



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

*Dipartimento di Giurisprudenza
Dottorato di Ricerca in
Diritto Pubblico e Tributario nella Dimensione Europea
Ciclo XXVII*

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

*“La salute mentale nell’intersezione tra i diritti.
Profili di un dialogo costituzionale”*

Settore disciplinare IUS/08

RELATORE:

Chiar.ma Prof.ssa Barbara PEZZINI

CANDIDATO:

Stefano ROSSI

Matricola n. 1022246

ANNO ACCADEMICO 2014 / 2015

INDICE

PREMESSA

<i>Perché dialogare su diritti e salute mentale?</i>	7
Introduzione e obiettivi di un percorso di ricerca	

CAPITOLO I

I. *Influssi e riflessi*

1.1. Il diritto costituzionale in equilibrio	16
1.2. Il costituzionalismo quale fattore di integrazione tra storia e società	22
1.3. Il disgelo costituzionale e la normatività della Costituzione	31
1.3.1. L'applicazione diretta della Costituzione: forme del disgelo	39
1.3.2. I due poli del cambiamento: interpretazione e pluralismo	44
1.4. Lo sviluppo della persona come progetto costituzionale	57
1.5. La lenta eclissi dell'autorità	65
1.5.1. La critica alle istituzioni totali	77
1.5.2. La messa a nudo delle contraddizioni: un parallelo tra legge 194 e 180 del 1978	89
1.6. Riflusso e resilienze	100

CAPITOLO II

II. *La tutela della salute. Profili costituzionali di un diritto espanso*

SEZIONE 1

L'art. 32 e le "ammorzature" dell'edificio costituzionale

2.1. Il diritto alla salute nei lavori della Costituente e nella lettera della Costituzione	105
2.1.1. Scomposizione e ricomposizione di un diritto fondamentale	111

2.1.2. La salute come diritto sociale	120
(a) Diritti sociali e forma di Stato	120
(b) Evoluzione dello statuto giuridico dei diritti sociali	123
(c) Rapporto tra diritti di libertà e diritti sociali	131
(d) Fondamento costituzionale dei diritti sociali	136
2.2. L'evoluzione della tutela della salute attraverso il formante dottrinale	143
2.2.1. Dalla salute pubblica al vissuto della persona	149
2.3. La legislazione e il segno dei tempi	158
2.3.1. La legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale	165
2.3.2. La razionalizzazione del sistema sanitario	170
2.3.3. La riforma del Titolo V e la salute	178
2.4. La giurisprudenza come motore della trasformazione	185
2.4.1. Dal danno biologico al danno esistenziale: il cavallo di legno e la cittadella del diritto	191
2.5. Il diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale: riflessi su identità e persona	207
2.5.1. Il consenso informato come ponte tra salute e libertà	222
2.5.2. La forma dell'acqua. La salute da diritto fondamentale a diritto finanziariamente condizionato ?	231

SEZIONE 2

“Non ho l'arma che uccide il leone”: la salute mentale e il cambio di paradigma

2.6. La salute mentale nella Costituzione: il paradigma dell'unità di <i>soma</i> e <i>psiche</i>	246
2.7. Salute mentale: viaggio nei luoghi dell'incertezza	256
2.7.1. Il modello scientifico e il ruolo del diritto	268

2.8.2. Malattia mentale e legislazione: dal paradigma custodiale a quello di cura (1904-1978)	282
2.8.2.1. La legge Giolitti: il paradigma custodiale	284
2.8.2.2. La legge Mariotti: alle soglie della primavera	295
2.8.2.3. La legge Basaglia: quando la libertà è terapeutica	305
2.8.3. Brevi cenni sui profili critici e sulle lacune della legge 180/1978	318
2.8.4. Oltre la 180: riforma sanitaria e <i>soft law</i>	320
2.8.5. I LEA e la salute mentale	332
2.8.6. Programma costituzionale e modello italiano di servizi per la salute mentale	344
2.8.7. Uno sguardo comparato: il modello inglese	347
2.9. Oltre il diritto alla salute (anche mentale) verso un diritto delle capacità	357
2.9.1. L'amministrazione di sostegno come strumento per la fioritura della personalità	369

CAPITOLO III

III. *La salute mentale e l'eccedenza della libertà*

3.1. Non di sola salute vive l'uomo	377
3.2. La libertà personale nella Costituzione italiana	386
3.2.1. L'autodeterminazione come condizione della salute e strumento di libertà	398
3.3. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori nell'art. 32 Cost.	406
3.3.1. La disciplina legislativa degli accertamenti e dei trattamenti sanitari obbligatori	422
3.3.2. Le condizioni del trattamento coattivo nei confronti del sofferente psichico	429
3.3.2.1. Il dissenso come presupposto del trattamento	432
3.3.2.2. L'urgenza terapeutica come condizione legittimante	446
3.3.2.3. La mancanza di alternative extra-ospedaliere	455

3.4. I trattamenti sanitari obbligatori: fin dove la libertà può cedere il passo alla salute?	457
3.5. Approccio delle capacità e finalità costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio	468
3.5.1. <i>Per chi viaggia in direzione ostinata e contraria</i> : i malati di mente e i tossicodipendenti	474
3.6. Il nodo della pericolosità: un crittotipo insuperabile ?	479
3.7. La procedura: quando la forma è condizione sostanziale di libertà	489
3.7.1. Il ruolo dei medici e il loro mandato	491
3.7.2. Il sindaco, garante o esecutore ?	497
3.7.3. Il <i>munus</i> del giudice tutelare: una garanzia difficile	501
3.7.4. Note minime sulle garanzie amministrative e giurisdizionali	507
3.8. L'anomia del trattamento extra-ospedaliero: alla ricerca delle garanzie	510
3.9. La libertà è terapeutica ? Ipotesi tra gli artt. 13 e 32 Cost	513
3.10. Uno sguardo all'Inghilterra: per una riforma della procedura	519

CAPITOLO IV

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

4.1. Note sul principio di dignità	531
4.2. La dignità come concetto giuridico: tra valori e principi	543
4.2.1. La dignità come concetto giuridico: valore intrinseco o esperienza di riconoscimento ?	552
4.2.2. Evoluzione del principio di dignità nell'esperienza costituzionale tedesca	571
4.2.3. Sostiene Dworkin	578
4.2.4. Sostiene Nussbaum	586
4.3. La dignità sociale nella Costituzione italiana	592
4.3.1. L'uso della dignità nell'ermeneutica della Corte costituzionale	600
4.4. La dignità come principio relazionale: un tentativo di sintesi	609
4.5. Dignità e salute mentale: dallo stigma all'integrazione	614
4.6. La dignità pretesa: la messa al bando della contenzione in psichiatria	619

4.7. La chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari	629
Conclusioni	642
Bibliografia	654

Premessa

PERCHÉ DIALOGARE SU DIRITTI E SALUTE MENTALE? Introduzione e obbiettivi 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 consolidate.

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, essendole invece precluso un inserimento organico nella vita della comunità¹.

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 offre, le contraddizioni ancora insite nell'ordinamento, la difficoltà di declinare entro forme di tutela effettiva determinati diritti, senza dimenticare le linee evolutive che, nel campo dei diritti civili e sociali, hanno inteso restituire dignità sociale ai 'folli'.

In tali termini, il percorso di analisi che si è 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 salute – rappresentabile come fascio o costellazione di diritti – entro la cui cornice la salute mentale si iscrive in conformità con l'idea dell'indivisibilità di *soma* e *psiche*², entrambe fondamento e condizione dell'identità della persona.

¹ 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.

² 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

In quanto qualificante la condizione umana, la salute mentale non può peraltro essere valutata solo in termini strettamente individualistici, ma anche e prevalentemente sotto il profilo relazionale, cioè considerando la persona non isolata ma inserita nella comunità, non come un “problema sociale” da rimuovere, ma quale forma di “diversità espressiva” da comprendere e valorizzare, pur nella complessità e difficoltà della sua condizione.

Ciò emerge anche dalla «Dichiarazione sulla salute mentale per l'Europa - Affrontare le sfide, creare le soluzioni», sottoscritta al termine della Conferenza di Helsinki del 2005, ove si afferma come non vi sia salute senza salute mentale, ovvero che *«la salute e il benessere mentale sono fondamentali per la qualità della vita, poiché consentono di dare un significato alla vita e di essere cittadini attivi e creativi. La salute mentale è un componente basilare della coesione sociale, della produttività, della pace e della stabilità nell'ambiente di vita, poiché contribuisce allo sviluppo del capitale sociale e dell'economia delle società. (...) La promozione della salute mentale migliora la qualità della vita e il benessere mentale dell'intera popolazione»*.

Quindi, superata la vecchia dicotomia tra mentale e organico, nel contesto di una visione dinamica della salute, si può constatare l'esistenza di un rapporto di reciprocità, più profondo di quanto si fosse supposto, tra lo stato generale, le funzioni dell'organismo e le cognizioni, gli stati d'animo e, in generale, il benessere mentale di ciascuno.

In questa prospettiva, la ricerca qui proposta intende approfondire in termini sistematici i profili emergenti nella tutela del diritto alla salute mentale, come peculiare espressione del ‘vissuto’ della persona, come fonte e luogo di svolgimento dell'identità e dignità dell'individuo socializzato e, al contempo, quale crogiuolo paradigmatico del conflitto tra libertà e autorità.

Nel campo della salute mentale, l'affermazione di tali principi fondamentali diviene infatti determinante sotto diversi profili: in particolare, per valutare i tratti specifici che connotano lo statuto giuridico della salute mentale, e se, attraverso di esso, si possa definire un paradigma di analisi dei diritti della persona. Diviene pertanto ineludibile la proposizione di un'*actio finium regundorum*, in termini di legittimità, tra sfera dell'autorità e quella della libertà nell'ambito dei trattamenti psichiatrici; come pare

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).

logicamente conseguente considerare le condizioni che consentono di improntare e interpretare la disciplina legislativa in materia e il concreto trattamento da essa garantito ad un giudizio di compatibilità e coerenza con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, in una parola con la sua dignità; e, infine, esaminare, tenendo conto della natura sociale del diritto, le strategie per orientare le concrete scelte del decisore pubblico in ordine al riconoscimento, messa a disposizione e qualificazione (in termini di gratuità/onerosità) di un determinato servizio, trattamento o terapia.

In questo orizzonte giuridico, il collegamento tra personalità, libertà e salute trova radice nell'art. 32 Cost., che qualifica il diritto alla salute come «fondamentale». La tutela costituzionale della salute si intreccia quindi, da un lato, con la tutela generale della personalità (art. 2 Cost.), con i diritti fondamentali di eguaglianza e dignità (art. 3, 1° co.) e di libertà della persona (art. 13), dall'altro, con le norme che garantiscono le espressioni sociali dell'individuo, assicurando da parte della Repubblica l'erogazione dei servizi a ciò finalizzati (art. 3, 2° co.).

Quella che emerge dall'art. 32 Cost. è quindi una posizione giuridica soggettiva complessa, fondata essenzialmente sul riconoscimento del diritto alla salute come valore sociale, che attribuisce al singolo la titolarità sia di un diritto sociale, sia di un diritto di libertà e correlativamente impone un dovere di preservare la salute pubblica. Ma è appunto l'adempimento di tale dovere che va bilanciato e temperato con il diritto alla libertà del singolo – che si può esprimere anche nell'estremo rifiuto di qualsiasi cura o sostegno – nella misura in cui la legge può imporre un determinato trattamento sanitario solo quando esso abbia la duplice e contestuale funzione di tutelare l'interesse collettivo alla salute pubblica e, al contempo, essere volto a favorire la salute dell'individuo. Questo meccanismo ad 'incastro' consente di salvaguardare gli interessi della società (del collettivo), senza far sì che la persona divenga mezzo, anziché fine dell'attività istituzionale.

L'ulteriore previsione, data dal rispetto della persona, assume poi il rilievo e la natura di “contro-limite” valutativo alla cui stregua verificare la corrispondenza dei trattamenti sanitari, in ciascuna delle sue fasi, ai precetti costituzionali.

Seppure la Costituzione non definisca il contenuto della salute, non c'è dubbio che la sua qualificazione come diritto fondamentale esiga una sua strutturazione conforme ad

un contenuto adeguato all'idea di persona come unità di tutti quegli aspetti che il pensiero, nel suo ragionare per distinzioni ed opposti, osserva e cataloga come componenti della stessa.

Ed esattamente in questa prospettiva il processo evolutivo, che, dalla salute come assenza di malattia ha portato alla sua definizione come stato di benessere, si è concentrato su due aspetti fondamentali: a) quello che vede l'espansione della salute agli aspetti psichici o mentali del benessere; b) quello per cui il benessere si centra sulla soggettività, sull'esperienza che ciascuno ha del proprio stato fisico, mentale e spirituale. Il che non significa ridurre la salute ad un concetto puramente soggettivo, lasciato nella sua determinazione alla volontà dell'individuo, ma considerare rilevanti i profili personali, il vissuto, nella misura in cui lo stato di salute determina la declinazione della personalità di ognuno.

Il carattere unitario della persona e della tutela che ad essa spetta in virtù dei principi costituzionali ha posto al centro dell'attenzione, in particolare del giurista, aspetti prima trascurati: così si trascorre dal potere alla libertà di disporre di sé stessi, intesa non solo con riferimento al proprio corpo (nell'ambito della comunità, sul lavoro o nella *privacy* familiare), ma anche a quel *surplus* che fa dell'individuo un soggetto morale, ossia l'identità personale.

In tal modo, anche attraverso la valorizzazione della componente "mentale" della salute, l'analisi si apre al vissuto della persona, ossia agli aspetti interiori della vita sentiti e vissuti dal soggetto, ossia ad eventi che non appartengono immediatamente alla sfera dell'osservabile, ma possono farvi ingresso solo attraverso la comunicazione, l'interpretazione e l'empatia; eventi che sono tali ma che non si rappresentano nel linguaggio della scienza medica né di altre scienze bensì solo nel linguaggio della relazione³.

La salute mentale rappresenta dunque una delle ipotesi maggiormente significative in cui la costruzione e lo svolgimento dell'identità della persona e i percorsi di affermazione della sua dignità vengono ad incidere sull'attuazione del diritto alla salute come è oggi inteso; al contempo esso costituisce un banco di prova particolarmente utile ed efficace, consentendo di analizzare i settori più problematici di esplicazione dei classici diritti costituzionali nelle loro diverse dimensioni, allo scopo di trarre poi

³ H.G. GADAMER, *Dove si nasconde la salute*, Raffaello Cortina, Milano, 1994, 28 ss.

induttivamente, dai risultati raggiunti, conclusioni a livello sistematico idonee a tracciare un quadro dei rapporti intercorrenti tra salute mentale, riconoscimento della persona e tutela della sua libertà-dignità.

In tal senso il rispetto della persona umana, intesa in chiave assiologica e cioè di posizione dei valori *socialmente* e *normativamente* rilevanti, è concetto che, nel suo irriducibile ed essenziale nucleo significativo, si risolve nella tutela ad oltranza del valore della persona, la cui essenza si coglie nei diritti fondamentali ad esso riconosciuti.

Ciò ci introduce al secondo “rasoio di Occam” che guida questa ricerca, 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’autodeterminazione, 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., un ruolo disciplinante i trattamenti sanitari obbligatori, come disposti dalla legge n. 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 pubblica, 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’aggra 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 esprime il centro di riferimento delle garanzie di libertà. Centro di gravità e al contempo di equilibrio, che, nel suo irriducibile ed essenziale nucleo significativo, si risolve nella tutela della dignità dell’individuo, la cui essenza si coglie nei diritti fondamentali ad esso inerenti (eguaglianza, libertà e solidarietà sociale).

L’analisi che si intende sviluppare interseca quindi le concezioni della salute e della libertà, in un moto circolare che vede la libertà, specie nel settore psichiatrico, venir

interpretata alla luce della formulazione espansa che caratterizza la salute come vissuto personale. La libertà viene infatti a evolvere, o a trasformarsi, da principio di tutela del dato materiale, inteso in termini penalistici, ad espressione dinamica della esistenza della persona, del suo patrimonio irrinunciabile espresso nell'affermazione costituzionale dell'autodeterminazione. Se la salute mentale non è solo salute, è perché l'eccedenza assiologica che la caratterizza si completa e compendia nella libertà, come luogo – pur limitato e composito – entro cui si forma la struttura morale della persona.

Tuttavia questa concatenazione, che sembra a prima vista lineare, non sarebbe completa se, a sua volta, non fosse 'problematizzata', considerando come anche il concetto di dignità – che rappresenta uno dei presupposti per la riattribuzione al soggetto affetto da disturbi psichici di un ruolo nel contesto sociale – permetta di accedere a percorsi ricostruttivi che si snodano in direzioni divergenti e persino opposte. La dignità, infatti, può essere ricostruita qualificandola come valore *supercostituzionale*, che fonda gli altri diritti costituzionali, e, in quanto tale, non bilanciabile ovvero in una prospettiva più condivisibile, se ne può ammettere il valore in termini plurali e soggettivi⁴.

In particolare, considerando il campo della salute mentale, si tratterà di valorizzare le potenzialità insite nel principio di dignità in una duplice prospettiva: inteso, in via preliminare, come riconoscimento dell'invulnerabilità (e autonomia) della stessa, e al contempo, in funzione del richiamo alla 'pari dignità sociale', come strumento per ridare spessore alla cittadinanza delle persone con infermità mentali, laddove, sancita la loro libertà formale (attraverso le previsioni della legge n. 180/1978), si rende ancora necessario garantire e approntare i mezzi atti a rimuovere gli ostacoli che ne impediscono la piena realizzazione.

Il riferimento alla dignità umana si rappresenta quindi come uno dei concetti-chiave 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 riconoscimento della malattia faceva solitamente seguito l'omologazione ad un'unica categoria sociologica, l'internato in manicomio, che, non essendo più soggetto, ma oggetto, vedeva il proprio

⁴ Il concetto di dignità, in quest'ultima accezione, socializza il rapporto di sé a sé, trasformandolo in un rapporto di sé con gli altri (l'umanità): così nel rapporto che l'individuo sviluppa con sé stesso (e con il proprio corpo) la dignità opera come sinonimo di libertà e autodeterminazione nella definizione di ciò che è degno o meno; mentre nel rapporto con i terzi tale concetto opera come dovere di rispettare l'autonomia e le determinazioni altrui.

destino gestito dall'istituzione, subendo passivamente un processo di spersonalizzazione attraverso l'etichettamento e lo stigma⁵.

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, per quanto sia possibile, al recupero della capacità di svolgimento della sua personalità, sia in termini identitari che relazionali.

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, ovvero coloro che vivono nella sofferenza. È lo scontro con la complessità dei problemi che ci rammenta come la semplice proclamazione 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.

Nella loro essenza i diritti infatti esprimono pur sempre una forma di lotta per l'affermazione dell'autonomia, non costituiscono principi già dati una volta per tutte quanto piuttosto un «non-essere-ancora»⁶ che implica costantemente l'azione e invoca atti politici e istituzionali⁷.

In tale prospettiva, pur considerando il carattere necessariamente magmatico di un *work in progress*, si è inteso tentare di rispondere ad una domanda centrale: ovvero, se e come si sia possibile, alla luce del dettato costituzionale in materia di salute (mentale) e

⁵ 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?».

⁶ 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).

⁷ T.H. CASADEI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012, XXI.

attraverso una rilettura critica dei principi di libertà e dignità, ridare ‘cittadinanza’ all’infermo di mente, consentendo il recupero e l’espressione a livello individuale e sociale delle potenzialità di svolgimento della sua personalità.

CAPITOLO PRIMO

INFLUSSI E RIFLESSI

SOMMARIO: 1.1. Il diritto costituzionale in equilibrio – 1.2. Il costituzionalismo quale fattore di integrazione tra storia e società – 1.3. Il disgelo costituzionale e la normatività della Costituzione – 1.3.1. L'applicazione diretta della Costituzione: forme del disgelo – 1.3.2. I due poli del cambiamento: interpretazione e pluralismo – 1.4. Lo sviluppo della persona come progetto costituzionale – 1.5. La lenta eclissi dell'autorità – 1.5.1. La critica alle istituzioni totali – 1.5.2. La messa a nudo delle contraddizioni: un parallelo tra legge 194 e 180 del 1978 – 1.6. Riflusso e resilienze

1.1. Il diritto costituzionale in equilibrio

È possibile tentare di ripensare il percorso dei diritti affermati in Costituzione analizzandoli «dal basso»¹, nella concretezza della loro evoluzione, considerando la feconda contraddizione tra utopia e realtà che li caratterizza alla luce del rapporto dialettico tra democrazia prescrittiva e democrazia responsiva ?

La domanda non è eludibile e ad essa si può dare solo una risposta affermativa se si vogliono recuperare al senso del diritto tutte le tensioni ideali, le speranze e perfino le illusioni che hanno alimentato e alimentano le varie stagioni dei diritti.

Appare pertanto centrale – nella poliedricità delle funzioni svolte – il richiamo alla Costituzione quale ideale regolativo dello sviluppo sociale². L'ordinamento costituzionale, in questa peculiare prospettiva, funge infatti da “stanza di compensazione” rispetto alla rapidità e instabilità delle condizioni materiali della società moderna, laddove non ogni trasformazione o evoluzione è di per sé sostenibile o integrabile³.

¹ L'indagine qui sviluppata ha ad oggetto un argomento periferico nel contesto degli studi costituzionalistici, ovvero il tema della tutela della salute mentale, volendo farne un paradigma di analisi per saggiare alcune dicotomie cardinali della nostra materia, ovvero autorità/libertà, diritti individuali/diritti sociali, socialità/autodeterminazione.

² H. HASE, *Steuerung der Evolution des sozialen Sektors durch Verdassungsrecht*, in *Sozialer Fortschritt*, 1988, 32, 265 ss.

³ Appare incontestabile che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, i rapidi mutamenti politici e sociali, il processo di globalizzazione dell'economia, accompagnato dalla crisi della sovranità statale, ed

I fattori tecnologici e scientifici, i mutamenti economici, sociali e antropologici hanno assunto una rilevanza tale da incidere profondamente sulle strutture e sulle dinamiche istituzionali, sul ruolo dei gruppi che rappresentano categorie di soggetti e di interessi, sulle posizioni dei cittadini, venendo a mutare il senso dell'appello al diritto e le stesse forme di regolamentazione giuridica.

Così le possibilità offerte, in particolare dalla scienza, hanno ricondotto nel dominio della volontà decisioni che prima non vi appartenevano, collegando perciò le conseguenze di quella scelta ad un atto umano e dunque ad una responsabilità individuale⁴. Dimenticate le “grandi narrazioni” rassicuranti⁵, viviamo in uno scenario in cui ciascuno è chiamato ad una scelta tra plurime opzioni, ciascuna delle quali costituisce principio di normatività e criterio di giudizio del mondo⁶, secondo prospettive assolutamente inedite⁷. Il diritto si rappresenta così dominato dalla categoria della possibilità, poiché l'uomo, sciolto da vincoli di necessità, è chiamato a prendere posizione ed a compiere una scelta su questioni fondamentali.

L'incessante evoluzione di cui è portatrice l'innovazione scientifica, già oggetto di difficile metabolizzazione sociale soprattutto in conseguenza delle novità che arreca (in

infine, il progresso scientifico e tecnologico, hanno ampliato la zona di confine tra il certo e l'incerto, espandendo la penombra che avvolge il linguaggio, i principi e le regole (anche, ma non solo) del diritto, in cui pertanto l'incertezza domina evidente ed esplicita. Cfr. G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006, 5 ss.

⁴ G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 278. In questi termini J. POUSSON-PETIT, *Procréation artificielle dans les pays romanistes*, in M.T. MEULDERS et al. (a cura di), *Biomedicine, the Family, and Human Rights*, The Hague, 2002, 515 secondo cui le scoperte mediche della seconda metà del XX secolo hanno attribuito all'uomo le c.d. tre “padronanze”: vale a dire la “padronanza” della riproduzione, quella dell'ereditarietà (ovvero la possibilità di modificare in tutto od in parte il patrimonio genetico di un individuo) e quella dell'apparato nervoso, per il cui tramite si è sostanzialmente assistito alla mutazione della stessa definizione di «persona umana» in funzione dei criteri dettati dalle neuroscienze.

⁵ J.F. LYOTARD, *La Condition postmoderne: rapport sur le savoir*, 1979; trad. it. *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1981, 25 ss.

⁶ N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 19. In senso critico V. POSSENTI, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola ?*, Rubettino, Soveria, 2012, 19 ss. che osserva come tale prospettiva determinerebbe la fine del diritto e della giustizia consegnati ad una volontà individuale arbitraria sciolta da ogni obbligo.

⁷ Così A. D'ALLOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 237 secondo cui «L'impatto controverso delle questioni scientifiche relative alle fasi decisive dell'esistenza umana e dell'individualità biologica sull'etica e sul diritto, trova qui un nodo veramente cruciale. Le scelte tecniche, legate a presupposti scientifico-razionali, chiamano in causa i grandi dilemmi sul valore della vita, sulla percezione che ognuno ha o può avere della propria esistenza, nel rapporto con gli altri, con la propria visione del mondo, con quello che ciascuno di noi si porta dietro come patrimonio morale, come identità al tempo stesso individuale e relazionale»; anche S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, 10 ss.

tema di procreazione assistita, di ricerca genetica o di diversi usi del corpo⁸), ha poi posto in discussione dati antropologici su cui si basavano le norme giuridiche, con l'indubbio effetto di porsi essa stessa quale fonte, dotata di un'intima forza produttrice, di regole in grado di scardinare qualsiasi assetto normativo.

Si è affacciato così il timore di un «*droit saisi par la biologie*»⁹, privo della sua autonomia ontologica, incapace di farsi interprete di valori diversi da quelli direttamente proposti dal mondo della scienza, a cui tuttavia sarebbe ottuso rispondere, in modo difensivo, attraverso una visione autoritaria del diritto – ovvero attraverso una regola giuridica che invadendo i mondi vitali, si impadronisse della «nuda vita»¹⁰ – in quanto si tratterebbe solo di una scorciatoia per chiudere in apparenza un conflitto, precludendo in realtà qualsiasi riflessione sulla funzione, i limiti e gli strumenti del diritto.

Anche la stessa società, tormentata dai problemi della «modernità liquida»¹¹, ha varcato la lontana soglia del diritto¹², non trovando però risposta alle sue istanze nella lettera della legge o nel circuito rappresentativo¹³, il che ha determinato un reflusso verso la giurisdizione la quale, di conseguenza, è divenuta il canale principale all'interno del quale far confluire conflitti di nuova matrice e bisogni sociali ancora in via di maturazione, al fine di ottenere, se non giustizia, perlomeno visibilità e legittimazione sul piano politico e sociale¹⁴.

⁸ Si rinvia ai saggi raccolti in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I-II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011.

⁹ C. LA BRUSSE-RION (a cura di), *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1996.

¹⁰ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.

¹¹ Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 3 ss. Rispondendo alcuni anni prima a Keith Tester, Bauman parlava più in generale di una «modernità liquida, che indica allo stesso tempo continuità (fusione, sradicamento) e discontinuità (mancata solidificazione della massa fusa, assenza di riradicamento)» e aggiungeva: «finora il concetto mi è sembrato utile e appropriato». Cfr. Z. BAUMAN, *Società, etica, politica: Conversazioni con Zygmunt Bauman*, Feltrinelli, Milano 2002, 104.

¹² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 19.

¹³ Così P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi ?*, in *Dir. soc.*, 2011,1, 45 secondo cui «la fattualità dei nostri giorni [che] si connota per rapidità, mutevolezza, complessità [è] un tessuto indocile, recalcitrante a ogni irretimento, tanto più ad una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae ad ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione, che è vocata a permanere nel tempo. Il diritto, realtà complessa, pluri-dimensionale, che è in perenne ascolto delle richieste del corpo sociale, respinge la sua dimensione ufficiale, legislativa, perché non serve, e recupera su altri piani; per esempio valorizzando al massimo il piano dell'interpretazione/applicazione, fonte duttile, versatile, disponibile alle variazioni; fonte insomma dalla intensa storicità. Una interpretazione/applicazione che si muove in due direzioni: quella della mediazione tra vecchia legge e fatti nuovi; quella della supplenza nel colmare vuoti non supportabili dalla coscienza collettiva».

¹⁴ In tal senso M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, 114-115.

Peraltro, l'impostazione personalistica, che trova sintesi in Costituzione¹⁵, ha contribuito a rovesciare la tradizionale prospettiva che vedeva il diritto esclusivamente dal punto di vista dei "produttori" e del loro "prodotto" (il legislatore e la legge, la pubblica amministrazione e l'atto amministrativo, il giudice e il provvedimento giudiziale), ponendo attenzione all'«individuo, ai gruppi, alla società insomma, e così ai bisogni, alle istanze e alle aspirazioni di individui, gruppi e società e soprattutto agli ostacoli di varia natura — economici, culturali, psicologici — che si frappongono fra il diritto inteso come "prodotto" e il cittadino che a tale "prodotto" chiede di avere accesso»¹⁶.

Sicché l'esercizio delle libertà garantite dai diritti fondamentali si prefigura come libertà preferenziale (*Freiheit des Beliebens*), da costruire in un percorso che integri le rappresentazioni, gli obiettivi e gli scopi della persona, senza limitazioni interne o preventive, nella misura in cui «dal punto di vista dello Stato [essa] è libertà formale [per cui] il titolare del diritto fondamentale non deve orientare la propria azione agli interessi dello Stato»¹⁷.

Ciò non significa negare il profilo relazionale del diritto o la necessità di tener conto degli interessi generali in favore di un atteggiamento solipsistico, ma dar conto dei mutati rapporti tra Stato e individuo e tra quest'ultimo e il contesto sociale.

La società immaginata dalle Costituzioni del dopo *Auschwitz* è infatti una comunità in cui al riconoscimento dei «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali» si accompagna «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» secondo la splendida formulazione dell'art. 2 Cost. che rende plasticamente un'idea forte ed impegnativa di legame sociale, in base alla quale l'apertura all'altro è condizione imprescindibile di attingimento della propria individualità e viceversa, e al contempo sanziona una differente fondazione del potere sovrano¹⁸.

¹⁵ Personalismo che trova espressione «nell'idea-forza della centralità e del primato della persona umana considerata come soggetto di diritti in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento da parte dello Stato e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere». Cfr. V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 30-29.

¹⁶ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, 100.

¹⁷ BVerfGE, 19 dicembre 2000, 102, 370 [395], in *NJW*, 2001, 429.

¹⁸ Il fondamento di legittimazione dell'ordinamento politico è la persona che per mezzo d'un contratto s'unisce con altre persone e genera un'organizzazione politica sovrana. La sua volontà crea lo Stato, la sua volontà lo giustifica. L'idea dell'accordo fa della persona l'autonomo artefice del proprio mondo

Questo mutato quadro delle relazioni tra istituzioni e società ha reso comunque più complesso garantire la dimensione dell'effettività di tali diritti, che si delinea come trasversale, poiché maggiori possono essere le situazioni – derivanti dalla rapida evoluzione socio-economica e dai pericoli che l'accrescimento del progresso scientifico può determinare sulla vita, sulla sicurezza, sulla libertà – in grado di minarla, mettendo in discussione la dignità sociale e la reale libertà ed eguaglianza degli individui.

Appare necessario, per garantire prestazioni di tutela, dare accesso ad un «diritto omeostatico», capace di autoadattamento, di seguire il costante mutamento determinato dal legame tra scienza, tecnica e costume sociale¹⁹: ciò può avvenire attraverso la mediazione dei principi e valori espressi in Costituzione, di per sé sensibili all'evoluzione, che si concretano poi in forme di equilibrio riflessivo²⁰ attraverso i meccanismi interpretativi²¹.

Non si può peraltro sottacere come la riscoperta dei fatti strutturali, economici e sociali abbia inciso in profondità sulla funzione del diritto costituzionale, che, lasciata cadere la veste candida della purezza²² – troppo costringente – ha recuperato in carnalità²³.

Così come è accaduto ad altre categorie giuridiche della modernità, ciò che in origine si presentava come un principio formale atto, in pari tempo, ad identificare un'attribuzione astratta della persona come soggetto di diritto è venuto ad assumere tratti di “sanguigna” concretezza nel momento in cui si è fatto diritto vivente.

Ciò porta ad escludere una presunta autosufficienza del diritto e della scienza giuridica, così come dei loro artefici o interpreti (legislatore, giudice e giuristi), i quali sono

sociale. Cfr. H. HOFMANN, *Naturzustand*, in J. RITTER, K. GRÜNDER (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VI, Schwabe, Basel, 1984, 654.

¹⁹ L'adattamento della Costituzione ai fatti non può significare cedimento a questi ultimi, ma salvaguardia della funzione e l'essenza di valore che caratterizza la Costituzione stessa. Così M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale” ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013, 32 «Le Costituzioni (...) sono un fatto dell'uomo, e poiché è la storia la dimensione in cui l'uomo vive ed opera, la tensione *ad aeternitatem* delle Costituzioni implica l'accettazione della prospettiva dinamica, nel senso che esse debbono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento, accettando di essere in parte plasmate da quella stessa realtà sociale che hanno inteso plasmare». Anche L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 26 ss.

²⁰ G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2008, 250 ss.

²¹ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 38 ss.

²² P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 19 ss.

²³ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 10 ss.

vincolati al necessario confronto con i nuovi bisogni di giustizia, le nuove conoscenze ed esperienze, rinnovate speranze che mettono in discussione il diritto tramandato²⁴.

Si è realizzato in tal senso una sorta di rovesciamento, che ha mutato la prestazione fondamentale della Costituzione, la quale da «atto creativo» è divenuta «testo responsivo». Ciò corrisponde all'ispirazione stessa della Carta fondamentale che non vuole dei sudditi obbedienti, ma cittadini responsabili ed interroganti: così la «Costituzione che esige soggezione al progetto politico-sociale che essa imperativamente stabilisce ha lasciato il posto alla Costituzione alla quale ci si rivolge per trovare risposte condivisibili agli interrogativi che sorgono dai casi difficili della vita costituzionale»²⁵.

La Costituzione viene quindi a stabilizzare il rapporto tra continuità e discontinuità²⁶, istituzionalizzando, sul piano dei principi e delle procedure, il mutamento, al fine di consentire alla società di difendersi dall'assenza di certezze, creando spazi di partecipazione ed apprendimento sociale²⁷.

Questa prospettiva non può pertanto essere considerata come una sorta di resa del diritto di fronte all'innovazione, di cui subirebbe tempi e contenuti, nella misura in cui l'imposizione di un ordinamento rigido, arroccato entro una disciplina autosufficiente affidata a fattispecie chiuse, rischierebbe di allargare la faglia tra regola e realtà, determinando un'impossibilità regolatrice. Al contrario un diritto strutturato per

²⁴ Ciò consente di ipotizzare anche una nuova figura di giurista, per cui l'apporto delle scienze sociali è divenuto essenziale. Così S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 99 secondo cui «l'opera del giurista è nella costante riflessione sulla gran massa dei dati che la realtà sociale, le diverse tecniche, le scelte politiche fanno emergere, e nel loro orientamento secondo un costante disegno, reso palese nella sintesi che la scelta di ciascun strumento manifesta. Così, il giurista non è irrimediabilmente diviso tra idealità professate e specializzazione prescelta: ideologia e tecnica devono ricongiungersi, reintegrando il diritto nella cultura del suo tempo».

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, 228 e 230 ss.

²⁶ In questi termini anche H. DREIER, *Lo Stato costituzionale delle libertà come ordinamento azzardato*, Mucchi, Reggio Emilia, 2013, 22-24 secondo cui «Del resto una Costituzione deve adempiere da sempre ad una funzione di fondazione e di stabilizzazione e conseguentemente avanza la pretesa di rappresentare il fondamento, la cornice, il dato fisso e stabile del rispettivo ordine politico. Rimane tuttavia sempre una cornice ed un fondamento (...) non già ancora l'opera complessiva o l'intera costruzione (...) Ciò che è stabile, dunque il diritto come grandezza normativamente vincolante e assicurata attraverso la coazione statale, dev'essere fondato su ciò che è mobile, in particolare sull'idea della sua permanente modificabilità».

²⁷ D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, in *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 1990, 1, 18 ss.; trad. it. *Il futuro della Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 153 ss.

principi, in termini *miti*²⁸, tale da conservare l'attitudine ad operare anche in situazioni mutate, è la migliore garanzia contro il dominio della tecnica. Il diritto quindi deve incorporare il futuro, farsi «prospettico»²⁹, mettendo a fuoco le reciproche ibridazioni tra saperi che si generano dal mescolarsi e stratificarsi di significati scientifici, sociali e giuridici producendo nuove categorie e concetti, con cui la società pensa e discute se stessa e le direzioni dei propri cambiamenti.

1.2. Il costituzionalismo quale fattore di integrazione tra storia e società

L'osservazione dell'«esperienza giuridica» può essere declinata secondo approcci differenti e complementari, ora connettendola, in una prospettiva istituzionistica, al rapporto tra il diritto e la realtà sociale³⁰, ora ponendo l'accento sulle potenzialità dello studio storico del diritto «non più inteso come studio delle leggi di evoluzione oppure come studio ancillare rispetto a quello dommatico», ma quale strumento attraverso cui riflettere e partecipare dell'*esperienza* del diritto³¹.

Nell'avviare una ricerca su un tema complesso, come quello del diritto alla salute mentale nel nostro ordinamento, non si può non considerare che esso si è venuto strutturando – entro un determinato contesto storico-politico – in un singolarissimo e originale intreccio tra governo delle prassi, riscoperta dei diritti ed effervescenza sociale, condizioni che hanno influito e tutt'ora influiscono sul divenire dell'*esperienza giuridica* nel settore³².

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 11 che sottolinea come «la coesistenza di valori e principi, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non rinunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e integrazione e, al contempo, non incompatibile con la sua base materiale pluralista, richieda che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere».

²⁹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, 28-30.

³⁰ G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Milano 1953, partic. 65 ss.

³¹ P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista Aic*, 2014, 2, 5 ss. che si richiama ad A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1957, 3 ss.

³² Le idee, gli interrogativi, le pratiche che sostennero il lavoro di apertura di Franco Basaglia nell'ospedale psichiatrico a Gorizia, di Carlo Manuali a Perugia, di Sergio Piro a Salerno, avviarono, a partire dai primi anni '60, una stagione di straordinari cambiamenti. Una rivoluzione gentile che era sostenuta da scelte di campo e pratiche concrete: le porte aperte, la parola restituita, l'ingresso nel mondo reale animarono la paziente «lunga marcia attraverso le istituzioni» che quella impensabile apertura aveva tumultuosamente avviato. Solo nel 1968 il governo di centro sinistra, sulla spinta di quelle esperienze, varò la «legge Mariotti», che, nell'omologare il manicomio all'ospedale civile, nell'introdurre il ricovero volontario, avviava un processo di radicale cambiamento legislativo che si sarebbe concluso dieci anni dopo.

In questa prospettiva la storicità dell'esperienza giuridica appare centrale nella riflessione che si andrà sviluppando, favorendo una visione larga ed integrata del fenomeno giuridico³³, costituito da fenomeni complessi e, al contempo, alimentato dalle esperienze *particolari*, i cui vissuti concorrono a comporre un ordito intessuto non di astrazioni concettuali ma dei riflessi della relazione tra le regole e la vita³⁴.

In tal senso, il diritto costituzionale può essere osservato come uno specchio della società che organizza, rivelando aspetti peculiari non solo della storia istituzionale, ma anche delle storie del quotidiano: emerge quindi da tale ricerca il legame tra diritto e storia, che costringe il giurista, pur privo della vocazione o competenza dello storico, ad indagare e ricostruire le regole nella loro genesi e nel loro sviluppo nel corso del tempo³⁵, al fine di comprendere il senso e l'effettività degli istituti e delle istituzioni.

A dispetto di un'apparente incongruità, tempo del diritto e complessità sociale costituiscono quindi parte di una grammatica comune³⁶, capace di trovare nuovi segni o di reinterpretare quelli esistenti al fine di continuare quel dialogo intessuto del linguaggio dei diritti³⁷.

È dunque attraverso la definizione di un orizzonte temporale, scrutandone i cambiamenti e le invarianze, che si può cogliere il senso del collegamento tra passato e futuro che connota il tessuto costituzionale³⁸. Quello che si esprime attraverso il testo

³³ Ritengo, sotto il profilo metodologico, che sia inutile e antiquato andare alla ricerca della «linea di confine» fra l'attività del giurista e quella del cultore di scienze sociali, laddove i concetti giuridici, le forme che assumono (siano istituzioni, principi, diritti o doveri) si manifestano, al contempo, come realtà giuridico-teoretica e come realtà storico-fattuale. Per riferimenti P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001, 77 ss. e 94 ss.

³⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit. che pone in rilievo la stretta relazione tra la vita e le regole, indicando il rapporto complesso tra le tante, mai uniche, dimensioni che si vengono a intersecare tra la vita, le sue forme e i limiti dentro i quali immaginarle.

³⁵ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 43.

³⁶ Così E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 181 che nota come «Di per se stesso il processo temporale produce e modifica i riferimenti con cui i sistemi sociali elaborano le loro strategie di vita, costituiscono aspettative, verificano esperienze e registrano gratificazioni e delusioni. Ma nello stesso tempo i riferimenti con cui i sistemi sociali fanno tutte queste cose producono e modificano il processo temporale. Con un altro linguaggio si può dire che “spazio di esperienza” e “orizzonte di aspettative”, che sono categorie della temporalizzazione quanto della complessità, si vedono sempre più immergere in un processo di instabilità che si risente sugli ambiti della vita, sulla loro rappresentazione simbolica, sui dilemmi regolativi e, non da ultimo, sulle forme del legame sociale».

³⁷ Linguaggio, espresso attraverso principi e valori, che non ha una fissità metafisica, ma che si struttura attraverso un processo progressivo di consolidazione storica, soggetto quindi a subirne le variabili dinamiche, senza per ciò apparire effimero o episodico.

³⁸ Collegamento che connota in modo espresso il periodo che andremo ad considerare, che fungerà da quadro di riferimento per analizzare il terreno sociale, politico e culturale in cui l'affermazione del diritto alla salute è maturata in un contesto funzionalizzato all'estensione delle frontiere delle libertà individuali e sociali. Così anche P. COSTA, *Dalla “inattuazione” alla “inattualità” della Costituzione: qualche*

costituzionale non è un tempo unidimensionale o monologante, ma si pone in dialogo con lo spirito dei tempi: alcune volte con ritardo, in altre con l'anticipo di una promessa normativa che aspetta di inverarsi, il diritto costituzionale regola il tempo essendone a sua volta regolato³⁹.

A strutturare sull'asse del tempo il sistema dei valori di una comunità sociale sono il patrimonio storico-culturale, le comuni "esperienze vissute", la sua contemporaneità politico-culturale e le speranze per il futuro. Tali variabili rendono possibile la "presa" di una Costituzione, interpretabile e perfezionabile in termini giuridici⁴⁰.

Lo sfondo materiale sul quale i singoli interpreti "dipingono" le figure dell'ordinamento è dato dunque dalla cultura nazionale che colora lo Stato costituzionale ed è entro tale cornice che il testo acquista un contenuto peculiare variabile nel tempo e nello spazio⁴¹.

In particolare, nella cornice delle costituzioni del secondo dopoguerra, sembrano coesistere due profili tradizionalmente diversi: il discorso riferito a un ordine positivamente esistente e il progetto proiettato nell'orizzonte del futuro, momento di una lotta progressiva che aspira ad un ordine alternativo al presente⁴².

La Costituzione repubblicana si presenta come un'efficace sintesi dei due momenti: l'ordine retto dalla Costituzione è un ordine positivo che viene ad esistere nel momento stesso in cui l'Assemblea costituente lo sancisce, ma è al contempo un ordine progettuale che affida al futuro la sua concreta attuazione. Paradigmatiche, in questi termini, sono le disposizioni costituzionali di principio che, sublimando le matrici storico-ideali dell'ordinamento, da un lato dichiarano le radici e dall'altra orientano il futuro, sono quindi espressione – non contraddittoria – di fattori di conservazione e innovazione, laddove l'innovazione «consiste nella, sempre più pregnante e adeguata

considerazione introduttiva, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, cit., 28 che nota come «se nel primo trentennio dell'Italia repubblicana erano dominanti il nesso tra il presente e il futuro e l'aspettativa di un passaggio dal 'non ancora' al 'finalmente compiuto', la temporalità tende ora a darsi nell'immediatezza del bisogno e del consumo: domina la dimensione del presente e rende lontani e problematici, congiuntamente, il passato e il futuro».

³⁹ Il costituzionalismo è infatti un diritto presbite, che non vive mai esclusivamente il presente, perché incorpora il passato, dettando le linee direttrici del futuro

⁴⁰ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, cit., 78.

⁴¹ Sul diritto come insieme, inteso come fenomeno culturale si veda H. COING, *Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit*, in *Juristische Schulung*, 1981, 601 ss.; o ancora sull'idea dei "cerchi di cultura e diritto" cfr. J.J. VAN DER VEN, *Sozialrecht und Menschenbild*, in *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 1981, 9, 4 ss.; B. GROSSFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1996, 10 ss.

⁴² P. COSTA, *Diritti individuali e governo dei soggetti: un quadro tipologico*, in *Gior. storia cost.*, 2004, 7, 31 ss.

alle circostanze del presente, realizzazione del germe primigenio che costituisce il principio»⁴³.

E in tale riconoscimento si assume anche il riflesso dell'intrinseca storicità del diritto, in quanto nel principio vi è implicito il senso di una incompletezza e quindi la proiezione dinamica verso il futuro: i principi, difatti, nel momento in cui entrano a far parte del diritto positivo non perdono il loro originario tratto ottativo, ma nella concretezza dell'applicazione possono trovare osservanza sia nel loro dinamismo prospettico sia nella loro capacità di condurre a compimento le sedimentazioni del passato. Questo è dunque, a ben vedere, il *proprium* della giuridicità sempre colma delle sedimentazioni di una tradizione o di una cultura, ma tuttavia necessariamente incompiuta rispetto alle potenzialità evolutive dell'esperienza⁴⁴.

Naturalmente, l'attuazione del progetto costituzionale è vicenda in larga misura consegnata alla dimensione della storia e della politica: essa, pertanto, è il frutto, in primo luogo, di equilibri esterni al sottosistema giuridico e propri, viceversa, di altri sottosistemi sociali, a cominciare, appunto, da quello politico⁴⁵. E, in effetti, se si guarda alla storia repubblicana, è agevole accorgersi che il pendolo costituzionale, nel corso di questi sessanta anni, ha oscillato in una pluralità di direzioni: così ad un primo decennio, di sostanziale congelamento della Carta, ha fatto seguito la stagione del disgelo costituzionale⁴⁶, caratterizzata dall'ingresso a pieno titolo sulla scena istituzionale della Corte Costituzionale, da importanti riforme sociali e, infine, dall'attivismo della magistratura.

Testo e contesto si influenzano vicendevolmente⁴⁷, laddove nell'attività interpretativa (specialmente di una norma costituzionale) «non c'è solo l'oggettività del testo da interpretare, bensì pure la soggettività del soggetto interpretante, quella che è stata

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., 80.

⁴⁴ N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004, 27 ss.

⁴⁵ A. RUGGERI, *Teoria e usi della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 3, 519 ss. per il quale i valori politici, pur appartenendo al mondo del pre-giuridico, «si rivelano nel mondo del giuridico per il tramite dei principi» mentre «l'interpretazione dei principi non può svolgersi sterilmente in se stessa».

⁴⁶ Su cui si tornerà, per approfondirne i vari profili, nel prossimo paragrafo.

⁴⁷ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, cit., 43-44 che nota come «l'affare dell'interpretazione della costituzione, in senso stretto e in senso ampio, è consegnato non semplicemente ad una molteplicità di interpreti. Anche numerosi momenti materiali "contestuali", "anteriori" e "posteriori" ai testi giuridici contribuiscono a determinare in senso più profondo i processi di sviluppo della costituzione che si svolgono "dentro" i testi».

definita la precomprensione, o anche l'ineliminabilità di quelli che Lavagna denominava "contesti umani" e quindi anche, inevitabilmente, "contesti culturali" e "contesti sociali", tramite necessari per fissare il significato degli enunciati e per proporre la norma»⁴⁸.

Ciò trova conferma quando si voglia usare il diritto come specchio del presente, nel cui riflesso si manifesta il singolare rapporto con l'evoluzione sociale, nella misura in cui la realtà – rispecchiata nel diritto – «entra» nello specchio e ne modella le fibre, ottenendo, a volte con forzature, un adeguamento dello strumento alle evidenze e alle esigenze dell'esperienza⁴⁹. Questa irruzione avviene, naturalmente, attraverso l'interpretazione e l'applicazione, ovvero mediante il «diritto vivente» che «guarda alla vita della norma nel tempo e nello spazio»⁵⁰ rendendo visibile quella silenziosa trasformazione che ha condotto, nei nostri ordinamenti, dal primato della legge a quello della Costituzione.

Nell'accezione moderna di Costituzione si fa notoriamente riferimento all'ordinamento giuridico delineato in un documento scritto, a un insieme coerente ed unitario di norme relative al processo di produzione del diritto, ai criteri di gerarchia e competenza nella definizione dell'ordine delle fonti, ai poteri ed istituti che governano e garantiscono la tenuta del sistema, dunque alla cd. costituzione formale, tuttavia ciò non deve portare a sottovalutare l'elemento materiale, ovvero l'intreccio delle forze sociali e politiche che danno vita all'ordine sociale⁵¹.

Non vi è tra le due dimensioni una valenza oppositiva, laddove si ponga attenzione al fatto che, al di là dell'elemento giuridico formale della sua vigenza, la Costituzione è prima di tutto un testo che chiede ai suoi lettori di interrogarlo ed è appunto nel cercare risposte a tali domande che si attribuisce senso a disposizioni e norme permettendone un'effettiva recezione nel tessuto sociale.

Formalità e materialità⁵² concorrono a specificare caratteri e presupposti della normatività, laddove l'uno individua l'insieme dei principi che conformano

⁴⁸ F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Esi, Napoli, 2008, 29

⁴⁹ P. ZATTI, *Familia, Familiae – Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 1, 11.

⁵⁰ P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, 24.

⁵¹ P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., 8. In senso critico A. BALDASSARRE, *La normatività della Costituzione e i suoi «nemici»*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 14 ss.

⁵² Si veda C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940. Su cui, *ex pluris*, M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico*, in P. POMBENI (a cura di), *Potere costituente e riforme*

effettivamente la società in quanto politicamente custoditi (non dunque rimessi al generico consenso sociale maggioritario, ma presidiati da forze riflessive, strategicamente attente, e in grado di difenderli attraverso la mobilitazione politica), mentre l'altro indica gli enunciati che compongono il testo della costituzione scritta la cui applicazione è rimessa agli organi titolari della funzione normativa e alla libera comunità degli interpreti⁵³.

Il testo costituzionale non esaurisce i contenuti più ampi dell'ordinamento costituzionale, il quale, pertanto, non si identifica con le sole norme formalmente costituzionali, ma ricomprende anche quelle altre norme che, per il loro stretto collegamento con fini e valori sociali e politici, caratterizzando la forma di Stato e dando identità e linee di sviluppo all'intero ordinamento giuridico⁵⁴.

La costituzione non è quindi data come qualcosa di perfetto, fisso e immutabile. Non è nemmeno riducibile a una situazione, perché esiste solo attraverso comportamenti che la riconoscono come regola e, peraltro, non è solo disposizione, in quanto esiste solo

costituzionali, Il Mulino, Bologna, 1992, 73 ss.; A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano 2001. Come ricorda A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *Una e indivisibile*, Giuffrè, Milano, 2007, 10-11 «il ricorso alla costituzione materiale è assai utile sia per comprendere le origini e il fondamento dell'ordinamento costituzionale; sia per qualificare la “forma di stato”; sia per individuare, in una determinata situazione storica, la costituzione effettivamente vigente (non le singole regole della costituzione formalmente in vigore); sia per orientare la interpretazione e/o la integrazione dei testi costituzionali (soprattutto in riferimento a clausole elastiche o in riferimento a disposizioni “a fattispecie aperta”, come l'art. 2) (...) in breve per contribuire a costruire, con gli strumenti della più rigorosa scienza giuridica, quell'ordine costituzionale di cui la costituzione formale è un precipitato». In termini critici verso la categoria, utilizzata impropriamente per legittimare lo scostamento dalla regola formale, si veda R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 34 ss.; ID., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Jovene, Napoli, 2009, 55.

⁵³ M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 2, 297 e 300 il quale precisa che «ciò che consente di non considerare contraddittori i due aggettivi è l'introduzione di un elemento particolare: l'atteggiamento riflessivo e strategico sia delle forze politiche che degli interpreti. Per le une, la costituzione non si presenta come la piattaforma sulla quale il loro dominio dilaga, ma come un insieme di condizioni che consente un equilibrio reciprocamente vantaggioso, e che a tal fine va attivamente custodito; per gli altri, la costituzione non è un dato compiuto, ma un quadro da riempire di contenuti attraverso la forza dell'argomentazione, negli spazi garantiti, o 'delegati', o tralasciati, dall'equilibrio materiale stesso».

⁵⁴ In questi termini A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e Carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 311 e 328 ss. che descrive la complessa interazione sistematica fra l'«ordine costituzionale» (la base materiale), «testo costituzionale» (il precipitato formale) e l'«ordinamento costituzionale» (il nucleo dell'ordinamento giuridico), laddove quest'ultimo, riflettendo l'ordine costituzionale materiale, riesce a mettere insieme sia norme formalmente costituzionali che norme materialmente tali e costituisce, quindi, quel tronco da cui si dipartono i rami dell'ordinamento.

attraverso il ricorso ad argomenti che ne definiscono i contenuti. Essa è piuttosto un «progetto gettato»⁵⁵, ovvero l'energia ordinante che percorre l'intero ordinamento.

Così se la Costituzione è essenzialmente «*gesprägte form, die lebend sich entwickelt*»⁵⁶, allora attraverso di essa trovano espressione principi e valori, meccanismi di integrazione, cornici di regole per la riproduzione e recezione di culture, esperienze vissute e memorie tramandate⁵⁷.

Tale complessità era stata colta da uno dei maestri del diritto costituzionale, Vezio Crisafulli, che ebbe a delineare le dimensioni che sono rappresentate nella Costituzione attraverso una tricotomia, secondo cui con tale concetto si può intendere: a) «il “dato” concretantesi in un testo normativo scritto, deliberato od elargito come “la costituzione” di uno Stato determinato»; b) «il dato dell'esistenza, nell'ordinamento preso in esame, di certi istituti e norme “fondamentali e condizionanti”»; c) i dati di una realtà costituzionale che restituisce immagini concretissime e colorate della vita sociale, individuate, andando oltre i testi, «nella sottostante struttura sociopolitica, o nella struttura socioeconomica, della comunità»⁵⁸.

La Carta costituzionale, in tal senso, ha rappresentato un momento di discontinuità: non più riducibile a «catechismo filosofico-politico»⁵⁹, essa ha ampliato il proprio campo visivo, rivelando un paesaggio giuridico estremamente complesso che attinge alla complessità sociale emergente dal magma della storia nazionale⁶⁰.

⁵⁵ Il riferimento è al *Geworfenheit* concetto elaborato da M. HEIDEGGER, *Essere e Tempo*, Longanesi, Milano, 2005.

⁵⁶ Ovvero, forma plasmata che vivendo si evolve, così H. HELLER, *Staats-lehre*, Tübingen, 1983, 291 nell'adattare al diritto un mirabile verso di Goethe tratto da *Urworte. Orphisch*, in *Goethes eigene Kommentierung*, Bd. 1, S. 403-407. Ciò rappresenta uno sviluppo della dottrina di R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), Giuffrè, Milano, 1988, 72-74 che propone di ricostruire i diritti fondamentali sulla base della loro funzione come «fattori di integrazione» ed il relativo catalogo come una concatenazione di contenuti materiali della Costituzione, la cui compattezza deriva dall'essere essi stessi espressione di un «sistema culturale di valori».

⁵⁷ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, cit., 23 ss. secondo cui la dottrina della costituzione deve superare le impostazioni tradizionali del diritto costituzionale come scienza chiusa all'apporto esterno, aprendosi alle suggestioni e al contributo di dimensioni quali quelle della storia, sociologia, comparazione e politica costituzionale che intersecano non solo il diritto costituzionale positivo, così com'è, ma anche il diritto possibile, così come, in base allo specifico contesto culturale, può essere e come deve essere per rientrare nelle forme dello Stato democratico di diritto.

⁵⁸ V. CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enc. del Novecento*, Roma, 1975, I, 1030. Anche ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 30 ss.

⁵⁹ In questi termini Romano ebbe a definire le prime carte dei diritti del tardo Seicento; così S. ROMANO, *Le prime carte dei diritti*, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, 165.

⁶⁰ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 27 che definisce dirompente il fatto che «la nuova Costituzione si rappresenti come lettura della società, è più un atto di conoscenza che di volontà (...) ed è nuova perché finalmente la società con i suoi valori e interessi irrompe in un testo autorevole senza filtri,

Quindi valutando il fenomeno nel contesto istituzionale⁶¹, se ne può desumere come la struttura polisemica della Costituzione si proponga all'osservatore nella sua natura stratificata, fatta di procedure giuridiche (legislazione, giurisprudenza e dibattito dottrinale) che si connettono, in relazione ricorsiva, con lo strato sottostante declinabile nei concetti della cultura giuridica (principi, regole, valori, teorie dottrinali, strutture argomentative e meccanismi interpretativi) e dei fenomeni culturali emergenti in un dato contesto storico e sociale.

Il diritto costituzionale occupa dunque quello che Gillian Rose ha definito «il punto di mezzo»⁶². Tale luogo può essere visto come la soglia tra universale e particolare, tra la razionalità del diritto e la contingenza dei fatti, tra il diritto e l'incontro esistenziale che è la sua applicazione⁶³. Si tratta di un luogo in cui le dicotomie sopra menzionate s'incontrano in un modo mutuamente dipendente e costitutivo.

Tuttavia, riconoscere il ruolo giocato dall'elemento materiale della Costituzione nel conformare l'ordinamento, significa anche avere a disposizione una pluralità di strumenti per leggerne l'evoluzione: evoluzione che non è storia di armonia e di ordine sociale, ma di contestazione delle gerarchie, è storia di lotte, di antagonismi, di conflitti spesso laceranti con i quali è necessario confrontarsi⁶⁴.

La lotta per i diritti entro la cornice della Costituzione è però anche lotta *intorno* ai diritti, che si sviluppa entro le maglie del tessuto di principi che il costituente assume come unitario e omogeneo, tramite di un coerente e completo sviluppo della persona, ma che in realtà si presenta come un campo di tensioni destinate a lasciare il segno nel conflitto politico-sociale così come nel processo di interpretazione dottrinale e giurisprudenziale della Costituzione stessa.

tanto che si ha in esso lo specchio fedele di quella». Tuttavia sui rischi della “pan-costituzionalizzazione” si veda V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino 1994, 15 ss. e 20.

⁶¹ In tali termini R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013, 69-73.

⁶² G. ROSE, *The broken middle: out of our ancient society*, Blackwell, Oxford, 1992.

⁶³ Sull'attività di concretizzazione del diritto che, a rigore, non è né interpretazione né creazione di diritto si veda G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, 95 ss.

⁶⁴ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*², I, Giappichelli, Torino, 2006, 10 ss. Anche R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, cit., 20-21 che legge nel conflitto sociale il tratto caratterizzante da cui discenderebbero le proprietà operative delle norme costituzionali e, in una prospettiva più ampia, la chiave analitica che meglio permette di comprendere e apprezzare il senso più profondo della Costituzione italiana.

In tale prospettiva, quando la lotta per i diritti si svolge nella cornice di un ordinamento positivo costituzionalmente fondato, il conflitto assume la forma di lotta attraverso i diritti volta ad affermarne il carattere progressivo ed espansivo.

Nel campo della salute mentale, il movimento di deistituzionalizzazione ha utilizzato la critica del diritto, o meglio l'uso «alternativo» del diritto⁶⁵, per rivendicarne la promessa universalistica e la restituzione dei diritti, anzitutto quelli civili, agli internati nei manicomi. Diritti da mettere in pratica attraverso un'opera di "smontaggio" di dispositivi amministrativi, procedure tecniche, luoghi e saperi istituiti, con il fine di "inventare", prima e dopo la legge 180/1978, nuove istituzioni, completamente sostitutive dell'internamento alienante.

Come avremo modo di vedere, la restituzione del diritto alla salute non può infatti ridursi a un tecnicismo di tipo giuridico-amministrativo, in altri termini alla difesa di un buon governo delle reti di assistenza o allo scontro fra differenti visioni organizzative, fra cd. cattive e buone pratiche, svincolata da un'attenzione ai modelli di sapere e alle forme di apprendimento e di relazione.

Così «se l'acquisizione del diritto ad un nuovo rispetto della persona (...) non riesce a modificare i corpi professionali e le discipline che non lo hanno mai contemplato e che ora dovrebbero garantirlo, essa si riduce a pura enunciazione di principio, priva di possibilità di realizzazione completa»⁶⁶.

Ecco in poche parole rivelato il dato saliente, che connota anche questa «microstoria»⁶⁷ del diritto, il cui percorso si è strutturato nelle forme di un recupero del senso dei diritti, ovvero della loro capacità di lasciarsi plasmare dal basso, recuperando in fattualità e quindi in complessità⁶⁸.

⁶⁵ P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I-II, Laterza, Roma-Bari, 1973. Sul punto le riflessioni di P. COSTA, *L'alternativa presa sul serio: manifesti giuridici degli anni settanta*, in *Dem. dir.*, 1987, 54 ss.; più di recente M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Eut, Trieste, 2011, 15 ss.

⁶⁶ F. ONGARO BASAGLIA, *Tutela di diritti e saperi disciplinari*, in M.G. GIANNICEDDA (a cura di), *Salute/Malattia. Le parole della medicina*, AlphaBeta Verlag, Merano, 2012, 57 ss.

⁶⁷ Su tale indirizzo A. CARACCILO, *In margine a vent'anni di Quaderni storici*, in P. GROSSI (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986, 155 ss.

⁶⁸ Anche le vicende dell'espansione del diritto alla salute devono essere collocate entro un più vasto processo che ha connotato il Novecento giuridico: il recupero della fattualità del diritto, lo svincolo dall'abbraccio rassicurante, ma soffocante dello Stato, la presa di parola delle comunità intermedie e degli individui costituiscono il frutto delle virtualità dischiuse dalla riscoperta di una genesi del diritto dal basso aperta alle innovazioni del pluralismo sociale.

Per concludere sul punto, si può rammentare come i cambiamenti del sistema giuridico attraverso la storia, le radici sociali, economiche, politiche e religiose costituiscano le fonti del sapere che l'interprete apprende leggendo la vita del diritto. Ed è appunto analizzando il processo di costituzionalizzazione della cultura giuridica del nostro Paese⁶⁹ che l'intreccio tra tali dimensioni diviene visibile, allorquando la marcia impetuosa della persona verso il centro del sistema giuridico si colora di toni cangianti, ridefinendo ruoli sociali e, in definitiva, partecipando alla costruzione di un nuovo ordine giuridico attorno alla tavola dei valori morali e politici enunciata in Costituzione⁷⁰.

Sotto la spinta della materialità delle condizioni storiche e sociali, che non è più possibile tenere fuori dell'orizzonte del diritto, si è realizzata una riconcettualizzazione dell'universalità che ha portato alla costruzione dei diritti fondamentali, non più espressione di retorica astratta, ma frutto del suo *operare nel mondo*. Ed è lì appunto che il diritto costituzionale scava e costruisce, *nel dire e nel procedere*, facendo uso della semantica influente delle sue parole⁷¹ che hanno un potere che vincola e che, nei nostri sistemi sociali, incide e influenza i destini individuali e collettivi.

1.3. Il disgelo costituzionale e la normatività della Costituzione

Le promesse di rinnovamento⁷² insite nella Costituzione rimasero, per almeno una decina di anni dopo la sua approvazione, come «congelate»⁷³, astrette tra le condizioni

⁶⁹ Per un'interpretazione della stagione della costituzionalizzazione si veda G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Pol. dir.*, 1972, 3-4, 459 ss.; ID., *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981, 157 ss.; P. PERLIGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 20 ss., 74 ss., 145 ss.; A. PIZZORUSSO, *Le stagioni della Costituzione*, in ID. (diretto da) *Commentario della Costituzione italiana. Disposizioni transitorie e finali*, Zanichelli, Bologna, 1995, XLI; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 75 ss.; ampi riferimenti in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

⁷⁰ Come ricorda G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 1994, 157 ss. è essenziale, in una prospettiva storica e comparativa, studiare il diritto costituzionale «la rilevazione del dato e delle riplasmazioni normative con il sistema dei valori che, in mezzo a contrasti e conflitti, ha prevalso in seno all'opinione pubblica e ha influito sugli sviluppi concreti della Costituzione».

