eventuale pericolosità del soggetto - possono minacciare la salute degli altri»; S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 903 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 69-70; A. M. Vecchietti, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 105-107 secondo cui «resta, pertanto, il dubbio che ciò che deve avere preoccupato maggiormente il legislatore sia stato, subito e con validità di effetti, attuare intanto le forme di coercitive della libertà solo a "questi" cittadini, certamente ancora molto scomodi, con l'apparente intenzione di tutelare la loro salute, ma con il recondito fine sia di proteggere da essi la società, sia di modificarne il comportamento, attraverso sistemi autoritari di controllo delle devianze».

¹¹⁹ In senso negativo Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 211, in *Giur. cost.*, 1988, I, 795 ss., nel riferirsi al mutamento profondo nella concezione giuridica della malattia mentale e del conseguente trattamento da riservare a chi ne è colpito, sottolinea come mentre i poteri di pubblica sicurezza esercitabili in tale materia si assottigliano enormemente o scompaiono, quelli attinenti agli accertamenti e ai trattamenti sanitari obbligatori vengono riclassificati e attribuiti ai sindaci

¹²⁰ In questo senso C. Castronovo, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 1990, 193; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1984, 368.

¹²¹ S. Merlini, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 74 ss.; A. Pace, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., 296-298; S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 889 ss.; A. Cerri, *Libertà II. Libertà personale - dir. cost.*, cit., 9; M.



giurisprudenza¹²², che riconosce, in caso di trattamenti coattivi, l'integrazione tra la disciplina dell'art. 32 e quella dell'art. 13 Cost., al fine di affiancare alla garanzia sostanziale del diritto alla salute quella giurisdizionale della libertà personale. L'intervento del giudice¹²³ verrebbe ad ovviare alla carenza di un interesse collettivo diretto, attraverso l'esperimento di una verifica caso per caso, capace di bilanciare in modo armonico, anche alla luce del carattere non omologante che è proprio della malattia mentale, i diritti del singolo e ciò che è giusto per consentirne la tutela, in vista dell'obiettivo della conservazione e sviluppo della personalità dell'individuo. Una opzione interpretativa alternativa trova la sua base nella distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e necessitati¹²⁴, non assimilabili in virtù della differenza tra cogenza dell'obbligo legale e necessità della misura terapeutica: secondo tale interpretazione, infatti, l'obbligatorietà dei primi dipenderebbe da un'imposizione del legislatore, mentre la necessità dei secondi, ovvero l'esigenza di sottoporvisi in assenza di alternative terapeutiche, dalla natura della patologia e dalle conoscenze mediche. In tali termini l'art. 32, 2° co., Cost. sarebbe riferibile solo alla prima delle due situazioni, residuando per i trattamenti necessitati presumibilmente la disciplina di cui all'art. 13 Cost. inteso nell'accezione estensiva. Potrebbe apparire improprio richiamare la necessità quale giustificazione del trattamento, tuttavia è lo stesso art. 34 l. 833/1978 a porre, quale condizione per il Tso, lo stato di acuzie del paziente che se si esprime nelle forme dell'urgenza, ovvero di una situazione di sofferenza psichica acuta e grave, renderebbe necessario un intervento diagnostico e terapeutico immediato, il che legittimerebbe nell'immediato la sottoposizione a trattamento ex art. 54 c.p., per poi consentire la riesplorazione della volontà del paziente superata la fase acuta.

Delineato il profilo finalistico, si può passare alla considerazione degli altri profili (condizioni, modalità e riserva di legge) che connotano l'attuazione del trattamento, in tal senso, si è eccepita da più parti la genericità e indeterminazione nelle definizioni dei presupposti del Tso specie in relazione al profilo del rispetto del principio di legalità, nella misura in cui il legislatore si sarebbe limitato a ribadire la possibilità che certi trattamenti sanitari obbligatori senza indicare quali e in quali ipotesi di fatto¹²⁵. Si è sottolineata inoltre la mancanza di una disciplina specifica e di idonee garanzie per il trattamento obbligatorio extraospedaliero, così come si è denunciata l'evanescenza della formula normativa che condiziona il trattamento in degenza ospedaliera all'"urgenza" degli interventi terapeutici (art. 34 l. n. 833/1978), la quale involge valutazioni di marcata discrezionalità tecnica, tali da ridurre, di fatto, la funzione di convalida del giudice tutelare alla dimensione puramente formale del controllo esteriore, della "conta dei documenti"¹²⁶.

Ci si è domandati ancora come il cittadino, obbligato a subire accertamenti e trattamenti sanitari non perfettamente determinati, possa legittimamente difendersi per impedire l'adozione di provvedimenti comunque coercitivi della sua

Luciani, *Salute I) Diritto alla salute – Dir. cost., cit.*, 9; Id., *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 3, 441-442; A.M. Vecchiotti, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 111-113; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 186 ss.; D. Piccione, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 4137 ss.; I. Ciolli, *I TSO e le proposte di riforma della legge 180 del 1978. Problemi e prospettive*, in R. Foschi, *La libertà sospesa. Il trattamento sanitario obbligatorio – psicologia, psichiatria, diritti*, Fefè ed., Roma, 2012, 36; S. Rossi, *Sussurri e grida: riflessioni su follia e libertà nell'ennesimo testo di riforma della legge Basaglia*, in *Pol. dir.*, 2012, 2-3, 469 ss. *Contra* nel senso della riconducibilità della disciplina in materia al 2° co. dell'art. 32 Cost. D. Vincenzi Amato, *sub art. 32, 2° co., cit.*, 176 ss.; F. Modugno, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 317 ss.; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 53 ss.; V. Crisafulli, *In tema di trasfusi obbligatorie*, cit., 560 che configura l'art. 13 come norma speciale rispetto all'art. 32 Cost.

¹²² Corte cost., 27 giugno 1968, n. 74, in *Giur. cost.*, 1968, 1080 ss.; Corte cost., 28 marzo 1973, n. 29, *ibidem*, 1973, 300 ss.; Corte cost., 20 aprile 1978, n. 46, *ibidem*, 1978, I, 537 ss.; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, *cit.*

¹²³ In questa sede non posso che accennare all'interesse sollevato in termini *de iure condendo* dai modelli giurisdizionali stranieri che hanno affrontato la tematica dei trattamenti sanitari in materia di salute mentale tra i più recenti cfr. R.D. Schneider, *Mental health courts and diversion programs: A global survey*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2010, 33, 201 ss.; T. Caney, *Australian mental health tribunals – 'Space' for rights, protection, treatment and governance?*, *ibidem*, 2012, 35, 1 ss.

¹²⁴ Sulla definizione tra obbligatori e coattivi M. Luciani, *Salute I) Diritto alla salute – Dir. cost., cit.*, 10-11; sui trattamenti necessitati M. Cartabia, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, cit., 456-457 che si riferisce alla sentenza Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in www.giurcost.org.

¹²⁵ C. Castronovo, *La l. n. 180, la Costituzione e il dopo*, cit., 614, il quale denuncia una vera e propria assenza di fattispecie.

¹²⁶ E. Carbone, *Habeas corpus e sofferenza psichica: riflessioni di un giudice tutelare*, in *Dir. fam.*, 2005, 2, 611; D. Piccione, *La crisi della giurisdizione sui provvedimenti limitativi della libertà personale estranei a fini penali*, in *Giur. cost.*, 2002, 3175, parla di «mancato rispetto del principio di tassatività scaturente dalla riserva assoluta di legge che si riverbera inevitabilmente sulla pienezza del sindacato giurisdizionale».



libertà personale, in carenza di una normativa specifica in materia¹²⁷. Pur prendendo atto che l'intero procedimento è circondato da garanzie stragiudiziali di tipo socio-sanitario ispirate al rispetto della persona, attenta dottrina¹²⁸ ha ritenuto necessaria l'estensione del controllo giurisdizionale anche alla fase del ricovero, da un lato per responsabilizzare la classe medica e gli amministratori locali in relazione a decisioni che coinvolgono le vite degli altri, dall'altro al fine di impedire eccessi nelle pratiche terapeutiche in uso, come elettroshock, contenzione e somministrazione di psicofarmaci.