⁷¹ R. SACCO, *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, in J. VISCONTI (a cura di), *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Led, Milano, 2010, 11 ss.

⁷² La Costituzione italiana nasce da una differenziazione, da una netta presa di distanza rispetto al regime fascista e da una contestuale chiamata a raccolta di tutti coloro che si riconoscevano nei valori espressivi di tale risveglio democratico. Su cui AA.VV., *Dieci anni dopo. 1945-1955*, Laterza, Bari, 1955; V. ONIDA,

determinate dall'avvio della guerra fredda e dai suoi riflessi di politica interna⁷⁴ oltre che dalla naturale idiosincrasia dell'Amministrazione e delle strutture dello Stato ad accogliere le istanze di rinnovamento⁷⁵. Sicchè l'impasto tra aspirazioni di innovazione e continuità ebbe una trascrizione diversa a due livelli distinti: quello dei principi e quello delle realizzazioni effettive⁷⁶. Se infatti nella Costituzione, in particolare nei diritti fondamentali e nei valori ad essa sottesi, si riflettevano pretese capaci di indicare un percorso assiologicamente "progressivo"⁷⁷, nel contesto dei primi anni cinquanta non vi erano le condizioni sociali e politiche atte a recepire ed integrare tali tensioni, ossia «capaci di far seguire alla "poesia" costituzionale una "prosa costruttiva"»⁷⁸.

L'attuazione della Costituzione era dunque affidata quasi esclusivamente alla capacità progettuale del legislatore e dell'insieme dei poteri pubblici, poteri che i costituenti

La Costituzione nella storia della Repubblica, in 1945-1975 Italia, Giuffrè, Milano, 1975, 377 ss.; E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979. Un prezioso strumento per misurare le aspettative determinate dall'impresa costituente si veda U. DE SIERVO (a cura di), *Verso la nuova Costituzione. Indice analitico dei lavori dell'Assemblea Costituente. Spoglio sistematico delle riviste giuridiche dell'epoca*, Il Mulino, Bologna, 1980.

⁷³ Concetto espresso da E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 57, 85.

⁷⁴ Lo scontro ideologico, determinatosi nel dopo-guerra, aveva creato una frattura fra «l'area delle forze politiche presenti nelle istituzioni rappresentative (area della rappresentanza) e quella delle forze legittimate a governare (area della legittimità)» Cfr. G. SABBATUCCI, *La soluzione trasformista. Appunti sulla vicenda del sistema politico italiano*, in *Il Mulino*, 1990, 172. Si trattava di una limitazione della legittimità non in senso giuridico, ma in termini politici, che ha trovato espressione nella *conventio ad excludendum* (L. ELIA, *Governo (Forme di)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XIX, 1970, 634 ss.), quale formula descrittiva o ricognitiva della condizione del sistema politico italiano, nel quale un'area politica, quella comunista, è stata esclusa dalla possibilità di contrarre alleanze di governo. Per una visione complessiva P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Il Mulino, Bologna, 1997, 232 ss. e bibliografia ivi indicata.

⁷⁵ In proposito gli scritti di P. CALAMANDREI, in particolare *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori (1950)*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 288 ss.; *La Costituzione e le leggi per attuarla (1955)*, *ibidem*, 511 ss.; nonché C. MORTATI, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze, 1969, 463 ss.; indicative sono le considerazioni di G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro pad.*, 1954, IV, 60 secondo cui «A chi chiedesse quale applicazione abbia avuto la Costituzione durante la prima legislatura del parlamento italiano, si è tentati di riassumere in una sola parola la sconcertante risposta: nessuna».

⁷⁶ U. ALLEGRETTI, *Profili di storia costituzionale italiana*, Il Mulino, Bologna, 1989, 137.

⁷⁷ G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità*, Dedalo, Bari, 1997, 48 ss.; anche S. RODOTÀ, *Introduzione*, in AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1997, 12 ss. che si riferisce all'eccedenza costituzionale come eccedenza etica che verrebbe a caratterizzare la nostra Carta fondamentale.

⁷⁸ A. DI GIOVINE, *Dall'approvazione all'attuazione della Carta costituzionale: l'ineluttabile dilazione*, in *Dem. dir.*, 2005, 4, 38 che nota come «nella concretezza storica [sia] in effetti risultato evidente che quel terreno comune che si era rivelato prezioso per stilare principi mostrava la sua impotenza per promuovere politiche, tanto meno politiche di immediata attuazione costituzionale». Così anche F. BONINI, *Storia costituzionale della Repubblica*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, 80 ss. secondo cui nei partiti di maggioranza si era creato quasi un complesso di protezione della democrazia nei confronti della Costituzione.

avevano immaginato impegnati nella concretizzazione dei precetti costituzionali attraverso grandi leggi organiche di riforma sociale. Tuttavia, ad ostacolare tale auspicato sviluppo, era stato il repentino lacerarsi del tessuto connettivo di cui si era alimentato il patto costituente che aveva determinato l'inaridirsi della prospettiva di un percorso di attuazione attraverso l'azione concorde dei poteri pubblici, e più specificamente per via politico-parlamentare.

Questo tornante della storia repubblicana si caratterizzò quindi per la vigenza di una «Costituzione *fluida*»⁷⁹, impossibilitata a funzionare sia come costituzione rigida che come costituzione flessibile, in mancanza di quegli istituti atti a renderla effettiva, ovvero incidente sull'ordinamento⁸⁰.

La svolta, che avviò la fase del «disgelo costituzionale», fu determinata – sul piano politico – dall'elezione di Gronchi alla Presidenza della Repubblica e dalla prudente apertura a sinistra che ne seguì (con un progressivo avvicinamento dei socialisti all'area di governo)⁸¹, mentre – sul piano strettamente costituzionale – dalla conclusione, nella primavera del 1956, dell'estenuante processo di formazione della Corte costituzionale⁸². Senza l'istituzione della Corte, come disse La Pira⁸³, avremmo una casa senza tetto, un edificio senza volta: se infatti le disposizioni relative alle garanzie costituzionali sono topograficamente le ultime della Carta fondamentale, esse, in realtà, rappresentano la

⁷⁹ Così M.S. GIANNINI, *La Costituzione fluida*, in *Società*, 1951, 500 ss.

⁸⁰ In tal senso A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in F. BARBAGALLO (dir. da), *Storia dell'Italia repubblicana*, II, *La trasformazione dell'Italia: sviluppo e squilibri. 2 Istituzioni, movimenti, culture*, Einaudi, Torino, 1995, 120-136 che ricorda come si verificò un fenomeno di restaurazione di molti settori dello Stato autoritario, dimostrato dalla persistente vigenza del Testo unico di Pubblica Sicurezza (R.d. 18 giugno 1931, n. 773 e regolamento attuativo approvato con R.d. 6 maggio 1940, n. 635) o della legge sull'Ordinamento giudiziario (R.d. 30 gennaio 1941, n. 12) o, ancor peggio, mediante l'approvazione di leggi che distorcevano le indicazioni costituzionali, presentandole come realizzazioni della Repubblica democratica, così la prima legge sulla costituzione e il funzionamento degli organi regionali (legge 10 febbraio 1953, n. 62). Anche G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, cit., 57 che sottolinea la situazione paradossale per cui «in Italia vige una Costituzione tra le più larghe al mondo in materia di libertà e, in pari tempo, è applicata una delle leggi poliziesche più offensive dei diritti di libertà fra quante ne esistano al mondo»; A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, cit., 23.

⁸¹ G. TAMBURRANO, *L'Italia durante la presidenza Gronchi*, Giardini, Pisa, 1990, 40 ss.; P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, Einaudi, Torino, 1989, 193 ss.; sul piano giuridico A. BALDASSARE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Laterza, Bari, 1985, 62-104; A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, cit., 136 ss.; P.F. GROSSI, *Attuazione ed inattuazione della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002, 27.

⁸² L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 137 ss.; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 115 ss.

⁸³ Atti Assemblea costituente, 28 novembre 1947, seduta pom., in www.nascitacostituzione.it

premessa su cui si poggia l'intera struttura costituzionale, rafforzando quella cultura del limite che garantisce i diritti fondamentali.

In quel contesto, la Corte si pose quale «motore delle riforme»⁸⁴, «unico organo capace di travolgere la vecchia legislazione collidente con il nuovo ordine costituzionale, così obbligando il Parlamento ad adottare aggiornate normative di riforma»⁸⁵.

Si deve rammentare che il compito della Corte fu reso più complesso dall'affermarsi, in dottrina⁸⁶ e giurisprudenza⁸⁷, di una concezione che disconosceva la normatività del testo costituzionale tramite la distinzione tra norme precettive e programmatiche, affidando di fatto alle forze politiche un pieno arbitrio sull'attuazione della stessa.

Tale orientamento può essere fatto risalire alla fase precedente l'entrata in funzione della Corte, quando il sindacato di costituzionalità non poteva che essere esplicito, *incidenter tantum*, dai giudici comuni a norma della VII disp. trans. e vi era una vivace polemica, anche sul terreno politico, intorno al valore e agli effetti della Costituzione rispetto al diritto previgente⁸⁸.

Il ruolo attuatorio del legislatore costituiva il presupposto necessario per dare effettività normativa alla Costituzione che, pur restando norma positiva vigente, non poteva

⁸⁴ L. LACCHÈ, *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, cit., 379.

⁸⁵ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 118.

⁸⁶ G. AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, ripubbl. in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951, 99 ss.; A.M. SANDULLI, *Rilevanza delle norme della Costituzione sul regime attuale del decentramento e delle autonomie locali*, in *Amm. it.*, 1953, ripubbl. in *Scritti giuridici, II, Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, 254 ss.

⁸⁷ Ci si riferisce in particolare alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale, in particolare Cass., sez. un. penali, 7 febbraio 1948, in *Foro it.*, 1948, II, cc. 57 ss. su cui per un'ampia rassegna P.F. GROSSI, *Attuazione ed inattuazione della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002, 5 ss. n. 15.

⁸⁸ Sul punto R. RUFFILLI, *Sulla fondazione della Repubblica democratica in Italia*, in *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, I, Il Mulino, Bologna, 1979, 13-29. Come nota M. FIORAVANTI, *Costituzione e Legge Fondamentale*, in *Dir. pubbl.* 2006, 2, 489 «all'indomani della emanazione della Costituzione, ad un vero proprio scontro tra due dottrine costituzionali. Da una parte, la dottrina della tradizione, d'impianto storicistico, che confidava in una permanenza del vecchio modello liberale del governo parlamentare, per quanto rivisto all'interno di una Costituzione repubblicana e con la presenza decisiva dei partiti, e che vedeva dunque la Corte collocata in una pericolosa posizione «supersovrana», tale da mettere in discussione «la pluralità e l'equilibrio degli organi sovrani», a sua volta considerata, a partire dalla tradizione storica statutaria del rapporto tra monarchia e Parlamento, come l'essenza dello Stato di diritto e della sua forma di governo liberale; dall'altra, la nuova dottrina della costituzione, che si era formata a partire dagli anni trenta, che in sostanza si batteva per un nuovo modo d'intendere il principio di sovranità popolare, ed insieme per affermare la nuova idea della costituzione rigida, cui era collegata l'istituzione della stessa Corte costituzionale. Da una parte, ci si batteva per la permanenza della vecchia idea liberale della 'sovranità della Costituzione', dall'altra si propugnava una nuova concezione del primato della Costituzione, da intendere come norma in sé dotata di piena prescrittività, capace per forza propria di vincolare i poteri e di indirizzare l'esercizio di ogni potere discrezionale, da quello del legislatore fino a quello degli stessi privati all'interno delle loro sfere di autonomia».

disporre direttamente, con forza propria, nei rapporti tra consociati⁸⁹. In questi termini si stentava a riconoscere alla Costituzione una posizione centrale in seno all'ordinamento, ritenendo più tranquillizzante richiamarsi stancamente al desueto primato della legge. Ed è appunto entro il paradigma legislativo e i suoi percorsi che si intendevano inquadrare anche le norme costituzionali laddove si sosteneva che queste ultime fossero indirizzate, prevalentemente, ai pubblici poteri, ma in particolare al legislatore, distaccando la Costituzione dall'ordinamento positivamente vigente, per relegarne la funzione entro le norme meramente regolative dei rapporti tra pubblici poteri e degli indirizzi da questi ultimi prescelti.

Il consolidamento di una tale impostazione avrebbe aggravato la sistematica inattuazione della Costituzione, che aveva connotato i primi anni di vita repubblicana, sicchè l'elaborazione di autorevole dottrina⁹⁰ apparve come una reazione naturale di fronte al circolo vizioso determinato dall'uso equivoco della categoria delle norme programmatiche e dall'inerzia del legislatore⁹¹.

Tale reazione si esprime nella riaffermazione del carattere pienamente normativo della Costituzione, della sua superiorità rispetto alla legislazione ordinaria, stante la «forza autoimpositiva dei suoi principi finalistici»⁹².

Come ebbe a scrivere Crisafulli, «una Costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo e perciò le sue disposizioni debbono essere intese di regola (e salvo rarissime eccezioni eventuali, nei casi in cui non sia onestamente possibile fare altrimenti) come disposizioni normative: enunciative, dunque, vere e proprie norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o

⁸⁹ A. AMORTH, *Efficacia abrogativa delle disposizioni costituzionali*, in *Foro padano*, 1948, ora in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano 1999, 1019 ss.

⁹⁰ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 11 ss. e 45 ss.; C. MORTATI, *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge*, in *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1972, 662 ss.; P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Barbèra, Firenze, 1951, 27 ss. In generale riferimenti in F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 ed 1954*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, II, 28, 749 ss.; M. GREGORIO, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, *ibidem*, 2006, 35, 849 ss.

⁹¹ Una vicenda che, come nota Luciani, non può essere ricostruita secondo le polarità buono/cattivo, amico/nemico ma tenendo conto della cultura giuridica dell'epoca e delle ipoteche dogmatiche che la gravavano. Cfr. M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La magistratura ordinaria nella storia dell'unità d'Italia*. Atti del Convegno di studi del CSM, Torino 6 marzo 2012, Giappichelli, Torino, 2012, 75 ss.

⁹² R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1986, 95 ss.; anche M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982, 95 ss.

tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale e via dicendo. In altre parole: una Costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati»⁹³.

Il nodo della discussione, come è noto, fu affrontato e risolto dalla Corte costituzionale nella sua prima sentenza datata 14 giugno 1956⁹⁴, relativa alla conformità all'art. 21 Cost. dell'art. 113 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza che subordinava ad autorizzazione dell'autorità l'affissione di manifesti e giornali.

La Corte vi affermò, senza distinguere tra norme programmatiche e precettive, la propria competenza a sindacare anche le norme anteriori alla Costituzione, ponendo le basi per il fondamentale compito di adeguamento della legislazione ai principi costituzionali.

Pur non essendo questa la sede per affrontare i molti profili di interesse che caratterizzano quella sentenza⁹⁵, pare utile soffermarsi su due aspetti rilevanti ai fini della presente analisi: in primo luogo si può notare come il riconoscimento della natura normativa e sostanzialmente precettiva anche delle norme di principio abbia modificato il paradigma che connotava tali norme e la loro funzione come semplicemente

⁹³ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 11 ss. tuttavia lo stesso Autore considerava le «norme-principio» della Costituzione, nel loro insieme, come «un indirizzo politico tradotto in termini di norme costituzionali», la cui normatività si esplicava mediante un «esercizio obbligatorio della potestà legislativa» (ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 53 ss.).

⁹⁴ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost.*, 1956, 1 ss. secondo cui «la illegittimità costituzionale di una legge deriva, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono *programmatiche*, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha *concretezza* che non può non *vincolare immediatamente il legislatore*, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione».

⁹⁵ Si rinvia ad alcuni commenti dell'epoca P. CALAMANDREI, *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 149 ss.; C. ESPOSITO, *Leggi vecchie e costituzione nuova*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 283 ss.; oltre alle analisi storico-ricostruttive L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, cit., 139 ss.; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 122 ss.; M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La magistratura ordinaria nella storia dell'unità d'Italia*, cit., 80 ss.

riassuntiva dell'ordinamento, scoprendone, viceversa, le virtualità costruttive, ossia la capacità di determinarne anche i contenuti quale espressione della normatività sociale⁹⁶.

La sanzione d'incostituzionalità che colpiva la norma emanata anteriormente diveniva così l'espressione di una *nuova normatività* che non poteva più essere ristretta alla mera regolazione dei poteri pubblici, e si applicava perciò al complesso dei rapporti, non solo politici, ma anche civili, sociali ed economici. La Costituzione diveniva finalmente norma azionabile, ed entrava in contatto con tutti i rami dell'ordinamento⁹⁷.

In secondo luogo sembra di poter dire che il dibattito sulla dicotomia abrogazione/illegittimità costituzione (criterio cronologico/gerarchico), come strumento di risoluzione del contrasto tra norme previgenti e Costituzione, possa ancora offrire spunti di riflessione non solo per il suo contenuto dogmatico ma soprattutto per quello che ha comportato.

È chiaro che porre il problema in termini di abrogazione avrebbe comportato l'attribuzione anche ai giudici comuni della competenza ad applicare direttamente le disposizioni costituzionali. Viceversa, sostenendo la tesi dell'incostituzionalità sopravvenuta, si accentrava nella sola Corte costituzionale il rivoluzionario potere di annullamento delle leggi.

Nella sentenza n. 1 del 1956, la Corte, pur affermando la propria competenza a giudicare e quindi la natura accentrata del suo sindacato, ebbe tuttavia modo di sottolineare che «i due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e competenze diverse»⁹⁸, lasciando una «porta socchiusa»⁹⁹ al riconoscimento del potere in capo a qualsiasi giudice di dichiarare l'avvenuta abrogazione delle disposizioni preesistenti per difformità rispetto al dettato

⁹⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 210 ss.

⁹⁷ M. FIORAVANTI, *Costituzione e Legge Fondamentale*, cit., 499.

⁹⁸ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, cit. Distinzione chiarita definitivamente con la sentenza 3 luglio 1985, n. 193, in *Giur. cost.*, 1985, 1509 ss. in cui si ribadisce che ogni questione concernente leggi ordinarie «siano esse preesistenti o successive alla Costituzione, deve essere decisa secondo le indicazioni dell'art. 134 Cost.», mentre «il riconoscimento dell'avvenuta abrogazione rientra nella competenza del giudice ordinario». Per una rassegna ragionata di giurisprudenza sul punto F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino 2000, 216 ss.

⁹⁹ E.T. LIEBMAN, *Invalidità e abrogazione delle leggi anteriori alla Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 161 ss.

costituzionale, dando in sostanza applicazione diretta alla Costituzione e ai suoi principi¹⁰⁰.

È ben noto che in quegli anni specialmente i giudici di merito videro nella giustizia costituzionale la via privilegiata per l'implementazione delle norme costituzionali a contenuto sostanziale rimaste inattuato. Alle numerosissime iniziative di rimessione di questioni di costituzionalità riguardanti la legislazione prerepubblicana la Corte non sempre rispose con sentenze di accoglimento, ma spesso, preoccupata dalla prospettiva di vuoti legislativi, non essendo percorribili soluzioni additive, fece ricorso a sentenze interpretative di rigetto¹⁰¹. Aldilà dei ben noti conflitti fra Corte ed alte magistrature cui hanno subito dato origine¹⁰², queste sentenze hanno invero inciso sul lungo periodo nei rapporti fra giudice costituzionale e gli altri organi giurisdizionali in termini ambivalenti: se, da un lato, palesavano la volontà della Corte di imporsi quale interprete unico ed esclusivo del testo costituzionale, dall'altro lato aprivano ai giudici, in apparente contraddizione, la strada dell'interpretazione della legge ordinaria conforme a Costituzione¹⁰³, strada non sempre agevolmente percorribile, in quanto spesso richiedeva il superamento del tradizionale strumentario ermeneutico.

In questa prospettiva, se la «lunga marcia»¹⁰⁴ verso la realizzazione del modello costituzionale si è concretata nella progressiva conquista, da parte della Costituzione, di

¹⁰⁰ In questi termini C. ROSSANO, *L'applicazione delle leggi e degli atti aventi forza di legge e la competenza della Corte costituzionale e del giudice ordinario e speciale*, in *Giust. civ.*, 1956, 189 ss. con riferimento alle norme che per il loro contenuto fossero suscettibili di applicazione, senza intervento del legislatore.

¹⁰¹ V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 12 ss.; A. PACE, *Corte costituzionale e «altri» giudici tra «garantismo» e «sensibilità politica»*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, 587 ss.; ID., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 700 ss.

¹⁰² V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977, 510 ss.; ID., *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in P. BARILE, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, 171 ss.

¹⁰³ M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantenario anniversario*, Milano, 2006, 903 ss., spec. 925 ss.; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, 177 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli, 2009, 1527 ss.; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Jovene, Napoli, 2011, 93 ss.; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Esi, Napoli, 2011, 25 ss.

¹⁰⁴ S. GALEOTTI, *Strutture garantistiche e strutture governanti nel modello e nella realtà costituzionale, in Alla ricerca della governabilità*, Giuffrè, Milano, 1983, 164 ss.

una dimensione di piena normatività¹⁰⁵, non v'è dubbio che il momento decisivo nell'ambito di quel processo sia da collocare nel 1956, con l'istituzione della Corte. Non solo per il ruolo e la funzione che il giudice costituzionale è venuto a rivestire nell'ordinamento, ma anche e soprattutto perché è attraverso il dialogo tra la Corte stessa ed i giudici comuni che la Costituzione diviene norma giuridica effettiva, direttamente applicabile nel concreto dell'esperienza giuridica¹⁰⁶.

Come scrisse Calamandrei, con quella prima sentenza, la Costituzione si era mossa¹⁰⁷, facendo sì che l'ordinamento potesse “respirare”, vivere nel proprio tempo, compiendo la storia anche attraverso l'attività della giurisdizione.

1.3.1. L'applicazione diretta della Costituzione: forme del disgelo

Il dibattito primigenio attorno alla natura precettiva o programmatica delle norme costituzionali evoca il problema dell'applicazione diretta della Costituzione, ovvero la possibilità di utilizzare le disposizioni costituzionali per fondare il riconoscimento immediato – senza l'interposizione del legislatore – e quindi la diretta esigibilità dei diritti (e in particolare diritti di prestazione) da far valere sia nei rapporti verticali con gli apparati pubblici come nei rapporti orizzontali tra privati (la c.d. *Drittwirkung*)¹⁰⁸.

Come è noto, la pervasività del diritto costituzionale e la capacità dello stesso di influire anche nei rapporti tra privati è segno non solo del superamento di una condizione di

¹⁰⁵ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 421.

¹⁰⁶ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 20 ss. e 48 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, 505 – rileva come «non [sia] esagerato dire che è al ruolo attribuito ai giudici di sollevare incidentemente le questioni di costituzionalità sulle leggi che va ascritta in larga misura la crescita culturale e politica che si è verificata negli anni scorsi nella magistratura del nostro paese e ne ha fatto una forza viva nell'insieme dell'organizzazione costituzionale».

¹⁰⁷ P. CALAMADREI, *La Costituzione si è mossa*, in *La Stampa*, 16 giugno 1956, ora in *Opere giuridiche*, III, cit., 655 ss. ; su cui E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, in S. MERLINI (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 16 ss.

¹⁰⁸ Riprendendo R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XX Convegno annuale dell'AIC (Roma 27-28 ottobre 2006), Jovene, Napoli, 2010, 216 ss. si può convenire che «l'applicazione diretta della Costituzione può significare cose molto diverse: può essere che la norma Costituzione costituisce fonte immediata della regola del caso concreto; può essere che essa intervenga nella costruzione della premessa maggiore del ragionamento del giudice guidando in senso costituzionale l'interpretazione della legge da applicare; può essere che serva ad invalidare la disposizione contrastante (e non componibile in via ermeneutica), salvo poi risolvere il problema di reperire la norma del caso (per *analogia legis*, per *analogia juris*, in via equitativa ecc.)».

indifferenza delle Costituzioni contemporanee rispetto alla rete di rapporti propri della società civile, ma delinea la definitiva assunzione a livello costituzionale di quelle finalità di riequilibrio nei rapporti interprivati, di protezione dei soggetti deboli, di limite ai poteri pubblici, come a quelli privati, nelle quali si è colto un tratto caratteristico delle esperienze del costituzionalismo pluralista.

Sicuramente la tutela dei diritti fondamentali non può attendere di fronte alla perdurante inerzia legislativa e porta inevitabilmente i giudici a ricostruire in concreto la precettività della norma costituzionale, stante l'obbligo, in capo allo stesso, di rispettare, dandovi applicazione, i contenuti costituzionali, che costituiscono materiale normativo su cui l'interprete deve lavorare con i tradizionali criteri dell'interpretazione letterale, storica, sistematica.

Rinviano oltre¹⁰⁹ la ricostruzione delle impervie vie che hanno condotta al pieno dispiegamento del diritto alla salute, è parso rilevante soffermarci brevemente sul caso dell'attuazione diretta dell'art. 36 Cost., che si palesa come paradigmatico¹¹⁰ dell'affermazione di principi fondativi della Repubblica – personalismo¹¹¹ e lavoro¹¹² – non certo astratti rispetto alla concretezza dei vissuti e dei bisogni quotidiani dei lavoratori¹¹³.

In via ulteriore la disposizione considerata condivide, con l'art. 32 Cost., quei tratti di eccedenza assiologica che vengono a integrare l'immagine costituzionale della persona, come peraltro dimostra l'evoluzione del contenuto etico intrinseco nel rispetto della dignità in un valore socialmente condiviso e poi tradotto in una norma giuridica che, attribuendo al lavoratore il diritto ad una retribuzione tale da garantirgli un'esistenza

¹⁰⁹ Si rinvia sin d'ora all'analisi sviluppata nel II capitolo.

¹¹⁰ Secondo T. TREU, *Art. 36*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, 75, la disposizione costituzionale sulla giusta retribuzione «qualifica l'orientamento complessivo del nostro sistema normativo, la cui attuazione è responsabilità diretta dell'ordinamento, sia pure in modi da determinare». In senso critico A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, cit., 124 ss.

¹¹¹ 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.

¹¹² C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, 148 ss.; G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 21 ss.; anche R. NANIA, *Riflessioni sulla «costituzione economica» in Italia: il «lavoro» come «fondamento», come «diritto», come «dovere»*, in E. GHERA, A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, 61-79; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Giappichelli, Torino, 2010, 2023 ss.

¹¹³ M.V. BALLESTRERO, *Le «energie da lavoro» tra soggetto ed oggetto*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, 2010, 99, 13 ss.

libera e dignitosa, si propone di realizzare l'affrancamento dello stesso dal bisogno economico¹¹⁴. In tale senso l'art. 36, 1° co., Cost. attribuisce alla retribuzione «una finalità etico-sociale estranea all'ambito contrattuale, attuando una felice sintesi fra i valori negoziali e i principi di libertà e dignità»¹¹⁵.

Questi profili risultano peraltro strettamente connessi al dibattito che ha diviso la dottrina e la giurisprudenza sull'effettività e lo statuto del diritto del lavoro¹¹⁶, intrecciandosi con quello sulla natura programmatica o precettiva dell'art. 36 Cost.

Su quest'ultimo problema si rammenta che, in linea con il generale dibattito dogmatico, una parte della dottrina¹¹⁷ e della giurisprudenza¹¹⁸, accogliendo la tesi della natura programmatica della disposizione, dunque, della non diretta applicabilità dell'art. 36, 1° co., Cost., aveva sostenuto che il diritto costituzionale alla giusta retribuzione potesse trovare attuazione solo con un intervento legislativo statale vincolante anche le parti collettive.

A tale orientamento venivano opposte due argomentazioni: da un lato, la riaffermazione della natura precettiva del disposto costituzionale e, dall'altro, l'antinomia che avrebbe determinato un eventuale provvedimento legislativo volto a fissare gli *standard* retributivi, il quale ultimo avrebbe concretato una violazione dell'art. 39, 4° co., Cost., ma anche dello stesso principio di libertà sindacale¹¹⁹.

¹¹⁴ Dall'art. 36 Cost. emerge infatti come la determinazione dell'elemento retributivo debba rispecchiare non solo il carattere della corrispettività, ma anche garantire quel diritto personale e sociale, fondamentale del lavoratore alla conduzione di una vita dignitosa, quel diritto di cittadinanza sociale, attraverso cui questi possa realizzare compiutamente la sua personalità (Cfr. P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Lav. e dir.*, 2009, 35 ss.).

¹¹⁵ L. MONTUSCHI, *La Costituzione come fonte regolatrice del lavoro*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, I, Cedam, Padova, 2010, 424-425.

¹¹⁶ G. TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*², Giuffrè, Milano, 1972, 130 ss.; anche M. BARBERA, *I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, 135 ss.

¹¹⁷ D. NAPOLETANO, *Natura ed efficacia della norma di cui all'art. 36, 1° comma, della Costituzione e la sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1951, 216 ss.; M. SCORZA, *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 Cost.*, in *Dir. lav.*, 1951, 450 ss.; A. SERMONTI, *L'adeguatezza della retribuzione di fronte ai contratti collettivi di diritto comune e al primo comma dell'art. 36 Cost.*, in *Mass. giur. lav.*, 1952, 128 ss.

¹¹⁸ Cass. civ., sez. II, 12 maggio 1951, n. 1184, in *Foro it.*, 1951, I, 691; Trib. Roma, 4 febbraio 1952, *ivi*, 1952, I, 380-382; Trib. Napoli, 2 marzo 1953, *ivi*, 1953, I, 1309-1312.

¹¹⁹ S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, II, 189 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'applicabilità dell'art. 36 Cost. in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro civ.*, 1951, 352 ss.; G. PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1953, I, 99 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, 146 ss.

Ciò portò tale dottrina e la stessa giurisprudenza ad elaborare un'interpretazione che, facendo leva sul combinato disposto tra l'art. 36 Cost. e l'art. 2099 c.c., giungeva alla dichiarazione di invalidità delle clausole contrattuali che non garantissero al lavoratore una giusta retribuzione, demandando al giudice il compito di determinarla.

La garanzia sottesa all'art. 36 Cost. si esprimeva quindi attraverso l'individuazione di una remunerazione minima della prestazione lavorativa, che costituiva pertanto un indispensabile presupposto di legittimità per ogni contratto di lavoro subordinato.

In mancanza dell'attuazione del sistema previsto dall'art. 39 Cost., volto ad attribuire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi di categoria siglati tra i sindacati 'registrati', si poneva comunque il problema di identificare un criterio non discrezionale per la determinazione dei salari da parte della magistratura¹²⁰.

La soluzione fu delineata sempre per via curiale¹²¹: il giudice dunque, nell'ipotesi di incompatibilità tra il trattamento percepito dal lavoratore e il principio di giusta retribuzione, ex art. 36 Cost., era tenuto a considerare, nella determinazione del trattamento economico proporzionato e sufficiente, le tariffe salariali stabilite dalle associazioni professionali, stante la loro «naturale attitudine a rappresentare il modello di disciplina del rapporto di lavoro (...) che meglio soddisfa l'esigenza sottostante alla norma costituzionale»¹²².

Questa ricostruzione della giurisprudenza, vista dalla prospettiva delle teorie e delle tecniche del diritto costituzionale, presentava indubbie ragioni di interesse, soprattutto avendo riguardo – retrospettivamente – alla relazione tra giudici comuni e giudice costituzionale.

¹²⁰ Si poneva il problema di garantire un'uniforme applicazione dell'art. 36 Cost. da parte dei giudici, specie nella determinazione dei minimi salariali nelle aree socio-economiche depresse. Sul punto autorevole dottrina ebbe a rilevare il «rischio di un evidente soggettivismo decisionale, che non rispecchia né le esigenze di certezza del diritto e dei rapporti economici, né quelle di un'economia di massa, dove il salario tende nelle sue grandi linee verso valori standard, che realizzano anche un valore di parità di trattamento» (G. GIUGNI, *Prefazione*, in M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione. L'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 comma I della Costituzione nella giurisprudenza delle corti di merito*, Il Mulino, Bologna, 1971, 11).

¹²¹ Per tutte Cass. civ., 21 febbraio 1952, n. 461, in *Dir. lav.*, 1952, II, 275.

¹²² S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, 105 ss. che riprende M. D'ANTONA, *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, I, 3 ss. riguardo ad una visione della contrattazione collettiva come sede elettiva di produzione di norme e parametri salariali.

In particolare, pur nel contesto di un percorso complesso e non privo di contraddizioni¹²³, si può notare la rilevanza di tale soluzione ermeneutica che, costruita dai giudici comuni e di legittimità e solo in seguito “consacrata” dalla Corte costituzionale¹²⁴, ha rappresentato un’innovazione non episodica, ma sistematica atta a delineare un modello in grado di consentire la diretta attuazione del dettato costituzionale¹²⁵.

Si vengono a delineare, in tal senso, alcune costanti che caratterizzarono la stagione del disgelo costituzionale: in primo luogo il consolidarsi della normatività e precettività del testo costituzionale nella cultura giuridica, in via ulteriore l’estensione del ruolo del giudiziario nella veste di garante dei principi fondamentali¹²⁶. A conferma si possono richiamare le osservazioni di Giugni¹²⁷ secondo cui «l’art. 36 della Costituzione, nato senza dubbio come norma programmatica, che avrebbe trovato concretezza soprattutto nel meccanismo di contrattazione con efficacia generale di cui all’inattuato art. 39, fu improvvisamente accettato, tra il 1950 e il 1953, come norma precettiva, atta a colmare quello che allora appariva come il vuoto legislativo derivante dall’inattuazione dell’art. 39. Già in questo atteggiamento è dato intravedere, chiarissimamente, una scelta politica di deliberata supplenza del giudiziario all’inerzia del legislativo».

A ciò si può aggiungere il graduale processo di “materializzazione” della Costituzione che è stato preludio alla diffusione nell’ambiente sociale dei principi costituzionali ad alto grado di pervasività¹²⁸. Principi non più ridotti a mere astrazioni, ma identificanti i fondamenti dell’ordine sociale su cui vanno ad incidere, irradiandosi nell’ordinamento

¹²³ F. MORTILLARO, *La problematica della retribuzione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978, 160 ss.; P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in ID. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2007, 18 ss.

¹²⁴ Solo con la sentenza della Corte costituzionale del 4 maggio 1960, n. 30, il diritto alla giusta retribuzione verrà consacrato quale diritto soggettivo perfetto, ancorché potenzialmente soggetto ad ulteriore regolazione mediante fonte legale.

¹²⁵ Sul punto si può tracciare un parallelo con l’art. 32 Cost., disposizione mantenuta a lungo, da interpreti e giurisprudenza costituzionale, nel solco della concezione tradizionale della (tutela della) salute come materia di diritto pubblico e della normativa ad essa attinente come diretta a realizzare innanzitutto il fine pubblico della sanità.

¹²⁶ Tanto che l’operazione intorno all’art. 36 Cost. venne definita come « uno dei più vistosi esempi di creatività normativa della nostra magistratura ». Cfr. T. TREU, *Art. 36, cit.*, 72. Anche E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana, cit.*, 47.

¹²⁷ G. GIUGNI, *Prefazione*, in M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione, cit.*, 5; in questo senso anche L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 35.

¹²⁸ G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Annali Enc. dir.*, IV, 2011, 751 ss.

attraverso l'attività normativa e vincolando il procedimento di formazione delle decisioni giuridiche¹²⁹.

1.3.2. I due poli del cambiamento: interpretazione e pluralismo

Le premesse del cambiamento si ritrovano già tutte all'inizio degli anni sessanta. L'Italia è un paese profondamente diverso da quello uscito dalla guerra. Si erano difatti venute a creare tutte le condizioni affinché tra il 1958 e il 1963 avesse avvio una vera e propria rivoluzione economica e sociale che portò in meno di due decenni l'Italia ad essere una delle nazioni più industrializzate dell'Occidente¹³⁰.

Nella nostra storia il «miracolo economico» ha significato assai più di un aumento esponenziale della produzione o un miglioramento delle condizioni di vita, esso rappresentò l'occasione per un rimescolamento senza precedenti della popolazione italiana determinato dalla migrazione interna¹³¹, un allentamento della rigidità delle divisioni di classe quale portato del benessere generalizzato¹³², un aumento della scolarità della popolazione a cui seguì naturalmente un complesso ed esteso fenomeno di trasformazione della mentalità e del costume sociale¹³³.

Per descrivere quella fase di metamorfosi del sistema italiano si possono richiamare le parole di un poeta «eretico».

¹²⁹ Si deve comunque riconoscere che, anche in questo sessantennio di vita repubblicana, «via via che si è passati dal riconoscimento dei diritti civili a quello dei diritti politici e infine a quello dei diritti sociali, la garanzia dei diritti si [sia] fatta sempre più selettiva, giuridicamente imperfetta e politicamente reversibile» (Cfr. D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*³, Laterza, Roma-Bari, 2009, 67-68).

¹³⁰ Sul punto si rinvia a P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, cit., 285 ss., specie 290 che rileva come «Nel 1951 l'Italia produceva appena 18.500 frigoriferi. Nel 1957 il numero era cresciuto fino a 370.000 e con il 1967 esso aveva raggiunto 3.200.000 unità, facendo dell'Italia il terzo produttore mondiale di frigoriferi dopo gli Stati Uniti e il Giappone»; V. CASTRONOVO, *La storia economica*, in *Storia d'Italia*, IV, Utet, Torino, 1975, 430 ss.

¹³¹ U. ASCOLI, *Movimenti migratori in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1979, 111 ss.; E. PUGLIESE, *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Il Mulino, Bologna, 1996, 15 ss.; R. PRIMAVERA, *Industrializzazione e migrazioni interne 1950-1970*, Massari, Bolsena, 2002, 10 ss.

¹³² M. PACI, *Mercato del lavoro e classi sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1973, 110 ss.; P. SYLOS LABINI, *Saggio sulle classi sociali*, Laterza, Bari, 1975, 164 ss.; M. PACI, *La struttura sociale italiana*, Il Mulino, Bologna, 1982, 114 ss.

¹³³ G. CALVI, *Valori e stili di vita degli italiani*, Isedi, Milano, 1977; sui mutamenti nella famiglia L. BALBO, *Stato di famiglia*, Etas, Milano, 1976, 84 ss.; anche C. SARACENO, M. NALDINI, *Sociologia della famiglia*, Il Mulino, Bologna, 2007; C. MANCINA, M. RICCIARDI, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012.

«Nei primi anni sessanta, a causa dell'inquinamento dell'aria e soprattutto, in campagna, a causa dell'inquinamento dell'acqua (gli azzurri fiumi e le rogge trasparenti) sono cominciate a scomparire le lucciole. Il fenomeno è stato fulmineo e folgorante. Dopo pochi anni le lucciole non c'erano più»¹³⁴.

Con tale suggestiva metafora, Pasolini intendeva denunciare quel processo di repentino mutamento antropologico che aveva investito la società italiana a partire dalla metà degli anni sessanta, determinando – a suo avviso – una progressiva omologazione e conseguente decadenza culturale. La scomparsa delle lucciole coincideva quindi con la parabola dei valori della società tradizionale (classista, gerarchica e patriarcale), che lasciavano sul campo la mancanza di punti di riferimento e un inatteso vuoto etico.

Tuttavia, guardando retrospettivamente alla grande trasformazione di quel decennio, non si può proporre un'interpretazione univoca, rappresentando una fase di passaggio che, pur connotata da ritardi, degenerazioni e contraddizioni, ha consentito l'affermazione di condizioni più avanzate nel contesto dei diritti sociali e delle libertà politiche e civili.

È in questa prospettiva che si possono riguardare alcuni degli eventi che, sul piano della cultura giuridica e del contesto ordinamentale, hanno segnato un'epoca definendo le direttive di sviluppo successive.

Due, tra le molte, sono le chiavi di lettura che verranno utilizzate per decifrare i percorsi della narrazione del giuridico nel più vasto contesto sociale: da una parte, l'interpretazione, ovvero il ruolo che ha avuto la riflessione sull'ermeneutica giuridica nel rideterminare le forme di incidenza della Costituzione sul tessuto normativo e, dall'altro, il pluralismo, quale cifra distintiva dello Stato costituzionale di diritto¹³⁵.

L'accettazione di un paradigma comune libera la comunità scientifica dalla necessità di riesaminare costantemente i suoi principi fondamentali, cosicché i suoi membri possono «concentrarsi esclusivamente sui fenomeni più sottili ed esoterici che il paradigma

¹³⁴ P.P. PASOLINI, *Il vuoto del potere in Italia ovvero l'articolo delle lucciole*, in *Scritti corsari*, I, Garzanti, Milano, 1975, 157. Per una brillante critica al tono apocalittico del testo G. DIDI-HUBERMAN, *Come le lucciole. Una politica delle sopravvivenze*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.

¹³⁵ V. ANGIOLINI, *Il «pluralismo» nella Costituzione e la Costituzione per il «pluralismo»*, in R. BIN, C. PINELLI, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 3 ss.; F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999.

mette in luce»¹³⁶ e al tempo stesso coltivare l'idea che il paradigma possa risolvere ogni nuovo problema, con ciò riconfermando la sua efficacia, in sostanza la sua autorità.

Cosa accade quando si manifestano fenomeni nuovi che un paradigma vigente non è in grado di integrare e di risolvere ? Ciò comporta la graduale perdita di autorità delle vecchie categorie e la loro graduale sostituzione con altre capaci di leggere la realtà.

È quanto è accaduto, a partire dalla metà degli anni sessanta, nella cultura giuridica italiana che fu il teatro di un aspra contesa volta a ridefinire lo statuto epistemologico della scienza giuridica e, più in generale, la ricerca di una nuova fonte di legittimazione delle pratiche linguistiche dei giuristi¹³⁷.

Ad un primo livello essa si esprime nella contrapposizione alla tradizionale teoria legalistica-formalistica dell'interpretazione¹³⁸, propugnando istanze antiformaliste e storicizzanti. In questa chiave si è notato come «il criterio di verificabilità del risultato interpretativo non [sia] più offerto dai canoni propri di una scienza formale (col rischio che l'impeccabile trama dei concetti rimanga sospesa nel limbo di una scientificità tanto più rigorosa e certa quanto più indifferente e inoperante nei confronti dell'esperienza (...) si piuttosto dagli indici di una scienza cd. empirica, di una ricerca cioè che non opera più soltanto su puri simboli o segni, ma su contenuti accertabili di esperienza, i cui canoni di validità (...) derivano direttamente dallo stesso raffronto con ciò che appunto costituisce la verità-realtà dell'esperienza»¹³⁹.

L'interpretazione, nella duplice accezione di interpretazione attività e di interpretazione prodotto, pone in collegamento la legge, intesa quale formale posizione di disposizioni positive, con la realtà sociale ove deve operare, in modo tale da dar vita, proprio con

¹³⁶ T.S. KHUN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Utet, Torino, 1978, 197.

¹³⁷ G. TARELLO, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981, 157 secondo cui «se si rivolge uno sguardo d'insieme all'evoluzione della dottrina giuridica italiana nel dopoguerra, e cioè dal 1946 ad oggi, balza all'occhio dell'osservatore, con evidenza e chiarezza, che vi è stato un profondo mutamento, direi quasi una svolta, tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta. (...) La svolta profonda (...) riguarda l'atteggiamento dei giuristi, e perciò della dottrina in generale, nella considerazione del proprio ruolo di fronte all'organizzazione giuridica».

¹³⁸ Sul punto J.H. MERRYMAN, *Lo stile italiano: la dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1169 ss.; ID., *Lo stile italiano: l'interpretazione*, ivi, 1968, 373 ss.

¹³⁹ N. LIPARI, *L'interpretazione giuridica*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, 119-120 e 126 secondo cui «se è vero allora che il giurista non può essere mero esecutore di una realtà da altri posta e ad altri destinata (semplice notaio della storia), posto che la sua funzione non si esaurisce nella ricostruzione, secondo criteri tecnico-sistematici, di un determinato dettato normativo, è altresì vero che egli (...) è chiamato piuttosto a svolgere un processo di tipo dialettico tra enunciato normativo e una realtà sociale».

l'attività interpretativa, ad una reale e non nominale esperienza giuridica, ovvero ad una ricerca del diritto.

Compito del giurista diviene dunque quello di integrare il sistema di diritto positivo avuto riguardo al bilanciamento degli interessi, ai valori costituzionali ed anche alla modificazione dei valori sociali. Qui emerge l'idea di una interpretazione non improntata alla rigida fedeltà alla legge, ma piuttosto che sappia, di volta in volta, trarre dalla disposizione posta dal legislatore, una norma di condotta che sia adeguata a regolamentare la realtà sociale in cui è destinata ad operare.

Nella riconosciuta storicità degli istituti giuridici viene dunque a mutare il senso stesso dell'analisi degli istituti, abbandonando i tradizionali procedimenti dogmatici a tutto vantaggio di una costruzione capace di modellarsi più direttamente sulla realtà storica dell'ordinamento vivente.

Istanze queste che si concretano quindi nella denuncia e disvelamento delle basi ideologiche della costruzione giuridica e dei suoi meccanismi interpretativi, solo formalmente meccanici e meramente tecnici¹⁴⁰, ma in realtà volti alla deresponsabilizzazione della scienza giuridica e alla sterilizzazione della magistratura come corpo politico¹⁴¹.

Questi orientamenti innovatori trovarono ulteriore linfa nella funzione politica di cui la cultura giuridica italiana fu investita con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana¹⁴²: di fatti, «lo spartiacque sulla funzione politica del giurista-interprete è in quegli anni costituito dall'alternativa tra l'uso maggiore possibile e l'uso minore possibile della Costituzione, e, correlativamente, l'uso minore possibile e l'uso maggiore possibile della legislazione previgente»¹⁴³.

¹⁴⁰ Questa rappresentazione dell'interpretazione fu agevolata dalla codificazione come ricorda G. TARELLO, *Le idee della codificazione*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, cit., 31 ss.

¹⁴¹ G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., 461; anche S. RODOTÀ, *Le «tentazioni» della politica*, in *Pol. dir.*, 1972, 3-4, 311.

¹⁴² Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, l'attività giurisdizionale ha assunto un ruolo propulsivo nell'innovazione del diritto, fino al punto da rendere evidente come essa non sia meramente «applicativa del dettato costituzionale, ma anche creativa del diritto», così R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in A. CAPUTO, L. PEPINO (a cura di), *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni, Quaderni di Questione Giustizia*, 2009, 195 ss.

¹⁴³ G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, cit., 471 ss.; anche F. VIOLA, *Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana*, in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO (a cura di), *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, I, Celup, Palermo, 1974, 167 ss.; P. GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio*, in *Quaderni fiorentini per una storia della cultura giuridica*, 2010, 39, 471 secondo cui «Mai, infatti, come

Tuttavia, dopo l'affermazione del ruolo della Corte costituzionale, sono proprio le specifiche contingenze socio-politiche a far emergere nell'esperienza giuridica istanze antiformalistiche propugnanti un'idea di interpretazione adeguatrice, se non creativa, del diritto e con questa un ruolo attivo, politico, dei giuristi. Questi ultimi, pertanto, abbandonata la posizione, marginale, di tecnici subordinati al servizio del potere, in cui l'ideologia del positivismo giuridico li aveva relegati, assumono un esplicito ruolo politico, ed è la stessa società che «sospinge il giurista ad assumere un (...) compito propriamente politico: quello di partecipare alla produzione del diritto affinché lo sviluppo possa svolgersi con la indispensabile elasticità»¹⁴⁴.

Si è quindi passati dal privilegiamento della deresponsabilizzazione ad un contegno ispirato all'etica della responsabilità: i giuristi, pratici o di cattedra, e i giudici si sono visti attribuire un potere di incidere sul mutamento giuridico, hanno cioè assunto il ruolo di operatori del mutamento dell'organizzazione giuridica.

Il problema dell'interpretazione non si impone esclusivamente quale dilemma dogmatico, ma si riflette – illuminandone aspetti inediti – anche sul ruolo del giudice e sul modo concreto di fare giurisprudenza.

Ne è espressione la relazione tenuta da Maranini¹⁴⁵ nel 1965 durante il XII congresso dell'Associazione nazionale dei magistrati, svoltosi a Gardone.

In essa veniva teorizzata l'esistenza di un «indirizzo politico costituzionale» (che Maranini definiva «indirizzo politico fondamentale» o anche «indirizzo politico di regime»), quale limite e vincolo all'indirizzo politico contingente e, stante l'incompatibilità tra democrazia pluralista e monopolio in capo ad un solo potere dell'indirizzo politico contingente, che anche i giudici fossero portatori di un proprio

nella seconda metà del ventesimo secolo, si è avuto nella storia del diritto italiano un rivolgimento così radicale: il riottoso protagonismo di realtà sovra-individuali, particolarmente sindacati e partiti; l'affermarsi di una democrazia parlamentare autenticamente pluri-classe; una Costituzione – la nostra del 1948 – che pochissimo ha a che fare con le 'carte dei diritti' dell'età borghese perché lettura spassionata della cifra giuridica del popolo italiano compiuta (...) da una straordinaria Assemblea Costituente, lettura di fatti, cioè di valori e interessi diffusi, che è stata tradotta con immediatezza in un breviario giuridico per il cittadino italiano».

¹⁴⁴ S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968, 187-188.

¹⁴⁵ G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, in *Atti e commenti del XII congresso nazionale* (Brescia Gardone, 25-28 settembre 1965), Roma, 1966, 7 ss. che riprese le suggestioni di P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 308 ss. sulla distinzione tra indirizzo politico costituzionale e indirizzo politico di maggioranza. In senso critico la relazione di Abbamonte, Barile e Predieri, in *Atti e commenti del XII congresso nazionale, cit.*, 257 ss.

«indirizzo politico», espresso attraverso l'attivazione del giudizio di legittimità costituzionale, così come nel concreto esercizio della funzione giurisdizionale¹⁴⁶.

Sosteneva inoltre Maranini che «alla magistratura ordinaria (...), più che alla stessa Corte costituzionale, spetta il compito di sindacare la conformità del diritto vivente alla Costituzione, e di dare anzi concretamente vita alla stessa Costituzione nel contatto continuo con i fatti concreti»¹⁴⁷.

L'innovazione era evidente e si manifestava nel ruolo a cui era assunta la Costituzione, che, quale norma fondamentale dello Stato, diveniva così anche il criterio fondamentale dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Ciò comportava che la Costituzione non doveva essere osservata attraverso il filtro della legislazione ordinaria (come era avvenuto a proposito della distinzione tra norme precettive e programmatiche), ma che era quest'ultima a dover essere applicata solo in quanto conforme ai valori recepiti dalla Costituzione¹⁴⁸. Parlare infatti di funzione politica del giudice e di applicazione del diritto secondo la Costituzione si traduceva così sia nella direttiva volta ad interpretare la legge ordinaria dando preferenza a quel significato che attua i valori costituzionali, rigettando, al contempo, quelli che ne violano i principi, sia nell'attribuzione al giudice di un ruolo di supplenza, servendosi di tutti gli strumenti a sua disposizione, a fronte dell'inattuazione della Costituzione per inerzia del legislativo.

Si è parlato in proposito di un «uso costituzionale» del diritto, dal momento che i giudici procedevano a reinterpretare determinate disposizioni adeguandone il senso o a

¹⁴⁶ R. CANOSA, P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 1974; M.R. FERRARESE, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Esi, Napoli, 1984, 80 ss.; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 106 ss.; S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2008, 27 ss.; D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008, 10 ss.

¹⁴⁷ Si dava pacificamente per scontato che l'interpretazione giudiziale fosse creativa, ma il concetto stesso di «creazione» assumeva una portata più radicale. Il giudice infatti non crea soltanto individualizzando il precetto generale, ma anche intervenendo con le proprie scelte ad integrare la norma. «Rimane il fatto che solo un cieco potrebbe disconoscere l'importanza, anche nel più intransigente sistema di diritto scritto, della produzione giudiziale del diritto, attraverso la interpretazione e la integrazione della norma scritta (...) Il giudice non è dunque, non deve essere, ma soprattutto non può essere un perfetto *robot*, produttore di perfetti sillogismi giuridici (...) Necessariamente produttore di diritto, il giudice è dunque anche necessariamente portatore e attuatore di un indirizzo politico. Questo spiega l'esistenza di contrastanti correnti giurisprudenziali, che sarebbe ingenuo ed erroneo ricondurre solo a una maggiore o minore perfezione di tecnica interpretativa, a una migliore o più scadente costruzione del *robot* giudiziario». Cfr. G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, cit., 23.

¹⁴⁸ Questo processo ha fatto sì che nuclei di significato normativo costituzionale arrivassero ad influire sulla attribuzione di significato ai testi della legislazione ordinaria.

riempire i vuoti normativi, specie in materia di diritti sociali, derivando la soluzione direttamente dalla Costituzione¹⁴⁹.

Questa impostazione avrebbe prodotto effetti rilevanti, segnando un punto di svolta nel superamento del tradizionale positivismo giuridico che aveva contrassegnato l'ideologia dei giudici e nell'immettere la tematica costituzionale nel cuore della teoria dell'interpretazione¹⁵⁰.

In questi termini il ruolo assunto dalla giurisprudenza, vista come fonte del diritto¹⁵¹, diviene strumento di integrazione giuridica, fungendo peraltro da stabilizzatore o da ponte dei significati normativi originati e negoziati nel contesto sociale¹⁵².

Questa ricostruzione trova compiuta espressione nell'opera del 1967 di Lombardi dedicata al diritto giurisprudenziale¹⁵³, rispetto al quale il confine tra interpretazione e innovazione sfugge a una determinazione assolutamente precisa. In questa prospettiva, svincolata «dal legalismo anche come rappresentazione di una norma legale tutta autoritativa, la legge [appare], di solito, autoritativa come norma in potenza; [mentre] come norma in atto essa ha il grado di autorità dell'interpretazione in cui si attua»¹⁵⁴.

¹⁴⁹ U. NATOLI, *Alcune osservazioni su Costituzione, interpretazione evolutiva e giurisprudenza alternativa*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, I, Giuffrè, Milano, 1983, 281 ss.

¹⁵⁰ Al termine del congresso venne approvata da tutte le correnti dell'associazione una mozione che nega la «concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad un'attività puramente formalistica indifferente al contenuto ad all'incidenza concreta della norma nella vita del paese (...) Il giudice all'opposto deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione (...) così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione».

¹⁵¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, 353 ss.; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, 151 ss.; A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto. Artt. 1-9*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*², *Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2011, 705 ss., specie 727 ss.

¹⁵² S. RODOTÀ, *Le «tentazioni» della politica*, cit., 316 che nota come il nostro sistema sia stato da sempre caratterizzato da una scarsa capacità di aggregazione della domanda politica, carenza a cui ha posto rimedio la magistratura offrendo tutela a quegli interessi diffusi nella collettività che, non essendo paganti in sede elettorale, non riescono a trovare espressione nelle sedi politiche tradizionali.

¹⁵³ Non si può trascurare l'apertura, nello stesso tempo, verso altre feconde prospettive analitiche, proprio nel 1965 vengono pubblicate a cura di Gavazzi la traduzione di A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino e, a cura di Cattaneo, la traduzione di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, opere che superano la tesi della non biunivocità tra enunciato e significato proponendo una concezione dell'interpretazione come attività di decisione, o di ascrizione. Si rammenta poi il contributo arrecato alla diffusione delle teorie "realistiche" da G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962 e quello della Castagnone con la traduzione di K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano, 1967.

¹⁵⁴ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 501 che si approfondisce tesi già espresse da T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, Giuffrè, Milano, 1955, 67 ss.; ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351 ss. Come ha notato P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico. (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano, 2008, 453: «Ascarelli si è,

La disposizione legislativa quindi, al fine di poter ritrovare impiego nella realtà sociale, deve necessariamente venire rielaborata dalla giurisprudenza e questa operazione inventiva, e non meramente ricognitiva, si riproduce ogni qual volta la disposizione legislativa viene nuovamente utilizzata, mutando al mutare del contesto in cui viene di volta in volta rielaborata.

Alla staticità della legge viene dunque contrapposta «la giurisprudenza che, con la sua attività necessariamente inventiva, conduce a vedere quello stesso sistema, e l'organizzazione reale che gli corrisponde, nel loro profilo dinamico, come movimento e come processo»¹⁵⁵. Si ripropone pertanto una visione di un ordinamento giuridico aperto, di un ordinamento che si specifica attraverso l'attività giurisprudenziale, l'unica in grado di renderlo effettivamente consono alla realtà sociale che è chiamato a regolamentare¹⁵⁶. L'ordinamento giuridico si forma e muta all'interno di questo processo che oscilla fra norma posta e norma interpretata. L'attività giurisprudenziale «è dunque sempre “creativa” almeno nel senso che non manca mai, neppure in regime legalista, di elaborare, *producere in melius*, inventare il diritto»¹⁵⁷.

In definitiva, l'itinerario delineato da Lombardi tende all'integrazione paritaria e non alla contrapposizione tra le figure cardine dell'esperienza giuridica: in tal senso, «la “politica del diritto”, riservata di solito al legislatore, e la “scienza del diritto”, riservata di solito all'interprete, formano – insieme – la vera giurisprudenza. La loro consapevole fusione, metodologicamente necessaria, può essere di giovamento tanto al legislatore come al giurista: al legislatore col suggerirgli leggi meno partitiche e demagogiche, meno frettolose e incoordinate, meno pretenziose; al giurista per esempio facendogli superare un secolare, ma non oggettivamente necessario, atteggiamento di timidezza o indifferenza verso i criteri “politici” e “distributivi”»¹⁵⁸.

È dunque in questo scenario che si assiste ad un cambiamento radicale del rapporto tra magistratura e società e più in generale mutano l'autocomprensione del giudice e il suo

da sempre, rifiutato di immiserire il diritto in un testo, in una regola scritta da venerare come un prodotto sacro; ha, da sempre, voluto guardare al di là della regola scritta, al suo ambiente, alla rete di relazioni entro cui si collocava; ha, da sempre, ricusato (...) la facile scelta di mettersi all'ombra quieta del diritto italiano vigente».

¹⁵⁵ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 513.

¹⁵⁶ M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, cit., 114.

¹⁵⁷ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 513.

¹⁵⁸ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 550.

strumentario concettuale¹⁵⁹. Al giudiziario spetta il compito-chiave di guidare lo spostamento del sistema giuridico dalla preminenza della legge alla primazia della Costituzione, verso «un rapporto di tensione tra caso e regola» che «introduce inevitabilmente un elemento di equità nella vita del diritto»¹⁶⁰.

Come verrà in seguito dimostrato, rileggendo il percorso di affermazione della precettività dell'art. 32 Cost., la giurisdizione – a cavallo tra la fine degli anni sessanta e l'inizio dei settanta – proponendosi come canale di integrazione, da un lato dilata la capacità del sistema politico di recepire e soddisfare domande sorgenti, dall'altro aumenta la flessibilità delle risposte. Questo secondo profilo ci introduce alla seconda chiave di lettura prescelta, ossia quella del pluralismo, nella misura in cui se flessibilità significa la possibilità di variegare l'arco delle risposte giudiziarie adottando un metodo topico, ovvero ragionando per problemi, tale qualità della risposta giurisdizionale consente anche di dare accesso a soluzioni non necessariamente coincidenti con quelle politiche prevalenti, e dunque estranee al circuito maggioranza-minoranza, tutelando il pluralismo sociale.

Tra interpretazione e pluralismo vi è un evidente profilo di continuità: è un dato di fatto che in una società pluralistica non c'è univocità di significati neppure in un determinato tempo ed in un determinato spazio. La realtà diviene quindi inevitabilmente oggetto di interpretazione volta a renderne ragione, senza per questo perdere i suoi connotati di complessità.

È infatti attraverso le ragioni e le istanze del pluralismo si possono leggere molti dei percorsi che hanno caratterizzato il rapporto tra le ideologie del novecento e il costituzionalismo, influenzando anche sulle capacità di prestazione delle formule da esso espresse.

Le trasformazioni profonde del costituzionalismo democratico, prodottesi in Europa a partire dalla fine del primo conflitto mondiale, hanno infatti ridefinito i contorni del catalogo dei diritti, i protagonisti della sfera pubblica, la struttura delle situazioni

¹⁵⁹ P. COSTA, *Dalla "inattuazione" alla "inattualità" della Costituzione: qualche considerazione introduttiva*, cit., 26.

¹⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 204; anche C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Jovene, Napoli, 2004, 1663 ss.

soggettive e gli strumenti di garanzia¹⁶¹. Il che presuppone ed, allo stesso tempo, implica un mutato rapporto tra legge, cittadini ed amministrazione, un diverso concetto di legalità, una concezione del diritto e delle fonti di produzione normativa non più fondata sul primato della legge generale ed astratta.

Per ragioni di economia dell'analisi, si tenterà di riassumere l'ampio discorso sul pluralismo¹⁶², riducendone l'emersione entro i due poli, dati rispettivamente dal rapporto verticale tra Stato e cittadini e dall'emersione orizzontale del ruolo degli individui e delle comunità intermedie.

Il pluralismo verticale assume le forme dello Stato pluriclasse, atteso che «il punto di discriminare tra Stato borghese, liberale, monoclasse e Stato pluriclasse è costituito dall'introduzione del suffragio universale, accompagnato dall'organizzazione partitica e/o sindacale delle classi già escluse dal voto»¹⁶³. A tale trasformazione si connette la revisione degli istituti vigenti per adeguarli al carattere pluriclasse dello Stato, così ad esempio si va dal processo di democratizzazione delle forze armate all'adozione del carattere progressivo delle imposte, al rinnovato slancio delle autonomie locali sino al rafforzamento degli strumenti di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini nei confronti dei poteri pubblici¹⁶⁴.

¹⁶¹ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 95 ss. anche 112 ss. che nota come «l'allargamento del suffragio elettorale e la conseguente democratizzazione del processo politico, l'irrompere delle masse sulla scena politica e lo sviluppo dei partiti di massa organizzati e del movimento sindacale hanno fatto entrare gradualmente in crisi i meccanismi di razionalizzazione del potere politico che gli ordinamenti di tipo liberale avevano potuto preservare solo grazie all'omogeneità della base sociale politicamente attiva»; si rinvia per un quadro complessivo a L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 96 ss.; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 164 ss.; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, 245 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 150 ss.; M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Reggio Emilia, 2012, 30 ss.; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 26 ss. e 58 ss..

¹⁶² M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in Enc. dir., XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 1012 ss.; F. RIMOLI, *Pluralismo*, in Enc. giur., XXIII, Roma, Treccani, 1997.

¹⁶³ Il concetto di Stato pluriclasse è attribuibile a M.S. Giannini che lo introdusse nel *Corso di diritto amministrativo. Dispense – Anno accademico 1964-1965*, Milano, 1965, 54 ss.; approfondita in ID., *I poteri pubblici negli Stati pluriclasse*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1979, 29, 389 ss.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1986, 391 ss.; per un'analisi S. CASSESE, *Lo Stato «pluriclasse» in Massimo Severo Giannini*, in S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1994, 11 ss.; G. GUARINO, «Classi» e «Gruppi» nel pensiero di M.S. Giannini e nella realtà contemporanea, in *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, IV, Jovene, Napoli, 1994, 171 ss.

¹⁶⁴ U. ALLEGRETTI, *Democratizzazione dell'amministrazione e progetti di riforma delle autonomie locali*, in *Studi economico giuridici della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, III, Giuffrè, Milano, 1980, 120 ss.; anche G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986, 56 ss.

Ad un modulo dell'amministrazione quale supremazia dell'apparato statale si viene sostituendo, in un'evoluzione di lungo periodo, l'ipotesi dell'amministrazione operante a volte come autorità ed in altre come soggetto di diritto comune. È in questo contesto ordinamentale che si realizza la trasposizione della figura del consenso dalla attività amministrativa di diritto privato al centro di funzioni amministrative rilevanti (quali il coordinamento e la direzione) a cui consegue la scoperta del ruolo della partecipazione dei cittadini, non più relegati in una posizione subordinata o neutrale, ma titolari attivi di istanze pretensive nei confronti dello Stato e delle sue articolazioni.

Tale evoluzione del rapporto tra lo Stato e i cittadini è il portato dell'affermazione del ruolo sociale delle istituzioni pubbliche, il cui sistema di garanzia dei diritti ha assunto una complessità tale da non essere più riconducibile entro lo schema della protezione negativa, includendo altresì, accanto ad essa, una componente promozionale¹⁶⁵, orientata al quadro dei valori costituzionali.