Nonostante le critiche menzionate, la disciplina in commento è una grande assente nella giurisprudenza costituzionale (a differenza della legge del 1904), in quanto la Corte non ha mai avuto modo, se non in via indiretta, di valutare possibili profili di illegittimità delle legge 'Basaglia'. Non v'è da dolersene nella misura in cui le lacune e le carenze della legge 180, che ha definito un equilibrio flessibile tra salute, diritti e dignità, sono state abbondantemente compensate dalla crescita nella tutela dei diritti umani e dal recupero e reinserimento di soggetti indeboliti dalle barriere esistenti nella società.

5. La dignità nella Costituzione: per un'interpretazione mite.

Tralascio in questa sede di affrontare argomenti molto suggestivi e complessi inerenti all'origine del concetto di dignità¹²⁹ e al suo uso in contesti costituzionali stranieri e in ambito sovranazionale¹³⁰, per concentrarmi, seppur in sintesi, sull'interpretazione e sul valore della dignità nell'ambito della Costituzione italiana. Da essa emerge, in particolare, una prospettiva relazionale e sociale della dignità che trova letterale esemplificazione nel riconoscimento del diritto alla *pari dignità sociale* (art. 3, 1° co.), nel diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza dignitosa (art. 36, 1° co.) ed infine nel diritto al rispetto della dignità umana, che limita l'iniziativa economica privata (art. 41, 2° co.). Accanto alle previsioni in cui vi è un riferimento esplicito alla dignità, ve ne sono numerose altre in cui vengono utilizzati termini o espressioni volte a richiamarla: ci si riferisce agli artt. 13, 4° co., 27, 3° co., 29, 2° co. e 32 Cost.

Sullo sfondo si profila inoltre la previsione di cui all'art. 2 Cost. che, nel riconoscere il diritto del singolo, come individuo e nel contesto delle formazioni sociali, *allo sviluppo della personalità* (estrinsecandosi nell'esercizio dei diritti politici, economico-sociali e culturali) ne concreta la più elevata espressione nella partecipazione di tutti lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, 2° co., Cost.).

Vi è da notare che, nella Costituzione italiana, il soggetto con cui la dignità viene posta esplicitamente in relazione non è mai l'uomo in quanto tale, astrattamente considerato, bensì *l'homme situé*, ossia la persona riguardata nella sua concreta collocazione nel tessuto sociale¹³¹.

¹²⁷ Sui profili processuali e le relative criticità A.M. Vecchietti, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 78 ss.; G.L. Fontana, *Commento agli artt. 34 e 35 della legge n. 833 del 1978: norme per gli accertamenti e i trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, II, 1259 ss.

¹²⁸ Sul punto G. Visintini, *La nuova disciplina sui trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali. Riflessi sulla nozione di incapacità di intendere e volere*, cit., 455. In tema di terapie elettroconvulsionali R. Passione, *La violenza nella storia della psichiatria: il caso dell'elettroshock*, in *Rivista sperimentale di freniatria*, 2003, 3, 99 ss.; sulla contenzione G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1483 ss.; M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, *ibidem*, 2013, 1, 159 ss.

¹²⁹ Un excursus storico-filosofico si trova in F. Viola, *I volti della dignità umana*, in A. Argiroffi, P. Becchi, D. Anselmo (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007)*, Roma, Aracne, 2008, 101-113; cfr. anche P. Becchi, *Il principio dignità umana*, Brescia, Morcelliana, 2009, 11-17 e, più diffusamente, U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 7-40.