Protagonisti del parallelo processo di affermazione del pluralismo orizzontale sono non solo gli individui, ma soprattutto le comunità intermedie che con la loro organizzazione indipendente dallo Stato ne riducono il potere coercitivo. Questa riflessione muove dalla natura democratica dello Stato e dal fondamento che né è il substrato, ovvero la democrazia che quale «elemento costitutivo della forma-Stato, inteso quale ordine complessivo di vita associata, (...) compendia in sé i presupposti e le condizioni cioè l'insieme di fattori spirituali, economici e sociali, le convinzioni, le strutture, i fini che informano di sé un ordinamento e rendono possibile ed efficace quella partecipazione»¹⁶⁶.

E in quelle condizioni vi è, al contempo, il riconoscimento di un'ampia sfera di autonomia tributata ai poteri sociali privati e di un sistema di rapporti associativi da cui siano escluse le antitesi radicali di interessi.

Così il riconoscimento del pluralismo sociale che non solo viene assunto come dato di fatto, ma diviene un fattore positivo di evoluzione del sistema, conduce ad un'elaborazione condivisa del tipo di società sottesa all'ordinamento costituzionale¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Di recente l'interessante riflessione di Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna, 2013, 69 ss. e 337 ss.

¹⁶⁶ C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. I principi fondamentali*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 6-7.

¹⁶⁷ Mette il luce la complessità del fattore pluralismo A. RUGGERI, *Il pluralismo tra «regola» e «principi» costituzionali sulla produzione giuridica*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella*

Elaborazione da cui emerge comunque una rappresentazione polifonica, laddove la concezione cattolica aveva fatto del pluralismo una componente strutturale dell'idea di democrazia, riflettendovi quella moltitudine di formazioni sociali (affettive, culturali, professionali e sociali) che rappresentavano il naturale terreno d'espressione della personalità dell'uomo, mentre le forze laiche e socialiste avevano fatto del pluralismo il luogo di affermazione delle libertà politiche e sociali a lungo conculcate durante la dittatura.

Al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo come singolo, i costituenti, affiancano il riconoscimento di tali situazioni giuridiche positive anche all'interno delle formazioni sociali, intendendo così conferire un rilievo costituzionale ai gruppi sociali in cui si esplica la personalità individuale.

Nella prassi societaria infatti gli uomini, nell'ambito della comunità, si aggregano spontaneamente per le esigenze di sviluppo della loro personalità individuale o collettiva, dando vita a formazioni sociali che segnano il percorso dell'*homme situe*¹⁶⁸ nella trama dei diversi rapporti politici, sociali ed economici¹⁶⁹: così la famiglia, le comunità religiose, le istituzioni scolastiche, le associazioni aventi diverse finalità e, ancora, le autonomie territoriali, espressione di legami civici originari¹⁷⁰, costituiscono altrettante articolazioni della comunità che valgono ad integrare le persone nel corpo sociale, entro vincoli di solidarietà operanti a monte dell'ordinamento statale¹⁷¹.

Il fulcro del programma costituzionale si radica nel potenziamento delle società intermedie intese come strutture sociali relazionali, nelle quali si manifestano i valori e gli interessi delle persone che le compongono¹⁷², intendendo la loro valorizzazione come necessaria al fine di tutelare la persona umana, la sua dignità e la sua libertà.

giurisprudenza costituzionale, cit., 279 ss.; anche V. OMAGGIO, *Individuo, persona e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1, 77 ss.

¹⁶⁸ G. BURDEAU, *Le démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, in *Traité de sciences politique*, Paris, 1973, VII, 39 ss.

¹⁶⁹ F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012, 10 ss.

¹⁷⁰ E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989, 119 ss.; A. PIZZORUSSO, Artt. 1-4, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, 181 ss.; M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 580 ss.

¹⁷¹ F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 61; S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 2012, 4, 525 ss.

¹⁷² Le formazioni sociali vengono riconosciute e garantite a livello costituzionale non come tali, ma nella misura in cui consentano e favoriscano il libero sviluppo della persona (A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma, 1989, 16) o nella misura in cui garantiscano la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti (A. BARBERA, Art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 105 e 109).

Riprendendo le parole di Rescigno, il riconoscimento delle formazioni sociali tende ad offrire una risposta alle «ragioni opposte di angoscia in cui si muove la condizione umana, sospesa tra paura dello Stato e il deserto della solitudine»¹⁷³.

All'intento promozionale si affianca quindi anche una funzione difensiva delle società intermedie che si pongono quale limite al potere statale promuovendo la massima valorizzazione del momento di mediazione nei rapporti fra Stato e individui; ed è appunto in tale contesto che da queste comunità promanano forme di regolamentazione¹⁷⁴, che il giurista deve cogliere, studiare e sistematizzare, al fine di consentirne l'ordinato recepimento da parte dell'ordinamento statale.

Il rapporto tra polo statale e corpi intermedi non può tuttavia essere semplicisticamente descritto entro categorie semplicemente oppositive: è difatti in questo torno di storia che la società civile – che esprimeva in precedenza attraverso i propri meccanismi spontanei i regolatori sociali – subisce la penetrazione dello Stato che tende ad organizzarne gli spazi con profili spiccatamente riformatori. Ma, al contempo, si registra una tendenza opposta che vede la società civile organizzarsi ed esprimersi in forme di organizzazione e movimentismo riflessivo per partecipare o influire sulla produzione del comando giuridico, al di fuori dei canali tradizionali. Ne deriva una profonda modificazione del rapporto tra mediazione giuridica e quella sociale: la prima non è più esterna, ma tende ad organizzare i rapporti tra gli agenti sociali, i quali a loro volta partecipano, in diversa misura, della funzione normativo-statale¹⁷⁵.

Delineato il quadro di riferimento, si può concludere notando come, proprio nel periodo a cavallo tra gli anni sessanta e settanta, il ruolo delle comunità intermedie divenne centrale: ciò non solo in relazione all'azione svolta, a livello istituzionale, da partiti e sindacati, ma soprattutto, attraverso la costruzione di pratiche sociali e nuove forme

¹⁷³ P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966, 58.

¹⁷⁴ Così nel clima del secondo dopoguerra, Rescigno dedica particolare attenzione alle formazioni sociali nel solco tracciato dall'art. 2 Cost. con l'obiettivo di recuperare una vasta gamma di situazioni collettive entro i confini del diritto privato (Cfr. P. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, cit.), così come Giugni proporrà l'autonomia collettiva quale motore del diritto spontaneo dei gruppi collettivi (Cfr. G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960) e ancora, in ambito costituzionale, si rammentano le riflessioni di P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, 14 ss. e di C. MORTATI, *La Comunità statale*, in *Iustitia*, 1957, 357 ss; su cui E. BALBONI, *Note introduttive allo studio delle formazioni sociali nel pensiero di Mortati*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Esi, Napoli, 1989, 157 ss..

¹⁷⁵ Sul punto le suggestive riflessioni di P. BARCELLONA, *Diritto senza società, dal disincanto all'indifferenza*, Dedalo, Bari, 2003, 70 ss.

giuridiche, da parte di nuovi soggetti collettivi impegnati per la difesa di diritti ed interessi che fino ad allora non avevano avuto voce, come il diritto allo studio, la tutela del lavoro, della salute, dei consumatori e dell'ambiente.

Ne consegue l'abbandono definitivo del postulato della concentrazione del potere politico nell'organizzazione dello Stato e vengono istituzionalizzati, come fattori fondamentali del processo di formazione della volontà politica, gruppi sociali che non appartengono all'apparato dello Stato, non ne sono organi, ma «nascono e vivono in seno alla comunità civile», connotandosi come forme di autogoverno dei cittadini¹⁷⁶.

Il pluralismo e le sue poliedriche forme rappresentano quindi un'altra chiave di lettura per decifrare quel periodo, comprendere le ragioni dei suoi protagonisti, ragionare – senza preconcetti – sulle conquiste in termini di diritti allora raggiunte.

1.4. Lo sviluppo della persona come progetto costituzionale

Vi è una terza fase del processo di disgelo¹⁷⁷, ovvero quella del pieno dispiegamento del progetto costituzionale che si realizza sostanzialmente durante il controverso e movimentato decennio degli anni settanta.

È in questo periodo, connotato politicamente per l'esaurimento dell'esperienza del centro-sinistra e per l'imporsi della formula della «solidarietà nazionale»¹⁷⁸, che si pone capo al varo di alcuni importanti provvedimenti legislativi¹⁷⁹ – dalla legge sul divorzio allo Statuto dei lavoratori, dall'attuazione delle regioni a statuto ordinario alla riforma del diritto di famiglia, dalla riforma del sistema delle autonomie locali a quella istitutiva del servizio sanitario nazionale, dalla programmazione economica alla disciplina dell'equo canone – i quali incarnano una *policy* costituzionale di segno chiaramente riformatore, connotata da una forte espansione non soltanto delle libertà accompagnata da una concreta attuazione del principio di eguaglianza, ma anche dei poteri attribuiti ai

¹⁷⁶ V. CRISAFULLI, *Partiti, parlamento e governo*, in *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano, 1967, 96 ss.

¹⁷⁷ A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, cit., 141 ss.

¹⁷⁸ P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, cit., 381 ss.; P. CRAVERI, *La Repubblica dal 1958 al 1992*, in G. GALASSO (a cura di), *Storia d'Italia*, XXIV, Utet, Torino, 1995, 489 ss. e 746 ss.; P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, cit., 521 ss.

¹⁷⁹ Provvedimenti adottati in concomitanza o sulla spinta di rilevanti pronunce della Corte costituzionale o di fermenti manifestatisi nella magistratura di merito e ancora al fine di evitare (o assecondare) l'espressione della volontà popolare attraverso lo strumento referendario su cui A. BARBERA, A. MORRONE, *L'istituto referendario*, in G. DE ROSA, G. MONINA (a cura di), *Sistema politico e istituzioni, L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta*, I, Rubettino, Soveria Mannelli, 2003, 325 ss.

cittadini: poteri di partecipazione al circuito delle decisioni pubbliche, e di accesso al godimento di beni considerati essenziali, come la casa e la salute.

Si potrebbe sostenere, con inevitabile semplificazione, che quest'ultima fase del risveglio costituzionale si ricolleggi alle previsioni contenute, rispettivamente, negli artt. 2 e 3, 2° co., Cost., mettendo l'accento su registri diversi dello spartito costituzionale: e se alcune scelte normative dell'epoca sono volte ad un generale ampliamento degli spazi di libertà e di sviluppo della persona, altre sembrano prefigurare una possibile redistribuzione del potere (non solo a livello politico ed economico) a tutto vantaggio dei soggetti marginali.

Si tratta di piani di analisi che spesso si intersecano, trovando una matrice comune nel complessivo disegno iscritto in Costituzione: così se il pluralismo, come sottolineato in precedenza, rappresenta una delle chiavi per interpretare il cambiamento realizzatosi nell'ordinamento, presupposto per comprenderne i significati è la considerazione del ruolo cardine che ha giocato (e che tutt'ora gioca) nelle linee evolutive del sistema il principio personalistico¹⁸⁰.

Il concetto di persona ed i valori ad esso riconducibili rappresentano infatti quel nucleo assiologico primigenio, quel *dover essere* senza il quale non è concepibile una democrazia pluralistica¹⁸¹, vale a dire una democrazia che, lungi dall'esaurirsi nel principio di maggioranza, limita piuttosto lo strapotere di questa e dello Stato con una serie di garanzie a tutela del pluralismo sociale e istituzionale¹⁸².

La proclamazione dell'art. 2 Cost.¹⁸³ segna, perciò, il definitivo superamento dell'impostazione stato-centrica e, riconoscendo il primato della persona rispetto allo Stato, assume il principio personalista come punto fermo della regolazione del nuovo

¹⁸⁰ Secondo V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VI, 1989, Utet, Torino, 29-30 «la Costituzione si ispira anzitutto all'idea-forza della centralità e del primato della persona umana, considerata come soggetto di diritti in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento da parte dello Stato, e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere, anche se limitati e limitabili – ma non in qualsiasi direzione e misura – in vista di esigenze degli altri individui della comunità, e quindi in vista dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà».

¹⁸¹ T. MARTINES, *La democrazia pluralista*, ora in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano, 2000, 239 ss.

¹⁸² A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in *I diritti fondamentali oggi*, Cedam, Padova, 1995, 295 ss.

¹⁸³ Disposizione che già individua un primo essenziale postulato superando sia il riduzionismo giusnaturalistico, che qualifica come "diritti" pretese moralmente giustificabili al di fuori di ogni formale riconoscimento giuridico, sia il riduzionismo positivistico, che si fonda sulla positività dei "diritti" in funzione di atti di concessione del potere costituito indipendenti da ogni raccordo con gli indici di moralità comunemente condivisi.

rapporto individuo e comunità statale¹⁸⁴. La persona, in quanto «fine del sistema delle libertà»¹⁸⁵, viene riconosciuta quale titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la Repubblica s’impegna a salvaguardare¹⁸⁶. Come ha scritto Barile «l’art. 2 dà causa costituzionale alla legislazione sugli incapaci, sugli emarginati e sugli oppressi; dalla riduzione (e allargamento ai due genitori) dei poteri genitoriali si passa alla correlativa nascita di un “diritto dei minori”, allo sviluppo della condizione della donna, allo sviluppo del sindacalismo (...) si assiste alla riduzione del “potere” e al tentativo di migliore e più equo trattamento degli oppressi»¹⁸⁷.

A sua volta la garanzia del pluralismo è anche garanzia della persona, del suo valore primario, che si rivela sia considerandola singolarmente che come parte di formazioni sociali¹⁸⁸, nella misura in cui la complessa e non conclusa vicenda dei diritti fondamentali si presenta come il precipitato storico dell’affermazione della stessa¹⁸⁹.

Attraverso il riferimento alla persona penetrano nell’ordine giuridico, ed assumono autonoma rilevanza, figure diverse, espressive della condizione umana, e per ciò cariche a loro modo di forza evolutiva, nel senso che trasferiscono in una dimensione comunque formalizzata le articolazioni e le contraddizioni presenti della realtà.

La persona diviene quindi il tratto, anche formale, che consente di dare rilevanza alla materialità dei rapporti in cui ciascuno è collocato ed alle relazioni sociali che lo caratterizzano¹⁹⁰. Anche se la più forte di queste articolazioni della persona è quella del lavoratore, nella misura in cui «il lavoro è l’unica base che garantisca all’umanità nel

¹⁸⁴ U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano, 1980, 62 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale³, Cedam, Padova 2003, 5; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma 1989, 5 ss.; ID., *Proprietà*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma 1991, 3 ss.

¹⁸⁵ G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1967, 88 ss.

¹⁸⁶ S. MANGIAMELI, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org, 2.

¹⁸⁷ P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 58.

¹⁸⁸ Nella sentenza Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1367 si definiscono formazioni sociali «ogni forma di forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico».

¹⁸⁹ Così A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 5 secondo cui «non è dai diritti che si risale alla persona bensì è da questa che si discende ai primi, dal momento che è essa ad attrarli a sé e in sé radicarli e giustificarli, e in disparte altresì la circostanza per cui non è (...) nel solo art. 2 che trova alloggio ed espressione il principio in discorso, il vero è che non fanno nella Carta difetto espressi riferimenti alla persona *ut sic*, in ispecie agli artt. 13, 4° co., 27, 3° e 4° co., 32, 2° co., e, soprattutto, 3, 2° co.». Anche P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*³, Giappichelli, Torino, 2011, 172 ss.

¹⁹⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 148 ss.

suo complesso la libertà»¹⁹¹, ad essa si accompagnano altri statuti differenziati o puntuali ricognizioni della «nuda vita».

Emerge così il profilo di tensione tra eguaglianza e (tutela della) diversità, rispetto al quale proprio il riferimento alla persona si presenta come strumento, a un tempo, di riconoscimento e di risoluzione del conflitto implicito.

Tuttavia, proprio il moltiplicarsi e consolidarsi del riconoscimento normativo del caleidoscopico aspetto della persona, ne ha consentito la costituzionalizzazione; così come, al contempo, la sua piena assunzione nell'ordine costituzionale si è riverberata sui diversi modi in cui concretamente la persona si manifesta.

In questa prospettiva proprio gli anni settanta segnano il definitivo ingresso nella vita giuridica delle donne, la cui soggettività era prima misconosciuta attraverso l'esclusione dalla sfera pubblica, con la limitazione della capacità patrimoniale e con la mortificazione della sessualità femminile¹⁹². O, per quanto ci riguarda, esemplare è il processo di «deistituzionalizzazione» dei malati psichiatrici, a cui viene ri-attribuita una condizione di piena cittadinanza attraverso la definizione di forme di sostegno non escludenti né stigmatizzanti.

La riflessione sui diritti fondamentali e sui soggetti titolari di tali diritti ha presupposto che ci si liberasse dal letto di Procuste delle abituali categorie concettuali, rendendo dottrina e giurisprudenza *in primis* avvertite della necessità di crearne di nuove, posto che sono gli strumenti giuridici che debbono adattarsi alla realtà dell'esperienza e alle sopravvenienze della storia, non il contrario.

Non è indifferente all'affermazione dei nuovi diritti il dibattito dottrinale attorno alla formula dell'art. 2 Cost. che si è incentrata su due letture alternative: quella secondo cui la disposizione richiamata dovrebbe interpretarsi come norma "riassuntiva" dei soli diritti enumerati nel testo costituzionale, i quali sarebbero, in definitiva, un catalogo chiuso, e quella, invece, per la quale questa consentirebbe l'apertura del catalogo costituzionale, ricomprendendo anche diritti non enumerati espressamente.

¹⁹¹ J. DAVYDOV, *Trud i svoboda*, trad. it. di V. Strada, *Il lavoro e la libertà*, Torino, 1966, 35. Il riferimento al lavoro come fondamento della Repubblica sottintende la sua *centralità antropologica*, intesa come tratto tipico della condizione umana. Come nota M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 629 ss. «il lavoro è l'espressione primaria della partecipazione del singolo al vincolo sociale ed è attraverso il lavoro che ciascuno restituisce alla società (in termini di progresso generale) ciò che da essa ha ricevuto e riceve in termini di diritti e di servizi, contribuendo a costruire e rinsaldare il comune vincolo sociale».

¹⁹² M. DE LEO, F. TARICONE, *Le donne in Italia. Diritti civili e politici*, Liguori, Napoli, 1992; C.A. GRAZIANI, I. CORTI, *I diritti delle donne*, Giuffrè, Milano, 1996.

Con la teorizzazione della clausola chiusa, la dottrina¹⁹³ ha inteso porre un limite, non tanto al riconoscimento di interessi e bisogni elevati a diritti, quanto agli effetti di tale riconoscimento, laddove l'espansione della garanzia costituzionale verrebbe ad assumere tratti di complessificazione determinati dalla difficoltà di operarne un bilanciamento nel caso di collisione tra i diritti medesimi¹⁹⁴.

La funzione primaria dell'art. 2 consisterebbe quindi nell'estendere alle libertà costituzionali una garanzia supercostituzionale di inviolabilità, sottraendole (perlomeno nel loro nucleo essenziale) al procedimento di revisione costituzionale¹⁹⁵. Alla disposizione costituzionale si ascrive pertanto una funzione "riassuntiva" o "rieppilogativa" dei diritti e delle libertà analiticamente disciplinati dal testo costituzionale.

In virtù di tale ricostruzione si è quindi sostenuto che i nuovi diritti possono formare «oggetto del richiamo di cui all'art. 2 Cost. solamente se ed in quanto siano stati costituzionalmente positivizzati e dunque, attraverso una formale previsione in Costituzione, siano entrati a comporre in modo rigido la fisionomia del sistema vigente»¹⁹⁶.

In virtù della carica assiologica portata dall'art. 2 Cost. che si esprimerebbe attraverso il "veicolo" dello specifico diritto alla personalità, la disposizione sarebbe comunque aperta alla tutela di ulteriori situazioni soggettive attive, quali ad esempio quelle integrate dall'obiezione di coscienza, dal suicidio o dall'eutanasia¹⁹⁷.

¹⁹³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 54 ss.; P.F. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 728-731; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 1 ss.; A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 1, 3 ss.; ID., *Problematica delle libertà costituzionali*³, *Parte generale*, cit., 5 ss.; F. CORTESE, *I diritti inviolabili dell'uomo*, in D. FLORENZANO, D. BORGONOVO, F. CORTESE (a cura di), *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 1-45, specie 1-7 per un'efficace sintesi definitoria.

¹⁹⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 18 ss.

¹⁹⁵ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 56 ss.; L. FERRAJOLI, *Democrazia e Costituzione*, in *Ragion pratica*, 1994, 3, 227-244. Diversamente A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 17 ss., secondo il quale l'art. 2, pur dovendosi considerare "norma chiusa", avrebbe altre funzioni, prima tra tutte quella di stabilire la soggettività giuridica di ogni essere umano.

¹⁹⁶ P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, 158 ss.; V. ANGIOLINI, *Libertà costituzionali e libertà della giurisprudenza*, in ID. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 13-23.

¹⁹⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 56 ss. in specie 59-63 per cui «Se l'art. 2 visto come matrice autorizza l'interpretazione estensiva dei diritti di libertà (...) la prima operazione che possiamo fare è quella di trarre dallo stesso articolo diversi contenuti che si riannodano alla tutela e allo

Pertanto, questi nuovi diritti sarebbero, per un verso, “diritti impliciti” essendo inclusi nel contenuto semantico di diritti già espressamente riconosciuti in Costituzione, per l’altro, “diritti strumentali” ovvero, diritti definiti per dare concreto significato e garanzia ai diritti specificamente previsti¹⁹⁸.

Al contrario, i sostenitori della tesi che vede l’art. 2 Cost. come clausola aperta ritengono che la copertura costituzionale possa essere estesa a posizioni inviolabili oltre quelle espressamente disciplinate dalla Costituzione, sia integrando eventuali lacune, sia interpretando per via giurisprudenziale le evoluzioni e gli sviluppi del sentimento di giustizia e della coscienza sociale dei cittadini¹⁹⁹.

L’indicazione dell’art. 2 Cost. come principio cardine del sistema, in quanto rappresenta lo sviluppo della persona quale valore centrale dell’ordinamento, ha consentito alla dottrina di prefigurare un allargamento della tutela costituzionale a nuovi diritti emergenti a livello della coscienza sociale e che ne esprimano un momento di progressiva attuazione²⁰⁰. In questa prospettiva l’affermazione del libero sviluppo della persona si pone come *compito* da realizzare e non solo come *dato* da rispettare, per cui i valori della persona non avrebbero una funzione solo di *garanzia*, ma anche di *sviluppo*. Si deve constatare come la dicotomia clausola aperta/chiusa sia stata oggetto di analisi critica da parte di autorevole dottrina, la quale ne ha denunciato l’inadeguatezza: non si tratta infatti di “aprire” il catalogo dei diritti di là dalla enumerazione costituzionale, bensì di interpretare, ricorrendo all’argomento ermeneutico, gli enunciati costituzionali in modo da *raccordarli con il principio-valore eminente della libertà della persona*,

sviluppo della persona umana, visti come espressione di un minimo denominatore comune a tutte le libertà».

¹⁹⁸ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 20 ss. Peraltro la lettura “restrittiva” del catalogo dei diritti, oltre a implicare di fatto che l’art. 2 Cost. sia una norma meramente ricognitiva dei diritti enumerati, non consentirebbe di cogliere il legame tra il loro riconoscimento e l’impegno alla rimozione di condizioni sociali di disuguaglianza contenuto nell’art. 3, 2° co., Cost., che si traduce in una componente di domanda attiva di libertà, indispensabile alla liberazione delle condizioni sociali di oppressione o di predominio che ostacolano la realizzazione delle sfere della personalità tutelate a livello costituzionale.

¹⁹⁹ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 84 ss.; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Il Foro italiano, Roma, 1978, 97 ss.; A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, in *Dir. soc.*, 1991, 1, 458 ss. secondo cui la disposizione in questione rappresenterebbe una *clausola aperta, ma assiologicamente delimitata* al quadro culturale di riferimento espresso originariamente dal Costituente

²⁰⁰ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 96 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, cit., 76 secondo cui «la nostra Costituzione (...) che privilegia su tutto il pieno sviluppo della persona umana, non ha inteso ‘cristallizzare’, con la formula contenuta nell’art. 2, il catalogo dei diritti, ma ha voluto lasciare spazio ad altre libertà, ad altri valori, non espressamente contemplati dalle norme costituzionali, ma che alla persona si riconoscono nel continuo fluire della storia»; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita&Pensiero, Milano, 1999, 148 ss. che offre uno spaccato di grande complessità riguardo le elaborazioni della dottrina in relazione all’art. 2 Cost.

della libertà-personalità²⁰¹, intesa anzitutto come autodeterminazione e autorealizzazione, positivamente riconosciuta dagli artt. 2 e 3 Cost²⁰².

Questo orientamento ricostruisce le fattispecie dei diritti costituzionalmente rilevanti sulla base del combinato disposto tra le singole disposizioni sui diritti e l'art. 2 Cost., facendo leva sul presupposto che in tale ultima disposizione sia consacrata la norma essenziale sul libero sviluppo della persona umana. Si tratta, dunque, dei diritti riconosciuti come inviolabili, ossia, secondo quanto affermato nella giurisprudenza costituzionale, quelli assunti come valori primari e principi supremi dell'ordinamento costituzionale, i soli idonei a consentire interpretazioni ed esplicazioni evolutive della loro potenzialità normativa²⁰³.

Questi orientamenti peraltro non sono rimasti senza effetti in ordine alla valutazione stessa dell'attività del giudice costituzionale, il quale solo attraverso un'interpretazione "aperta" si mostrerebbe in grado di far fronte alle domande di libertà espresse dalla società, fungendo da «interprete chiamato a dar voce alla coscienza sociale»²⁰⁴.

Nella sua prima giurisprudenza la Corte costituzionale aveva accolto, in prima battuta, un'impostazione restrittiva nell'interpretazione dell'art. 2 Cost., asserendo che il principio espresso dalla disposizione richiamata «indica chiaramente che la Costituzione eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano *il patrimonio irretrattabile della persona umana*, che appartengono all'uomo inteso come essere

²⁰¹ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, 3 ss. per il quale «in realtà quello che sembra sfuggire alla concezione della 'fattispecie chiusa' è che i diritti inviolabili, prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive, sono valori – tale a me sembra il senso specifico dell'art. 2 Cost. – e che nella logica dei valori – che non è la logica del tutto o niente, del sì o del no – essi tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e alla composizione, secondo le regole della fondazione, dell'opposizione e della complementarità». Secondo l'Autore non si tratta di "aprire" il catalogo dei diritti di là dalla enumerazione costituzionale, bensì di interpretare, ricorrendo ad ogni argomento ermeneutico, gli enunciati costituzionali in modo da raccordarli con il principio-valore eminente della libertà della persona (libertà-personalità), intesa anzitutto come autodeterminazione e autorealizzazione, positivamente riconosciuta dagli artt. 2 e 3 Cost.

²⁰² E. ROSSI, Art. 2, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Giappichelli, Torino, 2006, 56 ss.

²⁰³ In questi termini il processo di evoluzione dei diritti fondamentali presenta ulteriori aspetti di particolare rilievo: la tendenziale assimilazione-omologazione dei diritti sociali ai diritti di libertà e lo sviluppo di diritti ancora sconosciuti o ancora privi di formale riconoscimento e tutela, che vengono però recepiti come "fondamentali" dalla collettività e sono perciò bisognevoli di una originale qualificazione giuridica.

²⁰⁴ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 55.

libero» e pertanto, «alla generica formula di tale principio, fa seguire una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili»²⁰⁵.

Con la fine degli anni settanta²⁰⁶, la Corte abbandona l'iniziale impostazione restrittiva dell'art. 2 Cost., per abbracciare un orientamento che, pur non attribuendo alla norma suddetta un ruolo di fonte autonoma di diritti, ne riconosce il «sostegno qualificatorio rispetto a diritti esplicitamente o implicitamente riconducibili ad altre norme costituzionali»²⁰⁷.

Una volta consolidati gli schemi qualificatori nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'art. 2 Cost., la giurisprudenza costituzionale²⁰⁸ ha iniziato a riconoscere i c.d. «nuovi diritti», privilegiando in particolare la costellazione di diritti facenti capo all'individuo-persona²⁰⁹: in questa prospettiva, le diverse pronunce assumono una dimensione unificante ed anche sistematica che si concentra sul valore-uomo, in tutta la sua concreta dimensione, la quale non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la sua vita si esplica ed avente rilevanza essenzialmente biografica, sociale, culturale ed esistenziale (così si vedano le pronunce riferentesi alla riservatezza e intimità²¹⁰ o in relazione alla problematica dell'aborto e del diritto alla vita del concepito²¹¹ o ancora quelle riguardanti il diritto all'identità²¹²).

La più recente giurisprudenza costituzionale²¹³ sembra aver definitivamente archiviato la questione del carattere aperto o chiuso del catalogo dei diritti, consolidando il primo

²⁰⁵ Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11, in *Giur. cost.*, 1956, 612.

²⁰⁶ Questa posizione si è consolidata con la presidenza Saja; si veda in proposito quanto affermato dallo stesso Presidente della Corte nella conferenza stampa annuale del 1987: F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1987*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 175-189, specie 179.

²⁰⁷ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 21.

²⁰⁸ Quanto alla concreta attuazione di questo processo di penetrazione di principi costituzionali nella materia dei diritti della personalità, si deve rammentare che un ruolo di particolare importanza è stato svolto dal formante giurisprudenziale, in maniera episodica già a partire dagli anni sessanta, e assai massicciamente dalla fine degli anni settanta in poi; l'attività innovatrice, e sostanzialmente creativa svolta dalla giurisprudenza di merito nella materia dei diritti della personalità ha portato a parlare in proposito di diritti «creati in laboratorio, anzi (...) in 'provetta'». Cfr. G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, 467.

²⁰⁹ S. MANGIAMELLI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 4-10, ora in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, 2-3, 258 ss.

²¹⁰ Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, in *Giur. cost.*, 1973, 354.

²¹¹ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, 117.

²¹² Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1173.

²¹³ Si veda Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in www.giurcost.org. In dottrina R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del 'divorzio imposto': quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Il Foro it.*, 2014, 2680 ss.; B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio*

dei descritti orientamenti, pur temperandolo attraverso gli strumenti della ragionevolezza. Ne è espressione la sentenza della Corte n. 138/2010²¹⁴, nella quale viene esalto l'aspetto comunitario della relazione di coppia tra persone dello stesso sesso, riconoscendone la natura di formazione sociale protetta ai sensi dell'art. 2 Cost.

In questo contesto la riscoperta dell'uomo nella sua concretezza ha aperto la strada lungo uno stretto sentiero di conquiste e precipitose sconfitte, di influssi seguiti da impreviste risacche, nel quale i soggetti della storia hanno tenuto saldo il valore della soggettività e dell'eguale dignità dell'uomo, sapendo "vedere" e onorare le differenze che meritassero riguardo²¹⁵.

1.5. La lenta eclissi dell'autorità

La crisi dell'autorità è anzitutto crisi di un modello sociale, di un sistema di rapporti e di relazioni consolidate, ma soprattutto è crisi di un potere che non è più in grado di dare ordine alla complessità del reale.

Se vi è un tratto che accomuna la storia istituzionale e sociale degli anni settanta esso può rintracciarsi nella messa in mora dell'autorità²¹⁶, espressa in varie forme e a tutti i livelli: dallo Stato alla famiglia, dal lavoro sino alla Chiesa.

imposto), in www.articolo29.it, 15.06.2014; G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹⁴ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. dir.*, 2010, 653. In dottrina R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giur. cost.*, 2010, 1629 ss.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss.; R. CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in www.costituzionalismo.it, 16.11.2010; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «spiegazione» al matrimonio al «diritto» alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Esi, Napoli, 2011, 1195 ss.

²¹⁵ Come sempre suggestivo P. ZATTI, *Appunti di viaggio di un 'biogiurista'*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, cit., 47 che rammenta «in questo itinerario un'esperienza è costante: per 'vedere' occorre spingersi sul crinale tra le opposte vallate in cui la nostra educazione concettuale porta a distinguere la realtà, cioè gli opposti regni del soggetto e dell'oggetto, dell'uomo e delle cose, della capacità e dell'incapacità, dell'identità e della proprietà; e tra questi territori incomunicanti cercare una via che sveli un panorama diverso, un più mobile, meno diviso universo».

²¹⁶ Sul punto vi è conformità di vedute, anche tra studiosi di diverse tendenze, P. GINSBURG, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, cit., 412 ss.; S. TARROW, *Democrazia e disordine. Movimenti di protesta e politica in Italia. 1965-1975*, Laterza, Roma-Bari, 1990, 10 ss.; P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, cit., 381 ss.; M. FLORES, A. DE BERNARDI, *Il Sessantotto*, Il Mulino, Bologna, 1998, 119 ss. che chiudono il periodo analizzato entro una trama che si

Tale critica emerge dall'azione concentrica di industrializzazione e modernizzazione da cui derivano i molteplici processi di mobilitazione dei differenti gruppi sociali che assumono la forma di uno «stato nascente», esprimendo «un passaggio di stato» nel quale «vengono messi in discussione e ristrutturati gli aspetti fondamentali dell'agire sociale»²¹⁷.

Ed è proprio da questa centralità della critica dell'esistente, contrapposta alla prefigurazione di un «ordine nuovo», che scaturiscono tutti gli elementi pre-politici, impolitici ed anche anti-politici, che hanno segnato le lotte dei movimenti di quegli anni, alimentando il paradosso di una politicizzazione di massa fortemente caratterizzata dal rifiuto della politica istituzionale.

Questo paradosso ha rappresentato tuttavia il presupposto per una ridefinizione dello spazio politico, in termini di spostamento dei confini, di moltiplicazione degli attori e mutamento delle dinamiche di relazione e di potere²¹⁸.

Riprendendo un fortunato modello teorico²¹⁹, si può quindi assegnare ai movimenti sociali – al «disordine» – il ruolo di agenti privilegiati, a fronte della debolezza del sistema politico, dei mutamenti politici e delle riforme nel sistema democratico italiano, fenomeno che ha lasciato sul campo non solo una conquistata autonomia dei soggetti sociali dal controllo dei partiti e delle strutture statali²²⁰, ma soprattutto «l'ampliamento dei confini dell'area politica così da includervi nuovi soggetti sociali e politici» generati dal ciclo del conflitto²²¹.

snoda dal 1958 al 1973 ; M. FLORES, *Il secolo mondo. Storia del Novecento*, Il Mulino, Bologna, 2002, 415-426; P. POMBENI, *L'eredità degli anni settanta*, in F. LUSSANA, G. MARRAMAO (a cura di), *Culture, soggetti, identità*, in *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta*, II, cit., 23 ss. che inquadra la questione in termini di fenomeno di lungo periodo.

²¹⁷ F. ALBERONI, *Movimenti e istituzioni nell'Italia tra il 1960 e il 1970*, in *Formazione del regime repubblicano e società civile*, I, *La crisi italiana*, a cura di L. GRAZIANO, S. TARROW, Torino, Einaudi, 1979, 235.

²¹⁸ Questa «esplosione sociale» produsse, scrisse G. AMATO, *I socialisti al Governo*, in AA.VV., *Giacomo Brodolini e la politica italiana degli anni '60*, Marsilio, Venezia, 1981, 21 «la trasformazione di una società che prima si faceva rappresentare da partiti e sindacati in una società capace di rappresentarsi da sola e di far valere in prima persona domande sociali che riteneva emarginate dal sistema politico».

²¹⁹ S. TARROW, *Democrazia e disordine. Movimenti di protesta e politica in Italia. 1965-1975*, cit., 260 ss.

²²⁰ S. LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana*, Marsilio, Venezia, 1992, 334 che rileva la centralità del ruolo del Parlamento in un periodo in cui si avvicendano governi irrisolti che «sembrano galleggiare stancamente sulla superficie di una società che provvedeva ad autoriformarsi spendendo il potere delle organizzazioni sindacali e di una opinione pubblica non più plasmata dai partiti o esclusivamente dai partiti».

²²¹ M. REVELLI, *Movimenti sociali spazio politico*, in F. BARBAGALLO (dir. da), *Storia dell'Italia repubblicana*, II, *La trasformazione dell'Italia: sviluppo e squilibri. 2 Istituzioni, movimenti, culture*, cit.,

Ne è conseguita pertanto l'affermazione di un processo riformatore che ha modificato tutti i settori della vita civile, dalla famiglia alla scuola, sino al sistema giudiziario, un processo agito essenzialmente dal basso e portatore di un cambiamento profondo sul terreno sociale più complessivo²²².

I segni più evidenti di questa evoluzione si possono rintracciare essenzialmente in due ambiti, da un lato, quello del lavoro salariato e, dall'altro, quello della famiglia. Si tratta di "luoghi" essenziali nell'esistenza di ciascuno, che tracciano in maniera profonda il verso del percorso di sviluppo della persona e di formazione del cittadino. Sicchè indicare – seppur sinteticamente – le linee di sviluppo della regolamentazione giuridica in materia e l'influenza che su di essa ha avuto il richiamo ai principi costituzionali, appare indispensabile per illustrare il contesto dal quale è scaturita la legge 180 del 1978²²³.

Non vi è dubbio che la fabbrica sia stata uno dei principali focolai del dissenso: è qui che, nel periodo tra il 1969 e il 1973, si assiste alla ripresa della conflittualità che si esprime in piattaforme rivendicative complesse e lungimiranti. Dalla pretesa di un salario dignitoso si passò alla considerazione di aspetti complessivi della condizione operaia, chiamando in causa l'organizzazione del lavoro (orari, turni, mansioni), la salute e la richiesta di un ambiente salubre oltre alla definizione di meccanismi previdenziali più equi, ma anche le stesse forme della democrazia nei luoghi di lavoro, da esplicarsi attraverso le libertà sindacali e il potere di contrattazione dei lavoratori²²⁴.

385 ss.; P. ORTOLEVA, *Saggio sui movimenti del '68 in Europa e in America*, Editori Riuniti, Roma, 1988, 25 ss.

²²² A. DE BERNARDI, *Il movimento giovanile degli anni Sessanta e il sistema politico*, in F. LUSSANA, G. MARRAMAO (a cura di), *Culture, soggetti, identità, cit.*, 178 ss. che nota come emblematico l'espandersi della pedagogia dell'azione diretta dalle scuole e università sino alle fabbriche, per contagiare poi i diversi settori sociali travolti da una spinta di massa alla partecipazione che molto contribuì a riordinare la fisionomia e gli indirizzi della modernizzazione. In questi termini A. MARWICK, *The Sixties. Cultural Revolution in Britain, France, Italy and the United States, 1958-1974*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 5-15 che rintraccia nella creazione delle sub-culture (e nella loro influenza sulla cultura maggioritaria), che poi si espansero e interagirono, il germoglio di quel flusso che ha connotato le epoche successive.

²²³ È stato Massimo Severo Giannini a ricordare, più di cinquant'anni or sono, che «il movimento di liberazione delle forze del lavoro dallo sfruttamento di cui sono oggetto (...) si accompagnò costantemente al movimento per la libertà della persona» (M.S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, 6), ma l'andamento congiunto dei due movimenti non li rendeva sovrapponibili e – soprattutto – non determinava la confusione e sovrapposizione delle loro conquiste.

²²⁴ Si veda G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 365 ss.; ID., *L' "autunno caldo" sindacale*, in *Il Mulino*, 1970, 23 ss. In generale G. MAIFREDA, *La disciplina del lavoro. Operai, macchine e fabbriche nella storia d'Italia*, Bruno Mondadori, Milano, 2007, 130 ss.; V. VALLI, *L'economia e la politica economica italiana (1945-1979)*, Etas Libri, Milano, 1979, 82-83 che ricorda come le cause economico-sociali a monte di questo fenomeno sono state individuate in una forte

Con tali richieste la classe operaia metteva in discussione i rapporti gerarchici all'interno dell'impresa e pretendeva forme di controllo (o di compartecipazione) all'organizzazione del lavoro²²⁵. Il mondo del lavoro era investito da una dialettica promossa dai lavoratori e dai sindacati che alternava al compromesso il conflitto. Conflitto che non era da intendersi come alternativo alla concertazione, in quanto esso non è soltanto una variabile esplicativa delle disuguaglianze presenti all'interno della società industriale, ma costituisce la controparte naturale del progresso tecnico e della conseguente creazione di nuova ricchezza ma – al contempo – di nuovi squilibri²²⁶. Per queste ragioni l'azione sindacale, anche conflittuale, veniva intesa quale elemento fisiologico dello sviluppo e al tempo stesso come strumento per realizzare una progressiva riduzione delle disuguaglianze perseguendo in tal modo coesione sociale. Ma è attraverso la legge 20 maggio 1970, n. 300, ovvero lo Statuto dei lavoratori, che la classe lavoratrice e le sue organizzazioni rappresentative entrano da protagonisti nello spazio pubblico e l'azione sindacale assume contorni innovativi rispetto a quelli del vecchio corporativismo²²⁷. Inoltre la legge del 1970 costituisce l'espressione di una politica del diritto ispirata al pluralismo²²⁸, utilizzata dall'ordinamento quale strumento addizionale di integrazione politica dei cittadini attraverso la previsione di trattamenti differenziati dei gruppi sociali in vista di un bilanciamento dei loro rapporti di forza, che presuppone l'abbandono da parte dello Stato della tradizionale posizione di neutralità di fronte ai conflitti sociali.

In questa prospettiva, lo Statuto tiene assieme due visioni, unendo attribuzione dei diritti individuali e sostegno/promozione dell'azione sindacale, tutela della dignità e libertà del

depressione ciclica, che corre tra il 1964 e il 1968, dovuta ad una flessione congiunturale che si era sovrapposta ad una crisi strutturale di più antica origine.

²²⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, 79 ss. specie 82-86; P. PASSANTI, *Lo Statuto dei lavoratori nel Novecento giuslavoristico*, in G.G. BALANDI, G. CAZZETTA (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2009, 117 ss.

²²⁶ A.O. HIRSCHMANN, *I conflitti come pilastri della società democratica a economia di mercato*, in *Stato e Mercato*, 1994, 41, 134 ss.

²²⁷ G. PERA, Art. 1, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 4 ss.; L. MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *L'applicazione dello Statuto*, Franco Angeli, Milano, 1973, 165 ss.; M. BARBERA, *I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, cit., 322 ss. che evidenzia lo Statuto come passaggio di compromesso tra l'orientamento privatistico e quello costituzionale negli studi di diritto del lavoro; L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 3, 333 ss.

²²⁸ A. PIZZORNO, *I soggetti del pluralismo*, Il Mulino, Bologna, 1980, 229 ss.

lavoratore e interessi dell'impresa, in una sorta di pragmatico equilibrio tra forze sociali contrapposte volto ad attenuare le disuguaglianze sociali.

Nel porre il problema di come rideclinare il complesso rapporto tra la sfera dei diritti nascenti dalla proprietà e quelli che mettevano capo al lavoratore e alle tutele che per esso venivano rivendicate, era indispensabile un intervento diretto dello Stato che si esprimesse attraverso un'innovazione legislativa atta ad adeguare le politiche sociali del paese al suo livello di sviluppo e a tutelare sicurezza, libertà e dignità dei lavoratori nei luoghi di lavoro anche attraverso un'azione promozionale nei confronti dell'attività del sindacato e del suo insediamento all'interno delle strutture produttive²²⁹.

Si tratta di obiettivi che trovano riscontro nei due blocchi normativi complementari che confluiscono nella legge, la cui costruzione è "ad incastro".

La prima parte della legge n. 300/1970 (Titolo I) costituisce la piattaforma dei diritti fondamentali civili e sociali della persona, riconosciuti in Costituzione, che attraverso lo Statuto hanno valicato i cancelli della fabbrica. Tali disposizioni dello Statuto²³⁰, ispirate all'impostazione garantistica e costituzionale risalente alla tradizione europea continentale, sono servite a «costituzionalizzare» i poteri dell'imprenditore, superando le strutture di conduzione autoritaria allora prevalenti nell'industria italiana²³¹.

²²⁹ T. TREU, *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 1, 10 ss.; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia: un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995, 163 ss.

²³⁰ In particolare, sono rivolte alla garanzia della libera realizzazione della personalità del prestatore nei luoghi di lavoro le disposizioni dello Statuto in tema di libertà di manifestazione del pensiero (artt. 1 e 8), di libertà di associazione e attività sindacale, politica e religiosa (artt. 14 e 15), di diritto all'esercizio di funzioni pubbliche (art. 31), di diritto allo studio (art. 10) e di sviluppo culturale della persona del lavoratore (art. 11). Ne tutelano la dignità norme che pongono limiti al potere datoriale di controllo sull'attività lavorativa (artt. 2, 3, 4, 5 e 6), vietano indagini su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale (art. 8), regolano il procedimento disciplinare (art. 7) e salvaguardano la professionalità (art. 13). Sintesi dei motivi di tutela di libertà, dignità e sicurezza della persona del prestatore era la garanzia del posto di lavoro stabilita dall'art. 18; in dottrina G. MAZZONI, *Lo Statuto dei lavoratori: problematica generale in relazione alle modificazioni legislative al codice civile e alle leggi speciali*, in *Lo Statuto dei lavoratori e la sua incidenza sul rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1974, 11 ss.; F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Esi, Napoli, 1979, 107 ss.; A. CATAUDELLA, *La dignità del lavoratore (Considerazioni sul titolo I dello Statuto dei lavoratori)*, in *Dir. lav.*, 1973, I, 5 ss.

²³¹ G. GIUGNI, *Lo Statuto trent'anni dopo*, in *Econ. lav.*, 2001, 2, 17-18; Nello stesso senso G. CRAINZ, *Il paese mancato. Dal miracolo economico agli anni Ottanta*, Donzelli, Roma, 2005, 321 ss. per cui «i primi decenni della storia repubblicana del nostro paese sono stati caratterizzati da forme tradizionali di subalternità e da distinzioni anacronistiche, da una assenza di diritti negli ambienti di lavoro (...) Molte fabbriche erano assai più simili a dei penitenziari che a dei luoghi di lavoro», sicché spesso le lotte sindacali, ancor prima che maggiori salari, «reclamavano una maggior dignità del lavoratore, il diritto di riunione in azienda, la parità tra operai e impiegati, tra uomo e donna». Queste lotte raggiunsero il loro massimo all'inizio degli anni Sessanta e furono «una lezione di cittadinanza di grandissimo rilievo (...) un movimento di potente modernità».

Il potere organizzativo dei fattori della produzione – e, in particolare, del lavoro – non è sottratto all'imprenditore, risultando altresì limitato, ovvero funzionalizzato verso la garanzia dei diritti fondamentali dei lavoratori dei quali la Costituzione difende e promuove la libertà in tutte le sedi. In questi termini il principio di autorità, che si esprime nel potere gerarchico di chi ha la responsabilità dell'impresa, viene a contemperarsi con il principio di libertà, in cui si riassume il valore della persona. E tale contemperamento si riflette in un complesso di interventi sull'organizzazione del lavoro nell'impresa, sottratta all'esclusiva disponibilità dell'imprenditore²³²; interventi alla luce dei quali la legittimità del comportamento imprenditoriale è da valutarsi in considerazione delle essenziali esigenze della persona del lavoratore²³³.

Esemplificativa di tale percorso di conquista dei diritti è l'art. 15²³⁴, sul divieto di discriminazioni, che ha assunto un valore centrale, ampliando la normativa antidiscriminatoria fino a farla diventare il cuore del diritto del lavoro²³⁵.

La seconda parte dello Statuto, quella ispirata da Giugni e costruita sulla modellistica risalente al *New deal* nordamericano, ha prodotto risultati che si sono rivelati perduranti nel tempo, consentendo una gestione più «istituzionalizzata» del conflitto collettivo aziendale.

Si tratta di disposizioni che tendono a favorire l'insediamento del sindacato nell'impresa, tutelandolo attraverso una serie di immunità e di diritti di rappresentanza. Le norme contenute in particolare nel titolo III e l'art. 28 (sulla repressione della condotta antisindacale) hanno consentito alle organizzazioni sindacali di costituirsi come forza controbilanciante del potere imprenditoriale, ponendo quindi le condizioni di una effettiva democrazia industriale.

²³² Come nota L. MENGONI, *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Diritto e Valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 189 «il momento più qualificante della legge 20 maggio 1970 è costituito appunto dal riconoscimento che l'azione collettiva non può avere un rilievo determinante della posizione giuridica globale dei lavoratori qualora il sindacato non riesca a inserirsi saldamente all'interno delle imprese e a modificare qui la struttura di potere economico mediante l'assunzione di un controllo dei posti e dei processi di lavoro»; ID., *Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti*, *ibidem*, 314 ss.

²³³ A. TROJSI, *Statuto dei lavori e protezione della sfera privata del lavoratore*, in *Dem. dir.*, 2004, 3, 53 ss.; L. FERRAJOLI, *Lo statuto come attuazione della Costituzione*, in *Econ. lav.*, 2001, 2, 28 ss.; B. CARUSO, *Lo Statuto dei lavoratori è morto: "viva lo Statuto"*, in *Lav. dir.*, 2010, I, 85 ss., specie 90; O. MAZZOTTA, *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2010, 36 ss.

²³⁴ Disposizione collocata sotto il titolo II della legge, relativo alla libertà sindacale, ponendosi quindi a cavallo tra la tutela soggettiva e quella collettiva della libertà sindacale.

²³⁵ M. NAPOLI, *Lo Statuto dei lavoratori ha quarant'anni, ben portati*, in *Lav. dir.*, 2010, 128; in generale M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, XIX ss. e bibliografia ivi indicata.

In effetti per la prima volta nella storia italiana il sindacato entrava in forze nei luoghi di lavoro per svolgervi la sua funzione di protezione dei diritti dei lavoratori, radicando in questo modo la sua legittimità, come strumento esclusivo di rappresentanza e contrattazione collettiva.

Al contempo, quale ricaduta delle garanzie dello Statuto, la proprietà perde il ruolo di principio ordinatore di ogni rapporto che si consuma nei luoghi di lavoro, i quali da spazio della proprietà privata si trasformano, per mezzo dell'azione collettiva, in spazi sociali all'interno dei quali trova riconoscimento la libertà, la sicurezza, la dignità dei prestatori d'opera²³⁶.

Se vi è un limite di fondo che connota la legge n. 300/1970, esso è dato dall'incapacità di risolvere in modo armonico il nesso tra individuale e collettivo, asse attorno a cui si è aggregata l'identità disciplinare dello Statuto²³⁷.

Come ha infatti notato Romagnoli²³⁸ «l'intera storia sindacale è attraversata da un conflitto latente per il primato del collettivo sull'individuo (...) e lo Statuto contribuì, da questo punto di vista, alla subordinazione dell'individuale al collettivo organizzato».

Si tratta tuttavia di un orientamento culturale, figlio del suo tempo, che mentre richiedeva al sindacato una difesa in termini collettivi dei lavoratori, non comprendeva l'esigenza di garantire altresì forme di fruizione diretta di questi diritti, come espressione di autonomia individuale del cittadino-lavoratore.

Si deve rammentare comunque come la prassi e la storia sindacale abbiano mostrato la capacità dello Statuto di farsi strumento flessibile, in grado di superare le difficoltà di trovare compromessi fra interessi e principi contrapposti, fra i valori della persona che lavora e le esigenze produttive, segnando punti di equilibrio diversi a seconda dei momenti storici e dell'evoluzione dei rapporti fra le parti²³⁹.

²³⁶ U. ROMAGNOLI, *Lo Statuto dei Lavoratori vent'anni dopo*, in *Lav. dir.*, 1990, 171 ss.

²³⁷ F. LISO, *Lo statuto dei lavoratori, tra amarcord e prospettive del futuro*, *Lav. dir.*, 2010, 1, 77 ss.; E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, Carocci, Roma, 2006, 19 «interviene essenzialmente a sollecitare e garantire l'attività sindacale nei luoghi di lavoro, con ciò attribuendo non già al lavoratore singolo, quanto soprattutto al soggetto collettivo che lo rappresenta, gli strumenti per realizzare la tutela del lavoro». Così, ad esempio, la rappresentatività sindacale, ad esempio, è situata dallo Statuto (con l'art.19) al più alto livello possibile di centralizzazione del sindacato, dove i singoli rappresentati non hanno accesso diretto; inoltre, viene prevista (con l'art. 28) una corsia processuale diretta, per la repressione dei comportamenti lesivi della libertà sindacale.

²³⁸ U. ROMAGNOLI, *Tornare allo Statuto*, in *Lav. dir.*, 2010, 1, 39-48, specie 42; ID., *"Collettivo" e "individuale" nel diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2008, 2, 207-211.

²³⁹ T. TREU, *Lo Statuto dei lavoratori vent'anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 5, 7 ss., specie 27.

Si può ora considerare, in questo percorso che tocca alcune delle forme del personalismo pluralista, la famiglia, quale formazione sociale per eccellenza²⁴⁰, che, in Italia, come nella maggior parte dei paesi europei, è profondamente mutata tra gli anni sessanta e settanta del secolo scorso²⁴¹.

Si tratta di un'evoluzione che trova sanzione anticipata nella lettera della Costituzione, ed in particolare nell'art. 29, che, facendo leva sul principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, apre al legittimo intervento del legislatore nelle relazioni che si sviluppano all'interno del nucleo sociale ordinato nel vincolo coniugale.

L'art. 29 Cost., se da un lato giustifica l'articolata previsione di diritti ed obblighi derivanti dal matrimonio, dall'altro lato garantisce una eguaglianza fondata sui vincoli della responsabilità e della solidarietà: il principio di eguaglianza tra i coniugi costituisce, in questo senso, mera specificazione del principio generale di eguaglianza dettato dall'art. 3 Cost. e comporta il riconoscimento di uguali responsabilità dei coniugi nello svolgimento dei rapporti familiari e pari diritti di sviluppo e di arricchimento della loro personalità sia all'interno del nucleo che nella vita di relazione.

Il principio antidiscriminatorio e la pari dignità sociale non potevano infatti non ripercuotersi all'interno della struttura familiare, contestandone in radice la conformazione "patriarcale" e gerarchica²⁴².

²⁴⁰ M. BESSONE, Art. 29, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali (art. 29-34)*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, 3 ss.; P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 301 ss.; G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in C. MANCINA, M. RICCIARDI (a cura di), *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli Roma, 2012, 69 ss.; in senso contrario A. CARIOLA, *La dubbia utilizzazione del modello di famiglia come formazione sociale*, in R. BIN. C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 47 ss.

²⁴¹ D. VINCENZI AMATO, *La famiglia e il diritto*, in P. MELOGRANI, *La famiglia italiana dall'800 ad oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1988, 630 ss.; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Il Mulino, Bologna, 2002, 250 ss.; G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma, 2006, 68 ss.; G. FERRANDO, *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Pol. dir.*, 2008, 1, 7 secondo cui «Le trasformazioni della famiglia contemporanea dipendono da ragioni molteplici, alcune di natura socioeconomica – l'industrializzazione avanzata, la civiltà urbana, l'ingresso di massa delle donne nel mercato del lavoro –, altre di natura culturale – il declino dei valori religiosi tradizionali, la coesistenza tra culture diverse, il prevalere di ideali di libertà ed autonomia individuale a scapito della solidarietà di gruppo, l'affermarsi dell'ideale dell'amore romantico».

²⁴² La famiglia si configura quindi come sede di autorealizzazione e di crescita, segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quali i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost., che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa

Nella concezione tradizionale, la scelta del matrimonio, e la costituzione di un nucleo familiare, implicava, specie per la donna, una sostanziale rinuncia ad alcuni diritti fondamentali: il diritto alla riservatezza, il diritto sul proprio corpo, la libertà di determinare la propria esistenza, la libertà di stabilire relazioni personali, la stessa libertà di manifestare il proprio pensiero e così via.

Il principio di parità tra i coniugi, sancito in Costituzione, non interpreta soltanto un principio di riequilibrio di diritti e doveri all'interno della sfera dei rapporti coniugali, ma fa riemergere l'intera dotazione dei diritti attribuibili alla donna. Conseguentemente la famiglia cessa di essere un territorio "separato" dal diritto, nel quale i coniugi entrano spogliandosi delle prerogative che proteggono la personalità individuale, divenendo altresì permeabile ai principi e alle regole che connotano lo statuto della persona²⁴³.

In questo termini, non si può peraltro negare che l'uso del concetto stesso di «società naturale», pur nella sua problematicità²⁴⁴, abbia introdotto nelle dinamiche regolative della famiglia una visione più attenta a profili di storicità e relatività²⁴⁵.

Come abbiamo cercato di mostrare in precedenza, la visione "presbite" iscritta nel dettato costituzionale, anche in materia di rapporti familiari, ha faticato ad affermarsi, esprimendo principi che costituivano una rottura del sistema legislativo e culturale in quel momento ancora dominante²⁴⁶.

E il peso della tradizione²⁴⁷ è risultato determinante anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, portando, con riferimento al 2° co. dell'art. 29, ad una lettura rovesciata

²⁴³ Come nota P. ZATTI, *Familia, Familiae – Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 1, 16 ss. tale influenza cambia il contenuto stesso dei diritti e dei doveri reciproci dei coniugi - e per ovvia influenza, il contenuto dei poteri dei genitori e dei diritti e doveri dei figli.

²⁴⁴ C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in P. CALAMANDREI, F. LEVI (dir. da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Barbera, Firenze, 1950, 295; per una lettura in prospettiva R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss.

²⁴⁵ P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1967, 782 ss.

²⁴⁶ F. CAGGIA, A. ZOPPINI, Art. 29, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 604; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in I. NICOTRA, F. GIUFFRÈ (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, Esi, Napoli, 2014, 5 ss.

²⁴⁷ Così in tema di indissolubilità del matrimonio si veda M. BESSONE, V. ROPPO, *Il diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1977, 112 ss.; C. CARDIA, *L'art. 29 della Costituzione: la famiglia come società naturale e la indissolubilità del matrimonio*, in *Studi sul divorzio*, Cedam, Padova, 1972, 204. Per una lettura neo-istituzionale L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 12 secondo cui: «La lettura dell'art. 29 nel quadro dell'art. 2 ottiene così un altro guadagno ermeneutico: l'identificazione dell'unità della famiglia con l'accordo dei coniugi, implicita nel principio di eguaglianza, viene mediata dal principio di solidarietà. Nell'unità della famiglia il fine di ciascuno dei membri diventa lo sviluppo e la felicità dell'altro, e in questo senso i diritti dei membri della famiglia si esprimono, giusta la formula dell'art. 29, come "diritti della famiglia"».

della sequenza tra principio e limite (parità dei coniugi/unità familiare) che ha consentito la conservazione di una serie di disposizioni chiaramente discriminatorie nei rapporti tra i coniugi²⁴⁸.

Esemplare, in tal senso è la sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 1961, n. 64²⁴⁹, nella quale il giudice delle leggi confermava la legittimità dell'art. 559 c.p. nella parte in cui puniva in modo difforme l'adulterio della moglie rispetto all'infedeltà del marito, distinguendo tra l'eguaglianza dell'art. 3, valida in assoluto, e quella dell'art. 29 Cost., da contemperarsi con le garanzie dell'unità familiare e con il diverso impatto sociale delle tradimento maschile e femminile²⁵⁰.

È con la legge sul divorzio²⁵¹ che si compie definitivamente il passaggio da un modello di famiglia intesa come istituzione funzionalizzata in vista degli interessi superiori dello Stato, a quello di formazione sociale orientata al fiorire delle personalità individuali nella prospettiva segnata dall'art. 2 Cost.

L'impatto della riforma era evidente, laddove si metteva in luce che il senso della tutela costituzionale della "società naturale" non poteva non prevedere, nel nuovo assetto, un "passo indietro" dello Stato rispetto alla pesante appropriazione del territorio familiare che aveva caratterizzato, nel segno di un'epoca, il codice del 1942.

Il diritto non si imponeva più come un vincolo sulla vita delle persone, ma si limitava a disciplinare le conseguenze della dissoluzione dell'unione nell'interesse dei figli e del coniuge debole.

²⁴⁸ Come sottolinea A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, 9 «La narrazione della italica famiglia tradizionale ci ha per lunghissimo tempo raccontato di un matrimonio *indissolubile* e di una struttura gerarchica a *subordinazione femminile*, tradotta in norme giuridiche da un diritto di famiglia che – prima della riforma del 1975 – recepiva consuetudini tradizionali quali: il delitto d'onore, l'estinzione del reato di violenza carnale a mezzo del matrimonio riparatore, la responsabilità penale del marito solamente per "abuso" dei mezzi di correzione nei confronti della moglie (...) Indissolubilità e subordinazione femminile: fino a ieri erano due cardini della *nostra* tradizionale organizzazione familiare. Oggi sono entrambi scardinati».

²⁴⁹ *Giur. cost.*, 1961, 1224 ss. con nota di C. ESPOSITO, *Sulla punizione del solo adulterio femminile*.

²⁵⁰ Il *revirement* in materia si avrà solo con le sentenze Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126, in *Giur. cost.*, 1968, 2175 ss. sull'art. 559 c.p., e Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 127, *ivi*, 2208 ss. sull'art. 151, 2° co., c.c., in cui si sostenne, stante il mutato costume sociale, che «il legislatore non può collegare ad identica violazione del dovere di fedeltà coniugale conseguenze giuridiche diverse secondo che i fatti che la integrano siano posti in essere dal marito o dalla moglie». Con note di F. MODUGNO, *L'adulterio come delitto e come causa di separazione (in margine al commento del Prof. Salvatore Satta alle sentenze 126 e 127 della Corte costituzionale)*, *ivi*, 2190 ss. e R. ZACCARIA, *Adulterio: violazione dell'eguaglianza tra i coniugi non giustificato dall'unità della famiglia*, *ivi*, 2198 ss.

²⁵¹ Legge 1° dicembre 1970, n. 898. Su cui A.M. GALOPPINI, *Il problema del divorzio nella storia della legislazione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, II, 532 ss.; ID. *Profilo storico del divorzio in Italia*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, II, 594, specie 662 ss.

La famiglia, in questi termini evolutivi, si rappresentava nel suo «essere un nucleo di persone che coabitano, che si danno reciproca assistenza, che contribuiscono insieme ai bisogni di ciascuno; la famiglia si colloca all'esterno della sfera del mercato e della sfera pubblica, è un luogo di relazioni interpersonali di assoluta gratuità, che non ricorre ai parametri nè dell'efficienza nè dell'imparzialità, ma si misura sulla vocazione solidale e associazionistica nella sua manifestazione più pura ed essenziale»²⁵².

Superato il mito dell'indissolubilità del matrimonio, le decisioni e le responsabilità sulla comunità familiare venivano quindi affidate all'autonomia dei coniugi.

Tale sviluppo ha trovato compimento nella riforma del diritto di famiglia che nasce come provvedimento tipicamente non parlamentare, ossia non esclusivo frutto del dibattito tecnico-legislativo, ma sollecitata ed accompagnata da un'opinione pubblica che ne ha registrato e seguito il processo di costruzione, a causa del forte scollamento con l'effettiva dinamica sociale della normativa previgente. Intenso fu anche il dibattito in sede dottrinale²⁵³ e politica che culminò, intrecciandosi con la tormentata vicenda dell'introduzione del divorzio, in un intervento di revisione delle disposizioni del codice civile in materia di famiglia, attraverso la tecnica della novellazione, attuato con la legge 19 maggio 1975, n. 151.

La riforma era stata anticipata da provvedimenti, quali la legge 5 giugno 1967, n. 431 sull'adozione speciale, nella quale era espressa l'idea di famiglia come «luogo degli affetti», con un conseguente ridimensionamento del tradizionale riferimento al dato biologico, o *vincolo di sangue*, come fondamento delle relazioni familiari.

In questa prospettiva, nel sistema delineato dal legislatore del 1975, il modello di famiglia-istituzione, al quale il codice civile del 1942 era rimasto ancorato, viene ad essere superato da quello di famiglia-comunità, i cui interessi non si pongono su un piano sovraordinato, ma si identificano con quelli solidali dei suoi componenti, tra i quali si stabiliscono relazioni di affetto e di solidarietà riferibili a ciascuno di essi²⁵⁴.

²⁵² B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in ID. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, 103.

²⁵³ La riforma fu vissuta come parte integrante del più complessivo progetto di emancipazione femminile come si desume leggendo S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, 661 ss. e M. BESSONE, *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi e condizione giuridica della donna*, *ivi*, 1976, 216 ss.; per una posizione tradizionalista A. TRABUCCHI, *Il governo della famiglia*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1972, 42 ss.