¹³⁰ Senza alcuna pretesa di esaustività P. Becchi, *La dignità umana nel «Grundgesetz» e nella Costituzione italiana*, in *Ragion Pratica*, 2012, 38, 25 ss.; M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Esi, Napoli, IV, 2011, 3123-3173; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, 45-78; J. Luther, *Razonabilidad y dignidad humana*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4, 7, 2007, 295-326; G. Rolla, *Il principio della dignità umana. Dall'art. 10 della Costituzione spagnola al nuovo costituzionalismo iberoamericano*, in Aa.Vv., *The Spanish constitution in the European constitutional*, Dykinson, Madrid, 2003, 1459-1480. Per un panorama della giurisprudenza delle corti europee, cfr. M. Di Ciommo, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze, 2010; C. Picocchi, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Cedam, Padova, 2013, 105-167.

¹³¹ S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Esi, Napoli, 2007, 28, n. 1, sostiene che alla persona, più che un concetto generico di «dignità umana», si addice quello più specifico di «dignità sociale», proprio perché quest'ultima pone in rilievo «una modalità essenziale della collocazione della persona all'interno del complessivo sistema di relazioni in cui si trova ad operare». La qualificazione in senso sociale della dignità serve, quindi, a fornire



Tale inquadramento porta a riflettere sul tema della dignità attraverso la funzione¹³² che concretamente viene a svolgere, considerata sotto tre profili:

- a) una funzione di difesa (*Abwehrfunktion*), che si esplica nella forma del «non dominio»¹³³ come «desiderio umano, profondo e universale, di rispetto e di dignità»;
- b) una funzione di protezione (*Schutzpflichtfunktion*), che presuppone l'adozione da parte dello Stato di misure e strumenti atti a tutelare la dignità delle persone da violazioni provenienti da soggetti privati;
- c) una funzione di prestazione (*Leistungsfunktion*), che impone allo Stato il dovere di apprestare le condizioni minime indispensabili per consentire il soddisfacimento dei bisogni essenziali della persona, favorendone la 'fioritura' delle capacità¹³⁴.

Le tre funzioni esposte sono tra loro strettamente connesse e, come nel domino, *simul stabunt simul cadent*, tuttavia appare indispensabile riconoscere come la garanzia della dignità, in quanto norma fondamentale costitutiva dell'identità ed autonomia personale, serve preliminarmente a tutelare sia l'auto-rappresentazione, sia la concezione dei valori del singolo, obbligando, perciò, l'ordinamento giuridico a tutelare l'autodeterminazione individuale. La dignità viene quindi intesa prioritariamente, in senso giuridico, come libertà fondamentale di poter disporre di se stessi e di poter formare il proprio destino in modo responsabile¹³⁵.

Ciò non comporta la caduta in un soggettivismo anarchico, ma postula alla necessità giuridica di ricondurre la libertà, la cui dimensione originaria si rinviene nella *communitas*¹³⁶, ad armonia con la solidarietà, intesa come responsabilità verso l'altro.

In questa prospettiva, la dignità umana, quale «concetto di relazione», si fonda sul «riconoscimento [giuridico e] sociale»¹³⁷, in conformità alla costruzione intersoggettiva dell'essere umano: questi infatti diviene persona, non in una astratta situazione di indipendenza priva di vincoli, ma solo in una concreta condizione di interdipendenza, di prossimità con altri, attraverso i processi di socializzazione e di comunicazione. Mediante questi processi, peraltro la persona apprende diritti e doveri, si assume le proprie responsabilità verso gli altri e immergendosi nella comunità, ne emerge dotata di dignità. Tale riconoscimento fa sì che, da un lato, gli individui – rispettando reciprocamente l'altrui identità – e, dall'altro, lo Stato – «riconoscendo e garantendo» loro i diritti – concorrano al fiorire della persona umana¹³⁸.

concretezza alla nozione di «persona», all'interno di una ermeneutica costituzionale che «stabilisce una relazione necessaria tra esistenza, libertà, dignità, sviluppo della personalità».

¹³² Si riprende G. Resta, *La dignità*, in S. Rodotà, M.C. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, 2010, 278 che richiama D. Hömig, *Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2007, 633, specie 638.