²⁵⁴ La riforma ha provveduto, in un'ottica espansiva, a disciplinare determinati rapporti propri delle convivenze more uxorio che sono comuni al modello del consorzio coniugale, tanto da indurre la dottrina

Nel delineato percorso espansivo dei contorni dell'eguaglianza fra i coniugi emerge in particolare il passaggio da un unico centro decisionale, espresso nella potestà maritale, ad una modalità di co-decisione tra i coniugi sull'indirizzo della vita comune che crea uno schema di dualismo paritario fra i membri della coppia (e in certa misura anche delle relazioni con i figli) che si propone come essenza di un corretto funzionamento dell'organizzazione della famiglia, nel rispetto dell'identità di ciascuno dei suoi componenti²⁵⁵.

La raggiunta parità e gli accresciuti spazi di autonomia hanno quindi consentito ai coniugi di modellare le proprie relazioni di coppia a seconda del proprio stile di vita, attività lavorativa, capacità economica, ripartizione dei compiti domestici, insomma, delle circostanze concrete e della propria personale concezione della famiglia²⁵⁶.

Lavoro e famiglia sono punti di connessione privilegiati tra disegno costituzionale, ricadute normative ed esperienza sociale, ovvero il luogo in cui si incontrano le linee-guida per la lettura del sistema: in essi si rispecchiano quelle tracce più profonde, che si formano per il gioco combinato degli enunciati normativi e delle loro applicazioni, anche le più minute, in costante rimbalzo di influssi, dall'alto verso il basso – ovvero dal piano delle norme, delle clausole generali e dei principi - e dal basso verso l'alto - ossia in una prospettiva topica che guarda ai problemi attraverso i casi.

Così analizzato il cammino dell'Italia verso la modernizzazione è risultato fortemente influenzato dalle istanze sociali e culturali che si manifestarono negli anni settanta²⁵⁷: per molti aspetti – l'atteggiamento verso l'autorità, le relazioni tra i sessi, il valore

a dare una lettura di questo intervento riformatore nel senso di un riconoscimento delle unioni di fatto. Cfr. N. LIPARI, *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, in *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno di Pontremoli, MontereGGio, 1977, 53 ss.; M. BESSONE, G. FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 1321 ss.

²⁵⁵ A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *Questioni costituzionali in tema di famiglia (art. 29 Cost.)*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale della Famiglia*, Utet, Torino, 2009, 21.

²⁵⁶ Sul punto C. COSTANTINI, *Diritto di famiglia: teorie e prospettive. Una indagine oltre le tradizioni*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, cit., 85-86 che ha così sintetizzato le tre grandi rivoluzioni della famiglia avvenute nella seconda metà del secolo scorso: la rivoluzione sessuale, con il suo potenziale dirompente della sequenza tradizionale tra matrimonio e procreazione e tra maternità e coniugalità, la rivoluzione della parità tra uomo e donna e l'introduzione della tematica dell'orientamento e delle "tendenze" sessuali, che viene inevitabilmente a scomporre la dicotomia maschile/femminile, e infine la c.d. *no-fault divorce revolution*, che ha sganciato la fine di un matrimonio dalla necessità di individuare una "colpa" e un "colpevole".

²⁵⁷ Tutti i movimenti e le lotte di quel periodo hanno evidenziato che, oltre alla lotta del movimento operaio che rivendicava il cambiamento della condizione di vita e la partecipazione alla gestione del potere, c'era anche un'altra lotta fondamentale: la volontà di affermarsi non tanto come oggettività ma come soggettività.

soggettivo attribuito alla politica – in Italia come altrove, questi movimenti lasciarono un segno indelebile.

1.5.1. La critica alle istituzioni totali

La critica alle istituzioni totali²⁵⁸, e in particolare all'ospedale psichiatrico, rappresenta il punto di incontro di esperienze estremamente diverse, di culture spesso antitetiche²⁵⁹ che tuttavia, nella temperie della fine degli anni sessanta e per tutti gli anni settanta, si sono coagulate esprimendosi lungo alcune delle direttrici che abbiamo avuto modo di analizzare in precedenza: dalla riattribuzione di centralità alla persona alla decostruzione delle forme consolidate dell'autorità, sino al ruolo propulsivo svolto dai movimenti, quali creatori di pratiche e di normatività sociale²⁶⁰.

La declinazione personalistica di tale percorso trova radici nella denuncia della condizione manicomiale e delle contraddizioni della scienza psichiatrica esposte in un numero monografico del 1952 della rivista *Esprit*, fondata da Mounier, e simbolicamente intitolato *Misère de la psychiatrie*²⁶¹. Nell'introduzione Albert Bèguin tracciava un solco, rammentando che «se è vero che ogni civiltà sposta i limiti di tolleranza al di là dei quali essa pone l'alienazione mentale, deve essere pur vero che una civiltà si giudica, in parte, dalla definizione che essa si dà, consapevolmente o meno, della follia e dal genere di impegno che essa stessa le consacra»²⁶².

²⁵⁸ Il concetto è frutto dell'elaborazione di E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1974, 34 ss. Per Goffman occorre ricostruire il percorso delle istituzioni totali a partire dalla biografia dei condannati/pazienti/reclusi/folli, nella misura in cui la loro natura viene ad essere rimodellata entro gli schemi determinati dall'istituzione. L'istituzione totale, in questi termini, si caratterizza come il luogo ove vivono e lavorano gruppi di persone che condividono l'esperienza di essere tagliati fuori dal mondo dei 'normali', trascorrendo la loro esistenza in una sorta di spazio privo di tempo, ma regolato da rigide norme amministrative. Così il carattere inglobante o totale di tali istituzioni «è simbolizzato nell'impedimento allo scambio sociale e all'uscita verso il mondo esterno, spesso concretamente fondato nelle stesse strutture fisiche dell'istituzione: porte chiuse, alte mura, filo spinato».

²⁵⁹ Sul punto il percorso sviluppato da R. D'ALESSANDRO, *Lo specchio rimosso. Individuo, società, follia da Goffman e Basaglia*, Franco Angeli, Milano, 2008, 21 ss.

²⁶⁰ In questi termini ciò che ha caratterizzato il movimento antiistituzionale in Italia è stato l'impegno teorico-pratico per la messa in crisi dell'ospedale psichiatrico. Al processo di rovesciamento pratico in campo manicomiale si è accompagnato un rovesciamento di metodo: l'attenzione si è spostata dal malato come oggetto del sapere psichiatrico alle condizioni d'intervento della psichiatria stessa, e dunque al malato come soggetto nel campo predisposto dalla psichiatria.

²⁶¹ In particolare gli interventi di A. BÉGUIN, *Qui est fou ?*, in *Esprit*, 1952, 197, 777 ss.; L. LE GUILLANT, L. BONNAFÉ, *La condition du malade à l'hôpital psychiatrique*, *ivi*, 843 ss.; F. TOSQUELLES, *La Société vécue par les malades psychiques*, *ivi*, 897 ss.

²⁶² A. BÉGUIN, *Qui est fou ?*, *cit.*, 783.

Negli interventi ospitati dalla rivista vi è un filo conduttore, dato dalla denuncia della condizione di degrado e di disumanizzazione che subiscono gli internati, tanto da far porre polemicamente in paragone la condizione in cui essi versavano nella Germania hitleriana con quella francese dell'epoca²⁶³.

Queste esigenze di un rinnovamento, capace di restituire anche ai folli quella libertà faticosamente riconquistata al termine del secondo conflitto mondiale, si fecero sentire anche in Italia e se ne rese interprete il deputato democristiano Ceravolo che nel 1951 ebbe a presentare una proposta di legge volta a superare l'arretrato impianto della legge 14 febbraio 1904, n. 36 sui «Manicomi e sugli alienati» – entrata a regime nel 1909 con l'approvazione del relativo regolamento di attuazione n. 615. La proposta (che mai giungerà all'approvazione definitiva) stabiliva all'art. 4 il dovere di accogliere e curare «negli ospedali psichiatrici le persone affette per qualunque causa da infermità mentale e che non possono convenientemente essere assistite o curate altrove»²⁶⁴, venendo quindi a superare, almeno parzialmente, la logica rigidamente custodialistica e volta alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica che aveva ispirato la legge giolittiana.

Attorno alla proposta si concentrò l'interesse della classe medica²⁶⁵, di quella di giuristi di varia estrazione e delle stesse istituzioni provinciali, allora titolari della competenza sugli istituti psichiatrici²⁶⁶. Accolto il principio per cui il malato di mente è un malato come gli altri, che quindi può guarire ed essere reinserito nel contesto sociale e familiare, si riteneva necessario superare quei meccanismi di struttura, amministrativi e burocratici che avevano reso l'ospedale psichiatrico più un luogo di detenzione che di cura. Ciò attraverso l'investimento nella prevenzione con la creazione di una adeguata organizzazione dei servizi di profilassi ed assistenza extra-ospedaliera, con il definitivo

²⁶³ Così L. LE GUILLANT, L. BONNAFÉ, *La condition du malade à l'hôpital psychiatrique*, ivi, 868 secondo cui «i nazisti sterminavano i loro alienati, il regime di Vichy li lasciava ipocritamente morire di fame, l'America li sterilizza, i nostri governanti li privano di cure».

²⁶⁴ Si prevedeva inoltre l'introduzione della facoltà del ricovero volontario, affidando al direttore dell'ospedale psichiatrico il potere di decidere, in tal caso, sull'ammissione e in generale sulle dimissioni del paziente, salvo verifica da parte del procuratore dello Repubblica nell'ipotesi di contrasto tra la determinazione del medico e quella dei parenti o dello stesso infermo. Cfr. Proposta di legge n. 2437 presentata alla Camera dei Deputati in data 21 dicembre 1951 e riproposta in data 17 novembre 1953.

²⁶⁵ Si veda il commento al progetto di G.C. RIQUIER, *Osservazioni intorno alla proposta di legge dell'On. Ceravolo «sugli ospedali psichiatrici e per la cura e la profilassi delle malattie mentali»*, in *Riv. sper. freniatria*, 1954, 689 ss.

²⁶⁶ Ne sono prova i poderosi atti del convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici, organizzato dalla Provincia di Milano e dal Centro di prevenzione e difesa sociale, nell'ottobre 1955. Cfr. AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, Milano – Palazzo Isimbardi, 7-8-9 ottobre 1955, Giuffrè, Milano, 1956, 48 ss.

superamento dello *stigma* imposto, ai sensi dell'art. 604 c.p., dall'iscrizione nel casellario giudiziario dei provvedimenti di ricovero in manicomio e infine con l'istituzione di un'apposita commissione di vigilanza con compiti di ispezione e di controllo sugli ospedali.

Emergono già in questo contesto alcune tematiche che rappresentano un *leit motiv* della discussione sulla tutela della salute mentale: il confronto tra esigenze della medicina di curare e quelle volte alla garanzia della libertà personale²⁶⁷, il dilemma sulla pericolosità del malato di mente e dei mezzi per limitarne i rischi per la collettività²⁶⁸, i problemi della gestione amministrativa e del ruolo delle istituzioni locali in relazione ad essa, oltre alla annosa questione dello *status* dei medici psichiatri, a cui era sottesa la discussione sullo statuto della scienza psichiatrica.

Non vi è in tale sede una proposta volta a superare l'ospedale psichiatrico, seppure se ne affermi la necessità di una 'umanizzazione', tuttavia vi è una critica aperta verso lo *status quo*, data dalla constatazione della persistenza di «condizioni ambientali che impediscono la cura del malato di mente con quei mezzi che consistono principalmente nel contatto personale prolungato tra medico e paziente su un piano di mutua ed umana comprensione. (...) È necessario arrivare alla concezione dell'ospedale psichiatrico aperto, al quale il malato chiede di essere accolto per essere curato. Deve finalmente cessare la barbarie attuale che fa l'ospedale psichiatrico simile ad una prigione»²⁶⁹.

²⁶⁷ Interessante è l'emersione del confronto tra la posizione dei medici e quella dei giuristi, paladini gli uni della salute (come benessere collettivo), e tutori, gli altri, del sacro principio della libertà individuale. Così in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, cit., 87 ss. e 144 ss., la sezione giuridica del convegno segnalava l'incostituzionalità della disposizione che consentiva ai parenti di richiedere l'internamento di un familiare dietro presentazione di un certificato medico, notando che «se è vero che per l'art. 32 Cost. la Repubblica tutela la salute sotto duplice aspetto e, cioè, come fondamentale diritto del cittadino e come interesse della società, è anche vero che se del fondamentale diritto dell'individuo la tutela, prevista, si attua su richiesta dello stesso, al bisogno, nell'interesse collettivo, la tutela relativa non deve potersi attuare che con opportune garanzie, le quali garantiscono che, attraverso la particolare finalità collettiva, si possa incidere nel più sacro ed inviolabile dei diritti, consistente nell'invulnerabilità personale. Il quale, è vero, trova uno dei suoi limiti nell'interesse sociale collettivo, che è, ove sussista, preminente, ma la cui sussistenza e quindi la necessità di limitazione o privazione della libertà individuale deve essere accertata o, quanto meno, controllata dallo Stato che del diritto individuale ed interesse sociale può essere unico tutore». Sul punto anche la relazione della sezione sociologica, presieduta da ANTONIO BANFI (92 ss.) e quella sugli aspetti medici di GIUSEPPE CARLO RIQUEIR (95 ss.).

²⁶⁸ Così un illustre giurista, come Giuliano Vassalli, ebbe a dichiarare che il controllo giudiziario era irrinunciabile nel nome della «prudenza naturale e perenne del giurista» rispetto alla «pericolosità (...) in taluni casi se non in tutti (...) segno distintivo dei malati di mente». Cfr. G. VASSALLI, *Intervento*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, cit., 606.

²⁶⁹ In questi termini A. GEMELLI, *Aspetti psicologici*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, cit., 163 ss. che delinea una sorta di

Tali tendenze venivano rafforzate dall'introduzione di nuovi farmaci che, dagli anni cinquanta avevano mutato il volto delle strutture psichiatriche. Come scrive Shorter, «la clorpromazina diede inizio ad una rivoluzione in campo psichiatrico paragonabile all'introduzione della penicillina nella medicina generale». Basta pensare al fatto che, al di là della incapacità di curare le malattie psicotiche, «questo farmaco eliminava i sintomi principali, in modo che i pazienti schizofrenici potevano condurre un'esistenza relativamente normale e non essere relegati negli istituti»²⁷⁰. Con gli psicofarmaci i termini entro i quali era necessaria la contenzione per i malati di mente cambiarono radicalmente. L'internamento, anche per i casi gravi e ingestibili per le famiglie e per la comunità, non era più una necessità. Si abbassò in un certo senso la soglia della pericolosità, per cui la prerogativa per la quale gli psichiatri in passato avevano ordinato ricoveri, per mancanza di tecniche adeguate, veniva meno.

Purtroppo quei programmi ambiziosi hanno trovato, negli anni cinquanta dell'«ibernazione» costituzionale, un terreno arido e una situazione di sostanziale immobilità²⁷¹: tuttavia, in un quadro legislativo che rimaneva anacronistico e frustrante per chi operava nell'ambito della psichiatria, un passo avanti fu indubbiamente compiuto, se non altro a livello di presa di coscienza e di riconoscimento dell'importanza della diffusione di interventi non manicomiali per le persone affette da patologie psichiche. L'obiettivo era quello di allinearsi a quei paesi che, come gli Stati

programma generale della psichiatria di comunità italiana secondo cui «Tutti i malati debbono [poter] chiedere volontariamente di essere ospedalizzati. Anche il malato di mente che non consente ad essere accolto in un ospedale, può, con opportuni mezzi di tutela, essere condotto gradualmente a chiedere di essere spedito (...) il malato di mente sia considerato sempre e da tutti come malato, anche se è autore di delitti. Una propaganda intelligente ed intensa, una assistenza familiare adeguata debbono essere messe in atto per dimostrare a tutti che anche dalle malattie mentali si può guarire (...) l'ospedale non deve essere un ricovero lontano dalla città, ma deve essere costruito o nella città o ai margini di essa perché deve essere aperto a tutti quei membri della comunità sociale, specie i famigliari (...) l'azione dei quali serve al riadattamento del malato alla vita sociale (...) alla speditazione è necessario ricorrere solo nelle forme acute e nei casi estremi (...) è necessario invece moltiplicare i centri di assistenza, il personale di assistenza familiare, gli ambulatori, tutto ciò che serve a curare il malato nella sua casa».

²⁷⁰ E. SHORTER, *Storia della psichiatria. Dall'ospedale psichiatrico al Prozac*, Masson, Milano, 2000, 242.

²⁷¹ A differenza di quanto avvenne in altri paesi, così negli Stati Uniti nel 1946, in Germania nel 1952, in Francia nel 1954, in Inghilterra nel 1959 e in Belgio nel 1960 si diede luogo ad una profonda revisione delle rispettive normative psichiatriche, facendone emergere l'aspetto sociale e comunitario. Sulla situazione italiana E. REALMUTO, M. MARLETTA, *I servizi di igiene mentale in Italia. Risultati di una rilevazione a carattere nazionale*, in *Annali della Sanità pubblica*, 1960, 5, 1114-1161 che sottolineavano l'urgente necessità di una riforma legislativa della materia, sancendo l'obbligo dell'istituzione dei centri per l'igiene mentale con finalità preventive. Ancora E. REALMUTO, M. MARLETTA, M. LEONI, *L'attuale situazione ospedaliera psichiatrica nel nostro paese (Risultati di una rilevazione a carattere nazionale. Aspetti igienico-sanitari e psico-medico-sociali, ivi*, 1962, 6, 15 ss..

Uniti con la legge *National Mental Health Act* del 1946, il Canada con la *Public Health Grants* del 1948 o la Gran Bretagna con la *Mental Health Act* del 1959, avevano già introdotto norme volte a riformare il modello di intervento psichiatrico in direzione sociale ed extramanicomiale²⁷².

È tuttavia solo con gli anni sessanta che, all'interno di una società in fermento, nell'ambito del dibattito culturale si imposero nuove tendenze volte a mettere in discussione i dogmi della psichiatria tradizionale: dalle teorie statunitensi sul mito della malattia mentale di Szasz e del sudafricano David Cooper, alla psichiatria sociale di Maxwell Jones, sino alle opere di Goffman e alla *Storia della follia* di Foucault che imposero una rottura interpretativa condizionando le prassi e le scelte (anche normative) riguardo le istituzioni totali²⁷³.

È in questo contesto che si situa un rinnovamento che si fa pratica prima ancora che norma attraverso le esperienze, pur diverse, di Basaglia a Gorizia e poi a Trieste, di Balduzzi a Varese, di Barison a Padova, di Manuali a Perugia, di Magherini e Zeloni a Firenze che si muovono realizzando in concreto nuove forme di gestione e cura della salute mentale²⁷⁴.

Pur vigente la legge del 1904, il rapporto virtuoso tra governi provinciali riformisti e *équipe* di giovani psichiatri riformatori consente di sperimentare in Italia modelli già attuati in altri paesi europei, delineando due opzioni, quella francese, della «politica di settore», e quella inglese dell'ospedale psichiatrico «aperto».

Pur in modo colpevolmente sommario²⁷⁵, si può delineare il programma della «politica di settore» come volto ad incrinare la centralità dell'ospedale psichiatrico, dispiegando

²⁷² M. FIORANI, *Follia senza manicomio. Assistenza e cura dei malati di mente nell'Italia del secondo novecento*, Esi, Napoli, 2012, 48 ss.

²⁷³ Nella enorme produzione si rinvia a V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, Il Mulino, Bologna, 2009, 177 ss. e bibliografia ivi indicata; R. D'ALESSANDRO, *Lo specchio rimosso. Individuo, società, follia da Goffman e Basaglia*, cit.; i numeri monografici della rivista *Aut Aut* dedicati a Michel Foucault e il potere psichiatrico, 323, 2004; *La medicalizzazione della vita*, 340, 2008; *Foucault e la "Storia della follia" (1961-2011)*, 351, 2011; per un confronto sul tema tra i protagonisti dell'epoca F. BASAGLIA, F. ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all'oppressione*, Einaudi, Torino, 1975.

²⁷⁴ Sulle esperienze di quel periodo, tra gli altri, V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, cit., 248 ss.; D. LASAGNO, *Oltre l'istituzione. Crisi e riforma dell'assistenza psichiatrica a Torino ed in Italia*, Ledizioni, Milano, 2012, 55 ss.; M. FIORANI, *Follia senza manicomio. Assistenza e cura ai malati di mente nell'Italia del secondo Novecento*, Esi, Napoli, 2013, 15 ss.

²⁷⁵ Per questo è d'obbligo un rinvio N. BOULANGER, J.F. CHAIX, *Lavoro, famiglia, psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1974; L. BONNAFFÈ, M. DUBUISSON, T. LAINÉ, *La psichiatria di settore. Dibattito sull'esperienza francese*, Clueb, Milano, 1978; anche in Francia appare rilevante l'esperienza della *psycotérapie institutionnelle*, volta a rinnovare dall'interno l'ospedale psichiatrico su cui G. DAUMÉZON, *Le fondements*

l'assistenza sul territorio sulla base di tre principi: la settorializzazione (divisione del territorio per unità geografiche con popolazione di 50-100 mila abitanti), la continuità terapeutica (sia in termini di *équipe* sia nel percorso di prevenzione, cura e post-riabilitazione) e infine il primato extra-ospedaliero (con uno spostamento dell'asse dell'assistenza verso l'ambito extramurale).

«La filosofia che guidava la politica del settore partiva da una concezione della malattia mentale: non più considerata fenomeno squisitamente individuale, bensì il risultato di una serie di distorti rapporti interpersonali e, dunque, anche indice di squilibrio sociale. Ne conseguiva che rinchiudere il malato di mente dentro un istituto manicomiale significava escludere la componente più vistosa e insieme la più debole di quella distorsione, lasciando peraltro intoccate le matrici psicologiche e sociali che l'avevano in qualche modo prodotta»²⁷⁶.

Il dispiegamento in seno al territorio di una serie di servizi veniva a spostare l'asse dell'assistenza fuori dal manicomio, senza tuttavia escluderne la funzione nel sistema, al contempo allargando il mandato medico e sociale della psichiatria, si rafforzavano gli strumenti di prevenzione, con il rischio di una deriva verso la medicalizzazione di qualsiasi disturbo.

Il modello anglosassone si fonda invece sulla comunità terapeutica²⁷⁷, nel contesto di un ospedale psichiatrico aperto all'esterno, in cui la terapia si struttura attraverso un confronto paritario e dialettico tra personale medico-infermieristico e pazienti, nella misura in cui così come si ritiene che l'ambiente sociale sia stato corresponsabile

d'une psychothérapie collective, in *L'évolution psychiatrique*, 1948, 57-85. Da rammentare che in Francia la politica di settore fu introdotta con una circolare del ministero della salute pubblica del 15 marzo 1960 che ne fissava le direttrici generali.

²⁷⁶ V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, cit., 186. Sul punto E. BALDUZZI, *Significato e scopi dell'assistenza psichiatrica unitaria*, in *Atti del convegno sulle realizzazioni e prospettive in tema di organizzazione unitaria dei servizi psichiatrici*, Varese, 20-21 marzo 1965, La Tipografica Varese, Varese, 1965, 27 «Diretta conseguenza della psichiatria settoriale è dunque non solo il regime di "apertura" incondizionata dei reparti istituzionali, bensì il diretto controllo del medico esperto su tutti i provvedimenti profilattici e curativi esercitabili, nell'ambito di quel determinato territorio, nel campo della salute mentale. Questo traguardo, ambizioso ma certamente raggiungibile, dovrebbe condurre lo psichiatra a interessarsi di tutti i problemi psico-sociali: da quello dei bambini e degli adolescenti a quelli dell'alcolismo; dai problemi coniugali e della famiglia a quelli del lavoro, all'attuazione, in una parola della lotta contro quelle sociopatie che (...) determinano la nascita o il decorso di una qualsivoglia malattia mentale». Ancora ID., *L'albero della cuccagna. 1964-1978, gli anni della psichiatria italiana*, Grafema, Novara, 2004.

²⁷⁷ M. JONES, *Ideologia e pratica della psichiatria sociale*, Etas Kompass, Milano 1970; ID., *Al di là della comunità terapeutica. Apprendimento sociale e psichiatria sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1974; M.P. LAI GUAITA, *La comunità terapeutica: origini storiche, interventi attuali in Italia*, Edizioni universitarie Jaca, Milano, 1988, 37 ss.; A. LOMBARDO, *La comunità psicoterapeutica. Cultura, strumenti, tecnica*, Franco Angeli, Milano, 2007, 40 ss.

dell'insorgenza della patologia allo stesso modo è l'ambiente stesso che può influire positivamente disinnescando i meccanismi del disturbo mentale. La comunità terapeutica si fonda quindi essenzialmente su alcuni elementi basilari: libertà di comunicazione, tendenza a distruggere il rapporto autoritario, confronto con la realtà, permissività, democratizzazione, che possono ritenersi i punti fermi di un'azione di smascheramento delle strutture manicomiali, fondate appunto sull'autorità, la violenza, l'oggettivazione del malato, l'assenza di comunicazione (ogni parola è un ordine). L'importanza di tale esperienza è stata enorme, in quanto, nel capovolgere i termini del discorso, si partiva dalle prassi, rispondendo alla realtà che stava di fronte, con azioni immediate, al di fuori di ogni pre-giudizio tecnico scientifico che avrebbe codificato e vincolato le forme della risposta terapeutica.

In questo orizzonte²⁷⁸ si inserisce l'esperienza di avanguardia di Basaglia presso l'ospedale psichiatrico di Gorizia che si concreta nell'umanizzazione della vita nei reparti, nell'abbattimento di cancelli ed inferriate, nell'abolizione dei mezzi di contenzione, ottenuta anche grazie alla somministrazione dei farmaci, e nella progressiva democratizzazione della vita manicomiale. Tuttavia l'umanizzazione del manicomio non era l'obiettivo, ma si inseriva in una strategia di più lungo respiro volta a negare l'istituzione totale e le sue contraddizioni²⁷⁹.

Per Basaglia la libertà della persona sofferente non si afferma semplicemente nella non interferenza da parte del medico, che anzi può tradursi, attraverso l'abbandono terapeutico, in una forma ancora più radicale di violenza. La libertà per affermarsi impone, oltre alla fine del mandato custodiale, un ripensamento della pratica psichiatrica, nella quale il malato da oggetto del sapere medico divenga soggetto della

²⁷⁸ La comunità terapeutica rappresentava un'opzione che voleva essere non tanto un «adattamento» di proposte «già codificate» ma più che altro un «un punto di riferimento generico, capace di giustificare l'inizio di una (...) negazione della realtà manicomiale» e «di ogni classificazione nosografica, le cui suddivisioni ed elaborazioni risultavano ideologiche rispetto alla condizione reale del malato». Cfr. F. BASAGLIA, *Appunti di psichiatria istituzionale*, in *Recenti progressi in medicina*, 1969, 46, 5, 486 ss..

²⁷⁹ Questo progetto trova espressione in F. BASAGLIA (a cura di), *Che cos'è la psichiatria ?*, Amministrazione provinciale Parma, Parma, 1967; ID. (a cura di), *L'istituzione negata*, Einaudi, Torino, 1968. Come nota V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, cit., 203 «il processo di umanizzazione e liberalizzazione avviato nell'ospedale di Gorizia ha svelato la doppia faccia della malattia mentale lì contenuta. Il nuovo tipo di gestione dell'ospedale psichiatrico, improntato alla libertà e alla democratizzazione dei rapporti (...) e in particolare l'introduzione della comunità terapeutica hanno visto ridursi l'aggressività del malato: quella prodotta dall'istituzione. (...) ma la liberalizzazione e l'umanizzazione dei rapporti (...) hanno anche reso evidente la natura politica dell'istituzione manicomiale, nonché la contraddizione di una scienza, la psichiatria, scissa tra la propria funzione terapeutica e il mandato di controllo sociale».

relazione, reso libero dalle incrostazioni prodotte dall'istituzionalizzazione, che, avendolo spogliato della propria individualità, del proprio tempo, del proprio spazio dei propri legami, lo ha reso chiuso al mondo e incapace di rapporti con i suoi simili.

La riscoperta della libertà e quella correlata della responsabilità portata alle sue estreme conseguenze, avrebbe preteso il superamento della formula della comunità terapeutica, in vista dello smantellamento del manicomio²⁸⁰.

Il tempo non era ancora maturo per una simile rivoluzione, e l'obiettivo riformista era quello di trasformare un'istituzione di marca tradizionalmente custodialistica: il manicomio, entro una dimensione curativa e rieducativa, capace di coinvolgere curanti ed assistiti in un rapporto di mutua promozione umana.

Ed è appunto nella battaglia per l'approvazione della riforma sanitaria che il movimento anti-istituzionale trova un punto di incontro con il movimento operaio e con i partiti della sinistra, così come la lotta all'autoritarismo e alle gerarchie, la discussione sulla politicità della scienza saranno il terreno di coltura del confronto con il movimento studentesco²⁸¹.

Sul piano legislativo arriva una prima parziale risposta con la legge 18 marzo 1968, n. 431, detta anche "legge Mariotti", dal cognome del ministro socialista della sanità che se ne fece promotore. Si trattava di una legge stralcio della più ambiziosa riforma di sistema che era stata messa in cantiere dal governo di centro-sinistra, tuttavia in essa erano contenute alcune innovazioni di particolare rilievo: così la possibilità del ricovero volontario, escluso dalla legge del 1904, l'abolizione dell'iscrizione del ricovero nel casellario giudiziario, le misure volte a razionalizzare l'organizzazione degli ospedali psichiatrici, evitando fenomeni di sovraffollamento ed infine l'istituzione per legge dei Cim (Centri di igiene mentale), ovvero di servizi d'*équipe* territoriali²⁸².

Nonostante le sue carenze e lacune, la legge venne ad affermare timidamente principi sino ad allora sconosciuti in ambito psichiatrico: quello della libertà, attraverso le forme

²⁸⁰ Secondo Basaglia, solo abbattendo l'istituzione violenta e coercitiva del manicomio si potrà far raggiungere ai malati la liberazione dal proprio stato di alienazione o meglio di «istituzionalizzazione», il quale, sovrapponendosi alla malattia stessa, blocca ogni possibilità di apertura verso il mondo, di progettualità e libertà, secondo un'ottica chiaramente marxiana trasferita in ambito psichiatrico, la quale, come si vedrà, coincide fondamentalmente con le idee di Michel Foucault ed Erving Goffman.

²⁸¹ M. MORAGLIO, *La psichiatria italiana nel secondo dopoguerra*, in 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, 37 ss.; S. DALMASSO, *Il sessantotto e la psichiatria*, *ibidem*, 45 ss.; M. FLORES, A. DE BERNARDI, *Il Sessantotto*, *cit.*, 58.

²⁸² Sul punto, per un'analisi più approfondita, si rinvia al II capitolo.

incerte e contraddittorie del ricovero volontario; quello del pluralismo, esploso nell'assistenza psichiatrica territorializzata²⁸³; quello di critica all'autorità, ben espresso nella perdita di centralità del direttore del manicomio in favore del lavoro d'*équipe* paritario e democratico²⁸⁴.

A partire dal 1968 furono presi in carico casi, situazioni, soggetti e contesti fino a quel momento non considerati, che implicavano l'elaborazione di interventi complessi, diretti a soddisfare molteplici esigenze. Si affermò, fra travagli e soddisfazioni, passi avanti e arretramenti, una peculiare pratica territoriale finalizzata alla risoluzione dei problemi che si incontravano. Si elaborò una nuova concezione del territorio nella quale dovevano essere considerate le varie forme della socialità e della soggettività. Secondo questo modello andare verso il territorio non significava solamente il dislocamento dei servizi, ma piuttosto la rivalutazione della socialità e di un nuovo rapporto fra questa, l'individuo e la comunità.

Così all'interno delle esperienze innovative, si erano utilizzate le norme della vecchia legge del 1904, reinterpretrandole alla luce della riforma e del sentire sociale: laddove la legge prevedeva che le misure di contenzione fisica potessero essere applicate in casi assolutamente eccezionali, si era inteso attribuire al medico la valutazione della sussistenza di tali condizioni per bandire l'uso di mezzi coattivi; laddove la norma affidava al direttore il compito di organizzare l'istituto secondo i «progressi della scienza psichiatrica», i riformisti l'avevano interpretata come la possibilità di consentire la prassi dei reparti «aperti»²⁸⁵; ancora se era pur vero che la legge prevedeva la custodia, oltre che la cura degli infermi psichici, la clausola generale dei «progressi della scienza psichiatrica» poteva essere invocata per trasformare il controllo a vista in

²⁸³ La metamorfosi della psichiatria italiana è stata il risultato di un movimento policentrico che dette i risultati migliori in realtà periferiche, in città piccole o medie, abbastanza omogenee come stratificazione sociale e come numero di abitanti (così Perugia, Arezzo, Reggio Emilia, Trieste e Parma).

²⁸⁴ Nota L. BRUSCUGLIA, *Infermità mentale e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431*, Giuffrè, Milano, 1971, che «la nuova legge sulle provvidenze all'assistenza psichiatrica rappresenta indubbiamente il ponte di passaggio dalla fase custodialistica, in cui la malattia mentale interessava al momento delle (e per le) sue esteriorizzazioni più acute (pericolosità, pubblico scandalo), alla fase più propriamente terapeutica, nella quale all'infermo, considerato per quello che è, viene data la possibilità della cura fino ai primi sintomi del disturbo psichico».

²⁸⁵ Nacque in quegli anni di smontaggio del manicomio anche l'idea di offrire alle persone che venivano dimesse un abitare libero, in normali appartamenti, ma assistito dagli operatori quando diventava necessario, e anche l'idea di offrire alle persone in crisi acuta «un asilo che non fosse pagato al prezzo dei diritti», cioè la possibilità di passare la notte, o il giorno o entrambi, nei centri di salute mentale senza subire il ricovero come nel vecchio regime normativo. Cfr. M.G. GIANNICEDDA, *Per noi una normalità che non costi il loro internamento*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 1, 112 ss.

un metodo comunitario, in cui alla comunità veniva affidata una funzione di cura e di attenzione verso il paziente. Quindi, in questi termini, «l'interpretazione evolutiva delle leggi [e dei regolamenti] ha rappresentato una risorsa fondamentale per il superamento di concezioni della psichiatria come strumento di controllo e di repressione»²⁸⁶.

L'istituzione da cui si era partiti, il centro di igiene mentale (Cim) e il diritto al ricovero volontario, si è tradotta, nel corso del tempo, nella realizzazione di un servizio plastico, capace di rispondere alle esigenze che volta per volta emergevano dal disagio. Si erano espansi i confini organizzativi nel tessuto sociale e istituzionale, per riuscire a dare risposte globali. Attraverso le strutture predisposte si aveva la possibilità di calibrare l'intervento secondo la domanda, integrandole nel luogo di vita dell'utente, e riformulando il progetto terapeutico individuale in base all'obiettivo che ci si poneva.

Anche nella comunità dei giuristi, sin'ora refrattaria ad interessarsi della follia, si levarono autorevoli voci volte a contestare l'impianto delle legge del 1904, o meglio di ciò che ne residuava dopo la riforma del 1968, ponendo al centro della riflessione il tema della libertà e della dignità della persona del malato psichiatrico. Si rammenta in questo senso, il saggio di Merlini del 1970²⁸⁷, nel quale dopo un approfondito riesame dell'inquadramento sistematico della figura del ricovero coattivo tra le misure di prevenzione, l'Autore auspicava «l'abrogazione della legge del 1904 e l'urgente approvazione di una legge (...) non solo per motivi di civiltà ma anche perché il sistema attuale è al di fuori, ed in molte sue parti contrario, al dettato costituzionale (...) Questo significa che il diritto dell'individuo alla tutela ed al recupero della sua salute psichica – che è, anche, un diritto della personalità – dovrà essere affermato come prevalente sul dovere dello Stato a provvedere alla tutela della sicurezza pubblica, pur dovendosi contemperare con esso».

Dopo un'approfondita ricognizione sui limiti del meccanismo di ricovero coatto previsto dalla legge del 1904, anche Romano e Stella²⁸⁸ ritengono indispensabile il perseguimento di un obiettivo principale: l'«elaborazione di una nuova legge che, senza cedere alla tentazione del compromesso e delle formule ambigue, si faccia portatrice

²⁸⁶ A. PIRELLA, *Poteri e leggi psichiatriche in Italia (1968-1978)*, in L. LAJOLO, M. TORNABENE (a cura di), *Memorie del manicomio. L'ospedale psichiatrico di Collegno a trent'anni dalla 180*, ArabaFenice, Boves, 2008, 58.

²⁸⁷ S. MERLINI, *La libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, 1-2, 55 ss., specie 90-91; ID., *Lunga vita di una legislazione repressiva*, in *Il Ponte*, 1970, 1008, ss.

²⁸⁸ 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.

delle istanze che la psichiatria moderna ha mostrato espressione irrinunciabile di civiltà, con il superamento della distinzione (...) fra alienati pericolosi e non pericolosi, con l'affermazione la più decisa possibile del principio di collaborazione e responsabilizzazione del malato e con il richiamo, per gli eventuali casi di ricovero coattivo, sul piano sostanziale all'art. 32 e su quello processuale all'art. 13 della Costituzione».

Anche in sede civilistica si può segnalare il denso intervento di Bruscuglia, Busnelli e Galoppini, i quali operano una analisi critica dei meccanismi della legge manicomiale che ottendono lo sviluppo della personalità dell'individuo, sostenendo infine che «un pieno adeguamento del sistema normativo alla nuova realtà psichiatrica e una compiuta realizzazione dei principi costituzionali non possono prescindere da una riforma legislativa dell'intera materia, del resto da tempo attesa con particolare interesse nell'ambiente medico-psichiatrico»²⁸⁹.

L'esigenza di cui si facevano interpreti gli studiosi citati era quella di un urgente intervento di riforma che adeguasse la normativa alla nuova sensibilità sociale e ai rinnovati orientamenti della prassi e della scienza psichiatrica. Non è indifferente notare peraltro come, negli interventi richiamati, vi siano citazioni o richiami agli scritti di Goffman e di Basaglia ad indicare la penetrazione anche in ambito giuridico di un discorso dei rapporti tra autorità e potere.

Ma non si è trattato solo di riflessioni sulle contraddizioni del sistema, nella misura in cui la critica all'istituzione si è messa alla prova delle pratiche di de-istituzionalizzazione – di smontaggio e trasformazione del manicomio – e si è fatta processo istituyente²⁹⁰. La deistituzionalizzazione ha così utilizzato la critica del diritto per rivendicarne la promessa universalistica e la restituzione dei diritti, anzitutto quelli civili e sociali, agli internati. Diritti da mettere in pratica, smontando dispositivi amministrativi, procedure tecniche, luoghi e saperi istituiti per “inventare”, prima e dopo la legge 180, nuove istituzioni, completamente sostitutive dell'internamento.

²⁸⁹ L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. GALOPPINI, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 658 ss., specie 674.

²⁹⁰ Restando all'interno del sistema, la situazione non poteva che permanere contraddittoria: l'istituzione era contemporaneamente negata e gestita, la malattia era messa tra parentesi e curata, l'atto terapeutico rifiutato e agito. Solo l'apertura politica del problema poteva delineare una possibilità di uscita, facendo penetrare la questione del manicomio e della follia nella società e nel discorso pubblico, per rendere priorità politica la trasformazione delle istituzioni psichiatriche.

Si può osservare in questa prospettiva che, nel corso degli anni settanta, la critica al manicomio divenne più acuta e pregnante, inserendosi nella più generale battaglia per i diritti civili²⁹¹ che «non è [stata] solo una guerra di liberazione da oppressioni vecchie e nuove, ma il luogo dove materiali diversi cominciano a comporsi in un progetto compatto, destinato ad esercitare la sua influenza anche oltre lo stretto terreno della politica istituzionale»²⁹².

La politica di affermazione dei diritti civili si è presentata, negli anni settanta, come un aspetto essenziale della lotta per l'attuazione costituzionale²⁹³; tuttavia l'impegno in questo settore non ha indicato una frontiera politicamente significativa solo per i contenuti (rapporto libertà/autorità, forme del pluralismo, istanze di eguaglianza) che ha portato allo scoperto, ma anche per le occasioni che ha creato, di sperimentare nuovi strumenti d'azione (quali il referendum) alternativi alla rappresentanza politica e, al contempo, per aver consentito l'ampliamento della sfera d'influenza diretta degli individui e dei corpi sociali con la creazione di nuovi equilibri²⁹⁴.

L'impressione, in conclusione, è che la critica alle istituzioni totali²⁹⁵ – diffusasi grazie soprattutto al concreto interesse per il problema dimostrato dal movimento studentesco e alla partecipazione della migliore Italia a una radicale trasformazione democratica della società – abbia poi finito per rappresentare un grande serbatoio di idee, di nozioni e di modelli teorici giudicati applicabili – e di fatto applicati – alle varie forme ed

²⁹¹ Così F. BASAGLIA, *Conferenze brasiliane*, Raffaello Cortina, Milano, 2000, 121-122 notava che «le esperienze francese e inglese sono state pensate, proposte ed eseguite da tecnici, mentre l'esperienza italiana è stata formulata da tecnici ma la sua cultura è stata fatta propria da movimenti e forze politiche, che hanno trovato in essa un contenuto nuovo per le lotte di emancipazione della popolazione». Anche P. GUARNIERI, *La storia della psichiatria. Un secolo di studi in Italia*, Olschki, Firenze, 1991, 25 per cui «Del cosa fosse e fosse stata la psichiatria discutevano non più i soli addetti ai lavori o cosiddetti antipsichiatri, ma dal '68 la stampa, il movimento degli studenti e dei lavoratori, politici e sindacalisti, intellettuali che spingevano a guardare (...), a vedere i problemi dei matti, delle loro famiglie, come problemi di tutti».

²⁹² S. RODOTÀ, *Una strategia per i diritti civili*, in *Alla ricerca delle libertà*, Il Mulino, Bologna, 1978, 25; anche G.F. GOLDWURM, *Psichiatria e riforma sanitaria*, Teti, Milano, 1979, 25 ss.

²⁹³ Mostrando tuttavia sotto tale profilo, specie in quel decennio, le incongruenze e le inadeguatezze del disegno costituzionale, almeno della sua parte relativa ai diritti di libertà, le cui forme di tutela non sono riuscite a dispiegarsi per forza propria, anche nella classica forma della garanzia passiva, al fine di tutelare pienamente quelle situazioni (l'ambito delle leggi d'emergenza né è l'emblema) in cui concretamente si è espresso l'antico conflitto tra autorità e libertà.

²⁹⁴ Basta pensare ai rapporti che corrono tra attribuzione alla donna della libertà di scelta in ordine ad una procreazione responsabile e l'adeguatezza delle strutture sanitarie nel rispondere a tali bisogni, o ancora, al riconoscimento della condizione paritaria della donna nella famiglia e sul lavoro e modifica delle strutture socio-economiche che sono presupposto per la realizzazione di quella parità.

²⁹⁵ Analisi che deve essere svolta al netto della datata retorica antipsichiatrica, la quale, pur moderatamente richiamata in questo scritto, è stata considerata discernendone le diverse tendenze e periodizzandola, ovvero inserendola nel contesto culturale di sviluppo della sua parabola.

espressioni dell'apparato istituzionale, dai manicomi alle carceri sino al mondo scolastico²⁹⁶. Da questo punto di vista si può indubbiamente considerare la critica e il tentativo di decostruzione del manicomio come parte integrante della crisi più generale che in quel periodo investì varie altre “istituzioni negate”, ponendo le basi per definire le strategie di un loro rinnovamento.

1.5.2. La messa a nudo delle contraddizioni: un parallelo tra legge 194 e 180 del 1978

Tracciate le direttive di sviluppo di un contesto, quello a cavallo tra la fine degli anni sessanta e settanta, che ha visto la progressiva affermazione dell'attuazione dei principi e valori costituzionali, si possono meglio comprendere le ragioni che ci portano ad utilizzare quale filtro di analisi il parallelo tra la legge 180 e la 194 del 1978²⁹⁷.

Non si tratta di una scelta dettata dalla contestualità temporale, o almeno non solo: entrambe le leggi furono infatti varate dal parlamento per scongiurare una consultazione referendaria²⁹⁸, nel momento più buio della «notte della Repubblica»²⁹⁹, ovvero nei giorni in cui si concludeva tragicamente il sequestro di Aldo Moro.

Nel contempo entrambe le leggi rappresentano emblematicamente la chiusura di un ciclo, sotto vari profili: quello politico, con la fine della «solidarietà nazionale», quello

²⁹⁶ Rientra in questo stesso percorso la battaglia per l'abolizione delle classi differenziali per gli alunni affetti da *handicap* su cui B. CIARI, *La grande disadattata*, in *Riforma della scuola*, 1970, 4, 18 ss.; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti ? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012, 181 ss.

²⁹⁷ Come nota O. DE LEONARDIS, *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 riconoscerli 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».

²⁹⁸ Per il mese di giugno del 1978 si sarebbe dovuto votare sui quesiti referendari proposti dal partito radicale e volti, in un caso, alla abrogazione della disciplina residua della legge 36/1904 sui manicomi, e nell'altro, alla completa liberalizzazione dell'aborto, ottenuta attraverso l'abrogazione delle disposizioni del codice penale che sanzionavano l'interruzione della gravidanza. Per entrambi i testi normativi, si scelsero procedimenti parlamentari “rapidi”, in particolare per approvare la legge 180 si decise l'assegnazione in sede di commissione deliberante, mentre per la 194 l'accordo tra le maggiori formazioni politiche portò all'adozione della tecnica delle “sedute fiume”, accelerando così i tempi di approvazione alla Camera.

²⁹⁹ S. ZAVOLI, *La notte della Repubblica*, Mondadori, Milano, 1995.

sociale, con il tramonto dei movimenti di massa e l'apertura della fase di «riflusso nel privato» ed infine quello costituzionale, connotato – dopo la fioritura costituzionale – da una stagione di scontento, scissa tra annunci di grandi riforme istituzionali e l'incancrenirsi della crisi del sistema politico³⁰⁰.

Tuttavia è proprio in questo periodo che si consolidavano le basi di quella transizione dall'individuo alla persona, dal soggetto di diritto al soggetto «di carne», che ha consentito di dare progressivamente rilievo al «destino di socializzazione» della persona e al «destino di natura» del suo organismo³⁰¹. L'irrompere sulla scena giuridica dei lavoratori, delle donne e dei «folli» metteva poi in discussione quelle finzioni attraverso le quali il diritto era riuscito ad allontanare da sé la materialità dell'esistenza. Al contempo venivano meno o si incrinavano definitivamente tutti quei potenti dispositivi di esclusione che avevano connotato il diritto del novecento.

La considerazione integrale della personalità, e dunque la pienezza della vita, forzati gli schemi classici del diritto, imponevano di scandagliare nella concretezza del reale, caso per caso, le situazioni nelle quali si poteva e doveva attribuire rilevanza alla volontà, autonomia e responsabilità della persona³⁰².

Tralasciando per ora il dato normativo, si può convenire sulla considerazione per cui, con l'approvazione della legge 180, «la follia è 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»³⁰³.

Ma ciò che era costitutivo del manicomio non era tanto l'autorità, quanto l'autoritarismo, che si esprimeva nelle forme del sistema coercitivo-carcerario delle

³⁰⁰ E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Il Mulino, Bologna, 2012, 29 ss.; V. ONIDA, *Il "mito" delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino*, 2004, 1, 22-23; G. PASQUINO, *Restituire lo scettro al principe. Proposte di riforma istituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, 25 ss.

³⁰¹ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 2007, 3, 370.

³⁰² Come nota S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, cit., 375 «L'età, l'handicap, la condizione di salute fisica o mentale non sono condizioni oggettive da registrare una volta per tutte, e davanti alle quali arrestarsi. Sono situazioni da scandagliare, identificando i casi in cui il sostegno di un terzo può accompagnare la volontà *debole* verso una decisione che ritrovi come protagonista il soggetto interessato. Nasce così un diritto *faticoso*, che non allontana da sé la vita, ma cerca di penetrarvi; che non fissa una regola immutabile, ma disegna una procedura per il continuo e solidale coinvolgimento di soggetti diversi; che non sostituisce alla volontà del «debole» il punto di vista di un *altro* (come vuole la logica del paternalismo), ma crea le condizioni perché il «debole» possa sviluppare un punto di vista *proprio* (secondo la logica del sostegno)».

³⁰³ C. CASTRONOVO, *Secolarizzazione e diritto alla follia*, in *Vita e Pensiero*, 1980, 2, 16.

istituzioni psichiatriche, nella psichiatria come ideologia custodiale e nell'esclusione come strumento di difesa della «società dei sani» nei confronti della zattera dei folli.

Si imponeva così una realtà rovesciata, dove il problema non era più quello della malattia in sé, ma del rapporto che con essa si stabiliva da parte dei soggetti coinvolti: il malato, in primo luogo, ma anche il medico e la stessa società. La spersonalizzazione, la perdita di individualità dell'internato erano il frutto non solo di una condizione obiettiva del paziente, ma trovavano causa all'interno del rapporto tra quest'ultimo e il medico e, quindi, anche nel rapporto con il contesto sociale che delegava al sanitario la tutela e la cura del malato.

Se la malattia mentale, già per sua natura, poteva determinare perdita dell'individualità e della libertà, nel manicomio il malato non trovava altro che il luogo ove perdersi definitivamente, reso oggetto dalla malattia e dal ritmo dell'internamento³⁰⁴.

La perdita di ogni progetto, l'assenza di un futuro, l'essere costantemente in balia degli altri senza la minima autonomia personale, l'aver scandita ed organizzata la propria giornata su una dimensione dettata solo da esigenze organizzative che – proprio in quanto tali – non tengono in alcun conto il singolo individuo e le particolari circostanze di ognuno: in ciò si concretava lo schema istituzionalizzante e quella che Goffman ha definito la «carriera istituzionale»³⁰⁵.

Sofferenza, sapere, potere erano le parole chiave che delineano la condizione dell'internato: laddove la sofferenza era intrinseca e, al contempo, determinata dal vuoto emozionale del ricovero; il sapere era oggetto di monopolio da parte del medico e il cui uso esprimeva la forma più piena di potere in grado di incidere e trasformare la realtà³⁰⁶.

³⁰⁴ 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.

³⁰⁵ E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, cit., 33 ss. e 43 ss. che affronta il problema, mettendo tra parentesi la malattia reale, per considerarne il suo risvolto sociale e l'effetto escludente. Anche F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, Einaudi, Torino, 2005, 129 ss.

³⁰⁶ Così «il manicomio ha la sua ragione d'essere nel fatto che fa diventare razionale l'irrazionale. Quando uno è folle ed entra in manicomio smette di essere folle per trasformarsi in malato. Diventa razionale in quanto malato» Cfr. F. BASAGLIA, *Conferenze brasiliane*, cit., 34.

In questi termini il manicomio rappresentava molto più del semplice strumento di protezione sociale verso il “disordine” provocato dai folli, investendo l’idea stessa di società, di potere, e dunque anche tutte le pratiche della cosiddetta “normalità”³⁰⁷.

Si può quindi comprendere l’importanza “epocale” e la trasformazione che determinò l’approvazione nel maggio del 1978 della legge 180 in materia di «Accertamenti e trattamenti sanitari e obbligatori» che, nel decretare la fine dell’era manicomiale, regalò all’Italia una disciplina all’avanguardia.

Tuttavia, soppressi i manicomi, rimaneva da vincere l’altra grande scommessa perseguita dal movimento anti-istituzionale, ovvero la liberazione di tutti dai pregiudizi e dalle facili discriminazioni: l’utopia di una comunità di uomini capace di convivere con le differenze, prima ancora d’intervenire su di esse.

Se la riforma è stata il frutto di una coscienza collettiva «eticamente avvertita» sulla questione psichiatrica, la 180 ha rappresentato la volontà di restituire al malato di mente la dignità di persona, in termini non solo fisici ma anche giuridici. Tolto ogni riferimento legislativo alla pericolosità e al «pubblico scandalo», il paziente psichiatrico doveva divenire nel sentire sociale diffuso un semplice «cittadino» malato, a cui lo Stato era tenuto a garantire, e rendere esigibile, un diritto costituzionale fondamentale.

Un obiettivo non certo facile e tutt’ora non raggiunto, soprattutto se si considera che l’abolizione dei manicomi ha portato alla visibilità pubblica la contraddizione della follia, ovvero quell’esperienza abnorme che mette in questione la normalità³⁰⁸. La trasformazione del campo psichiatrico, la deistituzionalizzazione e l’invenzione di nuove istituzioni ha inteso infatti rendere socialmente sopportabile la malattia mentale, senza tornare a rimuoverla, a “chiudere gli occhi” di fronte al disagio che crea; è emersa così – anche attraverso la legge – la possibilità di rimettere in discussione rapporti di potere consolidati e saperi usurati dal tempo nel contesto di un campo di tensioni legittimo e regolato, entro cui potesse esprimersi la riflessività delle istituzioni e della società civile per prepararsi a vivere la malattia mentale senza paura, rifiuto e discriminazione.

³⁰⁷ M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)*, Feltrinelli, Milano, 2004, 28 ss. e 176-177; anche ID., *La casa della follia*, in F. BASAGLIA, F. ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all’oppressione*, cit., 153.

³⁰⁸ O. DE LEONARDIS, T. EMMENEGGER, *Le istituzioni della contraddizione*, in *Riv. sper. freniatria*, 2005, 3, 27 ss.

Non per questo la contraddizione è stata risolta, né la legge 180 può essere letta come una sorta di diritto “irenico”, laddove la discriminazione, la violenza e il degrado di cui sono vittime o artefici le persone con sofferenze psichiche costituiscono esperienza quotidiana per le famiglie e per gli operatori dei servizi.

Si tratta però di prendere atto che l’esperienza italiana ha maturato la scelta per un sistema di cura e di presa in carico della sofferenza mentale, che prescindesse dal manicomio, dall’internamento, come luoghi e dispositivi di separazione e contenimento. Ciò ha reso possibile la sfida difficile, ma giusta, di tentare di integrare l’abnorme, proprio laddove l’esperienza soggettiva del malato, esprimendo al suo massimo l’irriducibilità della differenza individuale, resiste alla socializzazione; costruendo e ricostruendo nella quotidianità delle pratiche le condizioni perché i malati potessero esprimere e vedersi riconosciuta la loro soggettività piena, dall’autonomia della volontà al diritto di parola pubblica.

Se quindi tensioni, conflitti e resistenze hanno costellato il percorso di tale complesso processo di integrazione, tuttavia le culture e le pratiche della de-istituzionalizzazione, smontando la presunzione di dominare quello che per definizione non è dominabile, hanno istituito il teatro ove la contraddizione della follia può rappresentarsi ed esprimersi in senso dialettico, l’hanno portata allo scoperto, rendendola sopportabile, al malato stesso, al suo ambiente sociale e alla società nel suo insieme. In tal modo è divenuto possibile “mettere tra parentesi” la follia, lasciando in circolo la contraddizione in essa intrinseca come opportunità di apprendimento per i singoli e la collettività, al fine di creare le condizioni per convivere anche con differenze inconciliabili, per onorare diritti soggettivi, per investire su capacità prima ignorate.

Lavorare al cambiamento sociale ha significato, per Basaglia, essenzialmente superare i rapporti di oppressione e «vivere la contraddizione del rapporto con l’altro», accettare la contestazione, ovvero dare valenza positiva al conflitto, alla crisi, alla sospensione del giudizio, all’indebolirsi dei ruoli e delle identità. Solo in queste situazioni di contraddizione aperta, «quando il medico accetta la contestazione del malato, quando l’uomo accetta la donna nella sua soggettività», può nascere quello «stato di tensione che crea una vita che non si conosce», aprendo la strada a nuovi percorsi³⁰⁹.

³⁰⁹ Citazione tratta da M.G. GIANNICEDDA, *Introduzione*, in F. BASAGLIA, *Conferenze brasiliane*, cit., 7.

La legge 194/1978 si situa all'incrocio di uno di questi percorsi che hanno investito la condizione femminile tra gli anni sessanta e gli anni settanta, in coincidenza con l'emersione del tema del corpo femminile diverso, che porta con sé, in maniera consequenziale, un nuovo significato della maternità, molto lontano da quello – unidimensionale – connesso alla funzione di riproduzione a servizio della società attribuitole fino a quel momento³¹⁰.

L'emersione dal silenzio delle questioni riguardanti il tema del corpo, accompagnato dalle parole che descrivono l'aborto, costituisce il portato dell'affermazione, anche in Italia³¹¹, delle culture del movimento femminista, espressione di quel pluralismo sociale e della capacità di auto-organizzazione delle donne, in grado di incrinare progressivamente il modello tradizionale di famiglia, fondata sul matrimonio indissolubile e caratterizzata da relazioni asimmetriche tra i coniugi.

Se il divorzio e la riforma del diritto di famiglia, oltre alle leggi sul lavoro, hanno rappresentato una conquista volta ad inverare quei valori di pari dignità espressi nella Costituzione, la battaglia per l'aborto – in tutte le forme in cui si è articolata – diventa uno degli elementi fondativi dell'azione femminista e dell'identità delle donne come cittadine. L'uscita dell'aborto dal sottobosco della clandestinità e dal chiuso delle aule di tribunale che giudicavano le donne sulla base delle disposizioni del Codice Rocco del 1930, verso la piazza e quindi verso la società, la politica e le sedi istituzionali, fa del discorso intorno al corpo sessuato e della costruzione culturale dello stesso lo strumento capace di porre le persone in carne e ossa – il cittadino e la cittadina con le loro differenze – per la prima volta al centro della *polis*³¹².

³¹⁰ E. BANOTTI, *La sfida femminile: maternità e aborto*, De Donato, Bari, 1971, 28 ss.; B. FRABOTTA, *Femminismo e lotta di classe in Italia, (1970-1973)*, Savelli, Roma, 1973, 60; F. LUSSANA, *Le donne e la modernizzazione. Il neofemminismo degli anni settanta*, in F. BARBAGALLO (dir. da), *Storia dell'Italia repubblicana*, III, *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, 2. Istituzioni, politiche, culture, Einaudi, Torino, 1997, 479 ss.; A. ROSSI DORIA, *Ipotesi per una storia che verrà*, in T. BERTIOTTI, A. SCATTIGNO (a cura di), *Il femminismo degli anni settanta*, Viella, Roma, 2005, 3 ss.; E. GUERRA, *Una nuova soggettività: femminismo e femminismi nel passaggio degli anni settanta*, *ibidem*, 25 ss.

³¹¹ Per un panorama della legislazione europea sul tema dell'aborto all'inizio degli anni sessanta si veda G. SCIRÈ, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Bruno Mondadori, Milano, 2008, 8-16, 48 ss.; G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Il Mulino, Bologna, 2008, 82 ss.

³¹² Il divieto dell'aborto, come sanzionato dal codice penale, che alimentava la piaga degli aborti clandestini, consentì di dare alla questione una particolare declinazione, marcandolo come motivo della liberazione della donna dal dominio patriarcale maschile, come occasione di ripensamento delle forme di rapporto tra i sessi e come capitolo della lotta – propria di quel frangente – contro il dominio clericoborghese. Cfr. M.L. BOCCIA, *La differenza politica*, Milano, 2000, 182 ss.

Il corpo sessuato diventa quindi una delle chiavi per definire l'identità politica delle donne e per far riconoscere loro l'effettiva mancanza di diritti, evidenziando come il senso comune, la tradizione, lo stereotipo abbiano impostato fino a quel momento i rapporti, anche giuridici, tra i sessi senza tenere conto delle differenze, senza vedere corpi e quindi senza considerare discorsi, narrazioni, visioni- sessuate del mondo³¹³.

«Trasversale a tutti i discorsi – legislativo, religioso, morale, politico – e finanche all'interno dello stesso universo dei femminismi, la questione riproduttiva si pone dunque come cesura, elemento contro cui impatta e necessariamente si decostruisce per poi ricomporsi ogni ragionamento, delineandone tutte le problematiche e le contraddizioni»³¹⁴.

Ed è appunto l'intreccio delle *storie* del vissuto³¹⁵ che renderanno visibile a tutti una realtà così tenacemente taciuta e indicheranno l'inizio della costruzione di un nuovo *spazio pubblico* e del mutamento della *cornice giuridica* entro cui si iscriverà il dibattito sull'aborto.

In questo contesto si pose la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975³¹⁶, che nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 546 c.p., rese lecita l'interruzione di gravidanza praticata in tutte le situazioni in cui fosse a repentaglio l'integrità fisica della donna. La

³¹³ Come ha scritto Maria Luisa Boccia «Dobbiamo eliminare un equivoco: si confonde l'autodeterminazione con un diritto civile o di libertà e come tale affiancabile ad altri diritti riconosciuti dallo Stato. Non è così, perché non c'è nessuna libertà né alcun diritto all'aborto per la donna. C'è invece nel riconoscimento che la decisione è sua, una ridefinizione dei rapporti di potere tra uomini e donne» (M.L. BOCCIA, *Il conflitto sulla decisione della donna. Un confronto tra uomini e donne del Pci sull'aborto*, in *Reti*, 1988, 3-4, 77-86). Così anche Anna Rossi Doria per cui l'autodeterminazione sarebbe «la necessaria ma non sufficiente ultima vittoria delle donne nella lotta per essere individui, ma non dice tuttavia nulla sul portare nella politica la specificità femminile. La libertà sul corpo non risolve i conflitti tra individualismo e maternità, tra cura di sé e cura dell'altro» (A.R. DORIA, *Individualità e valore di genere nel pensiero delle suffragiste*, in *Reti*, 1989, 3-4, 100-110).

³¹⁴ L. PERINI, *Il corpo della cittadina. La costruzione del discorso pubblico sulla legge n. 194/1978 in Italia negli anni settanta*, Tesi di dottorato di ricerca in Storia e geografia d'Europa. Spazi, linguaggi, istituzioni e soggetti in età moderna e contemporanea, Università di Bologna, 2011, 25-26, consultabile in www.personaedanno.it che nota «Dare o non dare la vita diviene cartina tornasole di nodi insiti nella richiesta da parte delle donne di eguaglianza di diritti in corpi che, però, sono evidentemente (biologicamente) diversi. Ma se il corpo è differente, eguaglianza e parità sono richieste sufficienti? Per le donne avere eguali diritti è sufficiente per essere effettivamente pari agli uomini? Si fa strada la questione dell'auto-riconoscimento che eccede la concessione dall'alto di diritti da parte dello Stato – maschile per definizione – auto-riconoscimento che è implicito nel concetto di cittadino maschio, ma che invece si pone come problema nel caso delle donne: chi riconosce (e quindi dispone del e definisce il) loro corpo? Gli uomini? E ancora: rispetto all'aborto, come affrontare la contraddizione tra discorso pubblico – racconto necessario per sconfiggere l'orrore della clandestinità – e discorso privato cioè vissuto intimo di ciascuna donna, indicibile?».

³¹⁵ Si veda il caso suscitato dal processo a Gigliola Pierobon, su cui G. SCIRÈ, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, cit., 47. Per le critiche alla legislazione penale vigente all'epoca D. FERRATO, *Legislazione sull'aborto e Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1973, 1, II, 82 ss.

³¹⁶ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, I, 117-120.

sentenza ha assunto la forza di un modello³¹⁷, delineando i termini del bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali coinvolti: da un lato vi è la tutela del concepito, collocata – «sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie» – tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost.; dall'altro vi è il diritto alla vita e alla salute della madre, a cui viene data prevalenza, in raffronto all'«interesse costituzionalmente protetto» del nascituro, in quanto «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di *chi è già persona*, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che *persona deve ancora diventare*»³¹⁸.

La sentenza costituiva una svolta decisiva nel dibattito italiano sull'aborto, fino a quel momento arenato tra le esigenze dei movimenti, la rigida previsione penalistica e il silenzio della classe politica, determinandone poi gli sviluppi successivi³¹⁹. A partire dal 1975, infatti, la questione aborto era divenuta centrale nella sfera pubblica³²⁰ – e l'approvazione della legge sui consultori ne era la dimostrazione³²¹ – attraverso la progressiva presa di coscienza della voragine che si era venuta creando tra la materialità della condizione di vita delle donne e l'immaginario istituzionale³²².

³¹⁷ Così S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Esi, Napoli, 2006, 564 che vede nel *dictum* della sentenza «il perno di un discorso traslato, che, come sarebbe avvenuto caratteristicamente in ogni decisione costituzionale sull'aborto, trasformava quest'ultimo nell'occasione di una grande narrazione, in cui la dimensione sessuata dell'aborto, il suo appartenere alle vicende delle relazioni tra i sessi, veniva riassorbita in una metafora sull'identità costituzionale».