¹³³ P. Pettit, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, tr. it. P. Costa, Feltrinelli, Milano 2000, 32 ss., elaborazione che, differenziandosi dalla concezione della libertà come non interferenza, non può essere scissa dall'idea di virtuosa partecipazione alla vita pubblica, dato che è proprio quest'ultima ad assicurare che il cittadino non sia un suddito.

¹³⁴ Si può asserire che la funzione di protezione e quella di prestazione trovino riscontro nell'ideale della pari dignità sociale affermato in Costituzione su cui C. Amirante, *La dignità dell'uomo nella Legge fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1971; G. Ferrara, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Giuffrè, Milano, 1974, 1098; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, 202; A. D'Aloia, *I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, XV-XIV; M. Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3131 ss.; S. Niccolai, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità. Appunti per una ricerca*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, Esi Napoli, 2012, 2213 ss.

¹³⁵ Ciò ci allontana dalla concezione della dignità quale valore supercostituzionale, indisponibile e non bilanciabile, in quanto esso stesso con-fine delle libertà costituzionalmente protette, in tal senso A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 345 ss.; A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo secondo diritto costituzionale*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Giuffrè, Milano 2011, 1755 ss. In senso critico avverso questa «tirannia della dignità» U. Neumann, *Die Tyrannie der Würde. Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1998, 84, 2, 153-166; F.J. Wetz, *Menschenwürde als Opium fürs Volk. Der Wertstatus von Embryonen*, in M. Kettner (Hg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, 221-248.

¹³⁶ R. Esposito, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino, 1998, XII.

¹³⁷ H. Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde* (1993), in Id., *Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Tübingen, 1995, 117 ss., specie 129 ss.

¹³⁸ N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Duncker und Humblot, Berlin, 1965, 60-63 e 68-69. Sul punto F. Belvisi, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 161 ss. specie 167 ss.



La dignità umana si profila quindi come risultato del riconoscimento giuridico e sociale dell'identità personale, che si realizza attraverso la titolarità e l'esercizio dei diritti, esercizio che, stante la reciprocità del riconoscimento, deve essere rispettoso della dignità altrui.

5.1. Dignità e salute mentale: dallo stigma all'integrazione.

La cifra esplicita di ogni offesa alla dignità umana figura nel ridurre l'uomo ad una sua parte, nel farne una sineddoche esistenziale. Così, si offende la dignità di una persona malata quando la si identifica con la sua malattia, in quanto, pur nell'essere malata, essa non perde la qualità di soggetto morale; anzi, per certi aspetti, la malattia ne amplifica l'umanità, modificando la percezione che ciascuno ha di sé e del contesto che vi sta attorno.

Le innovazioni legislative inaugurate dalla riforma sanitaria della fine degli anni '70 hanno condotto ad un sostanziale cambiamento istituzionale che ha avuto rilevanti implicazioni sociali: infatti, la cura del malato mentale si è spostata oltre le mura dell'ospedale psichiatrico, concentrandosi nel territorio e nel rapporto con la comunità. L'esigenza di cura nei confronti della malattia mentale è tornata così ad essere prioritaria rispetto alle esigenze di difesa e di custodia della follia, ma ciò non significa che le istanze espulsive si siano esaurite e abbiano cessato di esprimersi nella forma dello stigma¹³⁹. Infatti le forme attraverso cui la collettività ha elaborato, ed elabora tuttora¹⁴⁰, dispositivi per tentare di circoscrivere la malattia mentale rendono testimonianza di quanto nella società certi paradigmi si siano sedimentati in una sorta di precomprensione collettiva, che esprime l'intimo e costitutivo legame con la tradizione.