³¹⁸ Sul punto le riflessioni di G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, 850 ss.; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, cit., 2011, 1660 ss. Si vedano inoltre C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. cost.*, 1975, I, 1099 ss.; R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, ivi, 538 ss.

³¹⁹ In senso critico S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, cit., 570 e 579 per cui la Corte adottò una pronuncia paternalista, che, per far emergere alla legalità l'interruzione della gravidanza, dipinse le donne come vittime, giustificando la possibilità della pratica dell'aborto in ospedale con l'argomento che chiamava in causa la rimozione dell'ingiustizia sociale, su cui si fondava il patto repubblicano.

³²⁰ Con la pronuncia del 1975, l'aborto ha cessato di essere un «affare di donne» ed è stato portato nello spazio pubblico e della legge, come una questione di cittadinanza. Così C. MANCINA, *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*, Il Mulino, Bologna, 2002, 102-103; anche T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milano, 1998, 71 ss.

³²¹ L. 29 luglio 1975, n. 405, che pur avendo un'impostazione familista, viene ad affermare a livello legislativo quella scissione tra sessualità e riproduzione, consentendo l'avvio di politiche sociali volte alla procreazione cosciente e responsabile.

³²² Rimasto ancora fortemente ancorato all'immagine della donna come madre, della madre lavoratrice come massima evoluzione concessa, che si deve dividere tra queste due realtà, l'una nello spazio privato e

In linea con la sentenza del 1975 si muoveva il legislatore che, con la legge 194 del 1978³²³, confermava che accanto al «diritto alla procreazione cosciente e responsabile» era dato riconoscimento al «valore sociale della maternità», nonché alla tutela della «vita umana dal suo inizio». La legge non si limita ad eliminare il reato di aborto, ma prescrive una disciplina molto dettagliata dell'iter per interrompere volontariamente la gravidanza, sanzionandone penalmente l'inosservanza.

L'inviolabilità del corpo delle donne, tuttavia, non è stata ricondotta dal legislatore alla libertà personale, bensì, in linea con la sentenza 27/1975, alla tutela della salute psico-fisica della persona sancita all'art. 32. «Tale preferenza per la sfera della tutela della salute a discapito di una costituzionalmente fondata sfera di autonomia potrebbe esser stata favorita proprio dal fatto che il corpo "conteso" è essenzialmente quello femminile (...) [in quanto] se solo il corpo della donna può procreare, cioè compiere l'insieme degli atti e dei processi che consentono di trasmettere la vita, la gestione del corpo della donna e del suo potere di procreare è funzionale al controllo sulla società che si riproduce attraverso il corpo femminile»³²⁴.

Concludendo sul punto, con la legge 194/1978 la contraddizione dell'aborto può dirsi risolta? Forse a livello politico e nel contesto della giurisprudenza costituzionale³²⁵, sicuramente l'implementazione della procreazione cosciente e responsabile – nella sua declinazione di diritto sociale – ne ha attenuato la connotazione di classe³²⁶, inoltre la legge ha seguito, se non agevolato, i mutamenti sociali e culturali, tra i quali il

l'altra nel lavoro, unico spazio pubblico in cui il corpo femminile viene accettato. A.M. GALOPPINI, *Problemi di una legislazione sull'aborto*, in *Dir. fam. pers.*, 1974, 1188 ss.

³²³ S. BELLOMIA, *La legge sull'aborto*, in *Dir. soc.*, 1979, 1, 99 ss.; in precedenza L. ARCIDIACONO, *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali*, *ivi*, 1978, 4, 723 ss.

³²⁴ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it, 2006. Per P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 97, la «relazione tra corpo femminile e vita-corpo nascente non può essere mai dimenticata, trattandosi di un dato che produce notevoli ripercussioni nella mappa dei diritti coinvolti nella fattispecie». Nota M.R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 356 «l'applicazione della legge 194 ha poi fatto registrare (...) una dissociazione dei formanti, cioè un'acuta differenziazione tra la regola dettata dal legislatore e, nel caso specifico, la regola in concreto adottata nella pratica medica, cosicché, se il legislatore aveva basato la legittimità dell'aborto sul bilanciamento tra interesse alla vita e tutela della salute della gestante, la prassi ne rintraccia invece il presupposto nel bilanciamento con l'autodeterminazione della donna».

³²⁵ Come nota G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, cit., 824 ss. la Corte delineò, nella sua successiva giurisprudenza, una *significativa limitazione dell'area delle scelte legislative* in questa materia di grande rilievo.

³²⁶ Anche se oggi il problema si è riletto sulle nuove cittadine su cui M. MERELLI, *Donne migranti: le difficili scelte di maternità*, Carocci, Roma, 2005, 60 ss.

rafforzamento della soggettività femminile, tuttavia permangono conflitti irrisolti che si irradiano per linee interne³²⁷.

Così il processo di medicalizzazione della maternità ha condotto la medicina ad appropriarsi del corpo femminile e, al contempo, indotto la donna a vivere se stessa e la rappresentazione del proprio corpo come ecosistema del feto³²⁸. Si tratta essenzialmente di una questione simbolica che però comporta uno sviamento del dibattito pubblico sulle scelte intorno alla maternità, che non riguarda più la vita di una donna, ma la condizione astratta e in fieri del feto, che ormai si considera già soggetto senza bisogno di interrogare colei che sola ne ha esperienza diretta. Come ha scritto Barbara Duden³²⁹, ciò determina una forma di espropriazione dell'esperienza del corpo femminile e del suo sapere, prima ancora che della volontà della donna, che viene ad essere sempre più mediato dalla tecnica.

Nello stesso senso, in ambito giuridico, la legge 194 ha conformato «il corpo delle donne come spazio pubblico costruito e legittimato come pubblico dal diritto»³³⁰, trasformando, attraverso la soluzione della condizionata non punibilità dell'aborto, la richiesta delle donne di una maggiore autonomia nella sfera delle scelte procreative, nella burocratica gestione ospedaliera dell'interruzione di gravidanza quale «patologia particolare di quella donna particolare». Lo slittamento tra le aspettative su cui la legge

³²⁷ Esemplare in questi termini è la contraddizione, tutta interna alla legge, determinata dall'abnorme e non regolato esercizio del diritto all'obiezione di coscienza che si è trasformato da espressione di tutela del pluralismo, in una "patologia" che corrode dall'interno le funzioni fisiologiche e le strutture portanti della legge stessa. Sul punto A. D'ATENA, *Commento all'art. 9 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, I, 1660-1661 che non esclude la possibilità di un annullamento ad opera della Corte costituzionale dell'art. 9, 4° co, l. 194/1978 per la sua messa a rischio della «tenuta» del sistema; D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, 3, 2008, 1091 ss.; in generale A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, 254 ss.; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011, 187 ss.; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Esi, Napoli, 2014, 169 ss.

³²⁸ Così T. PITCH, *L'embrione e il corpo femminile*, in *www.costituzionalismo.it*, 2005 che sottolinea come «Parlando con i miei studenti, maschi e femmine, prima di aborto, poi di procreazione assistita, mi sono accorta che la madre è scomparsa anche per loro. L'embrione, dicono, è essere umano, e va protetto e tutelato. Che l'embrione, per svilupparsi e poi, eventualmente, nascere abbia bisogno non solo di un corpo, ma anche del desiderio e della dedizione di una donna è del tutto ignorato. La donna è mero contenitore, oppure mente, soggetto, antagonista, dunque da controllare, disciplinare».

³²⁹ B. DUDEN, *Il corpo della donna come luogo pubblico: sull'abuso del concetto di vita*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994

³³⁰ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, cit., 11 e 235 ss.

si fondava e gli effetti che dall'applicazione di questa sono emersi si disvelano attraverso l'opposizione pubblico/privato nelle sue diverse declinazioni³³¹.

In questi termini le donne, nei primi anni settanta, avevano richiesto l'ingresso dell'aborto nel pubblico inteso come spazio della cittadinanza. L'aborto non doveva essere segreto, ovvero rimanere nel privato (come in precedenza con le pratiche clandestine). Allo stesso tempo si reclamava un'assunzione di responsabilità pubblica come forma dialogica di interazione e comunicazione: pertanto l'interruzione di gravidanza doveva essere una prestazione sanitaria gratuita e assistita in strutture pubbliche. A queste istanze era connessa infine una lettura dell'autonomia femminile, come diritto di definire la propria libertà personale, scegliendo di sottrarla alle interferenze altrui senza negarne la dimensione pubblica. L'applicazione della legge ha solo in parte soddisfatto tali esigenze: ha reso "pubblico" l'aborto, assicurandone la gratuità e la gestione nel contesto del Servizio sanitario nazionale, ma ha trascurato tutti gli altri aspetti che delle rivendicazioni delle donne erano parte integrante³³². In questi termini, guardando al tema dell'autodeterminazione e della maternità, ci si trova di fronte a pubbliche responsabilità trasformate in singolari forme di espropriazione e irresponsabilità, ove ciò che è intimo e personale viene sottratto alla sfera individuale e ciò che è pubblico viene scaricato in ambito privato.

³³¹ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, cit., 240 ss. che, riprendendo l'analisi di L. GIANFORMAGGIO, *La soggettività politica delle donne: strategie contro*, in *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, 155 ss., distingue: a) il privato come sfera della libertà negativa, la cd. *privacy*; b) il privato come segreto, sottratto allo sguardo pubblico: a differenza della prima definizione, la segretezza può non essere volontaria; c) il privato come sfera della deprivazione, ovvero come sottrazione o mancanza di un bene della vita. A sua volta il pubblico designa: a) una sfera di interazione e comunicazione intersoggettiva in cui si espone e si osserva ciò che non deve rimanere segreto; b) la politica come cittadinanza, partecipazione alle deliberazioni di un pubblico eterogeneo; c) la "sfera del politico" come sottosistema funzionale specializzato.

³³² Da qui nasce la contestazione della legittimazione del diritto di appropriarsi di una vicenda che interamente si compie nel corpo femminile. Per cui si è sostenuto che «mi sembra che la soggettività incarnata venga a costringere il termine politica a sdoppiarsi in due diversi significati. Da un lato (...) è innanzitutto politico il movimento di pratiche e di discorsi che mette al mondo la soggettività stessa (...) dall'altro, quando venga definito a partire dalla soggettività incarnata, ciò che tradizionalmente si chiama politica può sopravvivere nella forma deenfaticizzata di "regola della convivenza". Proviamo a ragionare sull'aborto in questo quadro: poiché la mia gravidanza riguarda la soggettività incarnata che io sono, essa non riguarda le regole della convivenza, ossia cade al di fuori del loro ambito di competenza. Volendo usare un linguaggio tecnico, non parlerei perciò di depenalizzazione dell'aborto, ma della sua degiuridificazione. Se si fa invece rientrare l'aborto tra i diritti della persona, la causa è già persa in partenza. La persona è un soggetto universale, un'astrazione disincarnata, un ente fittizio che trova la sua realtà nella logica dell'universalismo giuridico. Il corpo politico tiene la persona in pugno». Cfr. A. CAVARERO, I. PERETTI, *Conversazioni sul corpo*, in *Dem. dir.*, 1996, 39, 46.

Si può sostenere quindi che quelle analizzate, come altre leggi dell'epoca, abbiano dato materialità all'emersione delle contraddizioni, alla loro messa in circolo nel discorso pubblico, e in quello giuridico in particolare, consentendo che le stesse fossero agite come opposizioni reali per dar luogo al rinnovamento delle strutture del sociale e forme del diritto.

Forse, ed è un auspicio, la trasformazione che si è realizzata attraverso questi referenti normativi – presi ad epitome di un'epoca – potrà avere compimento laddove la compresenza e l'intreccio dei diversi ambiti della realtà non sarà più intesa come contraddizione, ma sopportata come tensione feconda.

1.6. Riflusso e resilienze

È bene tenere una giusta distanza nel proporre delle valutazioni, specie quando si pongono a raffronto periodi connotati da grandi cambiamenti, in questo termini pare riduttivo l'uso del «metodo della contrapposizione [che] comporta inevitabilmente un certo schematismo, essendo guidato dal riferimento a tipi ideali che descrivono solo tendenze, senza cogliere compiutamente la complessa realtà socio-normativa»³³³.

Così proporre un'immagine sminuente degli ultimi due decenni del secolo scorso, quasi si trattasse di descrivere un periodo di declino dopo anni “formidabili”, pare essere il segno di un'impronta analitica limitata e manichea.

Seppure connotati da indubbie regressioni nel costume e nella politica³³⁴, gli anni del «riflusso nel privato» possono essere anche descritti come uno scacco ad una forma totalizzante di politica e una riscoperta dei valori dell'uomo, della vita prima della mediazione.

In questa prospettiva si può delineare una sorta di evoluzione che vede l'incremento di forme di partecipazione non convenzionali, associazionismo e volontariato, comunque

³³³ L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 9 ss.

³³⁴ Ma anche sul piano dei diritti sociali, come tematizzato da R. DAHRENDORF, *Il conflitto sociale nella modernità. Saggio sulla politica della modernità*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 46, che distingueva tra *entitlements* – cioè diritti intesi come possibilità legali di accedere a beni e risorse – e *provisions* termine che concerne le reali alternative di scelta, i beni materiali, culturali e sociali a cui gli individui e le classi hanno concretamente, non legalmente, accesso. L'esito di tale fenomeno è stato quello di aver tendenzialmente trasformato le disuguaglianze da disuguaglianze rispetto agli *entitlements* a disuguaglianze rispetto ai *provisions* ovvero alle risorse di fatto accessibili. Le disuguaglianze mutano da qualitative in quantitative, da barriere di *status* a livelli di *status*, lasciando così intatti ostacoli robusti alla pienezza dei diritti di cittadinanza per tutti.

fortemente legate alla fiducia verso le istituzioni, e, al contempo, il progressivo disincanto, disimpegno verso la politica³³⁵. Ne sono esempio emblematico le battaglie del movimento ambientalista, di quello per i diritti degli omosessuali, l'affermazione dei "nuovi diritti"³³⁶, così come, in senso contrario, l'emergere di tendenze centrifughe che determineranno il crollo di un sistema politico sempre più autoreferenziale³³⁷.

In questo contesto l'affermazione progressiva della *life politics*³³⁸, che presuppone un'acquisita emancipazione sia dai legami della tradizione che dalle condizioni di dominio gerarchico, ha posto l'attenzione su una generalizzata politica della scelta. Laddove infatti la politica tradizionale era una politica di scelta di vita, la *life politics* si propone come una politica di stile di vita, che riguarda le controversie e i conflitti a proposito del modo in cui – come individui e come collettività umana – dovremmo vivere in un mondo in cui ciò che era stabile, o per natura o per tradizione, è ora oggetto delle decisioni degli uomini. La politica della vita è, in altri termini, una politica di autorealizzazione del sé in circostanze «in cui le influenze universalizzanti si introducono profondamente nel progetto di un io-riflesso e, a loro volta, questi processi di realizzazione del sé influiscono sulle strategie sociali»³³⁹.

Può apparire retorico, ma non meno vero, constatare come comunque la crisi³⁴⁰ dell'autorità, la messa in discussione del rapporto conflittuale³⁴¹ basato sulla distinzione

³³⁵ E. GALLI DELLA LOGGIA, *La crisi del «politico»*, in AA.VV., *Il trionfo del privato*, Laterza, Roma-Bari, 1980, 6 ss.

³³⁶ S. RODOTÀ, *Nuovi soggetti, nuovi diritti, nuovi conflitti*, in F.G. PIZZETTI, M. ROSTI (a cura di), *Soggetti, diritti e conflitti. Percorsi di ridefinizione*, Giuffrè, Milano, 2007, 9.

³³⁷ Condizione che prefigurava la crisi cognitiva di una società che aveva perso il suo orientamento verso il futuro, cessato di nutrire speranze fondate, adagiandosi sulle rendite acquisite, intimorito di fronte alle nuove sfide proposte da un mutamento globale che investe ogni aspetto del reale. Quando la mente individuale e collettiva, anche quella rappresentata dalle istituzioni e dai corpi collettivi, rinuncia a o addirittura si rifiuta di portarsi al livello di complessità e di competenza richiesto, allora le risorse normative, motivazionali e cognitive, pur esistenti, vengono sistematicamente svalorzate. Cfr. C. DONOLO, *Italia sperduta*, Donzelli, Roma, 2011.

³³⁸ A. GIDDENS, *The Consequences of modernity*, Polity Press, Cambridge, 1990 trad. it. *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna, 1994, 23 ss.

³³⁹ A. GIDDENS, *Modernizzazione riflessiva. Politica, tradizione ed estetica nell'ordine sociale della modernità*, Asterios, Trieste, 1999, 284.

³⁴⁰ Crisi da intendere nel suo significato etimologico di *krinein* (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.

³⁴¹ 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

gerarchica nelle istituzioni, nei luoghi di lavoro, all'interno della famiglia, non abbia lasciato un deserto, ma una nuova dimensione di autonomia degli individui, 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 istituzioni³⁴². Tali sfere di autonomia, in grado di esprimere "capacità di 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 comunitario³⁴³.

L'arretramento dell'autorità a favore delle forme del pluralismo ha consentito l'espressione di «lotte per il riconoscimento»³⁴⁴, in grado di far sì che alle minoranze o ai gruppi svantaggiati venga riconosciuta, nei luoghi di decisione politica, una forma di rappresentanza rispondente alle condizioni normative di inclusione e conferimento di potere.

che ogni pur remoto suo angolo è influenzato da questa fondamentale contrapposizione». Cfr. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 604.

³⁴² 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.

³⁴³ 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.

³⁴⁴ A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento*, Il Saggiatore, Milano, 2002. Nelle lotte per il riconoscimento traspare invece l'idea che la rivalutazione in positivo delle identità collettive sottovalutate e dei prodotti socioculturali dei gruppi più screditati possa aiutare gli individui ad articolare più chiaramente i propri interessi, e quindi a ricomporre le due facce della cittadinanza democratica: riconoscimento e giustizia sociale.

È indubbio infatti che quanto più numerosi sono gli individui cui vengono garantiti pari mezzi discorsivi ed eguali condizioni di accesso a una sfera pubblica decentrata, formata dall'intrecciarsi di reti e organi che hanno il potere sia di incidere sull'opinione pubblica, sia di assumere decisioni, tanto maggiore sarà il livello di inclusione degli assetti istituzionali. In questi termini, l'integrazione dei cittadini può prendere forma lungo le due dimensioni complementari dell'individualizzazione³⁴⁵ e dell'inclusione sociale solo quando venga rispettata la loro libertà di esprimere in fori pubblici, e senza i vincoli prodotti dalle "rifrazioni prospettiche"³⁴⁶ create dalle rispettive appartenenze, la loro personale interpretazione dei propri orientamenti di vita.

In conclusione, se vi è un tratto che accomuna ispirazione e sostanza del percorso dei diritti che ha connotato il periodo del «disgelo e dell'affermazione 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 sè conchiuso.

³⁴⁵ M. PACI, *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*², Il Mulino, Bologna, 2007, 59 il quale a partire dall'innovazione osservata nelle politiche sociali ne delinea una connessione strutturale con il processo storico di individualizzazione, processo strutturale che dipende in gran parte dell'enorme aumento dei gruppi sociali, dalla specializzazione e dall'appartenenza degli individui a un numero illimitato di tali gruppi e, correlativamente, dalla diminuzione dell'estensione e dell'intensità con cui i gruppi stessi trattengono i loro membri; il che, aumentando in astratto i margini di libertà dell'individuo nell'accesso a nuove forme di appartenenza sociale e a nuovi diritti, rimanda tutte le scelte al piano dell'agire dell'individuo. Sul punto anche O. DE LEONARDIS, *L'onda lunga della soggettivazione: una sfida per il welfare pubblico*, in *Riv. pol. soc.*, 2006, 2, 13 ss.

³⁴⁶ S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Il Mulino, Bologna, 2005, 182.

CAPITOLO SECONDO

LA TUTELA DELLA SALUTE PROFILI COSTITUZIONALI DI UN DIRITTO ESPANSO

§§§

SEZIONE I

L'ART. 32 COST. E LE "AMMORZATURE" DELL'EDIFICIO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 2.1. Il diritto alla salute nei lavori della Costituente e nella lettera della Costituzione – 2.1.1. Scomposizione e ricomposizione di un diritto fondamentale – 2.1.2. La salute come diritto sociale – 2.2. L'evoluzione della tutela della salute attraverso il formante dottrinale – 2.2.1. Dalla salute pubblica al vissuto della persona – 2.3. La legislazione e il segno dei tempi – 2.3.1. La legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale – 2.3.2. La razionalizzazione del sistema sanitario – 2.3.3. La riforma del Titolo V e la salute – 2.4. La giurisprudenza come motore della trasformazione – 2.4.1. Dal danno biologico al danno esistenziale: il cavallo di legno e la cittadella del diritto – 2.5. Il diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale: riflessi su identità e persona – 2.5.1. Il consenso informato come ponte tra salute e libertà – 2.5.2. La forma dell'acqua. La salute da diritto fondamentale a diritto finanziariamente condizionato ?

2.1. Il diritto alla salute nei lavori della Costituente e nella lettera della Costituzione

Per comprendere il ritardo e i limiti che hanno connotato l'attuazione del diritto costituzionale alla tutela della salute appare utile ripercorrere brevemente il dibattito che caratterizzò la formulazione e l'approvazione della disposizione esaminata.

Nella seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 24 gennaio 1947 venne presentato alla discussione l'art. 9 *bis*, frutto della proposta del gruppo parlamentare dei sanitari¹ rielaborata dal Comitato di redazione, che – collocato fra le "disposizioni

¹ Il gruppo parlamentare dei sanitari aveva, peraltro, formulato una proposta declinata in ben tre articoli del seguente tenore: «Lo Stato tutela la salute come un diritto essenziale e fondamentale di ogni essere umano e come interesse della collettività; promuove lo sviluppo della coscienza igienica; assicura le condizioni necessarie perché l'assistenza sanitaria si effettui in modo adeguato per tutti. Lo Stato assolve tali compiti per mezzo dei sanitari, mediante appositi istituti di

generali” – si limitava a sancire «La Repubblica tutela la salute e l’igiene ed assicura cure gratuite agli indigenti».

Nella stessa seduta veniva approvato un emendamento integrativo, proposto da Paolo Rossi e Aldo Moro, volto ad affermare il limite della riserva di legge per l’imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, riserva, a sua volta, rinforzata dal divieto di pratiche lesive della dignità umana².

Successivamente, nel Progetto di Costituzione, la predetta disposizione, rinumerata all’art. 26, veniva collocata nel Titolo I sui “rapporti etico sociali” e diveniva oggetto di un acceso dibattito nella seduta del 24 aprile 1947³.

Il confronto si sviluppava lungo tre direttive principali: in primo luogo sull’utilità della disposizione e quindi, in particolare, sull’estensione oggettiva e soggettiva della garanzia da essa prevista; in secondo luogo sull’opportunità di inserire in Costituzione un modello istituzionale e organizzativo del servizio sanitario ed infine in relazione alla controversa questione dei trattamenti sanitari obbligatori⁴.

Dava “fuoco alle polveri” l’intervento dell’on. Sullo, che, nel presentare il proprio emendamento soppressivo dell’art. 26, sosteneva che la disposizione «non

previdenza facenti capo ad un unico organo centrale tecnico-sanitario, distinto dagli altri organi del potere esecutivo. Nessun cittadino può essere sottoposto a pratiche sanitarie non autorizzate dalla legge; la quale non potrà mai consentire che le pratiche sanitarie siano esplicate oltre i limiti imposti dal rispetto della personalità umana». Cfr. Assemblea costituente, seduta plenaria del 24 gennaio 1947, in www.nascitacostituzione.it

² Fu lo stesso Moro, intervenendo in quella seduta, a sottolineare come l’emendamento, ricavato dai tre articoli proposti dal gruppo parlamentare dei sanitari, affrontasse «un problema di libertà individuale che non può non essere garantito dalla Costituzione, quello cioè di affermare che non possono essere imposte obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie, se non vi sia una disposizione legislativa, impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dalle autorità senza l’intervento della legge. Importante è anche l’altra parte dell’emendamento. Non soltanto ci si riferisce alla legge per determinare che i cittadini non possono essere assoggettati altrimenti a pratiche sanitarie, ma si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana. Si tratta, prevalentemente, del problema della sterilizzazione e di altri problemi accessori». Si vedano gli interventi critici di Nobile e Grassi che ritenevano che tale limitazione fosse troppo stringente e che l’uso del concetto di dignità umana, per la sua genericità, potesse ingenerare problemi interpretativi. Cfr. Intervento Moro, Assemblea costituente, seduta plenaria del 28 gennaio 1947, *cit.*

³ Come infatti notò ironicamente il medico e deputato comunista Cavallotti «l’art. 26 della Costituzione non ha suscitato nell’Assemblea lo stesso interesse che hanno suscitato altri articoli forse perché alla povera salute è capitato di trovarsi tra la famiglia e la scuola, tra la dissolubilità e l’indissolubilità del matrimonio da una parte, e la scuola parificata e la scuola statale dall’altra. Sicché dalla lotta sostenuta fra i diversi gruppi politici su questi argomenti, la povera salute ne è uscita malferma, almeno nella discussione». Cfr. Intervento Cavallotti, Assemblea costituente, seduta plenaria del 22 aprile 1947, *cit.*

⁴ Su cui si svolgeranno opportuni approfondimenti nella seconda sezione del presente capitolo e nel III capitolo con riferimento alla disciplina legislativa dei trattamenti stessi.

afferma[ss]e] in realtà né diritti di libertà, né diritti sociali»⁵. A questi replicava Caronia, anch'egli democratico cristiano, che, dopo aver lodato la Commissione dei settantacinque laddove aveva inteso consacrare nella Costituzione i principi fondamentali riguardanti la tutela della salute, proponeva la soppressione dell'alinea «e garantisce cure gratuite agli indigenti», considerato limitativo della affermazione del diritto alla salute. A suo avviso «lo Stato deve assicurare a tutti i mezzi di prevenire e curare le malattie. Certi mezzi di prevenzione e di cura sono così complessi e costosi da poter riuscire difficile procurarseli anche al cittadino più facoltoso con le sue sole disponibilità. L'organizzazione sanitaria deve essere tale, che a tutti deve essere data la possibilità di usufruirne. Stabilirà poi la legge le norme che assicurino ai non abbienti la gratuità»⁶.

Nella stessa traiettoria, volta a amplificare la funzione e la portata dell'art. 26, si poneva la proposta emendativa del repubblicano Camangi che, nel suo intervento, sottolineava la necessità di «stabilire il principio che l'assistenza sanitaria, intesa nel senso più completo, quindi medici, medicine, analisi ospedali ecc. deve essere una funzione dello Stato, dei suoi organi centrali e periferici, e deve essere una prestazione alla quale devono aver diritto tutti i cittadini, indipendentemente dalle loro condizioni economiche»⁷.

Si tratta di posizioni che, seppure non hanno trovato un immediato riscontro nella lettera della Costituzione, rappresentano comunque elementi tali da suffragare una

⁵ L'argomentazione un po' retriva e dimentica del recente passato negava il tratto polemico del diritto alla salute, proprio invece dei diritti di libertà, in quanto in Italia non vi era stata alcuna violazione della dignità umana e, al contempo, escludeva che la salute potesse essere diritto sociale, nella misura in cui «in Italia, nei limiti dei bilanci e degli accorgimenti della tecnica amministrativa, è stata sempre tutelata la salute ed è stata sempre promossa l'igiene». Cfr. Intervento Sullo, Assemblea costituente, seduta plenaria del 24 aprile 1947, *cit.*

⁶ Cfr. Intervento Caronia, Assemblea costituente, seduta plenaria del 24 aprile 1947, *cit.* Negli stessi termini ancora Cavallotti che, nel criticare il tratto limitativo della previsione del Progetto, richiamava l'obiettivo da prefigurare, ovvero «quello di garantire la sicurezza sanitaria della popolazione su una base di solidarietà. (...) In questo articolo si parla di cure gratuite agli indigenti. Ma quali cure? La Costituzione francese è più coraggiosa. Parla infatti di "tutte le cure che la scienza offre". E anche noi dovremmo avere questo coraggio, e garantire ai lavoratori la protezione della loro salute con tutti i mezzi messi a disposizione della scienza. Non si può continuare soltanto con la somministrazione delle solite medicine a base di calcio o coi soliti sciroppi di poligala; l'assistenza sanitaria non può conoscere la relatività e la sperequazione: si deve dare tutto e a tutti in eguale misura». Cfr. Intervento Cavallotti, Assemblea costituente, seduta plenaria del 22 aprile 1947, *cit.*

⁷ Cfr. Intervento Camangi, Assemblea costituente, seduta plenaria del 24 aprile 1947, *cit.*; nello stesso senso Intervento Merighi, *ibidem*.

interpretazione evolutiva del testo costituzionale⁸, ponendo altresì in evidenza il ritardo con cui il legislatore ordinario ha saputo dar seguito alle aspirazioni ideali dei costituenti⁹.

Vi è infatti da notare che il dibattito profilatosi in sede di Assemblea costituente abbia fatto emergere le due contrapposte opzioni che avrebbero connotato il “governo” della salute nel nostro ordinamento: da un lato, coloro che ritenevano che l’intervento pubblico nel settore avrebbe dovuto mantenere un ruolo integrativo rispetto all’iniziativa privata e, dall’altro, chi, al contrario, sosteneva che l’aver prefigurato la salute come una condizione necessaria per il pieno sviluppo della persona umana comportasse un’estensione dell’intervento pubblico nel settore diretto a garantirne la soddisfazione in termini universalistici, a prescindere quindi da condizioni personali di indigenza. Sicchè l’adozione di «tale prospettiva [veniva ad influire] anche sulla riformulazione del ruolo dell’intervento pubblico rispetto a quello della società, attraverso l’affidamento a questo di un compito non più episodico o integrativo, ma di garanzia nella tutela di un fondamentale diritto personale»¹⁰.

Anche se – come è stato notato¹¹ – il dibattito, dando per scontato il carattere sociale del diritto alla salute, non ebbe a chiarire le ricadute della qualificazione dello stesso come diritto fondamentale della persona, da ricondurre nel novero dei diritti inviolabili riconosciuti dall’art. 2 Cost., si deve rilevare peraltro come l’idea di un modello universalistico che avrebbe dovuto connotare il sistema sanitario pubblico, fosse innovativamente già sottesa alla virtuosa crasi che delinea la salute quale diritto

⁸ Così per S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig., disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 317 «la necessità di muovere dalle prime interpretazioni della costituzione è ineludibile, perché ogni interpretazione che a quella si affianca, si raccorda o si sovrappone, non può non tener conto dei punti di partenza, deve ad essi rapportarsi non per meramente ribadirli acriticamente, ma anche per qualificarli, ridimensionarli, eventualmente rifiutarli, sempre però nella logica di un discorso che non conosce cesure e mantiene, sul breve come sul lungo periodo, una sua coerenza e continuità». Specialmente nel diritto costituzionale «l’interpretazione del testo va a depositarsi su un tessuto articolato di istituzioni, prassi e orientamenti operativi e di valore con il quale deve necessariamente fare i conti. Ogni atto interpretativo della costituzione va a collocarsi non già in uno spazio vuoto, ma in una trama fitta e composita, ai cui condizionamenti non riesce a sfuggire, se non altro ai fini della sua stessa implementazione».

⁹ Il richiamo ai lavori dell’Assemblea costituente rende interessante e importante sapere cosa intesero dire non tanto «i padri da celebrare», ma «i protagonisti concreti dei conflitti che l’hanno determinata», non potendosi da questo punto di partenza – se non di arrivo – prescindere, in quanto «la storia costituzionale è parte integrante del diritto costituzionale positivo». Cfr. M. DOGLIANI, *La concezione della costituzione in Togliatti*, in C. FRANCESCHINI, S. GUERRIERI, G. MONNINA (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Atti del convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 19-21 Ottobre 1995, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l’informazione e l’editoria, Roma, 1997, 382 ss.

¹⁰ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998, 37.

¹¹ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 38 ss.

fondamentale dell'individuo e interesse della collettività. La Carta costituzionale, dando fondamento ad un sistema istituzionale idoneo a perseguire forme di eguaglianza sostanziale, implica necessariamente che la pretesa del cittadino assuma la natura di diritto soggettivo a declinazione complessa, superando quelle concezioni che ne svuotavano la consistenza attraverso un richiamo strumentale alla nozione di diritto sociale, e, al contempo, pretende che il sistema di governo della salute si configuri in conformità a criteri serventi e funzionali al modo di essere della pretesa soggettiva.

Non si può altresì trascurare come, nello stesso dibattito¹², emergesse la torsione "previdenziale" che connotava i discorsi intorno al tema della salute e che lo sospingeva in una sorta di dipendenza gerarchica rispetto all'art. 38, 2° co., Cost., facendone dunque un diritto (dei lavoratori) all'assistenza sanitaria pubblica¹³. Ciò era il portato di un dato strutturale, di un limite storico che ha visto la concretizzazione di forme diffuse di assistenza sanitaria, a cavallo tra otto e novecento, attraverso il sistema mutualistico sorto dal legame solidaristico tra i lavoratori¹⁴. Tale impostazione del diritto alla salute si rifletteva dunque in un approccio produttivistico a giustificazione dell'intervento pubblico in materia sanitaria, venendo quindi a limitare la posizione giuridica soggettiva vantata dal cittadino – necessariamente lavoratore – verso lo Stato e confermando, indirettamente, la natura paternalistica dell'intervento pubblico rivolto ai soli indigenti¹⁵.

¹² Si vedano Intervento Spallici, Assemblea costituente, seduta plenaria del 21 aprile 1947, *cit.*; Intervento Cavallotti, *cit.*

¹³ Così espressamente D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, 11 ss.; anche G. AMATO, *Regioni e assistenza sanitaria: aspetti costituzionali*, in *Probl. sic. soc.*, 1969, 551 che ne notava polemicamente la deriva "assicurativo-corporativa".

¹⁴ Sul quadro storico M. ZANELLA, *L'assistenza sanitaria direttamente erogata dagli enti mutualistici attraverso propri ospedali e ambulatori*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, 220 ss.

¹⁵ Secondo L. MONTUSCHI, Art. 32, 1° comma, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico-sociali*. Artt. 29-34, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, 147-148 la filosofia assicurativo-corporativa è stata la causa dell'arresto nella crescita dell'art. 32 Cost., in tali termini «la connessione con il cd. ordinamento previdenziale è stata, infatti, deliberatamente esagerata fino a ritenerla quasi esaustiva (...) Il diritto alla salute per molti, troppi anni è stato ridotto nei limiti angusti di un problema assicurativo: la tutela che pur si pretende dallo Stato come "dovuta" ha coinciso in larga misura, così nella prassi come nelle impostazioni dottrinali, con quella consegnata dallo Stato moderno del corporativismo». Vi è da rammentare che la subordinazione della copertura assicurativa alla condizione lavorativa creava una fluttuazione degli assistiti dalle mutue alla carità pubblica, gestita dai comuni, che dipendeva dalla perdita del diritto all'assistenza per disoccupazione o per l'esaurimento del periodo massimo di tutela assicurativa.

Non meno rilevante appare, anche in termini di politica del diritto, il confronto sull'introduzione di un organo centrale ed autonomo in grado di coordinare l'attività sanitaria e assistenziale delle diverse istituzioni competenti in materia¹⁶.

Si trattava di superare un sistema policentrico e disperso, suddiviso in tre comparti, quello statale, delle mutue¹⁷ e delle opere pie, ermeticamente separati sul piano istituzionale e finanziario¹⁸. Al contempo era necessario abbandonare l'impostazione – propria dello Stato liberale e poi del fascismo – che considerava la tutela della salute funzionale alla tutela dell'ordine pubblico¹⁹, riflettendosi, sul piano dell'organizzazione amministrativa preposta alle funzioni sanitarie, nella subordinazione del settore, a livello centrale, al controllo del Ministero dell'interno, mentre a livello periferico a quello dei prefetti²⁰.

Quella formulata dal gruppo parlamentare dei sanitari era quindi indubbiamente una proposta coraggiosa ed innovativa, che peccava tuttavia di ingenuità²¹ nella misura in cui non teneva conto dello stretto legame tra riforma del settore sanitario e riordino dell'amministrazione dello Stato e dei numerosi enti parastatali autonomi, sorti sotto il fascismo. In questi termini, le varie istanze di riforma degli enti previdenziali e delle casse mutue, da un lato, e la domanda di semplificazione e decentramento degli apparati

¹⁶ Cfr. Intervento Caronia, *cit.*; Intervento Camangi, *cit.* che mette in luce il costo derivante dalla dispersione dell'assistenza tra una molteplicità di enti; ancora Intervento Merighi, *cit.* nel quale si auspicava «non un centro soffocatore di tutte le energie, ma soltanto un centro coordinatore, un centro tecnico che sappia dare soprattutto un unico indirizzo in cui sia armonicamente fusa l'assistenza e la previdenza. Istituto per la previdenza sociale, Mutua malattie dei lavoratori, Istituto nazionale per gli infortuni sul lavoro: sono tre organismi diversi e distinti. E sapete voi come uno scrittore che si occupa di questi argomenti li ha qualificati? Le tre lupe che, dopo il pasto, hanno «più fame che pria». Noi sappiamo infatti che questi istituti spendono il 75 per cento delle loro rendite per le sole funzioni amministrative. Ecco quindi, la necessità di coordinare, mediante un organo tecnico che sopprima quella infinità di bardature che vanno a tutto danno dell'assistenza».

¹⁷ Organizzazione mutualistica connotata da una pluralità di associazioni di diritto pubblico che raggruppavano gli assicurati nei diversi settori produttivi a seconda che fossero dipendenti pubblici, lavoratori dipendenti nel privato o lavoratori autonomi.

¹⁸ Sul sistema sanitario nell'immediato dopo-guerra C. DE CESARE, *Sanità, 1) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, 249-255; P. SANTINELLO, *Sanità pubblica*, in *Dig., disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 547-549; R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1999, 63 ss.; F. TARONI, *La non nascita del SSN: occasione perduta o strada non presa? Continuità e cesure nelle politiche sanitarie e nella legislazione sociale del secondo dopoguerra in Italia*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Il Mulino, Bologna, 2009, 377 ss.

¹⁹ R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 514-516.

²⁰ Così prevedeva il Testo unico sulle leggi sanitarie del 1934 (RD. 27 luglio 1934, n. 1265).

²¹ In sede di dibattito l'on. Tupini, presidente della I sottocommissione, ne chiese il rigetto sostenendo che si trattava di un problema di natura amministrativa, da rinviare al legislatore ordinario che avrebbe definito in quale modo questo principio e queste iniziative di carattere sanitario dovessero essere coordinate.

ministeriali si scontrava con la sottovalutazione dell'importanza della riforma dell'ordinamento della pubblica amministrazione, la cui immobilità fu favorita dalla sostanziale continuità degli apparati e delle istituzioni dallo Stato fascista a quello repubblicano²².

Al di là delle critiche a singoli aspetti, si deve notare come la Costituzione italiana fu, per lungo tempo, la sola a conferire rilievo costituzionale agli interessi connessi alla tutela della salute dei cittadini, dandone una disciplina compiuta²³. Una disciplina compiuta ma aperta all'evoluzione e alle istanze individuali e sociali, sicchè – con le parole di Piero Calamandrei – si potrebbe paragonare metaforicamente l'opera dei costituenti a quella degli «architetti [che], nel costruir l'ala di un edificio che dovrà esser compiuto nell'avvenire, lasciano nella parete destinata a servire d'appoggio certe pietre sporgenti che essi chiamano “ammorzature”, così è concepibile che nella Costituzione italiana siano inserite (...) cosiffatte ammorzature giuridiche» per consentire il completamento e ampliamento dell'edificio costituzionale.

2.1.1. Scomposizione e ricomposizione di un diritto fondamentale

Attraverso l'art. 32 Cost. si realizza il riconoscimento della salute come bene giuridico rilevante all'interno dell'ordinamento italiano. La scelta dei costituenti sancisce il processo di passaggio dallo Stato liberale alle forme dello Stato sociale di diritto, nel quale emerge, in un ruolo sempre più significativo, il potere della pubblica amministrazione nella tutela e nella garanzia del diritto costituzionale alla salute.

L'art. 32 Cost. è indiscutibilmente uno dei più complessi da esaminare, interpretare e applicare, in quanto garantisce un insieme variegato di posizioni giuridiche soggettive²⁴.

²² G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, 1861-1993, Il Mulino, Bologna, 1996.

²³ Sul punto M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, 5 ss.

²⁴ La letteratura giuridica su questi temi è molto ampia. Fra i lavori di maggiore interesse, senza pretesa di completezza: L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, cit., 105 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico-sociali*. Artt. 29-34, cit., 167 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, ibidem, 1983, I, 21 ss.; R. ROMBOLI, *Art. 5*, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca, Delle persone fisiche. Artt. 1- 10*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, 225 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit.

Tale «fascio di diritti»²⁵ 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 propri 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)²⁶.

Tale configurazione viene a valorizzare la Costituzione come sintesi normativa delle istanze di tutela degli interessi fondamentali dell'individuo e delle risposte che gli ordinamenti possono dare ad esse, anche sul terreno degli interessi sociali.

Già nell'affermazione contenuta nel primo comma della disposizione si riconosce questa struttura composita, laddove al dovere della Repubblica, quale totalità dell'assetto costituzionale, di predisporre i mezzi e le risorse volte a tutelare la salute della collettività ed insieme la salute di ogni individuo, si accompagna correlativamente il diritto, attribuito a quest'ultimo, di pretendere un intervento statale volto a perseguire tali scopi. Si ravvisa in ciò l'integrazione tra le finalità di igiene pubblica, quale obiettivo prevalente nell'intervento "minimo" dello Stato liberale, e quelle di tutela della salute individuale, quale pretesa all'ottenimento dei trattamenti sanitari di miglior livello che, in conformità con le conoscenze dell'epoca, le strutture sanitarie siano in grado di fornire.

In tale prospettiva, la tutela della salute, da intendersi come pretesa a fruire di determinate prestazioni sanitarie, si configura come diritto sociale, ovvero si concreta nel compito attribuito alla Repubblica di realizzare strutture sanitarie pubbliche in grado di offrire servizi sanitari ed ospedalieri adeguati²⁷.

Tale funzione sociale sembra rafforzata, e non certo sminuita, dall'inciso al primo comma che pone a carico delle istituzioni pubbliche, in termini specifici ed immediati²⁸, la prestazione di cure gratuite agli indigenti. In questi termini tale inciso definisce un logico sviluppo del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° co., Cost., laddove sollevando la persona dall'onere di farsi partecipe delle spese sanitarie, si

²⁵ 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.

²⁶ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino 1994, 96.

²⁷ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 26.

²⁸ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 26, contra M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost., cit.*, 9 che nota che come tutti i diritti a prestazione, anche quello alle cure gratuite per gli indigenti, sia inidoneo a configurarsi immediatamente come diritto soggettivo e possa trovare soddisfazione solo con la necessaria gradualità e in presenza delle adeguate disponibilità di bilancio.

consente alla stessa di accedere a servizi e terapie necessarie alla salvaguardia della sua salute, presupposto della conservazione di condizioni di integrità che favoriscano il suo pieno sviluppo e la partecipazione alla vita sociale²⁹.

Il riconoscimento dei diritti sociali nella logica costituzionale dei diritti fondamentali impone quindi ai poteri dello Stato di implementare un sistema di garanzie equivalente a quello apprestato per i tradizionali diritti di libertà, tanto dal punto di vista legislativo che amministrativo e giurisdizionale³⁰, al fine di consentirne l'effettività e concreta azione.

Al contempo, il carattere fondamentale del diritto dell'individuo enunciato nell'art. 32 trova svolgimento nella litote che connota il secondo comma, laddove la pretesa all'astensione dei terzi – siano essi soggetti pubblici o privati – da ogni condotta che possa ledere o incidere (anche in termini di beneficalità) sulla salute individuale si trasforma nell'affermazione di un diritto di libertà sulla propria salute e sul proprio corpo.

Con tale previsione la tutela dell'individuo, nella sua integrità fisica e autonomia, viene presidiata dalla riserva di legge relativa³¹ e rafforzata per contenuto: sicchè, entro questa prospettiva, il diritto alla salute, inteso nella sua dimensione di diritto di libertà, si esplica «in una pretesa (di contenuto negativo) a che i pubblici poteri e tutti i consociati non vengano a turbare la “sfera di interessi” riservata al godimento del titolare del diritto»³².

²⁹ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, 1, 1, ora in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, 435 ove si legge: «lo Stato repubblicano [ha] posto come somma direttiva della propria azione la protezione e lo sviluppo della personalità dei singoli, non solo nel senso negativo della sua preservazione da ogni attentato da parte di altri, ma in quello positivo dello dell'esigenza di predisporre le condizioni favorevoli al suo pieno svolgimento. Ed è ovvio come fra tali condizioni debba necessariamente ed in via primaria, rientrare la salute, bene strumentale necessario allo svolgimento stesso».

³⁰ S. ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali: aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Torino, 2013, 91 ss.; F. CORTESE, *I diritti inviolabili dell'uomo*, in D. FLORENZANO, D. BORGONOVO, F. CORTESE (a cura di), *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, cit., 35 ss. che si riferisce più in generale alla casistica giurisprudenziale volta alla tutela dei diritti fondamentali.

³¹ D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2° co., cit., 172 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 313; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., 10; contra B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 28.

³² D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 37. Sul punto si rinvia alle puntuali riflessioni sviluppate nel III capitolo; non è infatti questa la sede per approfondire i significati del secondo comma dell'art. 32 Cost., volendosi altresì evidenziare le possibili implicazioni che possono derivare dalla qualificazione della salute come diritto fondamentale, in relazione al suo aspetto di diritto ad ottenere prestazioni sanitarie.

Il diritto alla tutela della salute, quindi, pretende piena ed esaustiva tutela, non soltanto nell'ambito pubblicistico bensì anche nei rapporti interprivati e ciò esplica un aspetto della fundamentalità del diritto stesso. Questa sua qualificazione rende peraltro ancor più stringente il richiamo e l'ispirazione che lo conforma al principio personalista di cui all'art. 2 della Costituzione³³: non si può infatti non considerare il rilievo che assume la persona, le sue scelte e inclinazioni anche nel contesto delle questioni sanitarie, contesto che viene ad essere declinato non soltanto in termini di astensione e/o non oppressione (attraverso i limiti all'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori) da parte dello Stato, ma soprattutto come garanzia attiva della predisposizione di quelle condizioni materiali che rendano effettive «*eguali libertà di cittadinanza*»³⁴.

Correlativamente quell'«interesse della collettività» di cui è partecipe la struttura del diritto in questione, ne fa emergere le molteplici sfaccettature: la sua dimensione oggettiva di diritto sociale che ruota intorno ai concetti di «servizio» e «funzione» pubblica³⁵, contraddistinti da una causa interna coincidente con la solidarietà sociale, la natura della salute come «interesse collettivo»³⁶ a vivere in un ambiente salubre e ancora quel lato «oscuro» e controverso che si rifrange, funzionalizzandola, nella sfera soggettiva individuale in forma di dovere³⁷.

Entro questa prospettiva composita si rispecchia l'immagine costituzionale della persona umana «come contenitore di libertà e responsabilità che si dispiegano

³³ Così per S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 7 «la Costituzione afferma il primato, l'indipendenza originaria della persona umana, cioè, la priorità di valore rispetto allo Stato come ad ogni altra autorità o struttura sociale dell'uomo, della sua inviolabile dignità che si esprime nei suoi diritti, assunti perciò come inviolabili, nella loro essenza, da ogni potere statale».

³⁴ J. RAWLS, *A theory of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1971 trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997, 135.

³⁵ Su cui R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, cit., 518

³⁶ Su cui C. SALVI, *Note sulla tutela della salute come interesse collettivo*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978, 445 ss.; sui profili partecipativi di tale interesse collettivo B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 82 ss. che sembra anticipare il discorso odierno sui «beni comuni» su cui A. CIERVO, *I beni comuni*, Ediesse, Roma, 2013; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

³⁷ Per tale tesi C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 436; S. LESSONA, *Salute pubblica e diritto sanitario*, in *Riv. bim. dir. sanit.*, 1962, 11; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972, 313 ss.; E. CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, 1975, 1007; *contra* la consolidata dottrina L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, cit., 109; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co.*, cit., 174 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 35 ss., 62 ss.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, 3215 ss.; L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, 594 ss. Sul punto della salute come dovere si tornerà più avanti.

dialetticamente non solo nei rapporti tra i singoli e gli apparati pubblici, ma in tutti gli ambiti della vita sociale. Su questi piani si intreccia il filo che, pur preservando l'aspetto individualistico della libertà umana, cuce la trama delle relazioni di reciproca solidarietà operanti tanto in una dimensione orizzontale, tra i singoli e le formazioni sociali, quanto in una dimensione verticale, nei rapporti tra le istituzioni pubbliche e i cittadini»³⁸.

Appare quindi ancor più vero quanto notato da Antonio Ruggeri secondo cui «ciascuno d[ei principi costituzionali] ha un proprio “luogo” positivo nel quale si situa e dal quale quindi si diparte nella sua opera qualificatoria dell'esperienza giuridica, mentre il principio [personalista] non è “incarcerato” in un solo enunciato costituzionale, per capiente che sia, vale a dire non è concettualmente definito o definibile ricorrendo ai soli materiali normativi apprestati dall'enunciato stesso ma richiede, al fine di essere appieno compreso e fedelmente descritto, riferimenti in buona sostanza estesi all'intera trama costituzionale»³⁹.

Ciò non ridimensiona la funzione dell'art. 32 Cost. e la portata assiologica del suo enunciato, ma anzi implica che il principio fondamentale in essa considerato, proprio in quanto tale, venga a concorrere al continuo processo di rigenerazione semantica dei principi costituzionali coi quali fa “rete”, creando le condizioni per conformare le posizioni soggettive dei cittadini con il fine primario di promozione della persona.

Ed è esattamente in questo contesto che tutta la complessità della figura giuridica del diritto alla salute può essere sinteticamente riassunta nella categoria del diritto fondamentale⁴⁰, che si qualifica per la sua inerenza o connessione con lo statuto costituzionale della persona⁴¹.

³⁸ F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice della Legge*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007, 25 ss.

³⁹ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., 3-4.

⁴⁰ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 71-72 che sottolinea che «pretesa di astensione e pretesa di prestazione si intrecciano e si fondono, presentandosi come le due facce di una moneta; la libertà individuale si pone in definitiva come il presupposto, la radice, di un diritto strutturato in forma articolata in varie direzioni, sia positive che negative, che corrispondono ai diversi profili che la norma prende in considerazione nell'attribuire una tutela. Così considerata, la figura complessa del diritto alla salute può ricomporsi nella nozione di *diritto fondamentale*».

⁴¹ Per l'inquadramento del tema A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma, 1989, 18 ss.; ID., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Giuffrè, Milano, 1996, 63 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986; P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2, Giuffrè, Milano, 2008, 365 ss.; P. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 712-731; M. LUCIANI, *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 121-129; A. PACE, *La garanzia*

Per esplicitarne la connessione, pare utile considerare la concezione formale⁴² di diritto fondamentale proposta da Luigi Ferrajoli, in base alla quale «sono “diritti fondamentali” tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per “diritto soggettivo” qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica»⁴³ che risulti inviolabile, indisponibile ed inalienabile⁴⁴.

Tale definizione deve essere precisata, tenendo in debito conto che l’estensione della protezione a categorie tendenzialmente universali di soggetti e l’intensità della protezione sono riservate alla previsione che l’ordinamento ne appresti, in necessaria coerenza con il principio di uguaglianza.

Pertanto l’affermata universalità dei diritti fondamentali non assume comunque carattere assoluto, essendo condizionata dall’estensione delle classi di soggetti a cui la loro titolarità è normativamente riconosciuta. Tali soggetti si connotano per lo *status* di “persona”, di “cittadino” o ancora per la “capacità d’agire”, qualificazioni storicamente

dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni», in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, Cedam, Padova, 1990, 109-126; A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, cit., 453 ss.

⁴² Secondo Ferrajoli sarebbe assurdo pretendere che l’analisi sui diritti fondamentali debba essere unicamente teorica, o tecnico-giuridica, o assiologica o storico-sociologica, dovendoli considerare come discorsi che si muovono su piani distinti pur essendo intrecciati tra loro. Per cui quella proposta dall’Autore è una definizione propriamente teorica di diritti fondamentali, indipendente dalla circostanza che in un determinato ordinamento quei diritti siano positivamente previsti entro carte costituzionali. Si tratta, inoltre, di una nozione formale o strutturale, nel senso che essa prescinde dagli interessi e dai bisogni effettivamente tutelati con il loro riconoscimento quali diritti fondamentali, basandosi unicamente sul carattere universale della loro imputazione: universale nel senso puramente logico e valutativo della quantificazione della classe dei soggetti che ne sono titolari. A sua volta il carattere della universalità implica quello della indisponibilità e inalienabilità.

⁴³ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, 5 ss.; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Laterza, Roma-Bari, 2007, 668 ss. che qualifica come “garanzia primaria” di un diritto la prestazione richiesta per soddisfare il contenuto del diritto stesso (e da esso logicamente implicata), mentre come “garanzie secondarie” di un diritto soggettivo l’insieme dei meccanismi istituzionali e rimediali necessari ad assicurare il godimento e la tutela effettiva del diritto (specie 675-679); sul tema B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. POZZOLO (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, 89-123; R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 43-48.

⁴⁴ Dal carattere fondamentale delle norme che positivizzano i diritti fondamentali discendono alcune naturali conseguenze, che possono essere riassunte nella caratteristica dell’invulnerabilità, cioè l’impossibilità giuridica che questi diritti siano soppressi da parte del legislatore e degli altri poteri pubblici, e dell’indisponibilità o inalienabilità nei rapporti tra privati regolati da relazioni di mercato e di scambio volontario.

variabili ed ingeneranti discriminazioni⁴⁵. Per Ferrajoli, in particolare, cittadinanza e capacità di agire risultano le sole differenze di *status* che ancora dimidiano l'eguaglianza degli individui e che, al contempo, fondano la bipartizione tra i diritti fondamentali: quella tra diritti della personalità e diritti di cittadinanza, spettanti rispettivamente a tutti o ai soli cittadini, e quella tra diritti primari (o sostanziali) e diritti secondari (o strumentali o di autonomia), spettanti rispettivamente a tutti o alle sole persone capaci d'agire⁴⁶.

È nel crogiuolo delle condizioni giuridiche dettate da tali macro-categorie che emergono quattro classi di diritti⁴⁷: i *diritti umani*, che sono i diritti primari delle persone, spettanti, indistintamente, a tutti gli esseri umani (come il diritto alla vita e all'integrità della persona); i *diritti pubblici*, cioè i diritti primari riconosciuti ai soli cittadini (come, in base alla costituzione italiana, il diritto di residenza e circolazione nel territorio nazionale); i *diritti civili*, ossia i diritti secondari ascritti a tutte le persone umane capaci d'agire (come la potestà negoziale, la libertà contrattuale e imprenditoriale) infine i *diritti politici*, che rappresentano i diritti secondari riservati ai soli cittadini capaci d'agire (come il diritto di voto, l'elettorato passivo, in generale tutti i diritti potestativi fondanti l'autonomia politica)⁴⁸.

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 288 ss.

⁴⁶ Anche A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 23-24 che distingue tra diritti inviolabili "originari", relativi all'individuo in quanto persona, ovvero quale uomo o cittadino e che coincidono con i diritti di libertà e diritti inviolabili "derivati o speciali", dipendenti dal possesso di particolari *status* e comprendenti anche i diritti sociali. L'Autore tuttavia propugna l'unitarietà delle due categorie sulla base di connotazioni comuni, date dall'assolutezza, originarietà, indisponibilità, inalienabilità, intrasmissibilità, irrinunciabilità e intrasmissibilità di tali diritti.

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 731-742; anche B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, 427-441;

⁴⁸ Anche N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, 67 ss. analizza questo processo identificato come il succedersi per stratificazione di differenti «generazioni» di diritti. La scoperta e la tutela dei diritti sono legate a fattori culturali complessi, quali il senso del rispetto delle scelte individuali, la diffusione della democrazia, l'evoluzione dell'economia e dei processi d'industrializzazione, le nuove possibilità offerte dalla scienza e dalla tecnologia unite alle nuove minacce alla dignità umana provenienti da queste stesse fonti. L'Autore ha altresì distinto quattro diverse tappe nella storia della progressiva affermazione dei diritti dell'uomo: la loro costituzionalizzazione nelle dichiarazioni dei diritti inserite nelle prime costituzioni, che li ha trasformati da diritti naturali in "diritti pubblici soggettivi"; la loro estensione, dai diritti di libertà ai diritti politici, progressivamente estesi fino ai diritti del lavoro e ai diritti sociali; la loro universalizzazione, ossia il loro allargamento dal diritto interno al diritto internazionale, attraverso la Dichiarazione universale del 1948 e poi le tante carte sovranazionali dei diritti; infine la loro specificazione, attraverso il riconoscimento di diritti specifici delle donne, dei minori, degli anziani, dei malati, dei detenuti e simili (anche N. BOBBIO, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* [1988], in ID., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi 1999, 437-439).

Tuttavia principi come uguaglianza, dignità della persona, le libertà fondamentali e i diritti sociali alla salute e all'istruzione sono da considerarsi valori-limite⁴⁹. Ne deriva che tali diritti, stabiliti in costituzioni rigide, operano come limiti e vincoli alla produzione normativa da parte dei pubblici poteri ad essi subordinati, in quanto la loro costituzionalizzazione, generando potenzialmente uno spazio per un diritto illegittimo, comporta un mutamento di paradigma rispetto alla tradizione liberale.

Nelle democrazie dotate di Costituzione rigida e garantite dal meccanismo di controllo giurisdizionale di costituzionalità, difatti, affinché le norme siano valide non è sufficiente il rispetto delle forme della loro produzione, essendo necessaria altresì, per la loro *validità sostanziale*, la compatibilità dei loro significati con quelli espressi dalle norme costituzionali. Pertanto le norme, con le quali vengono positivizzati diritti fondamentali e principi di giustizia, investendo la sostanza delle norme prodotte, assumono la funzione di norme sostanziali sulla produzione, risultando espressive di quella dimensione sostanziale o costituzionale della democrazia, che detta limiti e vincoli di contenuto ai poteri altrimenti illimitati della maggioranza.

Al contempo anche i diritti fondamentali trovano un limite al dispiegarsi delle proprie forme di garanzia, nella misura in cui «la definizione del “diritto” non è come una pentola, rispetto alla quale un determinato fenomeno sta dentro o fuori, *tertium non datur*. Si comporta piuttosto come un ombrello durante un forte acquazzone: vi è un punto in cui la protezione è massima, e poi, via via che ci si allontana da esso, la tenuta diviene sempre meno efficiente; è persino difficile dire in che punto si è totalmente fuori dall'ombrello, anche perché in buona parte dipende dal vento»⁵⁰.

Tuttavia se la garanzia offerta dal singolo diritto si rarefa più ci si allontana dal nucleo della “nebulosa” che lo rappresenta, è peraltro vero che i diritti fondamentali positivizzati nella Costituzione, nonché quelli desunti in via argomentativa, non sono monadi non comunicanti, ma si presentano “a grappoli”, ossia intrattengono complessi rapporti di reciproca interdipendenza⁵¹, risultando variamente intrecciati, nel senso che

⁴⁹ Cfr. M. BARBERIS, *Intervista a Luigi Ferrajoli*, in *Il Mulino*, 2011, 3, 519-526. Come ha notato N. BOBBIO, *Sui diritti sociali* (1996), ora in *Teoria generale della politica*, cit., 465 ss. «si può dire sinteticamente che la democrazia ha per fondamento il riconoscimento dei diritti di libertà e come naturale completamento il riconoscimento dei diritti sociali o di giustizia», sicché senza il rispetto dei secondi anche i primi risultano indeboliti, così «l'individuo istruito è più libero di un incolto; un individuo che ha un lavoro è più libero di un disoccupato; un uomo sano è più libero di un malato».

⁵⁰ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 14, 17.

⁵¹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, cit., 70-71.

il significato di un diritto non può prescindere dall'esistenza di qualche altro diritto, o principio costituzionale⁵². Inoltre, la realizzazione e garanzia dei diritti fondamentali dipende dall'effettività di ulteriori istituti, di modo che un diverso atteggiarsi di questi ultimi retroagisce fatalmente sulla sostanza dei diritti, pur mantenendosi inalterata la proclamazione costituzionale del diritto fondamentale⁵³. Ciò nella misura in cui la fundamentalità del diritto ha una duplice declinazione concettuale legata, da un lato, all'idea di valori fondanti tradotti normativamente, dall'altro, ad istanze da cui non è possibile comunque prescindere.

Tirando le fila del discorso si può sostenere che la qualificazione della salute quale diritto fondamentale sia riuscita a sublimare, attraverso l'affermazione della primarietà assiologica e dell'intangibilità del suo nucleo di valore, le posizioni giuridiche composite riconducibili alla tutela di tale bene costituzionalmente rilevante, riflettendosi anche sul concreto atteggiarsi dei rapporti nel contesto inter-privato e rispetto ai poteri pubblici.

Da un lato, considerata come diritto fondamentale, la tutela della salute assume efficacia *erga omnes*, in quanto direttamente operativa anche nei rapporti tra privati e immediatamente azionabile da parte di chi ne abbia subito una violazione. Situazione, si badi, che non viene più solamente riferita alle indebite interferenze dei poteri pubblici nell'ambito del godimento del diritto riservato al singolo, ma trova una tutela più ampia, poiché la giustiziabilità dei diritti fondamentali è tesa essenzialmente a garantire il rispetto della dignità umana.

Al contempo – come vedremo a breve – lo sguardo sui diritti sociali (come la salute) muta se li si osserva dal punto di vista dei diritti fondamentali, accantonando la condizione di minorità nella quale i diritti sociali erano stati relegati nelle classificazioni teoriche tradizionali.

Infatti i diritti sociali, non meno delle libertà, partecipano delle «strutture di base» che definiscono lo *status* della persona⁵⁴. In questi termini non è «logicamente pensabile»⁵⁵

⁵² G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, 31 ss.; per un approfondita analisi della definizione di diritti fondamentali v. 10 ss.

⁵³ A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 1990, 189-214; G. CORSO, *Diritti umani*, in *Ragion pratica*, 1996, 7, 59-67.

⁵⁴ M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost., cit.*, 3; anche ID., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.

il contrasto tra libertà ed uguaglianza, ovvero tra diritti di libertà/diritti sociali, perché la prima non è protetta dalla nostra Costituzione se non come “libertà eguale”, sicché la struttura delle libertà può essere ritenuta analoga a quella dei diritti sociali in quanto per entrambe queste posizioni vi sono espressioni e comportamenti immediatamente esigibili dai terzi e dall'autorità ed altre che, al contrario, richiedono l'apprestamento di organizzazioni e strutture da parte della società, nell'esercizio della libertà regolata dalla legge, oppure – a fronte dell'incapacità della società di rendere servizi adeguati – da parte dell'autorità (direttamente o per incarico a terzi) ed, in questo caso, doverosamente, in ragione della protezione costituzionale del diritto individuale corrispondente⁵⁶.

2.1.2. La salute come diritto sociale

La riconduzione della salute entro il paradigma dei diritti fondamentali pone il problema teorico della compatibilità con esso del profilo sociale del diritto affermato nell'art. 32, 1° co., Cost.

Per analizzare la questione sembra rilevante ripartire l'argomentazione entro quattro linee direttive, date da: (a) diritti sociali e forma di Stato; (b) evoluzione dello statuto giuridico dei diritti sociali; (c) rapporto tra diritti di libertà e diritti sociali; (d) fondamento costituzionale dei diritti sociali.

(a) Diritti sociali e forma di Stato

⁵⁵ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, 115 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002, 85 ss.

⁵⁶ Così F. MODUGNO, *Nuovi diritti e principi supremi della Costituzione*, relazione al V Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, 30 novembre-1 dicembre 1990, testo a stampa, 62 ss. secondo cui «la garanzia predisposta dalla Costituzione per i diritti sociali, ivi enumerati o in essa impliciti o trasversalmente ricostruibili, non è una garanzia di tipo semplicemente legale o legislativo, ma è la garanzia propria dei diritti costituzionali (spesso dei valori primari o supremi). In altri termini il fondamento della pretesa non sta nella legge che la rende eventualmente e gradualmente possibile in concreto, ma nella Costituzione. Le legge funge da mera *condicio sine qua non* e non da *condicio per quam* che è invece già nella Costituzione (...) Nella mutata concezione dello Stato costituzionale non è più possibile contrapporre i diritti sociali come meri diritti a prestazione ai diritti di libertà che non richiederebbero prestazioni positive (ma un semplice dovere di astensione). Per un verso, anche questi ultimi dipendono, nella realtà concreta, dall'organizzazione dello Stato. Per altro verso, vi sono certamente diritti sociali che, anche per struttura, sono assimilabili ai diritti di libertà e si realizzano, pertanto, *ex se* indipendentemente da qualsiasi mediazione legislativa». In questo senso anche L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. I diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 86.

Le scansioni della storia, l'evoluzione delle istituzioni ed i passaggi della riflessione teorica, che le hanno accompagnate, hanno esercitato una profonda influenza sulla formazione degli apparati concettuali che sono stati elaborati dal costituzionalismo intorno ai dispositivi affermantici diritti.

Non sembra pertanto incongruo cogliere molti dei problemi che si addensano intorno all'idea, al catalogo ed alla disciplina dei diritti sociali a partire dal dipanarsi storico della vicenda delle pretese sociali e dall'organizzarsi dei pubblici poteri⁵⁷.

In questi termini è sempre bene rammentare che «la vicenda dei diritti costituzionali è storia non di armonia e di ordine sociale, ma di contestazione delle gerarchie sociali, è storia di lotte, di antagonismi, di conflitti spesso laceranti, con i quali è giocoforza misurarsi»⁵⁸.

Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale non ha quindi rappresentato un percorso uniforme⁵⁹, ma si è realizzato attraverso la rottura e la ridefinizione dell'equilibrio tra le forze sociali dominanti, il che ha influito sulle forme e le strutture dello Stato⁶⁰.

⁵⁷ In termini storici F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Carocci, Roma, 2005, 15 ss.; G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*², Laterza, Roma-Bari, 2007, 33 ss.; sui profili giuridici M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 804; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XII, Treccani, Roma 1989, 1 ss.; L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 1, 95 ss.; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, 25 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, 9-31; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001, 19-42; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 2, 873 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 103 ss.; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, 59-88; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig., disc. pubbl.*, Agg. V, Utet, Torino, 2012, 270 ss.; E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Cedam, Padova, 2012, 8 ss.

⁵⁸ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 8; anche A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Jovene, Napoli 2008, 689 ss.

⁵⁹ A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, cit., 692 ricorda che «i processi storici sono sempre una combinazione (talvolta occasionale) di continuità e discontinuità, di permanenze e di trasformazioni, di accelerazioni, ritorni all'indietro e riscoperte improvvise».

⁶⁰ Sicché quando la società civile si è politicizzata, quando i molteplici e diversi interessi sociali (specie quelli operai e popolari, esclusi dallo Stato liberale) si sono organizzati e hanno trovato rappresentazione politica nei sindacati e soprattutto nei partiti, lo Stato non poteva più rapportarsi con una società composta da singoli individui, quindi impolitica, che conosce soltanto la competizione tra soggetti (formalmente) eguali in un (quasi) libero mercato. In definitiva, quando l'organizzazione politica si è socializzata, quando cioè gli interessi si sono strutturati attraverso forme organizzate di istanze politiche, allora lo Stato liberale si è disgregato. L'unità politica quindi non poteva più essere intrinseca alla statualità, perché essa non era più data da una classe sociale egemone che era riuscita ad affermare come costituzione il proprio progetto di società. L'unità politica andava ricostruita a partire dalla società, cioè dall'esterno dello Stato, perché lo Stato non rappresentava più un fine, ma un mezzo per realizzarla.

L'assetto liberale era, infatti, fondato su una rappresentanza che escludeva gli interessi collettivi, non riconoscendo l'articolazione della società in gruppi di interesse. L'allargamento della base sociale, la crescita del proletariato urbano, la conseguente nascita dei partiti di massa e dei sindacati portarono a una nuova organizzazione degli interessi, dotati di rappresentanze organizzate, capaci di orientare con efficacia i processi di decisione pubblica.

Delle trasformazioni, che hanno caratterizzato tale processo, quella più rilevante è senza dubbio data dall'incremento dei compiti statali, volti in particolare all'intervento nelle situazioni di emergenza sociale e di crisi economica e alla strutturazione di sistemi di prestazione e di enti assistenziali volti a soddisfare i bisogni vitali della popolazione⁶¹.

Ciò è il portato del superamento delle teorie della "mano invisibile" che sostenevano, a fronte dell'autoregolazione del mercato, un ruolo astensionista dello Stato nei confronti dei processi economici e delle connesse dinamiche sociali⁶². Questi complessi mutamenti economici, sociali e istituzionali hanno trasformato in profondità sia il funzionamento dei poteri, delle istituzioni e strutture statali⁶³, sia il sistema di stratificazione sociale, insieme con le radici della legittimazione del consenso politico, creando le condizioni per una democrazia di massa⁶⁴.

I diritti sociali, proprio in ragione della loro origine, vengono assunti, pertanto, a diritto fondamentale della comunità, l'unico che possa fornirle le risorse di integrazione attraverso cui sviluppare politiche volte a contenere le tensioni sociali generate dal dinamismo della struttura pluralistica; e ciò in ragione della sua capacità di regolamentare, ovvero di strutturare un processo di ordinamento giuridico confacente a una realtà sociale pluralistica; il diritto sociale è, quindi, nello stesso tempo espressione della realtà sociale, della sua regolarità, e momento fondante e formante della comunità politica⁶⁵.

⁶¹ F.P. CASAVOLA, *Genesi e valore del Welfare State*, in *Studium*, 1994, 171 ss.

⁶² K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Einaudi, Torino, 1974, 297.

⁶³ Si veda l'analisi sulla trasformazione dei poteri in G. BOGNETTI, *Federalismo*, Utet, Torino, 2009, 15 ss.

⁶⁴ Così alla contrapposizione tra potere statale e società civile che si legge in filigrana nello *Stato di diritto* subentra con lo *Stato sociale* il conflitto tra Stato e società industriale capitalistica, essendo questa l'oggetto del programma di riforme rivolte all'integrazione sociale. Cfr. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004.

⁶⁵ M. COSSUTTA, *Una declinazione del sintagma diritto sociale: appunti per una ridiscussione della categoria della positività del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, EUT, Trieste, 2012, 40.

Tale evoluzione ha influito direttamente anche sulla portata e interpretazione dei diritti: così le libertà individuali e il diritto alla proprietà, pietre angolari dell'ordinamento liberale, vengono ad essere rivisitati alla luce delle limitazioni (la clausola dell'interesse generale) necessarie per dare attuazione allo Stato sociale; allo stesso modo il principio dell'eguaglianza formale dei cittadini deve cedere il passo di fronte a leggi "diseguali", con finalità di integrazione e perequazione sociale. Si modificano anche le forme: la supremazia della legge è corrosa dall'azione dell'amministrazione che, per perseguire gli obiettivi di programmazione ed intervento sociale, ha visto accrescere enormemente le sue funzioni, oltre all'ambito della sua discrezionalità, e ha dovuto tecnicizzarsi per assicurare una vasta gamma di servizi alla società.

Si può registrare pertanto un effetto di reciproca influenza tra diritti sociali e forma di Stato: non solo i diritti la conformano e la determinano, ma quest'ultima, a sua volta, incide sui diritti costituzionali dei quali comunque condiziona l'effettività.

Sicché i diritti sociali si strutturano quali «assiomi» fondamentali dello Stato sociale⁶⁶, che, in quanto espressione della «testimonianza concreta della socialità dello Stato democratico voluto dalla Costituzione»⁶⁷, delineano un «nuovo legame tra cittadini e Stato e [un] nuovo fondamento di spettanze, coercizioni, legittimità»⁶⁸.

Proprio tale connessione tra principi generali dell'organizzazione costituzionale dello Stato e garanzia dei diritti della persona, priva di fondamento l'argomento che sosteneva l'irriducibilità dei diritti sociali entro la figura dei diritti fondamentali, stante anche la duplice natura di tali diritti, i quali rappresentano la specificazione delle posizioni soggettive della persona e l'articolazione delle politiche che caratterizzano lo Stato sociale e democratico⁶⁹.

(b) Evoluzione dello statuto giuridico dei diritti sociali

⁶⁶ A. BALDASSARRE, *Libertà*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 1997, 130.

⁶⁷ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 32.

⁶⁸ M. FERRERA, *Modelli di solidarietà*, Il Mulino, Bologna, 1993, 49.

⁶⁹ Diritto fondamentale/diritto sociale non designano entità differenti, ma si cementano in un tutt'uno, tanto da poter affermare che i diritti fondamentali si risolvono nel diritto sociale, ovvero in quella forma di regolamentazione che, promanando dalla società stessa, fa sì che questa risulti e rimanga coesa. S. GAMBINO, *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico costituzionale nella prospettiva comparatistica*, in *Dir. pubbl. comp. eu*, 2002, 1, 112 ss.; anche ID., *Stato e diritti sociali. Fra Costituzioni nazionali ed Unione europea*, Liguori, Napoli, 2009, 2 ss.

L'idea che anche i diritti sociali – in quanto riconosciuti a livello costituzionale – avessero acquisito la pienezza di statuto giuridico, con la connessa garanzia di tutela, che è propria dei diritti fondamentali, ha stentato non poco ad affermarsi nella cultura giuridica⁷⁰. Cerchiamo di vagliare le motivazioni e di strutturare i percorsi che ne hanno consentito l'affermazione definitiva.

Vi è un nesso stringente tra affermazione dei diritti sociali e la *questione sociale*⁷¹, che, a partire da metà dell'ottocento, mise in luce la contraddizione tra l'affermata eguaglianza (formale) di tutti i cittadini e la miseria della realtà⁷², ponendo le premesse per l'affermazione di uno spettro sempre più ampio di rivendicazioni, pretese e aspettative nei confronti dello Stato.

Contestualmente, anche nella riflessione giuridica, si svilupparono i primi tentativi di sistematizzazione di tali istanze nella forma dei diritti: così, con von Gerber⁷³, la teoria dei diritti riflessi (*Reflexrechte*) delinea un rapporto di derivazione dei diritti individuali dallo Stato, quale unica fonte legittima della loro emanazione. In questi termini «la posizione costituzionale di un suddito è quella di un dominato statalmente» sicché «tutti i diritti pubblici trovano il loro fondamento, il loro contenuto, il loro fine nell'organizzazione statale, nella quale deve realizzarsi la volontà nazionale nel suo tendere al compimento della vita collettiva».

Superando quest'impostazione autoritaria, in Jellinek il rapporto fra cittadino e Stato non si fonda più, come in passato, sulla forza o sulla potenza che ad esso si accompagna, ma la giuridicità del potere statale si legittima nella relazione tra ciascun

⁷⁰ G. RAZZANO, *Lo "Statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*. Atti del Convegno di Trapani 8-9 giugno 2012, Esi, Napoli, 2013, 25 ss.

⁷¹ A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, cit., 690 che rammenta come «dietro lo schermo formale della nozione di "diritti sociali", che è una nozione ad origine teorica (...) ci sono tante cose: l'uomo, o meglio la persona qualificata dalle sue condizioni soggettive ed esistenziali concrete, dai suoi bisogni peculiari (i lavoratori, le donne, gli anziani, i minori, i consumatori, i disabili, gli immigrati, i disoccupati...), dalle sue 'debolezze' economiche, sociali e culturali; la richiesta di prestazioni, di garanzie effettive, di tutele materiali; diritti ed istituti oggettivi, compiti dello Stato o dei poteri pubblici (...) ma anche istanze pluraliste e partecipative (...) [volte] a costituire e consolidare legami sociali, 'comunitari', a fungere da "patrimoni sociali di cultura pubblica"».

⁷² G. PROCACCI, *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1998; sui profili storico-giuridici P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: «Arbeitender Staat» e tradizione solidaristica*, in G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1997, 277 ss.

⁷³ C.F. VON GERBER, *Über öffentliche Rechte* (1852), trad. it., *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, 43 ss.; anche M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Il Mulino, Bologna, 1999, 37 ss.; A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti delle libertà*, in *Dem. dir.*, 1976, 265 ss.; ID., *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma 1989, 3.

soggetto di diritto e l'ordinamento giuridico. Quindi «per il fatto di appartenere allo Stato, di essere membro di esso, l'individuo è qualificato sotto diversi aspetti. I possibili rapporti nei quali può trovarsi con lo Stato lo mettono in una serie di condizioni giuridicamente rilevanti. Le pretese giuridiche che risultano da siffatte condizioni, sono ciò che si designa col nome di diritti pubblici soggettivi. I diritti pubblici soggettivi consistono (...) esclusivamente in pretese giuridiche (*Ansprüche*) che risultano direttamente da condizioni giuridiche (*Zustände*)»⁷⁴.

Accanto ad una valorizzazione dei diritti del cittadino, non manca il riconoscimento inevitabile del ruolo dell'autorità: in tale prospettiva, nella classificazione della varietà delle pretese derivanti dalle diverse condizioni giuridiche in cui l'individuo può trovarsi nei confronti dello Stato, Jellinek contempla, accanto allo *status libertatis* (diritti di libertà), allo *status civitatis* (i diritti civili), allo *status activae civitatis* (diritti politici), uno *status subiectionis*, nell'ambito del quale all'uomo non resta che sottostare in senso assoluto alla superiore volontà dello Stato.

L'ambiguità e il compromesso tra istanze liberali e realtà autoritaria si riverberano sulla concezione degli stessi diritti pubblici soggettivi, i quali non sono meri effetti riflessi del potere statale, ma nemmeno sono assimilabili ai diritti soggettivi dei privati, necessitando comunque di un «riconoscimento o autorizzazione dello Stato-persona e, perciò, sono qualificabili come *agere posse*»⁷⁵.

Pertanto se il diritto deve essere vantato nei confronti dello Stato, si presume che esso si fondi sulla concessione che ne faccia l'ordinamento statale, non potendosi ammettere soggettività di diritto pubblico alla pretesa sorta nello spazio della libertà⁷⁶: nel rapporto con lo Stato non esiste dunque diritto senza che l'ordinamento assegni al singolo uno specifico potere (*Können*) in ordine ad esso, in funzione della sintesi tra interesse pubblico ed individuale.

La dottrina dei diritti pubblici soggettivi viene ripresa e “trapiantata” nel contesto italiano attraverso l'opera di Santi Romano, che ne rielabora alcuni aspetti significativi. In particolare, in contrasto con von Gerber, Romano sostenne la possibilità di limitare la

⁷⁴ G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano 1921, 671 ss.

⁷⁵ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Milano 1912, 92 ss. e 105 ss.

⁷⁶ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., 52.

sovranità dello Stato, nella misura in cui il diritto, nel regolare rapporti tra soggetti, definisce una sfera in cui sono riconosciuti diritti anche ai singoli⁷⁷.

Nella sistematica romaniana trovano posto anche i cd. diritti civili, che distinti dalle libertà dei cittadini, si concretano in diritti soggettivi perfetti di rango legislativo che vincolano l'amministrazione all'assolvimento di un obbligo corrispondente alla pretesa vantata dal cittadino. Si prospettano quindi in termini di rapporto biunivoco, laddove alla capacità, giuridicamente tutelata, dei cittadini di pretendere dallo Stato determinate prestazioni positive, corrisponde il dovere pubblico imposto dall'ordinamento agli enti statali di offrire dette prestazioni.

Si deve notare come la ricostruzione di molti dei diritti sociali (ad esempio la salute) entro la figura dei diritti pubblici soggettivi abbia rappresentato uno dei motivi del ritardo nella concreta attuazione degli stessi, determinata dall'impostazione jellinekiana volta a mantenere saldo il ruolo del "diritto sovrano", ovvero del diritto dello Stato sovraordinato in quanto sintetico⁷⁸.

Vi è infatti in questa dogmatica un'intrinseca difficoltà a dare un contenuto preciso ai diritti sociali: «se sono posizioni soggettive che si rivolgono allo Stato con una pretesa di prestazione, esse possono essere costituite solo dallo Stato; senza l'assegnazione di uno status da parte dello Stato all'aspirante al godimento del diritto sociale, quest'ultimo semplicemente non esiste. I diritti sociali, quindi, vivono solo nel perimetro della sovranità dello Stato: poiché lo Stato è *Rechtsstaat* non negherà protezione a quei diritti che la carta costituzionale sancisce e, tuttavia, senza la specifica assegnazione di uno specifico potere (*Können*), senza la creazione di uno status, senza l'intermediazione di una norma applicativa che garantisca l'erogazione della prestazione e la creazione delle necessarie strutture organizzative non potrà dirsi esistente il diritto (o, almeno, la pretesa che ne è esplicazione)»⁷⁹.

⁷⁷ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, I, Milano, 1905, 117 ss.; su cui M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per una storia della cultura giuridica*, 1981, 10, 198 ss.; E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, cit., 11 ss.

⁷⁸ Come notò R. RUFFILLI, *Santi Romano e la «crisi dello Stato» agli inizi dell'età contemporanea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 27, 320 ss. «Centrale [nel pensiero di Romano] è rimasta la convinzione, appunto di derivazione formalistica, della insuperabilità, in vista del consolidamento di una organizzazione 'razionale' dell'ordine e dello sviluppo della vita associata, della presenza di un potere statale sovrano, sia pur progressivamente sempre più partecipato».

⁷⁹ L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. I diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., 71.

Il riconoscimento in Costituzione dei diritti sociali⁸⁰ non ha posto fine al dibattito sul loro statuto e sulla loro efficacia.

Infatti, anche al mutare del quadro costituzionale, parte della dottrina si attardava “baloccandosi” con la teoria dei diritti pubblici soggettivi o sostenendo una presunta inconciliabilità dei diritti sociali con lo Stato di diritto, essendo questi semplice svolgimento di principi meramente politici di giustizia sociale⁸¹.

Si sosteneva pertanto che i diritti sociali fossero «meri diritti legali»⁸², configurabili come tali solo in forza della legge ordinaria, con la conseguenza che, non esistendo alcuno strumento giuridico per costringere il legislatore ad adottare determinati provvedimenti, si perveniva a riconoscere alle disposizioni sui diritti sociali contenute in Costituzione un mero valore politico-costituzionale anziché giuridico-costituzionale.

Evitando di tornare sul dibattito relativo alle norme programmatiche, si può segnalare la posizione di Crisafulli che assegna ai diritti sociali una posizione giuridica costituzionalmente rilevante, anche se non omogenea con quella dei diritti soggettivi.

L’Autore, nel ribadire il carattere normativo delle disposizioni programmatiche sui diritti sociali, indica la differenza tra disposizioni che enunciano principi già in atto e quelle che enunciano principi generali puramente programmatici «dal punto di vista dei rispettivi destinatari che per le prime (...) risultano già determinati nelle loro reciproche relazioni e sono comunque i vari soggetti compresi nell’ambito dell’ordinamento giuridico statale complessivo, oltre agli organi dello Stato; mentre per le seconde (...) sono soltanto gli organi legislativi dello Stato»⁸³. In quanto norme programmatiche

⁸⁰ Vi era stato in Assemblea costituente un consenso diffuso circa la previsione nel testo costituzionale dei diritti in questione e al contempo vi era consapevolezza dei mutamenti strutturali dell’ordinamento giuridico che tale riconoscimento avrebbe determinato. Così, per tutti, G. La Pira, in *Assemblea costituente, Commissione Cost., Ad. plen., 28 novembre 1946, in La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, VI, Roma, 1971, 70 ss.; sul dibattito B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, cit., 97-122; A. D’ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, cit., 715 ss.; E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, cit., 66 ss.; sulle perplessità di Calamandrei vd. A. PACE, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Pietro Calamandrei*, in P. BARILE (a cura di), *Ventidue saggi su un grande maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, 303-332.

⁸¹ In questa posizione vi era l’influenza della dottrina tedesca weimariana su cui K. LANGE, *Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in der derzeitigen Länderverfassungen*, in E.W. BÖCKENFÖRDE, J. JEREWITZ, T. RAMM (edd.), *Soziale Grundrechte*, Karlsruhe, 1981, 49-60.

⁸² C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), Giuffrè, Milano, 1981, 219, sostenne il carattere fondamentale dei diritti di libertà di contro alla derivazione dei diritti sociali dalle leggi ordinarie. Secondo l’Autore, i diritti sociali sono qualitativamente diversi da quelli di libertà, in quanto rivolti al legislatore e condizionati da quest’ultimo, che è libero di determinarsi e, dunque, in grado di vanificare gli stessi diritti sociali.

⁸³ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 37-38.

rivolte al legislatore, quelle sui diritti sociali, «devono ritenersi vincolanti per quanto riguarda l'attività di indirizzo politico (...) [rappresentando] la fissazione, nella Costituzione dello Stato, di determinate direttive politiche (...) che per la loro importanza sono sottratte ad ogni eventuale oscillazione o mutamento degli organi stessi»⁸⁴. Secondo Crisafulli quindi «al dovere dello Stato, immediatamente costituito dalle norme stesse corrisponderebbe perciò una situazione soggettiva positiva», compatibile con la figura dell'interesse legittimo⁸⁵, tenuto conto che «le predette norme non regolano direttamente le materie cui pure si riferiscono, ma regolano propriamente l'attività statale in ordine alle stesse»⁸⁶.

La dimensione dei diritti sociali che si veniva affermando si connotava come propriamente oggettiva, essendo il riflesso dei compiti unitari dello Stato, ma al contempo si presentava come frutto di un processo stratificato: processo che trovava radice nella forma di Stato democratica in cui alla dimensione di “indirizzo” della Costituzione, legata alla presenza di un programma economico-sociale basato sulla soddisfazione di interessi convergenti in funzione solidaristica e redistributiva, era conseguentemente connesso il ruolo di “concretizzatore” affidato al legislatore, ovvero ai partiti politici fautori del compromesso costituzionale⁸⁷.

La sistematizzazione proposta ha quindi tentato di definire un nuovo fondamento giuridico per i diritti sociali, andando oltre i limiti propri della dogmatica tradizionale, e venendo a rappresentare il paradigma di raffronto per le successive elaborazioni sia in sede dottrinale che da parte della giurisprudenza⁸⁸.

È in una seconda fase, coincidente con l'attuazione della Costituzione, che la dottrina ha messo in luce i profili soggettivi dei diritti sociali.

⁸⁴ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 54 ss. e 75 ss.

⁸⁵ Da rammentare autorevole dottrina ha connesso i diritti sociali all'idea della giustizia sociale per dar loro la sostanza di interessi legittimi in quanto aventi «per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali)». Cfr. F. PERGOLES, *Appunti su alcuni lineamenti dei 'diritti sociali'*, in *Quaderni della Costituzione*, Milano, 1953, 7.

⁸⁶ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 69 ss.

⁸⁷ Si veda G. BONGIOVANNI, *Diritti dallo statuto difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra*, in *Scienza&Politica*, 2001, 24, 87.

⁸⁸ Sulle altre posizioni della dottrina coeva A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 5 ss., il quale si mostra critico verso la ricostruzione crisafulliana, laddove la stessa conduce al depotenziamento dei diritti sociali, assimilandoli ad interessi espressione quindi di una posizione del tutto strumentale ad una funzione pubblica.

In tali termini si sono prospettate letture volte ad una articolazione o differenziazione del regime dei diritti sociali⁸⁹ che, risolvendosi, di volta in volta, in una gamma di condizioni soggettive suscettibili di oscillare dal vero e proprio diritto a situazioni meramente raccomandate, ne sottolinea, contemporaneamente, i riflessi in senso oggettivo come insieme di norme con le quali lo Stato dà attuazione all'eguaglianza sostanziale –, in termini di pretesa soggettiva/interesse legittimo – nei confronti dello Stato laddove la legislazione attuativa abbia integrato la previsione costituzionale di principio –, e come diritto soggettivo – nell'ambito dei rapporti interprivati o in quelli tra cittadino e Pubblica amministrazione⁹⁰.

L'impossibilità di una configurazione unitaria dei diritti sociali viene peraltro esemplificata in relazione ai mezzi di tutela, a cui consegue l'emersione di controparti e di situazioni soggettive sfaccettate⁹¹, ovvero attraverso una classificazione della diversa entità⁹² e consistenza⁹³ dei diritti stessi.

Tale ricostruzione ha ingenerato, a sua volta, una conseguenza particolarmente rilevante sulla struttura dei diritti analizzati. Vi sono infatti determinate tipologie di pretese pretensive o oppositive formanti oggetto dei diritti sociali che assumono la tradizionale conformazione dei diritti soggettivi quale pretesa immediatamente azionabile nei

⁸⁹ La differenziazione permette infatti di limitare rigorosamente le norme che possono essere viste come programmatiche e di configurare la maggior parte dei diritti sociali quali diritti azionabili e giustiziabili.

⁹⁰ P. CARETTI, *I diritti sociali nella Costituzione italiana e gli strumenti di garanzia*, in F. FACURY SCAFF, M. REVENGA, R. ROMBOLI, *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2010, 53 ss.

⁹¹ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 763-770. Anche B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, cit., 192 ss. la quale nota che il diritto sociale è «aspettativa di un diritto» il che «non significa che sia una situazione degradata, di rango inferiore al diritto soggettivo, poiché tra aspettativa e diritto vi è un nesso normativo, sul piano del diritto costituzionale l'aspettativa è lo stesso diritto visto nel momento in cui ancora mancano le norme che ulteriormente specificano la posizione attraverso la positiva determinazione dei doveri correlati». Tale lacuna, determinata dalla mancata attuazione, non autorizza a modificare il contenuto o la qualificazione della norma costituzionale, ma impone di agire per colmare il vuoto assiologico ravvisato nell'ordinamento. In questa prospettiva, essendo tratto peculiare del diritto sociale la necessità dell'attuazione da parte del legislatore e dei pubblici poteri, nel passaggio dall'aspettativa al diritto si realizza una frammentazione dei soggetti incaricati della decisione ad esso relativa.

⁹² A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 30-31 ne evidenzia i diversi aspetti e situazioni soggettive, distinguendo tra diritti sociali di libertà e diritti sociali condizionati, la cui situazione soggettiva protetta viene ad essere definita solo dopo l'intervento del legislatore. Nei diritti sociali ci è un fondamento unitario perché «la struttura di valore che li caratterizza e ne determina la natura giuridica è definita dalla Costituzione», sicché per quanto condizionati, sono altro dai diritti civili, dalle pretese rivolte al legislatore, o da una categoria meramente descrittiva.

⁹³ Così B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, cit., 126 ss. distingue in ordine alla loro struttura tra diritti sociali essenziali (che sono oggetto di protezione «extra mercato ai fini dello sviluppo della personalità individuale») e derivati (che sarebbero caratterizzati dalla natura non universalistica e dalla «collocazione degli oggetti entro un rapporto giuridico tra soggetti privati»).

confronti degli obbligati o della generalità dei terzi, protetti da fattispecie ad applicazione del tutto incondizionata. In questi casi non vi è opposizione tra diritti sociali e diritti soggettivi, giacché nella riflessione della dottrina costituzionalistica si è consolidata la *Drittwirkung* dei primi, che si comportano come diritti soggettivi in una pluralità di relazioni.

È in questi termini che assume rilievo la distinzione tra diritti sociali come *lex*, ovvero norme oggettive di principio che individuano finalità pubbliche relative a determinati beni, e come *iura*, ovvero intesi come riflesso soggettivo degli interessi, primari e fondamentali, degli individui sui beni tutelati⁹⁴.

Tornando sulla struttura dei diritti sociali, si può asserire comunque che il *quid*, l'*an* e lo stesso *quando*⁹⁵ nei diritti sociali siano costituzionalmente predeterminati e vincolanti, almeno di una «sostanziale vanificazione di tali diritti come “diritti costituzionali”»⁹⁶. Quanto al *quomodo*, invece, i diritti sociali, in quanto diritti strutturalmente di prestazione, seppur esigibili *contro* lo Stato, presuppongono per concretarsi (nei limiti della riserva del possibile e del ragionevole⁹⁷) l'intervento attuativo del legislatore ordinario e poi quello esecutivo della Pubblica amministrazione i quali, operando in vista di un obiettivo costituzionale, esercitano pertanto un potere che «non è affatto pieno e insindacabile»⁹⁸.

La garanzia è in tal caso legata all'intervento della Corte costituzionale che, in virtù del principio di gradualità nell'attuazione dei diritti e delle prestazioni sociali, potrà valutare sia la ragionevolezza della previsione legislativa, che di intervenire in caso di ritardo nell'attuazione⁹⁹.

⁹⁴ Così B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, cit., 3 ss.

⁹⁵ M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, cit., 290 ss.; contra A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 31.

⁹⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 31; G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in *Nuvole*, 1993, 5, 18 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., 23

⁹⁷ Come nota E. ROSSI, *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, in *Dir. soc.*, 2014, 1, 4 ss. «il livello di garanzia dei diritti spettante a ciascuna persona deve definirsi in forza di un criterio che combini la dimensione “verticale” (*quale diritto* le sia riconosciuto) con quella “orizzontale” (*quanto di quel diritto* ad essa spetti): (...) può infatti verificarsi l'ipotesi sia di un diritto riconosciuto ad alcune categorie di soggetti e non ad altre, come di un diritto che – pur garantito a più categorie – si sostanzia in prestazioni che possono essere diversificate da categoria a categoria».

⁹⁸ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 70.

⁹⁹ A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3, 3199 ss.; G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, ivi, 1999, 4111 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, cit., 127 ss.

In questo quadro, come rilevato da autorevole dottrina, i diritti sociali «rappresentano un arcipelago formato da entità di diversa natura e di diversa consistenza», che, in ragione del loro riconoscimento a livello costituzionale, mentre risultano refrattari ad una definizione unitaria di ogni loro aspetto, sono altresì suscettibili di una descrizione articolata, «che pur conservando momenti di unitarietà, distingua i vari diritti sociali in gruppi dotati di una struttura giuridica omogenea»¹⁰⁰.

Tuttavia tale apparente frammentazione trova una sintesi unitaria nella matrice storico-politica e nel legame derivativo di tali diritti dal principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° co., Cost. il che consente di farne emergere la dimensione condivisa propria dello «statuto tipico dei diritti fondamentali, tanto sotto il profilo dell'efficacia, quanto sotto quello del valore giuridico»¹⁰¹.

(c) Rapporto tra diritti di libertà e diritti sociali

È proprio in ragione della stretta immanenza e coesistenzialità ai valori fondanti l'ordinamento democratico repubblicano che nella Costituzione italiana i diritti sociali condividono, coi diritti «nati nel tronco dell'idea di libertà»¹⁰², lo *status* di diritti fondamentali.

Si tratta di un aspetto di centrale importanza del modello di costituzionalizzazione dello Stato sociale che viene a qualificare l'esperienza italiana – rispetto ad altri ordinamenti – nella misura in cui, almeno in linea teorica, determina un completo superamento delle concezioni che relegavano i diritti sociali in una posizione d'irrimediabile ed irriducibile “minorità” e “separatezza” rispetto ai diritti civili e politici propri della tradizione liberale¹⁰³.

¹⁰⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 29; A. GIORGIS, *Diritti sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano, 2006, 1096.

¹⁰¹ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 32; M. LUCIANI, *Salute D) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., 3; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1998, 251 ss.

¹⁰² M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 111; G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 1, 13 ss.

¹⁰³ E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quad. cost.*, 2004, 4, 733-762; A. SCHIAVELLO, I. TRUJILLIO PÉREZ (a cura di), *Diritti sociali v. Diritti di libertà?*, in *Ragion Pratica*, 2000, 14, in particolare il contributo di R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, ivi, 15-25; TH. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012, 28 ss.; contra P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso lezioni*, I, Giappichelli, Torino, 1991, 275-281; S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello “Stato sociale”*, in *Dir. soc.*, 1999, 186 ss. che sottolineano la necessità di mantenere la visione unitaria della struttura dei diritti di libertà,

La ricostruzione qui accolta nega pertanto che sussista una differenza strutturale tale da risolversi in distinzione ontologica tra diritti di libertà e diritti sociali¹⁰⁴, nella misura in cui – nella società contemporanea – le due categorie di diritti appaiono interconnesse e reciprocamente dipendenti, tanto che il riconoscimento e la concreta fruizione dei diritti sociali è considerato un presupposto necessario per l'accesso effettivo ai diritti di libertà¹⁰⁵.

I diritti sociali perseguono l'affermazione di una sostanziale uguaglianza al fine di rendere effettivo da parte di ogni individuo il godimento delle proclamate libertà sul presupposto della necessità di tutelare la persona che solo affrancata dai primari bisogni può godere appieno della libertà e dunque partecipare alla vita sociale e politica.

Se vi è un elemento discreitivo, esso è dato dal contesto storico in cui si sono affermati i diritti sociali, ossia in una fase – quella a cavallo tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento – cronologicamente successiva al riconoscimento dei classici diritti di libertà¹⁰⁶.

Tuttavia questa successione temporale non rappresenta una cesura, ma si innesta in una dinamica di integrazione reciproca tra momenti logicamente concatenati, sebbene cronologicamente distinti, di un unico processo di emancipazione, fortemente aperto alla promozione di valori sociali ed incentrato su un difficile e precario tentativo di

negandone l'intrinseca socialità; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 57-58.

¹⁰⁴ G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Giuffrè, Milano, 1993, 1082 ss., ove si sottolinea che «pur in presenza di un fondamento unitario in Costituzione, la contrapposizione tra libertà civili e politiche e i diritti sociali è stata fra le più nette: le une dotate dell'assolutezza dei diritti di libertà, gli altri della relatività dei diritti di credito; le une dotate dell'immediatezza della garanzia costituzionale, gli altri di una garanzia mediata rimessa alle determinazioni legislative delle prestazioni; le une poste al riparo dagli interventi amministrativi, gli altri dipendenti nella loro consistenza e attuazione da questi interventi; le une dotate della pienezza della tutela giurisdizionale, gli altri tutelati in funzione delle modalità dell'azione amministrativa di prestazione, in maniera diversificata quindi (scomponendosi fra diritti e interessi legittimi) ed incompleta».

¹⁰⁵ Così R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2004, 340 ss. trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, 465 ss. rammenta che i diritti sociali, oltre ad essere diritti ad azioni positive dello Stato, sono anche diritti soggettivi che garantiscono la libertà reale, senza la quale la libertà in senso formale non avrebbe alcun valore: infatti se i diritti fondamentali, quali sono anche i diritti sociali, esprimono principi che presuppongono che l'individuo sia in grado di sviluppare liberamente la sua personalità nella comunità sociale, implicando un certo grado di libertà fattuale per consentire la reale capacità d'agire (*agency*) degli individui stessi. A metà degli anni sessanta M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 805 notava che «la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; [così come] la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche».

¹⁰⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 2 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, 401 ss.

coniugazione degli ideali di libertà e uguaglianza¹⁰⁷.

Inserita nel contesto di tale processo, la distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali perde di rilievo e di fondamento sotto diversi profili: in primo luogo dal punto di vista della classica differenziazione secondo cui ai diritti di libertà corrisponderebbero obblighi puramente negativi di astensione da determinate condotte da parte dei terzi, sia soggetti pubblici che privati, mentre i diritti sociali si connotano per l'imposizione a terzi di determinati obblighi positivi, necessari per la loro fruizione¹⁰⁸.

Tale distinzione si mostra tuttavia imprecisa e carente, come dimostra la semplice considerazione del diritto alla libertà di circolazione, i cui profili astensivi vengono inevitabilmente ad integrarsi con obblighi positivi, poteri di autonomia ed immunità¹⁰⁹. Così tale libertà non potrà dirsi effettiva in mancanza della creazione e manutenzione di strade pubbliche, dell'attività di controllo della polizia stradale e dell'amministrazione pubblica che conceda i documenti necessari per utilizzare veicoli – pubblici o privati – o per recarsi al di fuori dei confini statali¹¹⁰.

Al contempo rappresenterebbe una sineddoche giuridica ridurre i diritti sociali ai soli diritti di prestazione, nella misura in cui alcuni classici diritti sociali, quali la salute e l'istruzione, si connotano per la loro natura complessa nella quale trova rappresentazione anche il dovere di astensione da parte dei terzi dall'influire nella sfera giuridica del titolare del diritto. In questa prospettiva, ad esempio, il diritto di sciopero,

¹⁰⁷ In questo senso il classico T. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari 2002, 13 ss. Quello che più interessa nell'analisi di Marshall è l'affermazione e lo sviluppo dei diritti sociali, poiché in essi si intravede la vera forma della cittadinanza oltre che il fenomeno che riflette in modo migliore le tensioni esistenti tra i principali processi delle società contemporanee: il conflitto tra le disuguaglianze di classe prodotte dal mercato e l'aspirazione all'uguaglianza tipica di una cultura democratica.

¹⁰⁸ Si tratta di una tesi classica, P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche*, III, Morano, Napoli, 1968, 183-210; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 804-805; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 13; L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 273-274; *contra* L. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 118 ss.; A. RUGGERI, *Stato di diritto e dinamica istituzionale (Spunti per una riflessione)*, in *Pol. dir.*, 1990, 417 ss.; P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*², Cedam, Padova, 2008, 13 ss.,

¹⁰⁹ Secondo la distinzione elaborata da W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali* (1923), Einaudi, Torino, 1966, 16 ss.

¹¹⁰ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*², Cedam, Padova, 1992, 28; anche R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, cit., 18-19 secondo cui «l'aspetto "negativo" (la richiesta di non essere costretto) e l'aspetto "positivo" (la richiesta di strumenti per realizzare i propri obiettivi) sono sempre presenti e strettamente legati in ogni "libertà" e in ogni "diritto" sanciti dalla costituzione. Così, per esempio, il "diritto" alla salute, come pretesa di ricevere dal potere pubblico prestazioni sanitarie adeguate, ha un immediato risvolto "negativo" nella "libertà" da trattamenti sanitari obbligatori; mentre la libertà, classicamente negativa, di poter esprimere il proprio pensiero ha un riflesso "positivo" nella richiesta allo Stato di garantire il più ampio accesso ai mezzi di comunicazione».

la cui componente collettiva è innegabile, si qualifica per l'anomalia di attribuire ai lavoratori un potere ed un'immunità, ovvero garantirli dalla sanzione del licenziamento in caso di adesione all'astensione dal lavoro.

In virtù di tali considerazioni si potrebbe pertanto ritenere che «la differenza intercorrente tra i diritti di libertà e i diritti sociali de[bba], semmai, essere rintracciata in un diverso tendenziale bilanciamento tra i possibili contenuti delle rispettive pretese giuridiche (a non subire interferenze, a ricevere prestazioni, a partecipare alla vita comunitaria, a percepire un utile sociale), ferma restando la comune vocazione a porsi, innanzi tutto, come parametri di qualificazione della realtà sociale»¹¹¹.

Connesso alla contrapposizione tra libertà negative e diritti sociali è l'assioma per cui solo i secondi avrebbero un costo, supponendosi che l'obbligo di astensione sia essenzialmente gratuito. Di contro, come dimostrato da autorevole dottrina¹¹², se consideriamo le tipiche libertà "negative" – libertà personale, di domicilio o proprietà privata – possiamo riscontrare come la garanzia delle stesse implichi ingenti interventi e "costi" pubblici. Quale garanzia avrebbe infatti l'integrità fisica degli individui senza un ingente (e costoso) dispositivo di pubblica sicurezza o senza il complesso apparato giudiziario ?

L'argomento sul costo dei diritti può essere utilizzato per smontare la tesi che attribuisce valenza *erga omnes* ai soli diritti di libertà, che sarebbero dotati di efficacia verticale ed orizzontale, vincolando le pubbliche autorità come i privati. Condizione non estensibile ai diritti sociali gravati dalla materialità del loro portato prestazionale.

Si tratta di una tesi che trova smentita nell'analisi di disposizioni sicuramente "sociali", come quella sul diritto ad una giusta retribuzione, che, sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, furono considerate immediatamente applicabili.

Peraltro se si osserva con più attenzione il concreto svolgersi della vita dei diritti e la loro capacità di incidere o di favorire l'espansione della sfera giuridica degli individui, ci si rende conto che l'asimmetria di opportunità di fruizione che caratterizzerebbe i

¹¹¹ F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., 120.

¹¹² M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 806; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 121; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, cit., 12; S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, New York – London, 1999, tr. it. *Il costo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

diritti sociali si riflette in forme analoghe anche sui diritti classici¹¹³: così la libertà di culto viene ad essere emarginata a pratica individuale o privata, senza che le istituzioni pubbliche ne garantiscano, anche in forma attiva, l'eguale libertà¹¹⁴, allo stesso modo la libertà di espressione risulta dimezzata senza l'autorizzazione all'uso dei mezzi che consentono di rendere diffusive le proprie idee¹¹⁵.

Sicché la valenza *erga omnes* dei diritti di libertà, senza l'ulteriore implementazione del decisore politico o dell'amministrazione, assume efficacia pienamente vincolante solo in termini di astrazione giuridica, risultando in realtà meramente esortativa nei confronti dell'apparato pubblico o dei poteri privati.

Vi è infine un ulteriore argomento da considerare, ovvero quello del bilanciamento dei diritti, laddove la presunta diversità determinata dal "costo" fa sì che la distinzione tra le due categorie di diritti si riverberi sulla selezione degli interessi antagonisti, quelli cioè che possono essere ammessi al bilanciamento. Così le esigenze di bilancio assurgono a "controlimite" dei diritti sociali, per loro natura destinati a recedere di fronte alle esigenze funzionali connesse all'erogazione dei servizi; mentre tali limiti non sarebbero opponibili alle libertà negative, oggetto di bilanciamento solo con interessi di pari rango costituzionale¹¹⁶.

Questo ragionamento porta inevitabilmente ad attribuire una primazia assiologica alle libertà "negative" in grado di prevalere sulle esigenze economiche e conseguentemente, per la proprietà transitiva, anche sui diritti sociali¹¹⁷. Tuttavia la sua sostenibilità dipende dal presupposto indimostrato (anzi, nei fatti, smentito) della "gratuità" dei diritti di libertà, in quanto laddove si convenga che anche questi ultimi, per essere resi

¹¹³ Il che eguaglia diritti sociali e di libertà anche sul piano della loro universalità. Si veda in proposito E. DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2004, 4, 60 ss.

¹¹⁴ Così sull'annosa questione dell'edificazione dei luoghi di culto islamici G. CASUSCELLI, "A chiare lettere" – *Il diritto alla moschea, lo Statuto lombardo e le politiche comunali: le incognite del federalismo*, in *Stato&Chiese*, 2009, 9, 1-14; in generale P. CAVANA, *L'edilizia di culto e il problema delle moschee*, in *Libertà civili. Bimestrale di studi e documentazione sui temi dell'immigrazione*, 2011, 5, 69-77.

¹¹⁵ M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2014; V. ZENO ZENCOVICH, *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹¹⁶ In questo senso A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 32, ove si parla dei diritti sociali come libertà mediante lo Stato, sicché condizionati (oltre che da «impostazioni culturali modellate su vecchi schemi», quale quello delle disposizioni costituzionali meramente programmatiche) dalla «possibile inerzia dei pubblici poteri» e dagli «equilibri finanziari del bilancio pubblico».

¹¹⁷ In senso critico R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, cit., 19-20.

effettivi, necessitano di risorse, servizi e strutture, allora la loro “immunità” rispetto ai vincoli di bilancio si dimostra una pura illusione.

L’analisi prospettata ci consente di riconoscere un’eguale dignità costituzionale a tutti i diritti che albergano nella Carta fondamentale, tra i quali sussiste un rapporto di «circolarità»¹¹⁸ e di «implicazione reciproca»¹¹⁹. Sicchè la costituzionalizzazione dei diritti sociali misura la capacità del sistema democratico di integrare i diritti di libertà entro una dimensione sociale pluralista, il che ha rappresentato parte essenziale di quel compromesso decidente formatosi in sede costituente e che fonda l’attuale assetto repubblicano¹²⁰.

«E ciò significa, a sua volta, che lo Stato costituzionale (...) non è necessariamente legato, come si credeva in passato, a una determinata interpretazione e a una determinata combinazione delle due categorie *a priori* della democrazia, cioè la libertà e l’uguaglianza (...), ma è perfettamente compatibile con qualsiasi sintesi possibile tra queste due categorie, a cominciare da quella che include i “diritti sociali” tra i valori fondamentali»¹²¹.

(d) Fondamento costituzionale dei diritti sociali

La natura giuridica dei diritti di libertà non differisce da quella dei diritti sociali, in quanto entrambi, nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, rappresentano la positivizzazione di contenuti valoriali che «contribuiscono *indivisibilmente* a delineare la posizione dell’uomo nel disegno costituzionale»¹²².

Posizione che è centrale come si desume dall’immagine di uomo che emerge dal testo costituzionale, ovvero l’*homme situé*¹²³ gettato nella complessità della vita e plasmato

¹¹⁸ G. GUARINO, *Dalla Costituzione all’Unione europea. Del fare diritto per cinquant’anni*, I, Esi, Napoli, 1994, 437.

¹¹⁹ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 805.

¹²⁰ E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, cit., 431 ss. che qualifica i diritti sociali come diritti relazionali; ID., *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*, 2014, 1, 71-102.

¹²¹ A. BALDASSARRE, *Libertà*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 147. Anche F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, cit., 116 secondo cui «i diritti sociali partecipano del carattere fondamentale dei diritti di libertà, nel senso che mentre gli ultimi rappresentano il nucleo categoriale primario di un’esistenza degna della persona umana, i primi costituiscono lo strumento qualificatorio di quei beni e di quei servizi cui ciascuno deve poter accedere inderogabilmente affinché possa affermarsi il valore della libertà eguale».

¹²² 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 ss.

¹²³ G. BURDEAU, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, in *Traité de sciences politique*, Paris, VII, 1973, 39 ss.

dalle correnti della storia e della società. Centralità che si esprime inoltre nell'inversione del classico rapporto di strumentalità tra Stato e persona, la quale ultima viene in considerazione come soggetto irretito nella fitta trama di libertà e responsabilità che connota il legame comunitario quale insieme di vincoli di solidarietà operanti a monte dell'ordinamento politico statale¹²⁴.

In questo contesto si intrecciano i diversi piani per cui, pur conservandosi l'aspetto individualistico della libertà personale, in esso si innestano nuove ramificazioni del principio che ne riflettono l'aspetto sociale e relazionale, dando luogo ad una gemmazione che investe l'intreccio delle relazioni di reciproca solidarietà operanti tanto in una dimensione orizzontale – tra i singoli e le formazioni sociali – quanto in una dimensione verticale – nei rapporti tra cittadini e pubbliche istituzioni – in vista della realizzazione dell' «eguale diritto di tutti gli uomini di essere liberi»¹²⁵.

Questa fusione degli orizzonti, oltre che in orizzontale, si espande quindi anche, in verticale, là dove, all'art. 3, 2° co., Cost., si legge che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

L'antropologia costituzionale muta dunque il “verso” dei diritti, i quali, se, da un lato, continuano ad assolvere alla loro funzione primigenia di barriera contro gli abusi del potere pubblico, dall'altro divengono strumento di promozione della persona, per la quale il godimento di quei diritti rappresenta il presupposto indefettibile di un pieno dispiegarsi della sua vocazione sociale attraverso processi di integrazione delineati lungo le dinamiche dei principi di solidarietà (art. 2 Cost.), eguaglianza (art. 3 Cost.) e libertà (art. 13 Cost.).

È all'interno di questa dinamica che può essere rinvenuto il fondamento costituzionale dei diritti sociali.

Così, in una prospettiva storica, tali diritti rappresentano l'esplicazione del precetto dell'eguaglianza sostanziale che sancisce l'impegno della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano “di fatto” la libertà e l'eguaglianza,

¹²⁴ C. MORTATI, *Art. 1. Principi fondamentali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 7 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, cit., 59 ss.

¹²⁵ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 32 ss.

impedendo il «pieno sviluppo della persona umana», pregiudicando l'«effettiva partecipazione» alla vita politica, economica e sociale del Paese.

I diritti sociali – quale forma concreta dell'eguaglianza – non intendono essere strumento di «mortificanti parità di fatto»¹²⁶ tra i cittadini, avendo l'obiettivo di salvaguardare le sfere di libertà di ciascuno, luoghi relazionali per lo sviluppo della personalità individuale.

Al contempo i diritti sociali sono veicolo di partecipazione, ovvero sono pensati come diritti ad avere parte (*Teilhabe*) del livello di benessere interno ad una società, realizzando quel principio di giustizia distributiva che sta alla base di ogni costituzione sociale¹²⁷. In questi termini si potrebbe sostenere che i diritti sociali altro non siano se non i “modi” pensati dal costituente per realizzare quel disegno di rapporto tra Stato e società che è tratteggiato nella seconda parte dell'art. 3 Cost.

Tale disposto costituzionale asseconda una lettura dinamica e persuasiva del principio di eguaglianza «che per un verso irrompe (...) in tutti i settori del diritto e dell'organizzazione politica, economica e sociale; per l'altro verso si pone come una norma aperta all'incessante fluire delle istanze sociali, e capace di legittimare misure o politiche di cui non è possibile stabilire una volta per tutte l'estensione operativa o i limiti»¹²⁸.

Peraltro l'uso stesso dell'aggettivo «“sociale” [come connotato dei diritti] si riferisce alla società presa in considerazione dalla Costituzione come una entità esistente, da modificare e da far evolvere»¹²⁹ in vista di sviluppi che non possono essere lasciati alle dinamiche spontanee della vita civile, ma che debbono essere indirizzati e regolati dalle istituzioni pubbliche.

Comunque ridurre i diritti sociali entro il cerchio dell'eguaglianza ne limiterebbe la capacità prescrittiva, laddove il contenuto di tali diritti costituisce la cinghia di trasmissione dei valori propri del personalismo, i cui corollari accrescono lo spessore

¹²⁶ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 18, 64 ss.; sulla differenza tra eguaglianza ed equalitarismo A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed equalitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, 11 ss.; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Cedam, Padova, 1984, 71 ss.

¹²⁷ M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost., cit., 4*; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale, cit., 36 ss.*; A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*³, Giappichelli, Torino, 2012, 5 ss.

¹²⁸ A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali, cit., 713*; sul punto anche le riflessioni di G.U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nel comma secondo dell'art. 3 della Costituzione italiana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008, 11 ss.

¹²⁹ A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1963, 194.

materiale, e dunque, l'ambito di efficacia della complessiva ispirazione egualitaria che li connota.

Collettore di tali contenuti è il riferimento alla «pari dignità sociale» che non si risolve in un concetto astratto, ma assume come fattore determinante della logica emancipativa «la personalità umana in atto, quindi proiettata nella sfera sociale, cioè l'essenza delle qualità atte ad individuare un uomo nella vita delle relazioni sociali»¹³⁰: dunque, la «personalità "sociale"», la quale si struttura e si compie solo entro il contesto complessivo all'interno del quale l'esistenza si svolge. Dignità sociale e pieno sviluppo della personalità delineano un "ambiente relazionale" entro il quale i significati dell'eguaglianza, formale e sostanziale, perdono la loro tradizionale connotazione oppositiva, per acquisire una forma "sequenziale" e un indirizzo unitario progressivo: un'eguaglianza, che per il tramite dei diritti sociali, diviene «effettivamente disponibile»¹³¹, assumendo una funzione comprensiva al cui interno convivono – reciprocamente alimentandosi e bilanciandosi – istanze personaliste e pluraliste, contenuti individuali e collettivi, profili formali (non discriminazione) e sostanziali (rimozione degli ostacoli all'eguaglianza).

Concludendo sul punto, si può asserire che i diritti sociali, quale espressione della democrazia pluralistica, trovano il proprio fondamento nell'eguale libertà: essi sono dunque diritti costituzionali fondamentali, coperti dal raggio di tutela degli artt. 2 e 3 della Costituzione¹³². Libertà ed eguaglianza si condensano dunque nell'immagine concreta e socialmente radicata dell'uomo, conducendo l'istanza personalistica ad

¹³⁰ C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1964, 376.

¹³¹ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Giuffrè, Milano, 1974, 1098.

¹³² I diritti sociali sono dunque diritti fondamentali, raccolgono pretese differenziate che sono assistite da tecniche di tutela anch'esse differenziate e che – similmente a quel che avviene per tutte le posizioni soggettive attive – si sostanziano nella pretesa diretta al godimento del bene della vita ovvero indiretta, attraverso la pretesa a ricevere prestazioni organizzate da soggetti terzi (non necessariamente pubblici); tuttavia, in quanto diritti fondamentali, le diverse pretese riassunte nella posizione soggettiva richiedono tutte tutela piena (almeno quanto al loro contenuto essenziale) perché partecipano della sovranità e nel suo ambito si collocano. Poiché sono diritti fondamentali che si trattengono nell'area della sovranità individuale, non è l'autorità a crearli o garantirli e, giacché albergano nella dimensione sociale della persona, fondativa dell'ordine costituzionale, sono oggetto di riconoscimento proprio nel momento in cui quell'ordine si costituisce (art. 2 Cost.). Così L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. I diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., 120.

inoltrarsi sul terreno della trasformazione sociale e della tendenziale, ma effettiva, riduzione delle disuguaglianze¹³³.

* * *

La ricostruzione prospettata avvalorata e fonda la qualificazione del diritto alla salute quale diritto sociale, e in quanto tale quale diritto fondamentale¹³⁴, collocando la salute, quale bene costituzionalmente rilevante, in una dimensione di solidarietà specifica che rafforza la portata generale del principio esaltandone le potenzialità insite nella sua complessa configurazione: così la categoria del diritto sociale delinea «un criterio di selezione rispetto all'organizzazione dei mezzi [e delle risorse] necessari per la tutela della salute individuale, privilegiando quelli che maggiormente soddisfano l'interesse collettivo; in secondo luogo garantisce agli individui l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari alla tutela della salute individuale. D'altra parte il diritto soggettivo individuale pretende [comunque] il riconoscimento del principio forte ed essenziale dell'autodeterminazione che non consente alcuna funzionalizzazione all'interesse collettivo»¹³⁵.

Seppure il diritto alla salute, nella sua declinazione prestazionale, abbia un carattere gradatamente programmatico¹³⁶, la natura fondamentale del diritto stesso consente di

¹³³ Scriveva M.S. Giannini: «I diritti sociali costituiscono lo sviluppo del principio di eguaglianza su linee che vengono a superare la nuda enunciazione di un'eguaglianza meramente legale contenuta nelle prime dichiarazioni dei diritti (...) Il termine diritto sociale nacque in una ben precisa concezione ideologica nella quale ai diritti di libertà, considerati come patrimonio naturale e inalienabile dell'individuo, si aggiungevano questi altri diritti derivanti dai principi etici superiori che impongono allo Stato di proteggere i più deboli e quindi traenti fonte dalla società più che dall'individuo. È da riaffermare che questa concezione non ha ragione d'essere perché e da considerare facente parte del patrimonio naturale e inalienabile dell'individuo anche il diritto che egli ha verso la collettività ad essere protetto contro quei fatti quei fatti sociali che sono indipendenti dalla sua volontà e che perturbano il libero svolgimento della propria vita di persona o ne impediscono lo sviluppo, che anzi, in questa fondamentale funzione consiste la specifica ragione di essere (...) di ogni società umana». Cfr. *Lavori della Commissione studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, Verbale n. 36, seduta del 15 giugno 1946, riportata in G. D'ALESSIO, *Alle origini della Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1979, 669 e ss.

¹³⁴ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 773; A. MATTIONI, *Salute, Corti e pubblica amministrazione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, Cedam, Padova, 2007, 5 ss.

¹³⁵ B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, cit., 219.

¹³⁶ Sulla graduazione della programmaticità del diritto alla salute D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 69 ss. e 79 ss.; anche B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 56 che nota come «la programmaticità dell'art. 32 Cost. significa per prima cosa il potere/dovere del legislatore di valutare complessivamente le esigenze che gli compete soddisfare, di stabilire priorità e compatibilità nella ripartizione delle risorse disponibili tra i diversi obiettivi (...) La coscienza di una necessaria gradualità di intervento è del resto espressa nello stesso testo dell'art. 32 Cost.: infatti la statuizione dell'ultima parte del primo comma è diretta a garantire, con una formula esplicita ed immediatamente vincolante, la prestazione di cure gratuite agli indigenti».

delineare dei livelli essenziali, delle prestazioni basilari, che non possono essere denegati, nemmeno a fronte della scarsità di risorse economiche. Si tratta di quel «nucleo irriducibile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»¹³⁷, la cui compressione determina la violazione dei diritti fondamentali dell'uomo e il cui riconoscimento, al contempo, impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano pregiudicare l'attuazione del diritto¹³⁸.

In questa prospettiva, emergono i due aspetti ricorsivi dei diritti sociali da intendersi, in termini oggettivi, come precetti finalizzati e indirizzati ad una funzione pubblica di tutela in ordine a beni essenziali della vita, ovvero, in termini soggettivi, quale attribuzione di poteri al soggetto in ordine ad un determinato bene socialmente riconosciuto come essenziale¹³⁹.

Ciò comporta necessariamente che il rango costituzionale del bene tutelato non potrà venir degradato a interesse occasionalmente e indirettamente protetto né si potrà negare prescrittività alla previsione della corrispondente posizione giuridica soggettiva nella misura in cui il bene stesso assume rilievo costituzionale e al contempo su di esso si riflette l'interesse individuale qualificandone l'essenzialità in rapporto alla condizione della persona¹⁴⁰.

Caratteristico della salute è dunque il predicato che ne connette e ordina la complessità, delineandone anche l'estensione della dimensione attuativa: in particolare «l'attuazione

¹³⁷ Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Ragiusan*, 2000, 199/200, 149; Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *Foro it.*, 1999, I, 2776.

¹³⁸ Può richiamarsi, a tale proposito, una significativa pronuncia della Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 27, in *Giur. cost.*, 1998, I, 148, con nota di O. CHESSA, *La misura essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, *ivi*, II, 1170 ss. nella quale viene sinteticamente delineato il rapporto tra discrezionalità legislativa e ruolo del sindacato di legittimità costituzionale in tema di diritti sociali nei termini che seguono: se «alla Corte costituzionale non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali», giacché «solo il legislatore è (...) costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato», tuttavia è lo stesso Giudice delle leggi ad assumersi il ruolo di garantire, nell'esercizio del controllo di costituzionalità sulle leggi, «la *misura minima essenziale* di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti».

¹³⁹ B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, *cit.*, 1-14 e 189-194 relativamente alla distinzione tra *ius* e *iura* nella strutturazione dei diritti sociali.

¹⁴⁰ I concetti di essenzialità ed effettività risentono infatti di profili qualitativi che si costruiscono nel rapporto tra bisogno individuale e prestazione attesa e che sempre più impongono risposte altrettanto individualizzate, o meglio "personalizzate", fondate su politiche sociali selettive ma non per questo inique.

pretesa dalla struttura della doverosità normativa è rivolta primariamente a creare le qualificazioni giuridiche necessarie perché l'interesse si configuri nella sua modalità primaria e più completa come un vero e proprio diritto soggettivo. L'attuazione è [quindi] costituzionalmente indispensabile e relativamente autonoma»¹⁴¹.

È da tener presente, peraltro, che il contenuto della pretesa positiva a un intervento pubblico finalizzato all'attuazione del dettato costituzionale viene ad essere declinato, nell'art. 32 Cost., nella maniera più comprensiva, potendosi ricostruire le forme di garanzia della salute in termini di prevenzione, assistenza e protezione¹⁴².

L'art. 32 Cost. prefigura, dunque, indefettibilmente un'azione pubblica per la tutela della salute, che postula sia interventi regolativi e di ordine, diretti a garantire alla collettività condizioni di vita adeguate dal punto di vista igienico-sanitario e a prevenire o rimuovere situazioni di compromissione della salute pubblica, sia l'organizzazione e l'erogazione del servizio pubblico di assistenza sanitaria, volto a fornire ai singoli, a domanda individuale, prestazioni sanitarie di prevenzione, cura e riabilitazione. Il servizio sanitario è da considerare, quindi, un servizio pubblico obbligatorio ad attivazione necessaria, anche se non ne è imposta l'erogazione attraverso strutture pubbliche.

In questi termini, attraverso la predisposizione di un complesso di strumenti per mezzo dei quali raggiungere tali finalità, la Repubblica non soltanto adempie all'obbligo di tutelare la salute individuale, ma realizza anche quell'interesse collettivo, che è parte integrante del programma costituzionale.

Il diritto alla salute parrebbe riconducibile ad una visione «forte» dei principi costituzionali¹⁴³, a cui è stata riservata una collocazione privilegiata e centrale, nel sistema composito e complesso dei diritti sociali, ossia quella riconducibile alle situazioni giuridiche soggettive dell'uomo che direttamente si collegano all'accresciuto

¹⁴¹ B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003, 53-54.

¹⁴² Su questo aspetto nota A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti del Convegno di Trapani 8-9 giugno 2012, Esi, Napoli, 2013, 153 come autorevole dottrina, già a metà degli anni sessanta, avesse teorizzato che l'importanza dell'art. 32, 1° co., Cost. non discendesse tanto dall'avere impresso rilievo costituzionale all'obbligo dello Stato di provvedere alla tutela della salute dei singoli nelle forme conosciute nei decenni precedenti, quanto, e ben di più, dall'avere esteso la portata di tale obbligo, includendovi la predisposizione di un sistema pubblico di erogazione di prestazioni sanitarie.

¹⁴³ M. LUCIANI, *A proposito del diritto alla salute*, in *Dir. soc.*, 1979, 409 ss.

peso delle attribuzioni e dei compiti di benessere propri dei moderni Stati sociali di diritto.

2.2. L'evoluzione della tutela della salute attraverso il formante dottrinale

Il diritto alla tutela della salute, e la salute stessa – quale concetto presupposto alla sua qualificazione giuridica¹⁴⁴ – 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 ciò ha corrisposto una crescente attenzione del diritto verso la persona nella sua globalità, comprensiva di desideri, orientamenti, cultura e inclinazioni, che si è riflessa in una scrittura delle strutture e dei contenuti normativi a livelli più bassi di astrazione, ossia in un'articolazione di discipline e strumenti giuridici più aderenti alle esigenze vitali dell'uomo nelle diverse fasi dell'esistenza. L'emersione della persona, anche attraverso l'attuazione dei principi costituzionali, è espressione dunque del bisogno di un ordine concettuale che sia in grado di comprendere e di esprimere una situazione storica bisognosa di innovazioni concettuali che consentano di dare rilevanza alla materialità dei rapporti in cui ciascuno è collocato ed alle relazioni sociali che lo caratterizzano.

L'attenzione crescente per le situazioni di natura esistenziale ha aperto quindi la porta a nuovi equilibri giuridici.

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 relazionali¹⁴⁵ e la correlata espansione del campo di tutela affidato all'art. 32 Cost., disposizione che dalla semplice tutela della «igiene e salute pubblica»

¹⁴⁴ La riflessione sarebbe infatti mancante qualora si ragionasse di diritto alla salute senza una necessaria preliminare riflessione su cosa sia la salute.

¹⁴⁵ 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 anatomo-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.

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.

In questo processo la dottrina ha svolto certamente un ruolo di primo piano nell'elaborazione delle strategie argomentative che hanno consentito l'attuazione dei principi ricavabili dalle disposizioni della Carta fondamentale riferibili al diritto alla salute; essa, tuttavia, non ha compiuto il suo compito in solitudine: protagonisti di tale processo sono stati anche gli organi legislativi, amministrativi e giurisdizionali, l'attività dei quali ha concorso a dare effettività alle norme costituzionali in questione.

Il cammino di affermazione della salute come «diritto espanso» ha trovato, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, numerosi ostacoli, rappresentati in primo luogo dalla persistenza, pur nel mutato quadro ordinamentale, di alcune categorie e costruzioni giuridiche¹⁴⁶ risalenti.

Così dalla qualificazione della salute come diritto sociale si faceva derivare una presunta natura «spiccatamente ideologica» della disposizione costituzionale, ridotta a puro enunciato privo di qualsiasi rilievo normativo¹⁴⁷ o, in termini più meditati, recuperando consolidate sistemazioni dogmatiche, se ne riconduceva la funzione entro la categoria dei diritti pubblici soggettivi, quale forma diritto di protezione del cittadino reclamabile nei confronti dello Stato, a condizione che fosse strumentale all'interesse statale¹⁴⁸.

Di pari tenore erano le tesi di quella dottrina che, alla metà degli anni cinquanta, sosteneva che la Costituzione non desse riconoscimento al diritto alla salute – bene naturale rispetto al quale non possono aversi diritti – ma alla tutela della salute, ossia alla sola azione pubblica diretta alla protezione del bene¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Così M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 40 ss. che riconduce all'uso di categorie giuridiche inadeguate il ritardo nella sistematizzazione del diritto alla salute.

¹⁴⁷ Si veda R. LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Società editrice libraria, Milano, 1952, 275 ss.; anche E. CROSA, *Diritto costituzionale*⁴, Utet, Torino, 1955, 135-146.