Ne è espressione significativa, sul piano giuridico, la circoscrizione che, anche dopo la soppressione dei manicomi, la legge n. 180/1978 non sia riuscita a liberare i malati psichici anche dall'altro *asylum*, quello immateriale e legale caratterizzato dalla privazione di diritti e libertà, in cui continuavano a rimanere astretti a causa dell'immutato regime delle incapacità. In tal senso i progetti individuali per realizzare l'obiettivo dell'integrazione nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica o di inserimento professionale, così come il sistema integrato di interventi e servizi sociali a sostegno delle famiglie¹⁴¹ hanno preconstituito il terreno su cui innestare interventi normativi volti a superare la c.d. «emarginazione dell'incapace dalla società dei contraenti»¹⁴², primo passo per il dispiegarsi della soggettività nel quotidiano.

Se infatti, nel rapporto con gli altri il sofferente psichico misura l'ampiezza del suo disagio, al contempo esso sperimenta quanto un patrimonio di capacità ancora gli appartenga: in particolare, le relazioni giuridiche di tutti i giorni, premessa materiale ed espressione prima della riconquista di socialità sottesa alla scommessa basagliana, costituiscono senz'altro il terreno più fertile, e insieme più insidioso, per un progetto di 'rinascita sociale' e di contenimento dello stigma psichiatrico.

«Occuparsi della sofferenza psichica significa [infatti] chiedersi come regolare rapporti e decisioni che si inseriscono nelle condizioni di fragilità, di fatica, di malattia e di battaglia, di *handicap*, di non-autosufficienza, di declino delle forze e della vitalità, di vecchiaia, di attesa e di desiderio di morire (...). Problema del giurista (...) è chiedersi come attrezzare le

¹³⁹ Si evoca la classica definizione dello stigma come diniego d'identità, costituito dalla sovrapposizione di un'identità sociale attuale connotata da un attributo squalificante all'identità sociale virtuale correlata alle attese normative. Cfr. E. Goffman, *Stigma. L'identità negata*, cit., 13 ss.

¹⁴⁰ «Non esiste gruppo sociale che sia stato più dolorosamente stigmatizzato delle persone colpite da *handicap*, sia mentale che fisico. Inoltre, molti che si opporrebbero sinceramente ad ogni forma di stigmatizzazione basata sulla razza, il sesso o l'orientamento sessuale, pensano invece che un qualche genere di trattamento differenziato sia giusto nei confronti di coloro che sono diversi "per natura"». Così M. Nussbaum, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, 2004 trad. it., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2005, 353-354.

¹⁴¹ In conformità con le Linee di indirizzo nazionali per la salute mentale, emanate nel 2007 dal Ministero della salute, che nel contesto designato dalla riforma psichiatrica hanno consolidato i due Progetti obiettivo salute mentale 1994-1996 e 1998-2000. Su queste basi si intende strutturare un'analisi volta a confermare che solo attraverso l'implementazione della rete dei servizi e delle forme di accompagnamento all'autonomia si può riconoscere dignità a persone con problemi di salute mentale.

¹⁴² C. M. Mazzoni, *Libertà e salvaguardia per l'infermo di mente: una «contrattualità della vita quotidiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 464. In questo senso assume un ruolo fondamentale legge 9 gennaio 2004, n. 6 su cui P. Cendon, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 135 ss.



decisioni in questi stati: la dignità di poter decidere, la difficoltà di saper decidere, la sicurezza del contesto della decisione e di chi interagisce con il sofferente»¹⁴³.

Elevare quindi la relazionalità, nelle sue diverse forme di concretizzazione, a cifra fondamentale di tutti i bisogni insoddisfatti dei sofferenti psichici, assumendola anzi a *leitmotiv* intorno a cui riordinare coerentemente la disciplina giuridica di questi soggetti, ci spinge – oggi – a ricondurre il cuore dell'intero discorso nel contesto della dignità, dovendosi assicurare a tutti e a ciascuno il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa¹⁴⁴.

6. La salute mentale come diritto dell'uomo: profili di diritto internazionale e sovranazionale.

Nell'approccio al discorso sui diritti umani risulta necessaria una «conversione verso il basso»¹⁴⁵, che dovrebbe prendere origine dalla pluralità dei contesti, delle culture, delle religioni e degli stili di vita, nella misura in cui, quando si discute di tali diritti, «non si tratta del fallimento o del successo di un'idea, bensì del destino e delle possibilità di vita di esseri umani reali»¹⁴⁶.