¹⁴⁸ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., 215 ss.; in questo senso C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*⁷, Torino, 1966, 211 ss.; E. DE PALMA RAINONE, *La tutela della salute come diritto pubblico soggettivo*, in *Probl. sic. soc.*, 1968, 18 ss.

¹⁴⁹ In tali termini G. CHIARELLI, *Lo Stato e l'assistenza sanitaria*, in *Feder. medica*, 1957, 10; C. LEGA, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Istituto di medicina legale, Roma, 1952, 27 ss.; anche F. PERGOLESÌ, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corso aggiornato di diritto sanitario*, Empoli, 1961, 6 ss. secondo cui «non può ovviamente parlarsi di un vero e proprio diritto alla salute, se non altro perché difetta il soggetto del dovere di dare o ridare la salute, bene la cui disposizione non è, in sé stessa, nei poteri umani».

Non venne certo in sostegno di interpretazioni più avanzate la trattazione dell'art. 32 Cost. da parte del Lessona nel classico *Commentario alla Costituzione* del 1950¹⁵⁰, nel quale questi ripropose, senza sostanziali innovazioni, le tesi già sviluppate nel suo *Trattato* del 1914¹⁵¹. Pur non potendo negare la tutela predisposta dalla disposizione, l'Autore notava che «per quanto si riferisce alla “direttiva programmatica” circa la funzione di tutela sanitaria assunta dallo Stato, la Costituzione si limita a confermare una realtà giuridico-sociale già esistente nello Stato moderno», con ciò negando le virtù innovative della norma.

Un ulteriore freno al pieno svolgimento del diritto alla salute era derivato dalla qualificazione dello stesso quale norma programmatica¹⁵², con la conseguenza di escludere – anche da parte di quella dottrina¹⁵³ che ne riconosceva la natura normativa – la configurazione in capo al singolo di un diritto soggettivo da far valere sia nei confronti dello Stato che nei rapporti inter-privati. Come già sottolineato¹⁵⁴, tale dottrina riteneva che, al più, dalle norme programmatiche potessero farsi derivare meri interessi legittimi, garantiti a livello di giurisprudenza costituzionale, ma in grado di tradursi in diritti soggettivi perfetti solo a seguito dell'intervento attuativo degli obblighi costituzionali da parte del legislatore ordinario.

Tale costruzione giuridica condiziona l'effettivo godimento del diritto in questione all'esistenza di un'organizzazione erogatrice delle relative prestazioni o ne impone una attuazione graduale in relazione alla possibilità di disporre delle necessarie risorse

¹⁵⁰ S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (dir. da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Barbera, Firenze, 1950, 333 ss.

¹⁵¹ S. LESSONA, *Trattato di diritto sanitario*, I, Bocca, Torino, 1914.

¹⁵² Tra i molti si vedano F. PERGOLESÌ, *Tutela costituzionale della salute*, cit., 3 ss.; S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, cit., 336 ss.; E. CASETTA, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 799; M.S. GIANNINI, *I diritti economici e sociali della persona umana nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Infortuni*, 1959, 539; C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi dell'Università di Cagliari*, Cedam, Padova, 1953, 18 che riteneva il diritto alla salute «una semplice situazione raccomandata all'introduzione legislativa di provvidenze a tutela della salute (...) con la solita conseguenza, però, di trasformare detta situazione in altrettante situazioni garantite, ove le provvidenze siano effettivamente legiferate».

¹⁵³ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 18 ss., 52 e 54; L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 114-115.

¹⁵⁴ Si rinvia all'analisi svolta nel §. 2.1.2.

finanziarie¹⁵⁵, in tal modo sottoponendo a una “condizione sospensiva” l’effettiva esigibilità del diritto da parte dei cittadini¹⁵⁶.

Significativa appare altresì l’elaborazione di Mortati¹⁵⁷ che, nell’inquadrare l’art. 32 Cost. nel contesto dei «principi fondamentali», ne mette in rilievo il fine a cui è indirizzato, lo spirito che l’anima e ne dirige gli sviluppi: in particolare si sottolinea il «carattere specifico, in senso innovativo, [che] assumono le disposizioni della Carta repubblicana in materia, non solo per avere esse impresso all’obbligo relativo rilievo costituzionale, ma altresì e soprattutto per il riconoscimento a favore dei singoli cittadini, come tali, di una pretesa agli interventi ed alle prestazioni statali rivolte a prevenire o curare fatti suscettibili di comprometterne la sanità». Tale direttiva vincolante l’azione statale viene rinvenuta dall’Autore nella «protezione e sviluppo della personalità dei singoli», ovvero nel principio personalista che impronta il nostro ordinamento.

Seppure Mortati glissasse sulla qualificazione della pretesa attribuita ai cittadini verso lo Stato, la sua analisi superava sia la teorizzazione dei diritti civili che il limbo della programmaticità del diritto alla salute, per aprire ad una riflessione unitaria nel segno di un concetto di salute non più strumentale agli interessi superiori dello Stato, ma a quelli costituzionalmente orientati allo sviluppo della persona.

Ciò ha imposto una considerazione più strutturata del diritto *de quo* in grado di rimarcare le potenzialità sino ad allora insite solo nel testo della Carta fondamentale.

Vi è un ulteriore profilo che ha reso difficile l’acquisizione di un autonomo rilievo del diritto alla salute e che si può rinvenire nella sua declinazione «assicurativo-corporativa»¹⁵⁸ incentrata sulla previsione dell’art. 38, 2° co., Cost¹⁵⁹.

¹⁵⁵ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 56.

¹⁵⁶ La riconduzione dell’art. 32 Cost. nell’alveo delle disposizioni meramente programmatiche aveva l’effetto di depotenziare le aspettative di tutela del cittadino, in quanto la definizione sostanziale — e anzi la stessa giuridicizzazione — delle sue aspettative connesse con il diritto alla salute risultava affidata al potere «definitorio» del legislatore e, soprattutto, ai sensibili, e talora eterogenei e mutevoli, orientamenti della giurisprudenza.

¹⁵⁷ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 435 ss.

¹⁵⁸ G. AMATO, *Regioni e assistenza sanitaria: aspetti costituzionali*, cit., 551; anche L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, cit., 147 ss.

¹⁵⁹ Sul ruolo di tale disposizione G. CHIARELLI, *Appunti sulla sicurezza sociale*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, 287 ss., secondo cui il sistema di sicurezza sociale si fonda «sul riconoscimento dell’esigenza che sia assicurata dalla comunità a ogni suo componente la possibilità di far fronte a bisogni, la cui soddisfazione è ritenuta essenziale alla tutela della sua persona. Questa tutela costituisce l’oggetto della sicurezza sociale. Essa non consiste in una tutela destinata a proteggere alcuni beni della persona o ad assicurarne il conseguimento, ma consiste in una tutela destinata a proteggere la persona, in se stessa considerata»;

Com'è noto, il primo comma sancisce il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale che si riconosce a tutti i cittadini inabili al lavoro e privi dei mezzi per vivere, pertanto ponendo tra i compiti primari dello Stato quello di intervenire in favore di chi si trovi in stato di indigenza per inabilità. Il secondo comma, invece, individua una diversa situazione giuridica soggettiva che riguarda espressamente i lavoratori (subordinati e non) a cui consegue il riconoscimento in capo a questi ultimi del diritto a ricevere una prestazione pensionistica a fronte di situazioni di bisogno, generate da eventi socialmente rilevanti, come la vecchiaia, l'infortunio, l'invalidità, la disoccupazione involontaria.

La malattia si pone quindi come presupposto per poter usufruire delle previdenze sociali nel contesto di un sistema come quello italiano in cui vi era un'evidente asimmetria tra un sistema previdenziale tendenzialmente universalistico e un sistema sanitario frammentato¹⁶⁰.

Si comprende allora perchè il lavoratore, prima ancora del cittadino o della persona, fosse il principale protagonista delle forme di assistenza garantite dallo Stato, il quale, in assenza di una rete di strutture sanitarie pubbliche in grado di venire incontro alle necessità della popolazione, attribuiva al meccanismo previdenziale la funzione di offrire quella sicurezza sociale per i lavoratori e le loro famiglie verso i rischi derivanti da menomazione o perdita della capacità lavorativa per eventi connessi a malattia, invalidità o vecchiaia.

Come è stato rilevato dalla dottrina¹⁶¹ «l'enfasi sull'art. 38 della Costituzione, pur giustificabile in ragione del sistema mutualistico, tende[va] ad oscurare gli ulteriori profili di garanzia introdotti dall'art. 32 attraverso il riconoscimento di un diverso, e distinto, diritto (di tutti) alla salute ed a smarrire la valenza dinamica del concetto di salute».

Storicamente è peraltro indiscutibile che l'avvio dell'evoluzione in senso universalistico che ha caratterizzato i moderni sistemi sanitari europei è coincisa con l'introduzione

anche M. PERSIANI, *Sicurezza sociale e persona umana*, in *I problemi della sicurezza sociale*, 1970, 609 ss.

¹⁶⁰ B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 1, 31; così anche Corte cost., 23 novembre 1967, n. 116, in *Giur. cost.*, 1967, 1549 secondo cui «la Costituzione impone di tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e di garantire cure gratuite agli indigenti (art. 32), nonché di assicurare a ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere l'assistenza sociale (art. 38), che, in questa sede, comprende, com'è ovvio, l'assistenza ospedaliera».

¹⁶¹ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 14.

dell'assicurazione pubblica e obbligatoria contro le malattie per i lavoratori¹⁶², il che ne ha quindi condizionato le forme e le concezioni di intervento.

È bene ricordare, in questo senso, che, già negli anni quaranta, si era imposto anche nelle politiche sanitarie un orientamento culturale volto a riformare tutto il ventaglio delle politiche sociali. Tale approccio si proponeva il superamento del tradizionale sistema basato sull'assicurazione obbligatoria dei lavoratori, in vista dell'istituzione di forme di protezione sociale integrata, fornita direttamente dallo Stato, finanziata preferibilmente dal gettito fiscale piuttosto che dai contributi ed espressione dei diritti di cittadinanza, estesi a tutta la popolazione.

Sotto altro versante l'approccio previdenziale alla salute scontava un ulteriore limite dato dal parallelismo "improprio" tra salute e integrità fisica, laddove quest'ultimo concetto veniva declinato nei termini di idoneità del soggetto ad esprimere le proprie potenzialità produttive, non residuando alcuno spazio per una valorizzazione del diritto alla salute in termini «egualitari», ovvero prescindendo dalla situazione economica sottostante. Tale impostazione evidentemente riconduceva il valore della persona entro un percorso strumentale non più agli interessi superiori dello Stato, quanto piuttosto a quelli dell'impresa, proporzionando l'uomo alla sua qualità di produttore di ricchezza o dispensatore di forza-lavoro valutabile economicamente. Così se pure la correzione – in termini socialmente responsabili – dell'individualismo proprietario che connotava i rapporti tra capitale e lavoro ancora nella prima metà del secolo scorso ha segnato un decisivo progresso nell'affermazione di una concezione del diritto attenta agli interessi delle persone, con un conseguente spostamento dell'asse dai problemi di giustizia commutativa a quelli di giustizia distributiva, tuttavia lo sguardo alla salute attraverso la lente produttivistica aveva inevitabilmente determinato un'ampliarsi della faglia della discriminazione nei confronti dei soggetti deboli, ovvero di coloro che, per fattori psicofisici, sociali o economici, erano stati esclusi dal mondo del lavoro¹⁶³.

¹⁶² A. DE SWAAN, *In care of the State. Health care, education and welfare in Europe and USA in the modern era*, Polity Press, Cambridge, 1988, 125 ss. che delinea «How and why did people come to develop collective, nation-wide and compulsory arrangements to cope with deficiencies and adversities that appeared to affect them separately and to call for individual remedies»; anche P. OLIVETTI, *La Costituzione e la sicurezza sociale, I principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1988, 81 ss.; G. GOZZINI, *Dalle assicurazioni sociali alla Social Security. Politiche sociali in Europa e negli Stati Uniti (1919-1939)*, in V. ZAMAGNI (a cura di), *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2000, 751 ss.

¹⁶³ Come ricorda L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 132 ss. «solo i lavoratori godevano di una protezione individuale nella forma del diritto soggettivo: diritto all'assistenza medico-

Queste, pur brevemente descritti, sono alcune delle letture con cui il diritto alla salute è stato affrontato dalla dottrina nella fase del “disgelo costituzionale”, si tratta di narrazioni parziali, ancora incrostate dai residui della tradizione e dalle mitologie giuridiche dell’età liberale non più in grado di interpretare un’epoca di profonde trasformazioni. È da qui che si dipana un cammino impervio entro cui si iscrive la traiettoria che ha portato ad affermare come irrinunciabile la natura di diritto fondamentale della salute e ad espanderne le proiezioni quale diritto sociale e, al contempo, quale diritto di libertà¹⁶⁴.

2.2.2. 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 complessità¹⁶⁵ e il carattere strutturalmente aperto a rispondere alle esigenze nascenti dal contesto storico e sociale¹⁶⁶.

In tale prospettiva appare utile rammentare, seppure brevemente, le tre fasi che delineano l’evoluzione della concezione del diritto alla salute nel nostro ordinamento e che, in un certo senso, hanno determinato le stesse interpretazioni che del relativo diritto ha dato la dottrina.

Una prima costruzione, propria del periodo liberale, vedeva la salute declinata in termini pubblicistici come sanità pubblica (vigilanza igienica e sicurezza pubblica), strumentale

farmaceutica verso l’ente pubblico gestore dell’assicurazione contro le malattie, nonché, in costanza di rapporto di lavoro, diritto verso il datore alla conservazione del posto e della retribuzione per un certo periodo di tempo (...) Gli altri cittadini, estranei a queste categorie professionali, che non fossero in grado di provvedersi con un’assicurazione volontaria contro il rischio della malattia, erano rimessi all’assistenza e alla beneficenza pubbliche».

¹⁶⁴ Sul discorso relativo alla salute come diritto di libertà, pur avviando l’indagine in questo capitolo, si rinvia – anche per maggior coerenza con l’impostazione dell’analisi svolta – al III capitolo.

¹⁶⁵ 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., cit.*, 5 ss.), «diritto proteiforme» (C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 321) o «diritto flessibile» (E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Esi, Napoli, 2013, 10 ss.). Anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 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».

¹⁶⁶ In questo senso G. TESAURO, *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».

agli interessi dello Stato «ad una popolazione sana e numerosa»¹⁶⁷. In questa prospettiva lo Stato doveva limitare la sua azione in favore della salute pubblica a quegli eventi (epidemie, catastrofi, emergenze varie) tali da impedire o da ridurre le risorse umane necessarie al raggiungimento del proprio fine. L'azione statale era quindi essenzialmente volta al controllo e alla cura (o meglio al ristabilimento dell'integrità fisica), in assenza di programmazione di attività preventive o di profilassi¹⁶⁸.

A questa visione facevano da corollari l'attribuzione delle competenze in materia sanitaria al Ministero degli interni e ai Prefetti in un'ottica di controllo dell'ordine pubblico¹⁶⁹, l'equivalenza tra salute/assenza di malattia, intesa quest'ultima come processo morboso patologico in atto¹⁷⁰ e infine il riconoscimento di un ruolo prevalente alle componenti amministrative piuttosto che socio-sanitarie, senza quindi dare alcun rilievo agli aspetti più tipici di questo settore¹⁷¹.

La fase corrispondente al ventennio fascista può essere ben rappresentata, in termini di politica del diritto, dall'art. 5 c.c. che, nel porre il divieto agli atti di disposizione del corpo, 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; (...) concezione che vede la persona umana essenzialmente come valore funzionalizzato, da tutelare e perciò da mantenere "integro" non per sé, ma in funzione

¹⁶⁷ Per tale concezione F. CAMMEO, *Sanità pubblica*, I, *Principi generali, fonti ed organi dell'amministrazione sanitaria*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, cit., 213 ss. il quale, pur riconoscendo l'interesse pubblico alla salute, delimitava i compiti di intervento dello Stato, nella misura in cui «è evidente che ad ogni singolo spetta vegliare da sé medesimo alla conservazione della propria salute, non essendo compito dello Stato di surrogarsi all'individuo e di provvedere a tutti i bisogni di lui»; anche S. LESSONA, *Trattato di diritto sanitario*, cit., 15-25.

¹⁶⁸ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 8-12; C. DE CESARE, *Sanità*, I) *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1989, 249-255; P. SANTANIELLO, *Sanità pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 547-549; A. MANGIA, *'Attuazione' legislativa e 'applicazione' giudiziaria del diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 751 ss.

¹⁶⁹ R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, cit., 514 secondo cui «l'approccio del tutto risibile e riduttivo che i pubblici poteri ebbero nei riguardi dei cosiddetti diritti sociali del cittadino e, segnatamente, nei confronti del diritto alla salute il quale veniva semmai considerato alla stregua di un problema di ordine pubblico (al fine di contenere ed arginare le epidemie), e quindi in una dimensione quasi esclusivamente collettiva, di interesse collettivo o generale, senza alcuna considerazione della sua eventuale qualità di situazione giuridica soggettiva protetta».

¹⁷⁰ 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 S. LESSONA, *Trattato di diritto sanitario*, I, cit., 17 ss.; anche A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 656 ss.

¹⁷¹ L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 106.

della potenza dello Stato: una linea ideologica che vede nell'uomo il guerriero e il produttore e nella donna la produttrice della specie»¹⁷².

Durante il fascismo, peraltro, «l'azione pubblica in campo sociale mostra per certi versi una notevole continuità con il passato: la scelta di dare il massimo impulso alle Casse Mutue (1929) sancisce ad esempio ancora una volta il tentativo da parte dello Stato di non accollarsi direttamente l'onere della copertura di un "grande rischio", oltrechè il fine di relegare la questione dell'assistenza sanitaria ad un fatto di contrattualistica privata dopo averlo ormai inquadrato come problema di pertinenza delle relazioni industriali»¹⁷³. Inoltre, pur nella moltiplicazione di enti e frammentazione delle competenze, il compito della tutela della salute restava affidato ai sensi del Testo unico delle leggi sanitarie del 27 luglio 1934 al Ministero dell'interno, identificandone la finalità ultima con l'interesse pubblico alla «tutela fisica e morale della razza».

È solo al termine del secondo conflitto mondiale che prende avvio un processo di enfattizzazione del concetto di salute umana, e dei diritti che vi ruotano attorno, processo che trova scaturigine nella nota definizione della salute contenuta nel preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) del 1946 secondo cui «*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition*»¹⁷⁴.

Si tratta di una definizione che, pur avendo suscitato aspre critiche per il suo carattere utopico ed eccessivamente comprensivo¹⁷⁵, pone nel giusto rilievo come la salute non sia solo un valore in sé, ma anche una condizione necessaria per il raggiungimento di

¹⁷² 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. Come ricorda spiega P. COSTA, *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 28, 66-7 l'incontro tra individuo e comunità politica non poteva fondarsi «sulla semplice "apatia", sull'obbedienza meccanica dei sudditi» ma aveva bisogno di un'adesione convinta e partecipe suscitata e guidata da un'attenta orchestrazione propagandistica».

¹⁷³ U. ASCOLI, *Il sistema italiano di Welfare*, in AA.VV., *Welfare state all'italiana*, Laterza, Roma-Bari, 1984, 27.

¹⁷⁴ Recepita con d.lgs. Capo provvisorio dello Stato 4 marzo 1947, n. 1068. Sul punto anche V. DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 2, 132 ss.

¹⁷⁵ D. CALLAHAN, *The WHO Definition of Health*, in *Hastings Center Studies*, 1973, I, 3, 77 ss.; ID., *What Kind of Life. The Limits of Medical Progress*, Georgetown University Press, Washington, 1990, 34 ss.; sui rischi di medicalizzazione della vita connessi a tale definizione I. ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Mondadori, Milano, 1977, 13 ss.

una migliore qualità della vita; difatti la tutela della salute consente di rimuovere «uno degli ostacoli più rilevanti che impediscono all'uomo di estrinsecare liberamente e compiutamente la sua persona»¹⁷⁶, nella misura in cui la sua compressione limita non solo l'aspetto dell'integrità fisica¹⁷⁷, ma anche i profili propriamente “biografici”, ossia le capacità logiche, affettive e relazionali.

Come indicato nel paragrafo precedente, l'accoglimento di questa nozione di salute ha faticato a farsi strada nella dottrina¹⁷⁸, nonostante le virtualità che caratterizzano il dettato dell'art. 32 Cost. aprissero la strada a letture innovative: in questo senso, in controtendenza, Lorenza Carlassare notava già alla fine degli anni sessanta come «per valutare quali siano il valore e l'operatività della solenne affermazione costituzionale relativa alla tutela della salute, [sia] necessario tener presente come a quest'ultima si colleghi tutta una serie di problemi che ricoprono una vasta area della vita sociale. La portata della norma trascende pertanto il puro settore sanitario, per ripercuotersi in una sfera di materie assai ampia»¹⁷⁹.

Tuttavia la vera svolta nella concettualizzazione della salute si è realizzata solo nella fase più matura dell'attuazione del dettato costituzionale, ovvero tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta, periodo nel quale – in termini e con scelte concrete – si è assistito al “ribaltamento della piramide” dei valori, ponendo 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 salute¹⁸⁰.

¹⁷⁶ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 23; R. BALDUZZI, *Salute (Diritto alla)*, in S. CASSESE (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006 5395; per una definizione ampia di salute C. LEGA, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, cit., 16.

¹⁷⁷ Sul confronto e sulla distinzione tra salute e integrità fisica C. D'ARRIGO, *Salute (Diritto alla)*, cit., 1016 ss.

¹⁷⁸ Sulle ragioni storiche e giuridiche di tale ritardo L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma*, cit., 655 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 774 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 43 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 4 ss.

¹⁷⁹ L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 113.

¹⁸⁰ 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

È così emerso il legame tra l'art. 32 e gli altri principi fondamentali, entro il cui solco viene a delinearsi 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»¹⁸¹.

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»¹⁸². In questo senso il diritto alla salute esibisce 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)¹⁸³.

Richiamando quanto scritto in precedenza riguardo i profili attinenti alla qualificazione come diritto sociale¹⁸⁴, si deve notare come l'essere la salute diritto fondamentale, espressamente previsto dalla lettera della Costituzione, abbia conferito alle pretese rivendicate dai singoli la capacità di incidere direttamente sulla sfera giuridica pubblica e su quella inter-privata, esplicando quell'effetto di *Drittwirkung* in grado di rendere concrete le esplicazioni pretensive ed oppositive di tale diritto.

La radice di tale incidenza del diritto alla salute si ritrova nella considerazione della sua assolutezza¹⁸⁵, che, nel consentire il superamento della tesi della monovalenza dei diritti fondamentali¹⁸⁶, ha reso possibile la successiva e tumultuosa gemmazione della salute,

determinazioni; il diritto al risarcimento del danno, ed in particolare del danno connesso alla responsabilità medica; il problema del consenso al trattamento medico».

¹⁸¹ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 435.

¹⁸² B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 25.

¹⁸³ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 96.

¹⁸⁴ 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; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 50 ss.

¹⁸⁵ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 76 che individua nell'originarietà, inviolabilità ed assolutezza i criteri distintivi dei diritti fondamentali.

¹⁸⁶ Si veda M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 445 ss.; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 465 ss. per una critica di tale visione tradizionale che nel considerare il codice civile quale normativa per la società civile e la Costituzione quale regola per lo Stato, limitava le garanzie costituzionali solo ai rapporti

quale diritto primario, in una serie di posizioni soggettive tutelate direttamente ed *erga omnes* a livello costituzionale¹⁸⁷.

Tali posizioni, più in generale riconducibili entro il diritto di cui all'art. 32 Cost., vengono poi qualificate come diritto soggettivo¹⁸⁸, forma attraverso cui si ritiene possano trovare quella pienezza di tutela richiesta dal valore fondamentale protetto. In questa ricostruzione quindi alla salute spetta un posto di preminenza fra i diritti della personalità, ovvero quei diritti che definiscono «a) l'identità e identificazione del soggetto nei suoi diversi aspetti oggettivi e soggettivi; b) l'auto-percezione che il soggetto ha di se stesso e la percezione che del soggetto dà il resto della comunità»¹⁸⁹.

Lo sviluppo del diritto alla salute quale diritto della personalità ci riporta ad una definizione soggettiva e dinamica di salute¹⁹⁰ nella quale l'autonomia e l'integrità della persona umana viene a delinearsi non tanto nella sfera dell'avere, quanto in quella dell'essere. L'inversione della gerarchia di valore tra essere e avere consolida l'emersione della categoria dei diritti della personalità come categoria distinta e autonomamente protetta, portando così ad affiancare, se non proprio a sostituire, al binomio libertà/proprietà, quello libertà/personalità.

Sotto altro profilo la visione "olistica" del diritto *de quo* porta a ritenere che la tutela offerta dall'ordinamento non possa che essere complessiva dinanzi alle diverse forme di

cittadini/Stato, creando artificiosamente una distinzione tra sfera privata e sfera pubblica che aveva l'effetto di mutilare la valenza dei diritti fondamentali dei cittadini, rendendoli non azionabili nei rapporti inter-privati. Per l'opposta teoria della polivalenza dei diritti fondamentali P. BARCELLONA, G. COTTURI, *Stato e giuristi*, De Donato, Bari, 1974, 121 ss.

¹⁸⁷ Come ricorda M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost., cit.*, 6 l'esistenza della salute deve essere individuata con riferimento «non più soltanto alla situazione momentanea (e perciò incerta) dell'essere fisico o psico-fisico dell'individuo, ma alla sfera esterna in cui questi si muove, vive e lavora (...) e che costituisce il principale fattore condizionante del mantenimento o della perdita, nel futuro talora anche immediato, dello stato di salute». Emerge così l'attenzione all'ambiente salubre come ambiente di lavoro, ma anche come ambiente di vita nella sua declinazione di interesse collettivo.

¹⁸⁸ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali, cit.*, 32 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici, cit.*, 36 ss.; R. BALDUZZI, *Salute (Diritto alla), cit.*, 5394 ss. In generale, secondo G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giur.*, 2003, 1, 256 ss. non sembrano esservi seri ostacoli concettuali a configurare un diritto soggettivo che abbia per contenuto un attributo della personalità; infatti una volta che si sia abbandonata la vetusta concezione del diritto soggettivo come signoria del volere su un'entità del mondo esterno, per abbracciare la più moderna idea del diritto soggettivo come complessa posizione di vantaggio riconosciuta dall'ordinamento ad un certo soggetto in relazione ad un certo bene.

¹⁸⁹ Così V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, 1995, 434.

¹⁹⁰ In questi termini la definizione relativa della salute pone, da un lato, in evidenza la potenziale connessione con gli altri valori costituzionali sia essi attinenti alla corporeità o alla sfera psichica della persona, dall'altro, ne presuppone una necessaria convergenza, nella misura in cui l'attuazione di uno di tali valori – solidarietà, identità sessuale, libera disponibilità del corpo, libertà di coscienza – non può non recare con sé anche un momento di più compiuta realizzazione della salute individuale.

aggressione (attiva od omissiva) cui il bene salute è esposto: peraltro a richiederlo è la stessa funzione di diritto fondamentale che la salute ha assunto, nel quale la dimensione individualistica, di tradizionale diritto di difesa, si integra con quella pubblicistica, di diritto di prestazione e partecipazione. Cosicché alla garanzia *a posteriori* offerta dall'intervento del giudice si affiancano procedure volte al coinvolgimento dei titolari del diritto nella formazione delle scelte di gestione dei beni protetti, rafforzate dalla capacità persuasiva dei diritti fondamentali di informare di sé il complesso dell'azione pubblica, compresa quella del legislatore¹⁹¹.

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.

Si fa spazio l'idea che la protezione costituzionale della salute si articoli attraverso una situazione giuridica complessa che si compone di una somma di poteri, diritti, doveri, facoltà ed oneri aggregati attorno al bene tutelato. Tuttavia per evitare che tale posizione complessa si sfrangi con il rischio di essere oggetto di una tutela frazionata ed incompleta, il concetto di salute – riguardato in termini espansivi – dovrebbe assurgere a *standard*¹⁹² in grado di delineare un modello giuridico di riconoscimento e quindi di

¹⁹¹ P. HÄBERLE, *Grunrechte im Leistungsstaat*, in *VVDStRL*, 1972, 30, 121 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 794 ss. che auspica la liberazione degli interessi collettivi dalla camicia di Nesso tessuta dalla struttura tradizionale del processo, in modo da consentirne, anche con interventi legislativi, l'azionabilità da parte di soggetti collettivi.

¹⁹² Si deve precisare che il problema dei rapporti tra principi fondamentali e *standards* valutativi risiede nel fatto che laddove i primi esprimono valori primari dell'ordinamento giuridico, i secondi, invece, non sono altro che strumenti di adattamento rispetto alle norme ordinarie, nella loro applicazione ai fatti sociali giuridicamente rilevanti (*Bergel*), dispiegando un ruolo incisivo nel processo di concretizzazione e specificazione del valore giuridico. In questi termini gli *standards* si formano come regole d'azione fuori del diritto, penetrandovi successivamente in forza di un dispositivo di attrazione di cui sono dotate alcune norme giuridiche. Tali criteri inoltre operano nell'ordinamento giuridico unicamente in congiunzione con le disposizioni che li richiamano e delle quali vengono a costituire parte strutturale. Gli *standards* valutativi debbono essere considerati nell'ambito di un processo di determinazione progressiva della realtà giuridica, formando oggetto dell'attività ermeneutica propria degli interpreti. Così A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 458 ss.

comportamento, la cui specifica funzione sarebbe quella di adeguare l'effetto giuridico alla specificità del fatto concreto in maniera tale da garantire l'immediata determinazione dell'azione realizzativa¹⁹³.

In questa prospettiva «il concetto di salute vale a riempire il parametro dell'ingiustizia che caratterizza il danno risarcibile *ex art. 2043 c.c.* (...) diviene direttiva che vincola l'esercizio del potere d'imperio della pubblica amministrazione non solo per quel che riguarda l'attività sanitaria (...) è criterio che governa la deliberazione di trattamenti sanitari obbligatori e quindi vale pure come regola di salvaguardia della libertà individuale sul piano della corporeità»¹⁹⁴. In sintesi la salute quale *standard* delinea, di volta in volta, le forme di svolgimento del correlato valore costituzionale, così conferendo all'immanenza del principio stesso una efficacia concreta capace di incidere sulle diverse sfere giuridiche, conformando la realtà alle esigenze di sviluppo e proiezione dei valori costituzionali.

Avviandoci alla conclusione, si deve sottolineare come non sia certo secondaria, in questo contesto, la riflessione sull'interesse alla salute della collettività che, attraverso il riflesso del diritto di prestazione, si concreta nell'obiettivo 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 adeguati¹⁹⁵.

Tuttavia quando ci si riferisce a tale aspetto immediato è il riferimento alla dicotomia diritto fondamentale individuale/interesse collettivo che ha dato luogo a controverse riflessioni in dottrina riguardo al rapporto tra salute individuale e salute collettiva rispetto all'imposizione di trattamenti sanitari.

Vista in tali termini la salute, quale “sintesi” del diritto individuale e dell'interesse della collettività, potrebbe legittimare quell'asimmetria di potere che concretamente struttura i rapporti tra individuo e società, importando – nel contesto di un bilanciamento non assiologicamente orientato – una prevalenza degli interessi di quest'ultima sulla sfera giuridica individuale; tuttavia per attenuare tale rischio, il costituente ha inteso affermare la tutela del diritto – in via primaria ed immediata – come modo di essere

¹⁹³ Si riprende la riflessione di C. D'ARRIGO, *Salute (Diritto alla)*, cit., 1040, il quale a sua volta rielabora una proposta di A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1 ss.

¹⁹⁴ C. D'ARRIGO, *Salute (Diritto alla)*, cit., 1040-1041.

¹⁹⁵ Sul punto si rinvia a quanto già illustrato nel §. 2.1.2.

della persona ed espressione della sua sfera di libertà, che non può quindi subire alcuna *deminutio* nel rapporto-confronto con le esigenze collettive¹⁹⁶.

Lo spettro di rilevanza normativa della salute, quale diritto fondamentale della persona, trova così ulteriore rinforzo nella disposizione del secondo comma dell'art. 32 Cost., 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 sanitari¹⁹⁷, 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.

Ritorna così l'affermazione della 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 titolare¹⁹⁸. In tal modo il concetto di salute si apre agli aspetti interiori della vita come sentiti e vissuti dalla persona¹⁹⁹, 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

¹⁹⁶ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 30 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 88 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 162 ss., specie 168; A. MANGIA, *'Attuazione' legislativa e 'applicazione' giudiziaria del diritto alla salute*, cit., 76 ss.

¹⁹⁷ Sulla "regola della vita" del consenso informato G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, 172 ss.; R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, Milano, 2010, 153 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. VII*, Utet, Torino, 2012, 177 ss.; 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.

¹⁹⁸ 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». Così N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 67.

¹⁹⁹ 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.

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 vissuta²⁰⁰, l'ultima parola su di essa deve essere comunque lasciata al singolo individuo.

2.3. La legislazione e il segno dei tempi

La legislazione e le politiche sanitarie sono il prodotto di una molteplicità di fattori che, includendo l'intrinseco tessuto sociale, culturale e politico di un paese, compresi i suoi valori e strutture sociali, le istituzioni e tradizioni politiche, delinea quindi un paradigma di analisi delle forme e della qualità di un ordinamento²⁰¹.

Come è stato rilevato «se si vuole comprendere “cos'è” il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale italiano – lasciando sempre in ombra il tema della tutela della salute nei rapporti fra privati – si deve innanzitutto analizzare la legislazione statale, laddove essa fissa i principi di organizzazione del servizio sanitario; le prestazioni erogabili; le coperture finanziarie per i costi dei servizi. Questo perché è sulla base di essa che si muovono i percorsi della giurisprudenza. In nome dell'uguaglianza e dell'esigenza di garantire la tutela della salute tramite un servizio pubblico finanziato a carico della fiscalità generale, è *nel rapporto* fra singolo e servizio sanitario che si definiscono modi e tecniche di tutela della salute»²⁰².

Si è già ricordato come il modello sanitario italiano, ereditato dallo Stato liberale e dal periodo fascista²⁰³, si caratterizzasse per l'elevata frammentazione, la

²⁰⁰ 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, *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.

²⁰¹ A. CAPPUCCI, *Il processo evolutivo della sanità italiana: dagli “spedali” alle aziende sanitarie*, in *Ragiusan*, 215-216/2002, 6 ss.; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Le funzioni di ordine, le funzioni del benessere*, Giuffrè, Milano, 2003, 633 ss.; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, cit., 28 ss.

²⁰² E. CAVASINO, *Il diritto alla salute come diritto “a prestazioni”*. *Considerazioni sull'effettività della tutela*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 338.

²⁰³ Sull'evoluzione del modello R. ALESSI, *L'amministrazione sanitaria*, in Id., *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 9-30.

funzionalizzazione dei servizi offerti alle esigenze di igiene e di ordine pubblico e per il carattere prevalentemente caritativo dell'assistenza sanitaria²⁰⁴.

È ben noto che, sino al 1968, l'assistenza sanitaria in Italia era gestita per il profilo ospedaliero da organismi autonomi, pubblici e privati, spesso con funzioni miste anche di beneficenza e istruzione, sulla base del dettato della legge Crispi del 1890, mentre l'assistenza medico-generica, specialistica e farmaceutica veniva assicurata tramite l'organizzazione mutualistica²⁰⁵. Peraltro, come previsto ai sensi dell'art. 1 del T.U. leggi sanitarie del 1934, la tutela della sanità pubblica era affidata al Ministero dell'interno, e sotto la sua dipendenza, ai prefetti, determinando una originale combinazione di centralizzazione burocratica e di polverizzazione funzionale a livello locale²⁰⁶.

L'entrata in vigore della Costituzione e le profonde trasformazioni istituzionali intervenute resero quindi necessario ripensare un sistema che fosse in grado di governare nuove esigenze in un mutato contesto sociale e politico.

In questa prospettiva l'analisi dell'evoluzione della normativa sanitaria consente di valutare i cambiamenti avvenuti sia sotto il profilo istituzionale e delle politiche in materia che nei termini della diversa concezione culturale di salute posta alla base di tali scelte.

Tale processo si è riflesso, venendone a sua volta condizionato, nei diversi significati attribuiti all'enunciato costituzionale secondo cui «[L]a Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32, 1° co.,

²⁰⁴ Così A. CORASANITI, *Artt. 1-2*, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 1201 sottolinea che «il problema della salute era visto soprattutto come problema dell'igiene e della salute pubblica, cioè del pericolo o del danno costituito dalla/e malattia/e per la collettività generale, per il corpo sociale nel suo insieme ed anzi per l'ordinata convivenza sociale. Secondo tale angolazione – prevalente ad esempio nel t.u. delle leggi sanitarie approvato con R.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (...) – ciò che veniva in primo piano (come valore tutelato) non era un modo di essere della persona umana (dell'uomo nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità), ma un aspetto dell'ordine pubblico, sicché la cura della sanità o dell'igiene pubblica si colorava quale funzione di polizia. (...) Col descritto atteggiamento – che lungi dall'essere protettivo di categorie deboli contro l'emarginazione, rispondeva ad una tendenza emarginante (...) – si raccordavano l'impostazione in senso caritativo, assistenziale della disciplina concernente l'attività svolta per la cura della malattie da istituzioni pubbliche e l'accentuazione in senso assicurativo, più che preventivo, della disciplina concernente le malattie professionali e gli infortuni sul lavoro».

²⁰⁵ A sua volta, in ambito assistenziale, alle provincie spettava l'assistenza per le malattie infettive e per quelle neurologiche e psichiatriche, mentre i comuni erano onerati del finanziamento dell'assistenza sanitaria, ostetrica ed ospedaliera a favore degli indigenti.

²⁰⁶ Per alcuni riferimenti L. ARU, *L'organizzazione sanitaria sul piano centrale*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 31 ss.; G. SANTANIELLO, *L'organizzazione sanitaria sul piano provinciale*, *ibidem*, 41 ss.; M. ANGELICI, *L'organizzazione sanitaria sul piano comunale*, *ibidem*, 65 ss.

Cost.), precetto che è divenuto espressione di quella funzione promozionale del diritto, subendo un progressivo sviluppo espansivo funzionale alla realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° co., Cost.

Così, in una prima fase, quella formula fu intesa recare un invito alle istituzioni repubblicane ad assumere politiche che favorissero lo sviluppo di un sistema misto di assistenza sanitaria pubblico-privata, accessibile ai singoli a spese proprie, tramite le mutue o le casse previdenziali alle quali fossero iscritti²⁰⁷ o, infine, a spese della collettività, se indigenti.

In una seconda fase, quella delle grandi riforme sociali degli anni settanta, la disposizione costituzionale fu interpretata quale sanzione di un impegno per la Repubblica a istituire un apparato organizzativo pubblico mediante il quale assicurare un'assistenza sanitaria globale a favore di tutti gli individui, superando quindi il frammentario sistema di tutela della salute sviluppato sino ad allora.

Una terza fase ha trovato origine, alla fine degli anni ottanta, con la crisi fiscale dello Stato, periodo in cui, alla mancanza di risorse necessarie a far fronte ad una pretesa globale di prestazioni, si è risposto percorrendo due traiettorie coincidenti: da un lato, dando sempre maggior rilievo alle esigenze finanziarie, riassumibili nell'elegante formula della riserva del possibile e del ragionevole e, dall'altro, delineando quale controlimite a tutela dello Stato sociale il principio dell'inviolabilità del «nucleo essenziale» del diritto alla salute²⁰⁸.

Tornando ora alla prima delle tre fasi della periodizzazione sopra proposta, appare evidente come l'impostazione che ispirava la politica sanitaria degli anni cinquanta e sessanta in Italia fosse il frutto del predominio del regime mutualistico, la cui permanenza non fu scalfita neppure dai tentativi di riforma del settore attuati nel corso del primo ventennio repubblicano.

²⁰⁷ Per la maggior parte della popolazione si affermarono, a partire dagli anni trenta, sistemi di assicurazione obbligatoria contro le malattie, diretti alle varie categorie di lavoratori, gestiti da appositi enti pubblici (gli enti mutualistici), sottoposti alla vigilanza del Ministero del lavoro. Tali enti, a fronte del pagamento di contributi, in parte a carico dei datori di lavoro nel caso dei dipendenti, garantivano agli assicurati e ai loro familiari l'assistenza medica generica domiciliare, pediatrica e specialistica, attraverso professionisti convenzionati e ambulatori a gestione diretta, ed il pagamento diretto o il rimborso delle spese per i ricoveri (c.d. rette di degenza) e l'assistenza farmaceutica.

²⁰⁸ Per l'analisi di queste tematiche si rinvia al §. 2.5.2.

Si possono rammentare, in tal senso, i lavori della “Commissione D’Aragona”²⁰⁹, che, nel 1948, propose la fusione delle varie gestioni mutualistiche in un unico ente con l’estensione della previdenza contro le malattie a tutti i lavoratori, autonomi o dipendenti, mantenendo comunque l’esclusione di disoccupati e sottoccupati, cioè appartenenti alle categorie di cittadini “indigenti”, garantiti dall’assistenza comunale. Le proposte riformiste della Commissione naufragarono, in quanto il governo De Gasperi fece dell’espansione progressiva della tutela mutualistica la sua politica ufficiale, ritenendo che l’Italia non fosse in condizioni di applicare un piano di protezione sociale esteso a tutta la popolazione²¹⁰.

Ancora, a titolo d’esempio, ci si può riferire alla legge 4 agosto 1955, n. 692 che aveva esteso l’assistenza sanitaria, comprese le cure ospedaliere, ai pensionati di invalidità e di vecchiaia, intendendo «riconoscere un “diritto” di assistenza a favore di tutti coloro che [avevano] speso una vita di lavoro per il bene comune, sottraendoli all’umiliazione di dover ricorrere alle iniziative di soccorso di istituzioni informate a criteri caritativi e degne, peraltro, del massimo apprezzamento»²¹¹. Tali previsioni rimasero sostanzialmente inattuato, lasciando prive di tutela una serie di categorie di lavoratori, i quali, una volta cessata la loro attività lavorativa, non potevano usufruire dell’assistenza sanitaria²¹².

Dopo l’istituzione del Ministero della sanità nel 1958, attraverso cui si intendeva imprimere una direzione unica e articolata alla politica sanitaria, fu in particolare la relazione della Commissione per la riforma ospedaliera dell’ottobre 1964 a dettare le linee di fondo che si sarebbero poi tradotte nella cd. “riforma Mariotti”. In particolare si sosteneva nelle conclusioni della relazione: «La riforma sanitaria, pur dovendo inquadrarsi nella più vasta riforma sanitaria, ha una sua propria menzione costituzionale che vale a sottolinearne l’urgenza e l’importanza (...) Occorre procedere alla razionalizzazione del settore con il decentramento alle Regioni delle funzioni normative

²⁰⁹ L. D’ARAGONA, *Orientamenti programmatici della riforma della previdenza sociale*, in *Prev. soc.*, 1947, 6, 201-205; per un’analisi F. TARONI, *La non-nascita del SSN: occasione perduta o strada non presa? Continuità e cesure nelle politiche sanitarie e nella legislazione sociale del secondo dopoguerra in Italia*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent’anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 403 ss.

²¹⁰ S. DELOGU, *Sanità pubblica, sicurezza sociale e programmazione economica*, Einaudi, Torino, 1967, 55 ss.

²¹¹ Relazione sen. Pezzini, Senato della Repubblica, 10^a Commissione, seduta del 20 gennaio 1985.

²¹² Si veda in questo senso la Proposta di legge A.C. n. 892 presentata il 29 gennaio 1964 dai deputati Ceruti e Zanibelli per estendere l’assistenza assicurata dalla legge n. 692/1955.

e di controllo (...) Il finanziamento del servizio dovrà essere assicurato con una quota parte del bilancio statale»²¹³.

La relazione coglieva i due elementi fondamentali indispensabili per una riforma sanitaria che ponesse rimedio alle insufficienze e alla dispersione di risorse del sistema mutualistico²¹⁴, da un lato, proponendo l'estensione dell'assistenza fino a rendere universale il diritto alla tutela della salute a carico della fiscalità generale, dall'altro, rendendo effettivo il decentramento delle competenze e delle responsabilità alle Regioni, a cui corrispondevano funzioni di coordinamento e di controllo da parte dello Stato²¹⁵.

Un quadro organico di riforma sanitaria in attuazione del precetto costituzionale veniva delineato, nell'ambito delle politiche riformatrici dei primi governi di centro-sinistra, con l'approvazione del programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970, ad opera della legge 27 luglio 1967, n. 685.

Nel febbraio 1968, entrava in vigore la legge 12 febbraio 1968 n. 132 concernente «Enti ospedalieri ed assistenza ospedaliera»²¹⁶, nota come “legge Mariotti”, che traduceva in norma gli obiettivi del progetto elaborato dalla Commissione. La legge assegnava, nel contesto dell'attuazione di strumenti di programmazione e pianificazione, un ruolo centrale, in linea con la nuova politica sanitaria, agli enti ospedalieri a cui venivano attribuite funzioni ampie in termini assistenziali, non solo di cura, ma anche di

²¹³ Citazione tratta da G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità nell'Italia contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 247 ss.; sul punto A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità, Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, 163 ss.

²¹⁴ A fronte della tradizionale dipendenza delle strutture ospedaliere da una moltitudine di enti (Ipab, Inps, Inail, Inam, Comuni, Province ecc.) era necessaria, ai fini dell'unificazione delle attività di controllo e amministrazione sotto la direzione del Ministero della sanità, con il passaggio alle istituende Regioni delle funzioni normative, la definizione di criteri nazionali di funzionamento degli ospedali (gestione, livelli di assistenza, onerosità o gratuità delle prestazioni).

²¹⁵ G. COSMACINI, *Storia della salute e della sanità in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 489 ss. È bene rammentare che la volontà politica di superare il sistema di tutela della salute fu formalizzata nella legge 27 luglio 1967, n. 685, con la quale si stabilirono le direttive del programma pluriennale da perseguire nel settore sanitario per il quadriennio 1966-1970. Esse furono individuate nell'istituzione di un servizio sanitario nazionale «finanziato dallo Stato attraverso il contributo dei cittadini in proporzione alla rispettiva capacità contributiva», da realizzarsi gradualmente previa «fusione degli Istituti mutualistici e degli Enti pubblici operanti nel settore della mutualità», e nell'ambito del quale «le prestazioni sanitarie – preventive, curative e riabilitative – [sarebbero dovute essere] estese a tutti i cittadini». Su cui F. MERUSI, *Momenti transitori della riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1976, 81 ss.

²¹⁶ Nel marzo 1969, in base a delega contenuta nella legge n. 132/1968 venivano emanati tre decreti altrettanto importanti riguardanti: sull'ordinamento interno degli enti ospedalieri, sull'ordinamento interno dei servizi di assistenza sanitaria delle cliniche e degli istituti universitari di ricovero e cura e sullo stato giuridico del personale.

prevenzione ed educazione igienico-sanitaria. Si delineavano in tal senso due tendenze strutturali che avrebbero poi connotato anche la riforma del 1978: in primo luogo, la concezione dell'ospedale come azienda, donde la tendenza all'incremento dell'utilizzazione dei posti letto, accompagnata da una gestione del servizio strettamente collegata con quella degli ambulatori, con i distretti sanitari e con le attività di assistenza domiciliare.

Veniva inoltre a completamento il processo di progressiva pubblicizzazione degli ospedali attraverso la creazione degli enti ospedalieri, quali persone giuridiche pubbliche, in cui venivano assorbite – per trasformazione – le Ipab e gli altri enti privati e pubblici operanti nell'assistenza ospedaliera²¹⁷. A ciò si accompagnava la previsione di forme di «democratizzazione» degli enti ospedalieri al cui vertice erano posti Consigli di amministrazione ove veniva garantita la rappresentanza degli «originari interessi dell'ente» (ovvero oltre ai membri eletti dai consigli regionali, provinciali e comunali, in diversa proporzione a seconda del rilievo dell'ospedale, anche alcuni designati in rappresentanza degli interessi o degli enti cui la struttura ospedaliera faceva riferimento prima della riforma), ingenerando due spinte contrapposte: da un lato forme di gestione e partecipazione virtuosa tra ente ospedaliero e territorio, dall'altro, un processo di progressiva politicizzazione del settore sanitario²¹⁸.

L'intervento pubblico assumeva quindi un significato che andava oltre la funzione di regolamentazione del settore attraverso la legislazione, investendo direttamente

²¹⁷ C.E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, 138 ss., specie 141.

²¹⁸ V. ANGIOLINI, *L'amministrazione locale nella riforma sanitaria: spunti per una definizione obiettiva del fenomeno autonomistico*, in *Jus*, 1979, 2, 15 ss. «La circostanza stessa che il comitato di gestione sia composto anche dalle forze della minoranza e non solo da quelle di maggioranza del consiglio comunale dovrebbe rinsaldare il collegamento tra l'esercizio delle attività sanitarie e gli interessi comunitari. L'incorporazione sostanziale dell'apparato tecnico nell'amministrazione comunale dovrebbe essere assicurata da un processo circolare, in cui le direttive politiche provenienti dall'assemblea sono trasformate in atti amministrativi dal comitato di gestione, il quale esercita poteri di proposta». Alcuni anni dopo, più realistiche, e dolenti, le notazioni di G. MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 4, 984 secondo cui «L'obiettivo perseguito, in particolare negli anni '70 con la regionalizzazione e l'istituzione del servizio sanitario nazionale, è stato di riservare tendenzialmente le decisioni ad amministratori elettivi o comunque forniti di legittimazione democratica, il che determinò la politicizzazione selvaggia dei pubblici poteri (...) Mi sono convinto che la legge 833/1978 sia stata per la classe politica un errore capitale e abbia scatenato un processo di rigetto da parte del Paese».

l'assunzione e la promozione da parte dei poteri pubblici dell'attività sanitaria intesa come funzione pubblica²¹⁹.

Con la prima regionalizzazione, disposta dal d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 4, venne avviato il trasferimento alle regioni a statuto ordinario delle funzioni concernenti la «assistenza sanitaria e ospedaliera», materia di titolarità regionale ai sensi dell'originario art. 117 Cost. Pur confermando il ruolo delle regioni nei confronti degli enti ospedalieri e pur disponendo il passaggio alle regioni di compiti e servizi già esercitati dallo Stato nel campo dell'assistenza sanitaria, il trasferimento rimase parziale, in quanto escluse l'intero settore dell'assistenza mutualistica.

Decisiva nel percorso di riforma fu la «battaglia d'agosto»²²⁰ del 1974 che pose un punto di non ritorno nella modernizzazione del settore sanitario attraverso l'adozione del d.l. n. 264/1974, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 386/1974, con il quale si dettarono le norme per l'estinzione dei debiti degli enti mutualistici nei confronti degli enti ospedalieri, il finanziamento della spesa ospedaliera e l'avvio della riforma sanitaria. Mediante i provvedimenti in esame, infatti, lo Stato attribuì alle Regioni quei compiti di assistenza sanitaria in precedenza svolti da enti mutualistici e casse di previdenza, legittimandole a svolgerli avvalendosi degli enti ospedalieri nonché, previo convenzionamento, di altri soggetti autorizzati a erogare prestazioni sanitarie²²¹.

²¹⁹ Sulla distinzione tra servizio e funzione pubblica R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, cit., 516 ss. secondo cui «si può infatti pensare (...) che le due coppie concettuali antinomiche diritti fondamentali o di libertà/diritti sociali e funzioni/servizi pubblici siano la doppia chiave di entrata e di analisi delle problematiche relative al diritto alla salute e che, sotto altro profilo — e pur con il relativismo nozionale di cui si è detto — l'antinomia funzione/servizio pubblico possa orientare anche verso un'altra direzione d'indagine, nel senso che i compiti pubblici riconducibili alla categoria del (mero) servizio sarebbero anche quelli dei quali lo Stato potrebbe definitivamente spogliarsi, grazie alla loro privatizzazione, a differenza di quanto può avvenire per ciò che è qualificabile come funzione, in quanto coesistente ai compiti primari e indisponibili dei pubblici poteri». Anche M. CONTICELLI, *Pubblico e privato nel settore sanitario*, Giuffrè, Milano, 2012, 229 ss.

²²⁰ G. BERLINGUER, *Una riforma per la salute. Iter e obiettivi del Servizio sanitario nazionale*, De Donato, Bari, 1979, 128.

²²¹ La regionalizzazione della materia sanitaria contribuì a conformare l'azione pubblica alla realizzazione degli obiettivi prefigurati in Costituzione. In questo senso si segnalano quale implementazione di tale progetto unitario il d.P.R. 4 genn. 1972, n. 4 e il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, concernenti il trasferimento alle Regioni a statuto ordinario di funzioni amministrative statali in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera. Con il primo di tali provvedimenti furono attribuite alle Regioni le funzioni esercitate dagli organi centrali e periferici dello stato in ordine a specifici settori (art. 2) e furono trasferiti alle stesse gli uffici dei medici provinciali e dei veterinari provinciali, nonché le attribuzioni dei consigli provinciali di sanità, dei consorzi provinciali antitubercolari, delle commissioni provinciali di vigilanza sugli ospedali psichiatrici e di altri organismi sanitari (art. 12); infine, altre funzioni, già di competenza statale, furono delegate alle Regioni, perché le esercitassero in conformità delle direttive statali (art. 13). Con il d.P.R. n. 616/1977, emanato in virtù della delega contenuta nella legge 22 luglio 1975, n. 382, venne completato il trasferimento delle competenze statali alle Regioni, e ciò avvenne non più in

Attorno a questi passaggi maturò ed emerse una nuova concezione di sistema sanitario ed un diverso approccio al tema della salute, che superando la logica categoriale o previdenziale, si apriva ad un modello universalistico quale espressione organizzata di quella più ampia forma di solidarietà in grado di attuare quell'obbligo costituzionale che è premessa dell'affermazione di un'eguaglianza veramente sostanziale. In tali termini l'assetto del sistema sanitario italiano si presenta tutt'altro che statico, influenzato com'è dal sostrato di una posizione giuridica soggettiva in continua evoluzione quale il diritto alla salute. Di questa dinamicità è espressione l'evoluzione stessa della legislazione sanitaria.

2.3.1. La legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale

Gli anni settanta rappresentano il punto di svolta nel riconoscimento del diritto alla salute, svolta realizzatasi attraverso una declinazione dei servizi per la tutela di tale bene fondamentale in funzione di una nuova concezione di salute, non più riducibile alla semplice equivalenza negativa data dall'assenza di malattia ma compendiata nella formula del complessivo benessere psicofisico della persona. Tale concezione, accompagnata dall'istanza universalistica ed egualitaria che le è sottesa, si è riflessa nella legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del Servizio sanitario nazionale che ha rappresentato «la cassa di risonanza del contenuto dell'art. 32 Cost.»²²².

relazione a particolari settori, specificamente indicati, bensì in virtù di una generale attribuzione delle funzioni relative alla materia "assistenza sanitaria e ospedaliera" (di cui all'art. 117 Cost.), definita e delimitata nell'art. 27 del citato d.P.R. Vennero poi indicate le funzioni di competenza dello stato (art. 30), quelle di cui era attribuita alle Regioni non la titolarità ma il solo esercizio, mediante delega (art. 31) e, infine, quelle attribuite ai comuni (art. 32) e alle province (art. 33).

²²² In questi termini F.A. ROVERSI MONACO, C. BOTTARI, *Art. 1 (I principi)*, in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Giuffrè, Milano, 1979, 12; A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 156-157; diversamente D. MORANA, *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione (riduttiva) dell'art. 32 Cost. nel primo «trentennio sanitario»*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 330 secondo cui il cambiamento radicale di prospettiva nella ricostruzione del concetto di salute è stato talmente forte da determinare «un capovolgimento – per così dire “sostanziale” – nei rapporti di forza tra previsione costituzionale ed intervento legislativo: nel senso, cioè, che la legge istitutiva del Ssn diventerà la lente attraverso la quale interpretare lo stesso art. 32 Cost. Le scelte di fondo operate dal legislatore offriranno il metro per misurare l'ampiezza della previsione costituzionale: il compito di tutela della salute affidato alla Repubblica dall'art. 32 Cost. si identificherà progressivamente con il modello sanitario nazionale delineato nel 1978».

Come ha scritto Angelo Mattioni «l'ordinamento del Servizio sanitario nazionale proposto dalla legge del 1978 [ha] riportato a condizione unitaria diritti di libertà e diritti sociali sotto un duplice profilo: direttamente inscrivendo in un rapporto di funzionalità e strumentalità diritti di libertà e certi diritti sociali – di prevenzione ad esempio – che non possono quindi non assumere un regime parimenti garantistico; indirettamente riportando al medesimo regime, per necessità esigenza logica, anche i più tradizionali diritti alle prestazioni sanitarie che diversamente sarebbero indebitamente sottratte alle medesime garanzie con la conseguenza che non risulterebbe adeguatamente tutelato il diritto»²²³.

La legge n. 833/1978 costituisce, in tali termini, il logico sviluppo di un'elaborazione che vede la salute come una componente integrante le qualità della persona, condizione per consentirne la piena esplicazione. Si tratta di un paradigma interpretativo strettamente connesso ad una lettura unitaria del testo costituzionale, capace di valorizzare il collegamento tra i valori – libertà e dignità della persona, eguaglianza e pluralismo – che costituiscono la cornice entro la quale sono maturati, quasi “naturalmente”, i principi e le linee direttive di un congegno normativo avente carattere strategico, in quanto destinato a realizzare un valore costituzionale, ossia un modo di essere dell'uomo e della società che viene offerto a modello di riferimento dalla Carta fondamentale²²⁴.

Il disegno riformatore rimanda dunque ad una condizione di complessità, indica un percorso in grado di superare la stratificazione dei problemi emersi, realizzando la natura promozionale del diritto²²⁵, ossia la capacità di incidere, mediante tecniche organizzatorie o incentivanti, in senso trasformativo sulla realtà per adeguarla ai principi costituzionali²²⁶. Ciò ha trovato espressione nei caratteri stessi della legge del 1978,

²²³ A. MATTIONI, *Salute, Corti e pubblica amministrazione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, cit., 19-20; già V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 561.

²²⁴ A. CORASANITI, *Artt. 1 e 2*, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1196; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 41 ss.

²²⁵ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1323 ss.

²²⁶ Tale funzione trova conferma nella previsione nell'art. 2 della legge di obiettivi che, pur connessi all'assistenza e ai servizi sanitari, costituiscono espressione di più ampie finalità di riforma sociale, attribuendo quindi al Servizio sanitario compiti di natura socio-assistenziale. Cfr. G. PASTORI, *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, in *Atti del Convegno nazionale su La Riforma sanitaria*, Milano 21-22 ottobre 1977, Giuffrè, Milano, 1978, 41 ss.

riassumibili in alcune parole chiave: organicità, universalità, programmazione e integrazione.

Organicità che emerge dalla natura di legge cornice della riforma, con la quale il legislatore si è assunto l'onere di delineare con precisione i principi, gli obiettivi, gli aspetti organizzativi e i momenti di coordinamento di un complesso di strutture, servizi e funzioni pubbliche da ricomporre ad unità dall'originaria condizione di dispersione.

Al carattere dell'organicità è connesso logicamente quello dell'universalità che può essere riguardato sotto due diverse angolature: facendo della pretesa alla tutela della salute un diritto soggettivo di cui sono titolari l'universalità delle persone, a prescindere dalla cittadinanza²²⁷, in quanto fondato su un titolo della legge che lo configura espressamente come diritto «di tutta la popolazione senza distinzione di condizione individuale e sociale (...) alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica» (art. 1, 3° co., l. n. 833/1978) e, al contempo, mettendone in rilievo la globalità quale attributo delle prestazioni offerte dal servizio sanitario²²⁸, che debbono essere soddisfatte «secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio», ovvero l'eguaglianza di trattamento.

Quello delineato dalla legge del 1978 è quindi un sistema, «tenuto a sostenere un diritto soggettivo volto ad ottenere prestazioni globali a destinatarietà universale realizzative di

²²⁷ In questo senso la consolidata giurisprudenza costituzionale è stata particolarmente esplicita nell'indicare che l'accesso ed il godimento del diritto spettano a tutti, indipendentemente dalla cittadinanza, in virtù del principio personalistico: così Corte cost., 24 maggio 1977, n. 103, in www.giurcost.org secondo cui «Cardine della riforma [del 1968], che con la richiamata normativa si è inteso attuare, appare la posizione profondamente diversa dal passato, riconosciuta all'infermo, cittadino o straniero, che abbisogni di ricovero e cure (...) In attuazione del principio del supremo interesse della collettività alla tutela della salute, consacrata come fondamentale diritto dell'individuo dall'art. 32 della Costituzione (sentenze n. 21 del 1964 e n. 149 del 1969), l'infermo assurge, nella novella concezione dell'assistenza ospedaliera, alla dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto, e che gli vien reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale». Così B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Aic, Cagliari 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli, 2010, 169 ss.; E. GROSSO, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, cit., 157 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettiva sovranazionale*, Giappichelli, Torino, 2013, 30 ss.

²²⁸ In tali termini la globalità si concreta nella tendenziale omnicomprensività delle prestazioni oggettivamente considerate (cura, prevenzione e riabilitazione ex art. 2, nn. 2, 3, 4), dei settori di intervento (alimenti, farmaci ex art. 2, nn. 6,7) o ancora dei soggetti tutelati (dagli anziani ai lavoratori, dalle donne ai bambini, passando per i malati di mente). Critici sulla singolare confusione tra obiettivi da conseguire, finalità generali, attribuzioni di competenze e risultati di attività compresi nella norma F.A. ROVERSI MONACO, C. BOTTARI, *Art. 2 (Gli obiettivi)*, in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 24.

eguaglianza sostanziale»²²⁹, che doveva trovare sostegno in un ambizioso disegno regolativo, esteso a soggetti, luoghi e momenti della vita individuale e associata esposti al rischio e conseguentemente bisognosi di particolare protezione²³⁰.

Tale ultimo aspetto del programma iscritto nel Sistema sanitario si esplica in una operazione perequativa a largo spettro che si converte, nell'immediato, in forme di sostegno a favore delle fasce deboli della popolazione, e, in termini prospettici, in procedure che incidono sull'esplicazione dell'azione pubblica in materia sanitaria attraverso dispositivi di partecipazione alle scelte e agli indirizzi delle politiche di settore.

In tale contesto la tutela della salute si espande, divenendo il cardine di un progetto volto a conseguire un insieme di obiettivi sociali – dalla sicurezza sul lavoro, alla procreazione responsabile sino all'integrazione delle persone disabili – da un lato, attraverso forme e strumenti di personalizzazione dell'azione di tutela sanitaria nell'«ambiente di vita e di lavoro» (art. 2, n. 5) volti a garantire i soggetti deboli (o indeboliti dalle condizioni personali o sociali in cui si trovano gettati) e, dall'altro, tramite forme di socializzazione dell'intervento sanitario, in grado di promuovere la partecipazione diretta dei soggetti ai programmi di educazione e prevenzione inerenti la salute²³¹. I due profili emergenti dal tessuto legislativo confermano la natura sociale del diritto alla salute che è tale se viene praticato e praticamente costruito²³².

Peraltro, in termini valoriali, il principio della globalità della copertura assistenziale appare strettamente legato al principio di sussidiarietà, inteso come criterio operativo funzionale ad elaborare risposte sociali, politiche ed amministrative corrispondenti al livello ed alla tipologia della domanda, dell'interesse e del bisogno della popolazione.

²²⁹ A. MATTIONI, *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 269; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 24 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 43-45; A. CATELANI, *Costituzione e ordinamento sanitario*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, I, cit., 449 ss.

²³⁰ Sul versante garantista della legge n. 833/1978 e della legislazione coeva (in materia di interruzione della gravidanza, salubrità dei luoghi di lavoro e salute mentale) si veda A. CORASANITI, *Artt. 1 e 2*, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1997-1205.

²³¹ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 61; A. CORASANITI, *Artt. 1 e 2*, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1204 secondo cui il profilo partecipativo trova conferma nelle previsioni della «Costituzione che non si limita a registrare uno stato di cose reale e a farne un valore, ma piuttosto ad additare valori muovendo dalla rilevazione della mancata realizzazione di essi ed esigendone la realizzazione».

²³² O. DE LEONARDIS, *In un diverso Welfare*, Franco Angeli, Milano, 1998, 175.

Per soddisfare il requisito della globalità dell'assistenza non si può infatti prescindere da una preventiva valutazione del livello della risposta assistenziale necessario ed adeguato a rispondere alla domanda dei cittadini.