Considerare la questione da tale prospettiva significa 'prendere sul serio' non solo la logica funzionale dei diritti, ma anche le molteplici forme di disuguaglianza e di vulnerabilità ad essa connesse, i bisogni delle persone e le modalità di esercizio dei diritti, ovvero l'idea stessa di sviluppo umano¹⁴⁷.

La salute mentale e i diritti umani raramente sono messi in relazione in un modo sistematico e pensato¹⁴⁸, tuttavia entrambi cooperano nel delineare un approccio potente e moderno per far progredire il benessere dell'uomo. Questa relazione circolare può essere espressa considerando come: a) la politica della salute mentale influisca sui diritti umani; b) le violazioni dei diritti umani influiscano sulla salute mentale; c) l'esplicita promozione sia della salute umana sia dei diritti umani li potenzi a vicenda.

In tal senso la strategia del rispetto dei diritti umani, implementata dall'*empowerment* dei malati e delle loro famiglie, dalla lotta contro i pregiudizi e la discriminazione e dall'adozione di strumenti legislativi appropriati, rappresenta un linguaggio che accomuna le varie forme normative (di *hard o soft law*) proprie dell'ordinamento internazionale¹⁴⁹ o sovranazionale¹⁵⁰.

¹⁴³ P. Zatti, *Oltre la capacità di intendere o di volere*, in G. Ferrando, G. Visintini (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 45.

¹⁴⁴ Il tema della vulnerabilità si lega strettamente a quello della dignità, per cui diventa fondamentale «che le persone abbiano assicurate le condizioni affinché la loro vita possa essere considerata e sentita come una vita che valga la pena di essere vissuta (oltre che garantita in quanto tale), attraverso l'eliminazione delle forme di vulnerabilità e l'eliminazione della sofferenza socialmente generata, che erode le basi della dignità, dell'eguale rispetto e della reciprocità dei riconoscimenti» (B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2004, 44.).

¹⁴⁵ P.C. Bori, *I diritti umani e le culture*, in S. Mattarelli (a cura di), *Il senso della Repubblica*. Doveri, Franco Angeli, Milano, 2007, 158.

¹⁴⁶ K.W. Merks, *Anthropocentrism*, in C. Vander Stichele (a cura di), *Disciples and Discipline. European Debate on Human Rights in the Roman Catholic Church*, Peeters, Leuven, 1993, 180.

¹⁴⁷ T. Casadei, *Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani*, in Id. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, cit., 94.

¹⁴⁸ J.M. Mann, *Introduction*, in Id., *Health and Human Rights*, 1999, 7.

¹⁴⁹ Centrale appare la Convenzione Onu per la tutela dei diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 (risoluzione A/RES/61/106), aperta alle sottoscrizioni il 30 marzo 2007 ed entrata in vigore il 3 marzo 2008. L'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione sono state disposte in Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18. Per un'analisi F. Seatzu, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: diritti garantiti, cooperazione, procedure di controllo*, in *Dir. umani dir. int.*, 2009, 3, 259 ss.; C. Colapietro, *I principi-valori della 'apri dignità sociale' e del 'pieno sviluppo della persona' quale fondamento costituzionale della tutela delle persone con disabilità*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, cit., 961 ss.

¹⁵⁰ Si ricordano, nel contesto europeo, la raccomandazione 818 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla situazione dei malati mentali, del 1977; la raccomandazione R(83)2 sulla protezione legale delle persone che soffrono di disturbi mentali ricoverati come pazienti involontari, del 1983; la raccomandazione R(90)22 sulla protezione della salute mentale di alcuni gruppi più vulnerabili della società, del 1990; la raccomandazione 1235 dell'Assemblea parlamentare sulla psichiatria e i diritti umani, del 1994; la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, del 1997; la raccomandazione R(99)4 sui principi che concernono la protezione legale degli adulti incapaci di intendere e di volere, del 1999; il Libro Bianco del CDBI sulla protezione dei diritti umani e della dignità delle persone che soffrono di disturbi mentali, specialmente quelli che sono ricoverati in strutture psichiatriche come pazienti involontari, del 2000; la raccomandazione Rec(2004)10 sulla protezione dei diritti umani e della dignità delle persone con disturbi mentali, del 2004; la Dichiarazione di Helsinki sulla salute mentale in Europa, adottata durante la conferenza ministeriale organizzata dall'OMS dal 12 al 15 gennaio 2005 ad Helsinki; il *Green paper*, documento approvato nel 2005 dal Parlamento europeo sulla promozione della salute mentale, dell'inclusione sociale, delle pratiche basate su servizi territoriali. Ancora più recentemente, nel giugno 2008, a



Tale normativa sui diritti umani fornisce un mezzo di indiscutibile influenza, ma spesso trascurato, per favorire i diritti e le libertà delle persone con sofferenza mentale: in primo luogo, nella misura in cui il compendio normativo dei diritti umani è l'unica fonte che legittima il vaglio da parte di istanze sovranazionali delle politiche e delle prassi riguardanti la salute mentale all'interno di una nazione sovrana¹⁵¹; in secondo luogo, in quanto, esso fornisce i principi e le tutele fondamentali, patrimonio di diritti intangibili, che sono quindi sottratte al processo politico, inteso come ambito di scelte maggioritarie.

Nel corso della ricerca, anche sulla base degli arresti giurisprudenziali, si tenterà di dimostrare il potenziale statico/dinamico (ovvero difensivo/promozionale) dei diritti umani in tre aree importanti della politica sulla salute mentale: a) il diritto ad un'equa procedura nel ricovero obbligatorio e successivo trattenimento in strutture protette, ad es. la rappresentanza legale, un processo, e il ricorso a esperti indipendenti; b) il diritto a condizioni di ricovero umane e dignitose, ad es. evitare condizioni di negligenza o di maltrattamenti negli ospedali psichiatrici e forme dannose o invasive di trattamento medico; c) tutela dei diritti di cittadinanza, ad es. riconoscimento della privacy, del diritto al matrimonio, diritto di voto e di associazione.

Tale approccio è finalizzato alla ricerca e definizione dello statuto di quello che è stato definito l'universale «diritto ad avere diritti»¹⁵², preconditione di un ordinamento atto a comprendere chi è vulnerabile – il non eletto, il diverso, il debole – inserendolo in una prospettiva, come quella dell'etica della cura o del *capability approach*, che affianchi alla logica dei diritti quella dei bisogni.

Bruxelles è stato approvato un Patto tra i Paesi europei sulla salute mentale e il benessere (*European pact for mental health and well being*), che riconosce la salute mentale come un diritto dell'uomo, in quanto consente ai cittadini di usufruire di benessere e qualità della vita, promuove l'apprendimento, il lavoro e la partecipazione nella società.

¹⁵¹ Sul punto si veda la giurisprudenza della CO.DU., 5 novembre 1981, *X. c. Regno Unito*, ric. n. 21830/93; 5 ottobre 2004, *H.L. c. Regno Unito*, ric. n. 45508/99; sez. V, 27 marzo 2008, *Shtukaturov c. Russia*, ric. n. 44009/05; 13 ottobre 2009, *Salontaji-Drobnjak c. Serbia*, ric. n. 36500/05. Sulla Convenzione interamericana sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione delle persone disabili e sulla giurisprudenza della Corte Interamericana si rinvia a H. Cohen (a cura di), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales*, Organización Panamericana de la Salud - OPS, Buenos Aires, 2009.

¹⁵² H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Comunità, Milano, 1996, 413; anche, con consueta efficacia, F. Modugno, *I diritti del consumatore: una nuova 'generazione' di diritti?*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, III, Esi, Napoli, 2008, 1392 che definisce «il diritto a poter usufruire dei diritti» come meta-diritto fondamentale e inviolabile che nel contempo è anche «un diritto a condizioni minime di esistenza».