Per tale motivo dalla finalizzazione della globalità delle prestazioni al pieno sviluppo della persona discendono gli altri principi che segnano la riforma, ovvero la programmazione²³³ e l'integrazione. È la stessa architettura complessiva della riforma a rendere necessaria la programmazione nel governo sanitario, la cui mancanza non avrebbe permesso di perseguire gli obiettivi indicati, a loro volta condizionati dalle risorse disponibili, dalla domanda di servizi e dalla stessa strutturazione pluralistica dell'ordinamento repubblicano. Solo una accurata programmazione avrebbe permesso di consolidare un sistema di servizi e prestazioni, per tre motivi essenziali: a) attraverso la programmazione si può pianificare l'allocazione adeguata delle risorse economiche disponibili; b) solo in un contesto di programma è possibile una oggettiva selezione dei bisogni di salute, nell'accezione di prestazioni, servizi e politiche sul territorio; c) solo con la programmazione si sarebbe potuta perseguire quella tendenza all'uniformità delle condizioni di salute sul territorio nazionale attraverso il superamento degli squilibri regionali²³⁴.

Dal punto di vista istituzionale il modello di governo fondato sulla programmazione comportava il coinvolgimento in una sorta di fase ascendente, nella determinazione degli obiettivi e dei criteri di implementazione, degli enti del pluralismo istituzionale, chiamati poi, nella fase discendente, a darvi attuazione²³⁵.

L'integrazione si realizzava, nelle linee essenziali della riforma, in senso verticale nel rapporto tra Stato ed enti locali e, in senso orizzontale, nel rapporto tra pubblico e

²³³ Sul punto L. VANDELLI, Art. 3 (*Programmazione di obiettivi e di prestazioni sanitarie*), in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978*, n. 833, cit., 26 che nota «In relazione alla materia sanitaria, il legislatore ha voluto, dunque, porre in rilievo (...) che questa nuova concezione si traduce in: a) una programmazione sanitaria non configurata come settorialmente isolata, ma, vista, all'opposto, in connessione armonica con la più generale programmazione economica nazionale, nell'ambito della quale ne sono determinati gli obiettivi; b) la definizione di tali obiettivi, spettante, ovviamente, allo Stato, non è calata dall'alto con metodo verticistico, ma viene effettuata coinvolgendo le regioni».

²³⁴ Sul sostanziale fallimento della programmazione si veda F.A. ROVERSI MONACO, *Il Piano sanitario nazionale nel coordinamento del servizio sanitario*, in *L'organizzazione del Servizio Sanitario nazionale*, Roma, 1981, 25 ss.; M. CAMMELLI, *Strategia e congiuntura: il finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, in *Il Mulino*, 1981, 6, 817-837; G. PASTORI, *L'attuazione del Servizio sanitario nazionale nei primi anni della riforma*, ivi, 838-849; anche M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 27 ss.

²³⁵ L. VANDELLI, Art. 53 (*Piano sanitario nazionale*), in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978*, n. 833, cit., 547 ss.

privato, il cui riconoscimento mirava allo scopo di dotare il Sistema sanitario di forme di pluralismo etico-sociale, tali da consentire all'utente di esercitare il proprio diritto alla salute non solo nei termini di una pretesa ad ottenere una prestazione tecnica conforme a *standard* qualitativi uniformi, ma anche un servizio offerto nel rispetto della concezione etica e morale di cui ciascuno è portatore²³⁶.

Sul piano organizzativo, l'approccio integrativo veniva perseguito attraverso la configurazione di un'amministrazione o servizio nazionale – il servizio sanitario nazionale – non quale nuovo soggetto giuridico, ma come modello organizzativo policentrico di esercizio coordinato di compiti pertinenti contemporaneamente a tutti i livelli istituzionali (art. 1, 3° co., legge n. 833/1978)²³⁷.

Per l'esercizio di tali funzioni furono costituiti appositi organismi, le unità sanitarie locali (Usl), istituite dalle regioni, ma qualificate quali strutture operative dei comuni, singoli o associati, o delle comunità montane (artt. 13 e 15, 1° co., legge n. 833/1978). L'insieme delle Usl andava a costituire una «rete completa», avente il compito di assicurare la «gestione unitaria della tutela della salute (...) sull'intero territorio nazionale» (art. 10, 1° co., legge n. 833/1978).

Cercando di sintetizzare quanto esposto, si può sostenere che, al di là dei limiti e dei fallimenti²³⁸, la legge n. 833/1978 abbia rappresentato uno strumento di riconoscimento di una responsabilità individuale e collettiva verso la salute intesa come bene comune (nel senso di *commons*) che ha trovato espressione compiuta nella connotazione sociale del fine, nella tutela delle varie dimensioni della persona e in una nuova concezione di salute che si è riflessa sulla struttura delle funzioni e dei servizi sanitari.

2.3.2. La razionalizzazione del sistema sanitario

²³⁶ In questi termini, nell'art. 1, la legge istituisce il Servizio sanitario come «complesso di funzioni, strutture, servizi ed attività» destinati alla protezione della salute, attribuendone l'attuazione agli enti a fini generali (Stato, regioni ed enti locali territoriali) nei limiti delle rispettive competenze e prescrivendo infine che nel servizio sanitario sia realizzato il collegamento e coordinamento di attività e interventi degli enti ed organismi pubblici con quelli «di tutti gli altri enti e organismi che svolgano nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute», comprendendovi anche le associazioni di volontariato e le organizzazioni mutualistiche.

²³⁷ La necessaria pertinenza della tutela della salute a tutti i livelli istituzionali è fatta discendere da un'interpretazione «pregnante» dell'art. 32 Cost. Così F.G. SCOCA, *Il governo regionale del servizio sanitario nazionale*, in *L'organizzazione del servizio sanitario nazionale*, Ragno, Roma, 1981, 42.

²³⁸ Per un quadro ampio M. FERRERA, G. ZINCONE (a cura di), *La salute che noi pensiamo. Domanda sanitaria e politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1987; R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit.; AA.VV., *1978-2008: trent'anni di Servizio Sanitario nazionale e trent'anni di Fondazione Smith Kline*, Il Mulino, Bologna, 2008.

I limiti e le incertezze nell'attuazione della legge n. 833/1978 vennero amplificati negli anni seguenti dalla assenza a livello nazionale di una gestione coerente della riforma.

Ai ritardi e alle debolezze normative, programmatiche e operative si aggiunsero altri elementi critici: dalle tensioni sulla spesa pubblica²³⁹ alla lottizzazione partitica delle strutture sanitarie, che aggravarono i fenomeni di inefficienza e di dispersione di risorse propri della gestione del settore.

A questa condizione si accompagnarono le strategie di contenimento dei costi sanitari adottate nel corso degli anni ottanta che sono state in larga misura condizionate dagli assetti istituzionali e dal *mix* pubblico/privato che si era venuto consolidando.

In questo contesto il legislatore giungeva ad approvare la legge delega n. 421/1992, a sua volta attuata con il successivo d.lgs. n. 502/1992, integrato e modificato dal d.lgs. n. 517/1993, che conteneva disposizioni di riordino del sistema sanitario che facevano leva sul binomio aziendalizzazione-regionalizzazione²⁴⁰.

Pur non superando integralmente la legge n. 833/1978, il d.lg. n. 502/1992 ha compiuto scelte organizzative radicalmente diverse, con l'evidente intento di reagire, in funzione dell'obiettivo precipuo del contenimento della spesa sanitaria, a quelle che erano state unanimemente indicate come le maggiori disfunzioni del modello di gestione politico-rappresentativo di cui al sistema precedente.

Nel governo sanitario si era ormai preso atto che i fattori organizzativi, gestionali e quelli tecnici influiscono in maniera determinante nella strutturazione dei servizi e sulle modalità attraverso le quali le prestazioni, in particolare quelle legate alla salute, vengono ad essere rese disponibili e fruite dai cittadini-utenti. Per rispondere a tali esigenze il processo di "aziendalizzazione"²⁴¹ e la progressiva regionalizzazione delle

²³⁹ La crescita verticale della spesa sanitaria pubblica negli anni ottanta (28.000 miliardi nel 1982 divenuti 95.000 nel 1992), l'incalzare della crisi valutaria, l'aumento dei costi di produzione, la crescita dei consumi (così la spesa farmaceutica passò da 4.600 miliardi a 16.300), l'incremento della spesa sanitaria pro-capite (da 131.000 del 1985 a 728.000 del 1992), unito ad una forte disomogeneità generale tra le varie regioni portarono il legislatore a ripensare ai meccanismi alla base del sistema.

²⁴⁰ R. BALDUZZI, *Sul rapporto tra regionalizzazione e aziendalizzazione in campo sanitario*, in *Quad. reg.*, 2008, 3, 1064 ss.

²⁴¹ Aziendalizzazione che si concreta nella trasformazione della Usl in aziende pubbliche, nella nomina dei loro direttori (che vengono a sostituire i comitati di gestione) da parte dei vertici regionali con ampio potere discrezionale e nella predisposizione di una forma parziale di separazione tra erogatori e acquirenti delle prestazioni sanitarie. Su cui R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99*, Giuffrè, Milano, 2001; A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2008

responsabilità nel comparto sanitario hanno rappresentato le chiavi di volta di una trasformazione che, a partire dall'inizio degli anni novanta, ha travolto e modificato il Servizio sanitario nazionale.

La politica sanitaria nel corso di quel decennio è stata caratterizzata da una forte spinta al decentramento, nella convinzione da parte del legislatore che l'attribuzione del potere decisionale, e delle conseguenti responsabilità finanziarie, a livello locale avrebbe potuto responsabilizzare maggiormente gli amministratori pubblici verso comportamenti di spesa virtuosi; queste scelte sono state accompagnate anche dalla sperimentazione di nuovi modelli organizzativi maggiormente concorrenziali tra fornitori di prestazioni (pubblici o privati convenzionati) con la finalità di creare una sorta di mercato sanitario regolato²⁴².

Nel corso degli anni novanta il riformismo sanitario è divenuto ambizioso nel perseguire l'obiettivo di una ristrutturazione di fondo della cornice istituzionale della sanità pubblica (anche nei suoi rapporti con la sfera privata), intesa a promuovere nuovi tipi di interazione tra fornitori e finanziatori, più imperniati sulla concorrenza e ispirati da una cultura di responsabilità e intraprendenza manageriale.

Così, la "riforma bis" e, cioè, il riordino degli anni 1992/1993, ha avuto come obiettivo generale quello di garantire ai cittadini di poter accedere su tutto il territorio nazionale ad una gamma di prestazioni di assistenza sanitaria predefinita, assicurando, nello stesso tempo, il rispetto dei vincoli di spesa pubblica determinati prospettivamente in funzione dell'andamento dell'economia nazionale²⁴³. Con tali provvedimenti si è inoltre determinato di riflesso il superamento del sistema organizzativo precedente, che è passato da un modello di servizio nazionale verticalmente integrato (caratterizzato dalla presenza di un ente, lo Stato, che interviene in più fasi del processo produttivo di beni e servizi sanitari), ad un modello misto ove i beni e servizi sanitari sono opera sia del

²⁴² La complessità di tali trasformazioni istituzionali nel contesto della struttura dei servizi sanitari derivava dalla necessità non solo di governare nuovi profili di una perdurante idea di salute come bene pubblico, ma anche di rispondere a nuove esigenze sociali capaci di incidere sulla tutela delle nuove esigenze emergenti nella popolazione. Sul punto A. PETRETTO, S. LORENZINI, N. SCICOLONE, *Il processo di decentramento sanitario tra passato e futuro*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2003, 39 ss.; A. CROSETTI, *Il Servizio sanitario. Profili organizzativi*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità, Trattato di Biodiritto*, cit., 217 ss.

²⁴³ I d.lgs. nn. 502/92 e 517/93 hanno delineato un sistema di regolazione e distribuzione delle risorse in campo sanitario, anche definito *planned market*, un sistema che non si limita a stabilire regole e vincoli per i soggetti pubblici e privati e di terzo settore, ma attribuisce ad alcuni suoi ambiti – lo Stato, le regioni, i livelli aziendali – il compito di definire, attraverso il piano, obiettivi e linee di azione per il sistema nel suo complesso o per le attività di loro specifica competenza.

pubblico che del privato. Si è venuta quindi ad affermare, in un'ottica sussidiaria, l'idea che fosse necessario instaurare un sistema di concorrenza tra istituzioni pubbliche e private in funzione del miglioramento della qualità del servizio offerto e in ossequio al principio della libertà di scelta del cittadino²⁴⁴.

In questi termini gli obiettivi di efficienza, economicità, e innalzamento della qualità professionale, fortemente tematizzati nei due decreti, vengono a comporsi con obiettivi di responsabilizzazione dei poteri locali, di valorizzazione delle risorse umane e sociali, di integrazione delle politiche e delle azioni organizzative e professionali, di partecipazione e controllo democratico sui temi della salute.

Si può sottolineare peraltro come l'aziendalizzazione della gestione sanitaria non abbia messo in causa il significato e la finalità del sistema sanitario quale portatore delle istanze dello Stato sociale nel campo della tutela della salute²⁴⁵. Il profilo organizzativo diviene infatti strumento per una utilizzazione ottimale delle risorse disponibili al fine di garantire livelli uniformi ed essenziali di assistenza alle prestazioni da garantire a tutti i cittadini, nel contempo, l'introduzione di forme di compartecipazione finanziaria da parte degli utenti ha modulato i costi di accesso alle prestazioni sanitarie in base a criteri di efficacia ed equità²⁴⁶, riservando la gratuità totale solo a un numero circoscritto di cittadini che si trovano in particolare stato di bisogno²⁴⁷.

²⁴⁴ A. MATTIONI, *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 297 ss. secondo cui «Dai provvedimenti di riordino emerge un Servizio – in cui le istituzioni non pubbliche accanto a quelle pubbliche sono acquisite al solo fine di una razionalizzazione territoriale – che continua ad essere governato dalla programmazione e che seleziona prestazioni sanitarie, non necessariamente integrate con quelle socio-assistenziali e non necessariamente unitariamente imputate – sulla base di un precostituito fabbisogno finanziario messo a disposizione, alle quali accede l'universalità dei soggetti, ai quali può essere chiesto di partecipare anche finanziariamente».

²⁴⁵ Tuttavia qualche rischio emergeva dalla previsione dell'art. 1 d.lgs. n. 502/1992 laddove si stabiliva che l'individuazione degli obiettivi fondamentali di prevenzione, cura e riabilitazione, nonché i livelli di assistenza da assicurare in condizioni uniformi avvenisse in coerenza con l'entità del finanziamento assicurato al Servizio sanitario nazionale, determinando quindi un condizionamento oggettivo delle prestazioni offerte alle risorse finanziarie disponibili. Così B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARO (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002, 103.

²⁴⁶ La riforma difatti assicura una declinazione dell'universalità nella forma dei livelli essenziali e uniformi di assistenza che selezionano ed assicurano le prestazioni idonee, sulla base delle acquisizioni scientifiche, a soddisfare ai bisogni di salute, dando accesso a cure e assistenza delle quali è garantita qualità e appropriatezza secondo criteri di equità, che dell'eguaglianza rappresenta una specificazione. Cfr. A. MATTIONI, *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 300.

²⁴⁷ Ciò ha portato ad una graduale ridefinizione della cittadinanza sanitaria: per cui si è passati da un'idea di universalità "forte" che poteva sintetizzarsi con il modello del "tutto a tutti a prescindere dai bisogni",

Tuttavia i problemi che si volevano risolti con le riforme dei primi anni novanta permanevano creando evidenti distorsioni: così, ad esempio, i trasferimenti di risorse finanziarie dallo Stato alle regioni che avevano come riferimento la spesa storica anziché l'effettiva domanda; l'incapacità delle stesse regioni di gestire in modo efficiente il funzionamento dei servizi e delle prestazioni²⁴⁸, inoltre il processo di aziendalizzazione che era rimasto incompleto, soprattutto in relazione alla limitata autonomia del *management* rispetto agli indirizzi del Piano sanitario regionale.

In tale contesto il legislatore era stato costretto ad intervenire, tra il 1994 e il 1996, con provvedimenti parziali volti a “migliorare”, ed in certi casi a “supplire”, le disposizioni contenute nei due decreti di riforma, utilizzando come strumento i c.d. “collegati” alle leggi finanziarie.

I limiti²⁴⁹ dei d.lgs. nn. 502/1992 e 517/1993 sono quindi gradualmente emersi, rendendo ineludibile la definizione di nuovi orientamenti di politica sanitaria, che hanno

caratterizzato dalla sostanziale uniformità organizzativa sull'intero territorio nazionale, a un'idea di universalità “mitigata”, ben rappresentata dal modello delle “prestazioni necessarie ed appropriate a chi ne ha bisogno”, caratterizzato dalla possibilità di differenziazione organizzativa nei singoli territori, ferma restando la garanzia del progressivo superamento delle disuguaglianze e degli squilibri sociali e territoriali, finalità assicurata anche in sede di programmazione sanitaria. Sul punto le riflessioni di G. MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale*, cit., 992 ss.

²⁴⁸ La subordinazione delle politiche sanitarie agli obiettivi di finanza pubblica ha fatto da contrappasso al loro progressivo trasferimento nelle competenze di Regioni che hanno visto aumentare formalmente i propri poteri di organizzazione nella perdurante assenza di autonomia finanziaria nei confronti di un governo centrale che ha mantenuto la responsabilità del finanziamento *ex ante* e si è riservato sempre più ampie discrezionalità di intervento *ex post* sui disavanzi. Le politiche sanitarie elaborate a livello nazionale si sono quindi principalmente configurate come il corollario organizzativo dei patti finanziari stabiliti fra Stato e Regioni aventi ad oggetto gli interventi per il rispetto dei tetti di spesa posti come condizione per ricevere i trasferimenti dallo Stato. Cfr. F. TARONI, *Politiche sanitarie in Italia. Il futuro del SSN in una prospettiva storica*, Il Pensiero scientifico, Roma, 2011, 320 ss.

²⁴⁹ Così, ad esempio, un effetto tangibile dell'aziendalizzazione si è avuto sulla strutturazione dei servizi di salute mentale che sono stati travagliati dal cd. ‘gigantismo istituzionale’, ovvero dalla creazione di servizi dotati di un elevato numero di operatori, strutture e competenti su un ampio bacino d'utenza. Tale condizione ha ingenerato delle conseguenze non controllabili in termini di gerarchizzazione endo-strutturale, di incapacità di razionalizzazione, di burocratizzazione e centralizzazione delle attività non solo amministrative ma anche prestazionali con ricadute sul livello di efficienza del servizio per gli utenti, specie quelli più fragili. La trasformazione dei D.s.m. da strutturali – con gestione di *budget* autonoma – a tecnico-funzionali, venne a rafforzare il ruolo dei direttori generali delle Asl in merito all'allocazione delle risorse finanziarie alle Unità funzionali, ora detentrici di *budget*, favorendo un ulteriore processo di diversificazione tra di esse. Introducendo tetti di spesa e bilanci definiti, l'aziendalizzazione spingeva i responsabili dei servizi a pensare in termini quantitativi, sopravvalutando il peso dei momenti ospedalieri e farmacologici dell'intervento, e sottostimando la rilevazione di molte attività territoriali: ad esempio rispetto ai centri diurni, sede di attività fortemente personalizzate, ma finanziati esclusivamente in base al numero di presenze giornaliere degli utenti. L'ampia e pressoché esclusiva utilizzazione di metodi quantitativi nella valutazione rinviava ad una tendenza riduzionista nella lettura dei bisogni e nelle modalità di intervento, riducendo lo spazio per un'analisi della dimensione soggettiva del disagio mentale e dei meccanismi che determinavano il tipo di domanda, che la codificavano in determinate diagnosi e strutturavano l'organizzazione e le modalità della risposta. In questi termini P.F. GALLI,

trovato, verso la fine degli anni novanta, contestuale espressione nel Piano sanitario nazionale per il triennio 1998-2000 e nella legge n. 419/1998 di delega al Governo per la razionalizzazione del Ssn e nel relativo decreto legislativo.

Con il d.lgs. n. 229/1999 si è inteso quindi riproporre, in una versione razionalizzata, la cultura, le finalità e le idealità proprie della riforma del 1978²⁵⁰: si iscrive in tale contesto la sussunzione delle attività di tutela della salute entro la categoria di funzione pubblica realizzativa del diritto soggettivo attribuito alla universalità delle persone, di cui si garantisce la libertà e la dignità. È con il d.lgs. n. 229/1999 che si è cercato di agganciare le prestazioni alle effettive esigenze delle persone, creando quel meccanismo di garanzia voluto dal legislatore: infatti, da una parte si definiscono i tipi di prestazione erogati in senso uniforme con precedenza a quelle “essenziali”, dall’altra parte, si introducono criteri per la definizione contestuale dei livelli e delle risorse finanziarie destinate al Ssn.²⁵¹; infine, si delineano i principi e i criteri che consentano di procedere alla individuazione delle prestazioni c.d. essenziali. Criteri che vengono definiti di “pertinenza”, “efficacia”, “appropriatezza”, tutto commisurato alle condizioni cliniche del paziente e riferito al sistema organizzativo, cioè all’idoneità del modello di erogazione²⁵².

L’aziendalizzazione nei Dipartimenti di salute mentale, in *Psicoterapia e Scienze umane*, 2006, 1, 87 ss.; R. PICCIONE, *Il futuro dei servizi di salute mentale in Italia. Significato e prospettive del sistema italiano di promozione e protezione della salute mentale*, Franco Angeli, Milano, 2004, 222 ss.; P.L. SCAPICCHIO, M. TRABUCCHI (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Il Mulino, Bologna, 1999, 25 ss.

²⁵⁰ G. GIARELLI, *Convergenza e divergenza nelle riforme dei servizi sanitari nazionali euro-mediterranei*, in G. VICARELLI (a cura di), *Regolazione e governance nei sistemi sanitari europei*, Il Mulino, Bologna, 2011, 39 secondo cui «Assieme al II Piano sanitario nazionale 1998-2000 [la riforma operata con il d.lgs. 229 del 1999] avrebbe dovuto rappresentare forse uno dei tentativi più ambiziosi in Europa di creare un quadro di regolamentazione dettagliata, basato sui quattro pilastri strategici dei piani sanitari regionali, del processo di accreditamento istituzionale, della valutazione di qualità delle cure e della promozione di forme di integrazione socio-sanitaria a livello istituzionale, organizzativo e professionale». Anche V. MAPELLI, *Tre riforme sanitarie e ventuno modelli regionali*, in L. BERNARDI (a cura di), *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2000*, il Mulino, Bologna, 2000, 299-327.

²⁵¹ In questi termini la riforma *ter* del 1999 si iscrive nella logica del 1978 per quanto attiene al rapporto tra bisogni e risorse; ai bisogni viene data risposta tramite la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni al cui soddisfacimento si provvede con le risorse necessarie contestualmente messe a disposizione. Tale impostazione, superando quella adottata con il riordino del 1992/1993, impone che le risorse seguano l’oggettiva rilevazione dei bisogni che si decide di soddisfare con l’indicazione dei livelli essenziali in una logica che non vuole condizionare le prestazioni alla disponibilità dei mezzi.

²⁵² L’appropriatezza nelle fonti comunitarie e nell’ordinamento interno è stata studiata in particolare da R. BALDUZZI, *L’appropriatezza in sanità: il quadro di riferimento legislativo*, in AA.VV. (a cura di), *L’appropriatezza in sanità: uno strumento per migliorare la pratica clinica, Rapporto sanità 2004*, Il Mulino, Bologna, 2004, 73 ss.; un approfondimento alla luce del d.lgs. n. 229/1999 è curato da L. VANDELLI, *Art. 1*, in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Maggioli, Rimini, 2000, 38 ss.; F. TARONI, *Livelli essenziali di assistenza: sogno, miraggio o nemesi ?*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia. 2000*, Il Mulino, Bologna, 2000, 27 ss.

Sul piano organizzativo la riforma delinea un sistema sanitario integrato dove le responsabilità programmatiche sono attribuite sia al governo centrale che agli enti locali, definendo in tal modo un modello di cooperazione amministrata. Da questo momento, infatti, le regioni concorrono alla definizione del Piano sanitario nazionale²⁵³ e a loro volta i comuni sono responsabili dell'organizzazione dei servizi, attraverso la definizione dei distretti, nella maniera più utile per i cittadini.

Sotto il profilo del servizio pubblico sanitario, la “storia” del processo di aziendalizzazione ha avuto come ultima tappa il superamento del timore espresso da più parti che il rischio di creazione di un mercato “interno” al Ssn, attraverso la tendenziale separazione tra aziende Usl-acquirenti e aziende ospedaliere-fornitrici di servizi, potesse svuotare dei propri contenuti il servizio sanitario pubblico e la stessa professione medica²⁵⁴; solo il d.lgs. n. 229/99, mediante l'introduzione dei livelli uniformi ed essenziali di assistenza legati al concetto di appropriatezza, ha stabilizzato gli effetti già avviati nel 1992, valorizzando l'attenzione per le soluzioni organizzative. Sgombrato il campo da ogni dubbio sulla *mission* di pubblico servizio (integrato dagli operatori privati), quello che fino al 1998 era il principale rischio di trasfigurazione per il Ssn. (l'azienda in sanità) si è perciò trasformato in un obiettivo da verificare e completare in

²⁵³ Il Piano sanitario nazionale, di impostazione profondamente innovativa e centrata sugli obiettivi di salute, afferma che gli interventi in merito ai determinanti non sanitari della salute (fattori ambientali, sociali, economici, ecc.) richiedono un coordinamento intersettoriale, a livello governativo regionale e locale, che deve tradursi in strategie condivise per obiettivi comuni, e che l'integrazione delle responsabilità e delle risorse rappresenta quindi una condizione essenziale per migliorare l'efficacia degli interventi. Con il d.lgs. n. 229/99, il sistema evolve verso modelli più articolati e promozionali rispetto al complesso delle risorse *profit* e *no profit*, secondo modalità, strumenti e metodi propri della pianificazione strategica, di una pianificazione che valorizza il coinvolgimento, assumendo un carattere processuale attraverso la creazione di reti di connessione e di coordinamento con i soggetti che operano nel settore in termini sinergici.

²⁵⁴ Così in Inghilterra dove il governo conservatore aveva varato nel 1991 una profonda riforma del *National Health Service* mirante proprio all'introduzione di un “mercato interno” fra compratori e fornitori. Nel nuovo sistema le strutture amministrative decentrate del servizio (*District Health Authorities*), rette da *managers*, avrebbero dovuto utilizzare le proprie risorse finanziarie comprando servizi dagli ospedali pubblici o privati accreditati (in competizione fra loro), in base a considerazioni di costo-efficacia. Allo stesso tempo, i medici di base venivano incoraggiati a raggrupparsi in studi associati gestori di fondi pubblici (*fundholding practices*), ai quali era delegata la responsabilità di comprare sul mercato sanitario e all'interno del proprio budget predefinito un certo numero di prestazioni per i propri assistiti (visite specialistiche, accertamenti diagnostici, alcune prestazioni ospedaliere e di assistenza infermieristica). Agli ospedali pubblici era consentito di trasformarsi in *trusts*, abilitati a decidere in larga autonomia sulla gestione interna, incluse le retribuzioni dei dipendenti. La riforma del 1991 ha operato una netta separazione tra finanziatori o compratori pubblici da un lato (*District Authorities* e *Fundholders*) e fornitori, dall'altro, incoraggiando relazioni di mercato fra le due classi di attori. Sul punto E. IMMERGUT, *Health politics. Interests and institutions in Western Europe*, Cambridge, 1992; S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, Franco Angeli, Milano, 2006, 46 ss.

termini orientati ad una forte funzione pubblica soprattutto a livello di forme di gestione²⁵⁵.

In questo contesto, in coerenza con lo sviluppo di significative forme di integrazione socio-assistenziale, si viene a strutturare un sistema di governo della salute in cui, sia pure in via embrionale, trovano considerazione anche il ruolo del volontariato e delle espressioni del pluralismo etico-culturale²⁵⁶.

In conclusione, si può delineare uno sviluppo progressivo ed unitario nelle politiche sanitarie, laddove alla definizione nella legge n. 833/1978 dei diversi livelli di governo e dei rispettivi ambiti operativi, strutturali e funzionali, è seguita con il d.lgs. n. 502/1992 la fase di regionalizzazione e aziendalizzazione del settore²⁵⁷, obiettivo razionalizzato dal d.lgs. n. 299/1999 con il fine di responsabilizzare i diversi livelli di governo e gli operatori coinvolti attraverso forme di coordinamento ed integrazione definiti dal piano sanitario nazionale e da quelli regionali.

In questi termini la più rilevante novità delle riforme legislative *post* 1978 è stata rappresentata dalla nuova strutturazione dei rapporti tra Stato e regioni in campo sanitario, in cui la programmazione della politica sanitaria – in virtù del Piano sanitario nazionale, della definizione degli obiettivi fondamentali di prevenzione, cura e riabilitazione, di quella delle linee di indirizzo del Ssn – si è realizzata attraverso una procedura di ‘concertazione’ tra i due livelli di governo, centrale e regionale, volta a garantire l’universalità e uniformità delle prestazioni in un contesto razionalizzato²⁵⁸.

²⁵⁵ E. MENICETTI, *L’aziendalizzazione del Servizio sanitario nazionale: profili di organizzazione e ruolo della dirigenza*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *L’aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99*, cit., 77 ss.; F. TOTH, *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 64 ss.

²⁵⁶ Per tutti G. VERARDO, *Le organizzazioni del volontariato e gli altri soggetti del terzo settore quali attori del servizio integrato dei servizi sociali e del sistema sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 233 ss.; C. BORZAGA, L. FAZZI (a cura di), *Del no profit sociosanitario*, Franco Angeli, Milano, 2006.

²⁵⁷ Tale provvedimento è stato accompagnato da un progetto di riordino della sanità economicista, nella misura in cui, nel progetto originario, le attività del Ssn erano condizionate dalle risorse messe a disposizione, sicché la pretesa alla prestazione sanitaria sembrava degradare da diritto soggettivo a mero interesse legittimo, subordinato alla discrezionalità e alle esigenze dell’ente pubblico. Come sottolineano N. DIRINDIN, C.M. MARCHISIO, *Il Servizio sanitario nazionale: una sanità all’avanguardia, ma non ancora integrata con il settore sociale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent’anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 138 «[La riforma] del 1992/93 sancisce di fatto la superiorità delle condizioni di bilancio rispetto alla tutela della salute; la seconda, quella del 1999, inverte i termini introducendo il concetto dell’appropriatezza e del governo della spesa quale strumento per rendere compatibili i vincoli di risorse con i principi della legge n. 833/1978».

²⁵⁸ M. FERRERA, F. MAINO, *Le politiche sanitarie*, in M. FERRERA (a cura di), *Le politiche sociali*, il Mulino, Bologna, 2006, 171-226.

2.3.3. La riforma del Titolo V e la salute

I principali interventi di modifica del sistema sanitario, prima del 2001, erano stati realizzati a Costituzione invariata, come se i criteri organizzativi, le modalità di finanziamento e la determinazione delle prestazioni non venisse ad incidere sulla definizione e il contenuto del diritto alla salute.

Tuttavia il processo di progressiva regionalizzazione delle competenze sanitarie aveva creato alcune disarmonie con il quadro costituzionale che pure attribuiva, in via concorrente, una parte rilevante della tutela del diritto alla salute, ossia l'«assistenza sanitaria ed ospedaliera», alle regioni²⁵⁹.

Si erano infatti determinate alcune contraddizioni nel governo della sanità, ove a spinte accentratrici da parte dell'esecutivo nazionale erano succeduti interventi normativi e accordi volti al decentramento e favorevoli all'autonomia regionale. La legislazione regionale, peraltro, permaneva astretta tra leggi-cornice e principi fondamentali ricavati dalla normativa nazionale vigente, il che determinava non poche difficoltà interpretative e un rilevante contenzioso costituzionale. A ciò si deve aggiungere che, al di là delle dichiarazioni di principio contenute nelle riforme sanitarie, il ruolo statale è rimasto preponderante, arrivando persino ad invadere gli esigui spazi che residuavano alla legislazione regionale, mediante norme cedevoli, cioè efficaci sino all'entrata in vigore delle norme regionali.

Tale condizione emerge dal confronto tra il decreto delegato n. 112/1998 e la riforma prevista dal d.lgs. n. 229/1999, provvedimento quest'ultimo dissonante rispetto all'obiettivo di regionalizzazione del sistema conferitogli dalla legge delega, volto a delineare un ruolo puramente sussidiario dell'istanza statale.

Il conferimento delle funzioni al livello regionale e comunale è risultato fortemente condizionato da un assetto organizzativo già determinato nella normativa nazionale vigente o da emanarsi in attuazione di essa, cosicché la legislazione regionale si è fatta interprete del decentramento come momento di autoriforma delle proprie

²⁵⁹ L'«assistenza sanitaria ed ospedaliera» rappresentava sostanzialmente solo una parte delle attività di tutela della salute di cui all'art. 32 Cost., risolvendosi nelle prestazioni di «servizi sanitari la cui erogazione postula una domanda autonoma da parte dell'amministrato». Cfr. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistemativi*, cit., 98; R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg.*, 2002, 1, 65 ss.; per uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale M. SICLARI, *Le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute e di diritto all'assistenza*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARÉ (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 111 ss.

amministrazioni per l'esercizio delle competenze non disciplinate direttamente dalla riforma "Bindi".

Il d.lgs. n. 229/1999 dà luogo a "straripamenti normativi" nel riordino della legislazione del 1992/1993, segnando un regresso, nel contesto delle competenze istituzionali nella tutela della salute, rispetto alla progressiva ed estensiva interpretazione delle attribuzioni alle Regioni delle funzioni legislative ed amministrative nell'organizzazione e nell'assistenza sanitaria. Nella razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, ogni livello di intervento (Stato, Regioni, Comuni, Aziende sanitarie e soggetti erogatori privati) viene infatti minuziosamente disciplinato, sia negli aspetti organizzativi, che in quelli istituzionali, o ancora in quelli funzionali attinenti al sistema di erogazione delle prestazioni, lasciando ben poco spazio alle competenze regionali²⁶⁰.

Ulteriore espressione di tale fenomeno è apparsa l'approvazione del d.lgs. n. 56/2000, di attuazione del "federalismo fiscale", il cui obiettivo era l'estinzione del Fondo sanitario nazionale (FSN)²⁶¹, accompagnata al riconoscimento di autonomia alle regioni nel rispetto dei principi fondamentali di universalità ed uniformità dell'erogazione. A tale provvedimento ha fatto seguito l'accordo dell'8 agosto 2001 tra Stato e regioni che, pur definendo le dimensioni del finanziamento e i correlati impegni volti a responsabilizzare il livello regionale, si è tradotto in una indebita ingerenza del livello centrale nelle competenze regionali²⁶².

Sul piano della distribuzione delle competenze istituzionali per mezzo delle quali assicurare le funzioni ed i compiti rivolti alla tutela della salute l'orientamento della

²⁶⁰ In nome dell'uniformità del Servizio, si assiste quindi ad un "inusitata restrittività" degli spazi legislativi ed amministrativi regionali (cui si accompagnano le previsioni sull'esercizio dei poteri sostitutivi) proprio in una materia che doveva costituire il terreno di più avanzata sperimentazione dell'autonomia regionale. Cfr. G. CILIONE, *Il trasferimento delle funzioni in materia sanitaria*, in *Istituzioni del federalismo*, 2001, 5, 983 ss.

²⁶¹ Al riguardo le risorse del Fondo sanitario nazionale dovevano essere sostituite da una pluralità di fonti di finanziamento rappresentate dall'Irap, dalla confermata possibilità per le Regioni di imporre addizionali, ma incrementate, sull'Irpef, dall'aumento della compartecipazione delle benzine, dalla compartecipazione al gettito dell'Iva, da entrate proprie e, per importi residuali, da integrazioni a carico dello Stato. Al contempo alle nuove forme di finanziamento della sanità si accompagnava un apposito fondo di perequazione, necessario per allineare le differenze tra le Regioni, che tenesse conto delle diverse capacità fiscali per abitante e dei fabbisogni sanitari presenti nelle diverse realtà territoriali. Tuttavia «il decreto n. 56 è entrato, o meglio non è mai uscito da uno stadio di "letargo giuridico", e può considerarsi oramai superata la sua impostazione del sistema di federalismo fiscale». Così B. VITIELLO, *La Sanità pubblica: specchio della realtà dei rapporti Stato-Regioni (con riferimenti alla finanziaria 2007)*, in *Istituzioni del federalismo*, 2006, 6, 964.

²⁶² E. CARUSO, N. DIRINDIN, *La sanità nel 2005: il rigore finanziario tra adempimenti, allarmi e crociate per la salute*, in M.C. GUERRA, A. ZANARDI (a cura di), *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2006*, Il Mulino, Bologna, 2006, 101 ss.

legislazione è stato quanto mai ondivago: si è passati dalla legge n. 833/1978 che ne ha investito, con differenti regolazioni dell'intensità dell'attribuzione, i comuni, le regioni e lo Stato stesso, al riordino del 1992/1993 che ha portato all'estromissione degli enti locali a cui ha fatto da contraltare l'attribuzione alle regioni delle funzioni legislative ed amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera (ex art. 2 d.lgs. n. 502/1992). Per finire con la razionalizzazione del 1998/1999²⁶³, che, pur in termini contraddittori²⁶⁴, ha visto la conferma della regionalizzazione della sfera sanitaria accompagnata da un riequilibrio delle competenze nei confronti dei comuni.

Un primo passo verso una nuova definizione a livello costituzionale dei rapporti istituzionali nel governo del settore sanitario è compiuto con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del Titolo V della Costituzione²⁶⁵.

La riforma ha profondamente modificato l'assetto delle competenze tra Stato e regioni in una prospettiva di «pluralismo istituzionale paritario»²⁶⁶, fornendo a queste ultime un nuovo ruolo e ulteriori occasioni di crescita del proprio intervento in materia sanitaria.

L'impianto costituzionale originario, infatti, nel quadro di una competenza generale dello Stato, prevedeva una precisa elencazione di materie su cui le regioni avevano competenza esclusiva, pur nei limiti sia dei principi fondamentali sia dell'interesse nazionale. Il riformato art. 117 Cost., invece, contiene un elenco delle materie esclusive

²⁶³ L. VANDELLI, *Introduzione a La razionalizzazione del servizio sanitario nazionale: novità e prospettive*, in *San. pubbl.*, 1999, 2, 159 ss.

²⁶⁴ Parte della dottrina non ha mancato di rilevare come la compressione dell'autonomia regionale e la sostanziale "ricentralizzazione" della sanità, si ponesse in forte tensione ed in discontinuità con criteri informativi delle riforme "Bassanini", tanto che l'auspicata razionalizzazione si era trasformata nell'occasione per restituire al centro funzioni precedentemente trasferite alle regioni. Così C. BOTTARI, *Editoriale*, in *San. pubbl.*, 1999, 9, 1073 ss.; G. GARDINI, L. ZANETTI, *Editoriale*, *ivi*, 1999, 3, 381 ss.

²⁶⁵ Sul punto, senza alcuna esautività, A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002; S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Il Mulino, Bologna, 2003; C. BUZZACCHI, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Giuffrè, Milano, 2003; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni ed autonomie tra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002; P. CARETTI, *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2003; T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002; più di recente S. MANGIAMELI, *Lecture sul regionalismo italiano. Il titolo V tra attuazione e riforma della riforma*, Giappichelli, Torino, 2011; W. NOCITO, *Dinamiche del regionalismo italiano ed esigenze unitarie*, Giuffrè, Milano, 2011; M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012; N. VICECONTE, *La giustizia costituzionale e il nuovo regionalismo*, Giuffrè, Milano, 2013; C. DE FIORES, *Le trasformazioni dello Stato regionale*, Esi, Napoli, 2013.

²⁶⁶ M. CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, 454.

statali e assegna in via residuale al potere regionale le materie innominate, contemplando anche una serie di materie concorrenti disciplinate nei loro principi fondamentali dallo Stato e nel dettaglio dalle regioni.

Con riguardo al tema della sanità, l'art. 117 conferma l'assistenza sanitaria come materia di legislazione concorrente, seppur ridefinendola, in modo più comprensivo, come «tutela della salute» (art. 117, 3° co., Cost.), così da racchiudervi anche gli interventi in materia di igiene e sanità pubblica. Quindi, oltre ad aversi una potestà più intensa, è l'oggetto stesso della competenza regionale ad essere più ampio, dal momento che la tutela della salute non riguarda solo gli aspetti acuti di protezione del diritto, ma anche le altre attività di prevenzione e di cura che mirano al benessere fisico e psichico della popolazione²⁶⁷.

In questi termini l'ambito di disciplina della potestà regionale è risultato esteso fino a comprendere tutti gli aspetti inerenti la garanzia del fondamentale diritto alla salute, il che si è esplicato comunque nei limiti del concorso vincolato di fonti che assegna allo Stato la definizione dei principi fondamentali quale parte necessaria della legislazione²⁶⁸.

Va sottolineato, peraltro, che la competenza legislativa regionale, anche nelle materie residuali, subisce condizionamenti da parte del potere statale in virtù del ruolo giocato dalle materie trasversali²⁶⁹: materie (definite anche materie-non materie o materie-funzioni²⁷⁰) che, nella dinamica della ripartizione di competenze fissata nell'art. 117

²⁶⁷ Così L. CUOCOLO, A. CANDIDO, *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 10.

²⁶⁸ La stessa Corte costituzionale, pur accogliendo la tesi dell'obbligatorietà dei principi fondamentali, ne ha attutito l'effetto stabilendo la possibilità di desumerli anche dalla legislazione statale esistente. Cfr. Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2006 ss..

²⁶⁹ Alle tensioni fra livelli ora equiordinati di governo si è così aggiunto un ulteriore elemento di complessità determinato dal passaggio delle competenze regionali da una materia definita 'oggetto', come l'assistenza sanitaria ed ospedaliera, a una materia qualificata di 'scopo', come la tutela della salute, che ha reso più incerti e mutevoli i confini delle nuove competenze regionali in quanto tende ad intrecciarsi con numerose altre competenze enumerate dall'art. 117 Cost. sia in via esclusiva, come per esempio la tutela dell'ambiente e la profilassi internazionale, sia concorrenti, come ad esempio la sicurezza alimentare, la tutela e sicurezza del lavoro e la ricerca scientifica.

²⁷⁰ Definizione determinata dalla circostanza che le materie trasversali indicano gli ambiti in cui sono raccolti e intrecciati tra loro interessi molteplici che mettono capo a competenze differenziate, distribuite tra enti locali, regioni e Stato, con riferimento alle quali la giurisprudenza costituzionale ha fatto applicazione del criterio della prevalenza, secondo cui nel caso di «concorso di competenze si deve (...) verificare se una tra le materie interessate possa dirsi dominante, in quanto nel complesso normativo sia rintracciabile un nucleo essenziale appartenente ad un solo ambito materiale ovvero le diverse disposizioni per seguano una medesima finalità» (Corte cost. 23 dicembre 2003, n. 370, in *Giust. civ.*, 2004, I, 870; Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 50, in *Giur. cost.*, 2005, 461; Corte cost., 1 giugno 2006, n.

Cost., se, da un lato, conferiscono allo Stato una ampia potestà volta al fine di garantire *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, dall'altro, rendono effettiva la concorrenzialità della competenza (o meglio superano una visione rigida della separazione delle competenze), ponendo su un piano di parità Stato e regioni, senza che le funzioni dell'uno possano assorbire quelle delle altre²⁷¹.

Nella materia sanitaria, le esigenze di uguaglianza e di parità di trattamento, da un lato, e le istanze di decentramento e di autonomia, dall'altro, trovano equilibrio attraverso la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, 2° co., lett. m, Cost.), materia trasversale di esclusiva competenza dello Stato che si mostra fondamentale per garantire la tutela del diritto alla salute, così come sancito dall'art. 32 della Carta fondamentale²⁷².

L'importanza di tale potestà si sostanzia nella legittimazione a «porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»²⁷³, il che consente allo Stato di ergersi a

213, in *www.giurcost.org*). Sul punto G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 461 ss.

²⁷¹ U. DE SIERVO, *Corte costituzionale e materia sanitaria*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, cit., 95 ss.; anche F. TARONI, *Aspettando il federalismo ?*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 264 ss.

²⁷² Nell'economia dell'opera non si affronterà in maniera completa l'importante tematica dei «livelli essenziali delle prestazioni», dal momento che ciò richiederebbe una separata trattazione dei numerosi aspetti non solo sanitari, ma anche, più in generale, sociali. Si rinvia pertanto a lavori recenti V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino, 2008; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bononia University Press, Bologna, 2008; R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili: un nodo costituzionale ?*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, 71 ss.; L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 103 ss.

²⁷³ Così Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, cit.. In dottrina, E. BALBONI, *Il concetto di «livelli essenziali e uniformi» come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2001, 1103 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *San. pubbl.*, 2002, 1025 ss.; C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 881 ss.

garante dell'uniformità e della qualità dell'erogazione del servizio sanitario per tutti i cittadini della Repubblica e dei suoi contenuti essenziali a tutela del diritto alla salute²⁷⁴. Il nuovo riparto di competenze si struttura necessariamente su un meccanismo di costante contrattazione e collaborazione inter-istituzionale, che vede lo Stato dettare i principi fondamentali in materia di «tutela della salute», nonché garantire l'uniformità nel godimento di tale diritto e le Regioni, invece, svolgere una funzione di costruzione, organizzazione e controllo, nel rispetto delle norme statali, dei rispettivi sistemi sanitari, proponendosi quali «attrici delle differenziazioni»²⁷⁵. Sicchè, in ultima analisi, la riforma costituzionale non sembra aver scalfito i penetranti poteri statali di intervento in materia sanitaria, quanto piuttosto aver rafforzato le garanzie di partecipazione delle Regioni, attraverso la Conferenza Stato-Regioni²⁷⁶, a procedimenti decisionali che rimangono ancora saldamente nelle mani dello Stato²⁷⁷.

²⁷⁴ Nella sentenza del 24 marzo 2003, n. 88, in particolare, la Corte costituzionale ha sottolineato come l'inserimento nel secondo comma dell'art. 117 fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» abbia attribuito al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto. «La conseguente forte incidenza sull'esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regione e delle Province autonome impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori». (Corte cost., 24 marzo 2003, n. 88, in *Foro amm.-CdS*, 2003, 1233).

²⁷⁵ P. CARROZZA, *Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 2010, 234-235 secondo cui lo Stato «non è un attore secondario del nuovo welfare, ma il garante dell'uguaglianza redistributiva e dell'omogeneità nell'erogazione delle prestazioni su tutto il territorio nazionale, in un contesto di naturale differenziazione territoriale conseguente ad un indispensabile decentramento». Sul punto le riflessioni di B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARÉ (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 107 ss. che ritiene necessario, per sfuggire alle contraddizioni insite nel sistema, sottrarre radicalmente l'area dei diritti sociali alle logiche della differenziazione, o meglio ri-orientare l'intero nesso tra definizione del bene fondamentale e struttura decisionale e di gestione, secondo una chiave di lettura che incorpori la differenziazione come valore; M.S. CAROPPO, G. TURATI, *I sistemi sanitari regionali in Italia. Riflessioni in una prospettiva di lungo periodo*, Franco Angeli, Milano, 2007, 379 ss.

²⁷⁶ D. PARIS, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione della sussidiarietà*, in www.amministrazioneincammino.it, 2007, 31; R. BALDUZZI, *La creazione di nuovi modelli sanitari regionali e il ruolo della Conferenza Stato-Regioni (con una digressione sull'attuazione concreta del principio di sussidiarietà "orizzontale")*, in *Quad. reg.*, 2004, 20 ss.; in senso critico F. TARONI, *Tempi moderni*, in *Pol. san.*, 2011, 12, 64-65 che nota come «Le relazioni intergovernative sono infatti rimaste affidate al sistema delle Conferenze (Stato-Regioni, Stato-Autonomie locali e Conferenza unificata) che, istituito nel 1983 e riformato nel 1997, ha vanamente tentato di adeguarsi alle nuove funzioni richieste dall'evoluzione delle relazioni fra Stato e regioni secondo il modello delle *self-inventing institution* (...) Attraverso gli accordi negoziati in Conferenza il governo nazionale ha quindi la possibilità di recuperare

È pur tuttavia vero che i diritti e le politiche, come quello inerente la salute, implicati nella sfera assiologica della dignità sociale e dell'eguaglianza sostanziale, necessitano per “funzionare” – come fattori di ipotesi redistributive organiche – delle risorse e della capacità direttiva delle istituzioni centrali, ma anche della maggiore adeguatezza delle realtà locali (istituzionali o sociali²⁷⁸) ad intervenire tempestivamente e in modo flessibile adattando le forme di tutela alle esigenze emergenti.

La riforma del 2001 non ha investito solo i rapporti istituzionali, la ripartizione delle competenze legislative ed i criteri di finanziamento del sistema sanitario²⁷⁹, ma anche la stessa declinazione della salute come diritto fondamentale dell'individuo, oggi messa in crisi dalle crescenti diseguaglianze dovute a condizioni di vita e di lavoro che un sistema sanitario fortemente medicalizzato non riesce a colmare. Se la logica della differenziazione è parte sostanziale della regionalizzazione del settore sanitario, a ciò si deve accompagnare una ridefinizione della salute come diritto espanso²⁸⁰, in grado di

il potere di indirizzo parzialmente perso in seguito alla riforma costituzionale, sfruttando il potere della borsa per condizionare l'autonomia regionale».

²⁷⁷ Così Corte cost., 11 gennaio 2010, n. 10 che ha ribadito come ogni qual volta la protezione minima di un diritto costituzionale sia a rischio, e messo in pericolo il suo “contenuto essenziale” funzionale al quel «nucleo irriducibile della dignità umana», sia legittimo e giustificabile ricorrere ad un processo di accentramento di tutte le decisioni politico-finanziarie e amministrative in capo allo Stato. Anche se l'omessa collaborazione con le Regioni, eccezionalmente abbandonata al momento dell'adozione della disciplina statale, condiziona la perdurante vigenza della stessa, obbligando lo Stato a ricercare *ex post* quel consenso che non ha indagato *ex ante*: cfr. A. RUGGERI, “Livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010), in www.forumcostituzionale.it, 2010, 2.

²⁷⁸ A. D'ALOIA, *Autonomie territoriali e «autonomie sociali» nelle dinamiche di garanzia del principio di eguaglianza sostanziale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Cedam, Padova, 2001, 91 ss.

²⁷⁹ Su cui non potendo approfondire si rinvia a V. MAPELLI, *Il sistema sanitario italiano*, Il Mulino, Bologna, 2013; AA.VV., *Rapporto sanità 2013. Sistema sanitario e crescita del Paese: alcune specificità in un tempo di crisi*, Il Mulino, Bologna, 2013. Sul profilo strettamente giuridico delle ricadute del federalismo fiscale nel contesto sanitario G. GRASSO, *Federalismo, federalismo fiscale, federalismo sanitario. Il lessico costituzionale alla prova dei costi standard*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, cit., 149 ss., specie 165 ss.; B. PEZZINI, *Polisemia del fabbisogno sanitario. Prime osservazioni sull'impostazione del d.lgs. 68/2011*, *ibidem*, 211 ss.

²⁸⁰ D'altra parte nel diritto alla salute si fanno rientrare anche i discorsi sugli stili di vita, il rispetto per l'ambiente, che sollecitano interventi preventivi e promozioni informative. L'idea di salute si è evoluta in quella di benessere, la quale, a sua volta, si è complessificata con quella di vitalità. Il benessere descrive una condizione dell'essere, mentre la vitalità una condizione del divenire: nella società moderna non è più sufficiente “stare bene” è necessario mantenere tale condizione nel tempo, sino a richiedere, paradossalmente, di “morire in buona salute”. La differenza tra salute e vitalità è rappresentata dal contesto in cui vengono perseguiti tali obiettivi: nel primo caso il servizio sanitario deve tendere a garantire eguali condizioni di salute per tutti, nel secondo le condizioni di vitalità chiamano in causa i processi di personalizzazione, di individuazione del bisogno e le condizioni esistenziali. Si tratta di una trasformazione della domanda di salute che corrisponde al profondo cambiamento ontologico dell'idea di utente del servizio sanitario che da paziente, per definizione bisognoso di cure, diviene “esigente”, ossia un soggetto sociale che è titolare di diritti e consapevole delle sue capacità. In questi termini l'utente

distribuire oltre che utilità (prestazioni, cure, assistenza) anche opportunità²⁸¹. Il che significa orientare il sistema al fine di garantire l'equità delle cure sanitarie, nella misura in cui la loro distribuzione è equa solo se e quando produce equità nelle condizioni di salute.

In questa diversa prospettiva, in cui alla domanda si accompagna l'assunzione di responsabilità²⁸², vengono dunque ridiscussi i criteri di priorità nel rapporto tra diritto e utilità alla ricerca di una dimensione ottimale in cui costruire il contesto differenziato nel quale viene esercitata la scelta e, al contempo, garantita l'eguale tutela del diritto fondamentale a fronte di pari opportunità.

2.4. La giurisprudenza come motore della trasformazione

La giurisprudenza, nel delineare i percorsi di svolgimento delle potenzialità insite nella formula dell'art. 32 Cost., si è posta al centro di una rete di flussi interpretativi e decisionali, selezionando e tessendo in una trama cangiante i materiali giuridici caratterizzanti relazioni significative. Si è così venuta prefigurando una linea di politica del diritto che, conscia delle strette interdipendenze fra rapporti giuridici e rapporti politici, economici e sociali, ha "lavorato" per trasformare l'astratto diritto alla salute in un valore assistito da garanzie effettive.

Sembra infatti indubitabile che, nella cultura giuridica italiana, in particolare a partire dalla fine degli anni sessanta, la giurisprudenza – sia ordinaria che costituzionale – abbia rappresentato un fattore primario per assicurare la normatività della Costituzione, ben più del potere legislativo²⁸³: la forza precettiva della Costituzione è passata

"esigente" esercita la sua sovranità nei confronti dell'amministrazione, al fine di ampliare la gamma delle opportunità. Si realizza così una sorta di rigenerazione dei concetti: l'eguaglianza e il diritto si propongono non tanto e non solo come esito di una politica di redistribuzione delle utilità, ma divengono condizioni essenziali per l'esercizio concreto della sovranità individuale e comunitaria. Cfr. I. CAVICCHI, *Le metamorfosi della salute*, Airplane, Roma, 2002.

²⁸¹ I. CAVICCHI, *Salute e federalismo. Forma e contenuti dell'emancipazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2001, 190.

²⁸² Come ammoniva L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 1, 13 «uno Stato sociale non solo diventa un peso insopportabile per l'economia di mercato, ma si rovescia in nuove forme di dipendenza che diseducano i singoli all'esercizio delle libertà, aggravano il paradosso autonomia/fragilità che è il tratto caratteristico della loro condizione sociale, ne ottundono lo spirito di iniziativa e il senso di responsabilità, scatenando per contrappasso un crescendo di pretese di maggiori prestazioni, senza dire dell'indebolimento del rispetto della legalità e dei frequenti tentativi (riusciti) di carpire con frode benefici non spettanti».

²⁸³ Sul punto P.F. GROSSI, *Attuazione e inattuazione della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002, 10 ss.

esattamente attraverso la costituzionalizzazione della cultura giuridica. È stata proprio la costituzionalizzazione della cultura giuridica, con il suo corredo di pratiche interpretative e argomentative (l'interpretazione adeguatrice, l'effetto di irradiazione, l'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, ecc.) a favorire la sempre maggiore penetrazione della Costituzione nell'ordinamento giuridico, a farle acquisire valore pienamente normativo e non solo di invito e programma rivolto al legislatore. Da questo punto di vista, «il testo costituzionale è stato in condizione di esprimere un vigore simbolico – cosa diversa dal (ma connessa col) vigore normativo – che è riflessione di valori condivisi, specchio di possibilità, di potenza che attende di attuarsi. L'attesa dell'attuazione [si è dimostrata] un moltiplicatore di espressività assiologica che il testo [ha riflesso] e [diffuso] nelle coscienze individuali e negli immaginari sociali, aprendo la strada all'impegno e alla lotta per la Costituzione»²⁸⁴.

I tempi erano dunque ormai maturi per tentare una revisione sistematica delle diverse problematiche connesse alla tutela del diritto alla salute, riconoscendone l'efficacia diretta, anche nei rapporti tra privati, il che presupponeva una ridefinizione della tradizionale linea di demarcazione tra diritti patrimoniali e diritti della persona, alla luce di una diversa concezione del rapporto tra l'uomo e il suo ambiente di vita²⁸⁵.

La giurisprudenza si proponeva peraltro quale “incubatrice” delle nuove concezioni di salute, sia in termini contenutistici (dall'ambiente salubre sino all'autodeterminazione), sia in prospettiva relazionale, ovvero valorizzando il vissuto personale che è alla base dell'atteggiarsi stesso delle singolari condizioni di salute di ogni individuo.

Così, nei termini del superamento della definizione pubblicistica della salute, si propose come un *arrêt de principe* la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione del 1973²⁸⁶ che, nel giudicare su una domanda di risarcimento avanzata da un dipendente pubblico verso l'amministrazione per il danno da questi subito a causa delle condizioni di lavoro, identificava, muovendo dal disposto dell'art. 32 Cost., nella salute non già la materia di «un semplice interesse legittimo», quanto il bene oggetto di un «vero e

²⁸⁴ F. CERRONE, *L'attesa dell'attuazione della Costituzione e la crisi della politica*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale” ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013, 99.

²⁸⁵ N. LIPARI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, De Donato, Bari, 1974, XVII.

²⁸⁶ Cass. civ., sez. un., 21 marzo 1973, n. 796, in *Foro amm.*, 1974, I, 26 ss. su cui M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla «salute», applicabilità diretta dell'art. 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, 766 ss.; anche Cass. civ., 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1974, I, 843; Cass. civ., 6 ottobre 1975, n. 3164, *ivi*, 1976, I, 385.

proprio diritto soggettivo», più precisamente di «un diritto fondamentale (...) primario e assoluto della persona» che «costituisce un limite invalicabile alla discrezionalità amministrativa» e dalla cui lesione scaturisce pertanto un diritto al risarcimento del danno.

Le potenzialità operative offerte dal riconoscimento della natura di diritto soggettivo alla salute si estendono oltre il semplice campo risarcitorio per investire la tutela del bene nell'ambito dei luoghi di lavoro sino a delineare i contorni delle forme di protezione dell'ambiente.

Peraltro, già in precedenza, la giurisprudenza pretoria²⁸⁷, facendo leva sul dato testuale dell'art. 2087 c.c. e sull'art. 9 della legge n. 300/1970, era giunta ad affermare l'immediata operatività, nei rapporti inter-privati, dell'art. 32 Cost., in tal modo dando seguito a quelle istanze operaiste volte a rivendicare una fabbrica a misura d'uomo.

Sin dalle lotte sindacali del 1967 era in atto nel movimento sindacale un ripensamento delle posizioni, sino ad allora condivise, sul tema della salute e dell'ambiente di lavoro; il sindacato e i lavoratori avevano preso coscienza del fatto che «uno degli obiettivi della contrattazione collettiva a tutti i livelli, [doveva] essere quello della creazione di un ambiente nel quale l'uomo, dotato di normale capacità di rendimento e di apprendimento, po[tesse] svolgere il suo lavoro in condizioni di benessere fisico, mentale e sociale»²⁸⁸.

La tutela affermata dall'art. 2087 c.c., con l'attuazione della Costituzione, viene quindi ad ampliarsi in una nuova prospettiva: oltre alla tradizionale tutela dell'integrità psico-fisica del dipendente, l'altro bene tutelato dall'obbligo di sicurezza è la personalità morale del lavoratore che, riletta alla luce delle coordinate costituzionali, appare trovare

²⁸⁷ Così Pret. Milano, 2 gennaio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, 1098, in relazione ad una fabbrica ove si svolgevano lavorazioni in condizioni di disagio e nocività, ha argomentato, in virtù dell'immediata efficacia dell'art. 32 Cost., per la legittimità dell'ordine di dare accesso al luogo di lavoro ad una rappresentanza di medici e ingegneri scelti dai lavoratori per controllare l'applicazione delle norme di prevenzione; Pret. Torino, 3 dicembre 1973, in *Quale giust.*, 1974, 395 ss. secondo cui l'interesse dell'impresa e la giustificazione del licenziamento ex art. 3 legge n. 604/1966 devono essere bilanciati con il diritto alla salute del lavoratore che prevale comunque per ragioni di utilità sociale; Pret. Milano, 28 giugno 1973, *ivi*, 404 ss. ove si afferma che lo scarso rendimento del lavoratore può essere dovuto non alla pigrizia o alla disaffezione al lavoro, quanto al ritmo alienante della catena di montaggio tale da mettere a rischio la sua integrità psico-fisica. Sul punto L. MONTUSCHI, *Art. 32, 1° comma, cit.*, 152 ss.

²⁸⁸ Come osserva L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano 1989, 15-16, con la rivoluzione "culturale" operaia della fine degli anni sessanta arriviamo ad «una sensazionale rivolta contro quelle statiche e sonnolenti interpretazioni della normativa» di sicurezza, grazie alla quale «all'oggettività del modo di produrre (che in realtà è soggettività padronale connessa alla legge del profitto) si contrappone così polemicamente la soggettività operaia, il giudizio dei lavoratori circa la tollerabilità delle condizioni nelle quali sono chiamati ad adempiere la loro obbligazione».

una naturale collocazione nel nucleo dei diritti inviolabili della persona espresso dall'art. 2 Cost.

Coerentemente con tale impostazione si sono delineati i connotati del diritto soggettivo perfetto del lavoratore alla sicurezza, emergente dal combinato disposto degli artt. 32 e 41 Cost. e che l'art. 2087 ha tradotto sul piano normativo, facendo confluire nella disciplina del lavoro un principio fondamentale di tutela della dignità della persona che lavora²⁸⁹.

Questa nuova ideologia giuridica, conforme ai principi emersi nella Costituzione, si esprime anche attraverso il rifiuto della monetizzazione della salute quale conseguenza della fatalità che caratterizzerebbe l'infortunio sul lavoro, non prevenibile, ma solamente risarcibile.

Lo Statuto dei lavoratori e, in particolare, l'art. 9, ha rappresentato la base per un ulteriore passaggio evolutivo tale da rendere possibile una forma di intervento diretto e preventivo dei lavoratori nella gestione della salute in fabbrica, nell'ambito di una collettivizzazione del diritto alla salute, in forza della quale la sicurezza sul lavoro non veniva più garantita esclusivamente nel rapporto di forza tra datore di lavoro e lavoratori. Si determina in tal modo una saldatura tra il potere promozionale ed effettiva attuazione delle misure di sicurezza, laddove queste ultime, mentre nell'art. 2087 c.c., si strutturano nella forma del diritto soggettivo perfetto (a struttura collettiva), nella norma dello Statuto divengono altresì oggetto di un potere di natura strumentale e promozionale, secondo una linea di politica del diritto più propensa a proteggere gli interessi incisi mediante strumentazioni indirette ed il rafforzamento di contropoteri, che non attraverso la mera sussunzione in precise posizioni di diritto soggettivo²⁹⁰.

Sotto altro profilo, ha rappresentato un approdo fondamentale, nell'evoluzione dello statuto giuridico del diritto alla salute, il *leading case*²⁹¹ del 1979 concernente un'azione

²⁸⁹ U. NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3 ss.; C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 345 ss.

²⁹⁰ Così F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Jovene, Napoli, 1980, 193-194. Il rapporto tra l'art. 9 della legge n. 300/1970 e l'art. 2087 c.c., identificando due percorsi logicamente diversi, l'uno individuale, l'altro collettivo, ha di fatto permesso di sottrarre da un punto di vista simbolico la tutela della salute sul luogo di lavoro dalla pura contrattualità di stampo civilistico, in direzione di un ritorno alla costituzione, operato dallo stesso Statuto dei lavoratori. In questi termini il profilo più innovativo della disciplina si rinviene nel fatto che la definizione degli obblighi di sicurezza non è più riservata alla competenza unilaterale del datore di lavoro, né a quella neutrale dei tecnici, ma richiede il concorso determinante dei lavoratori organizzati.

²⁹¹ Cass. civ., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro amm.*, 1979, 2414 su cui in senso critico M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 811 nella misura in cui in sentenza si riconobbe tale

di danno temuto per la costruzione di un impianto di depurazione nel golfo di Napoli, sentenza nella quale la Corte di cassazione impose la formula dei diritti inaffievolibili o indegradabili²⁹², affermando che i diritti fondamentali della persona, quelli che qualificano la persona come tale, sono diritti a resistenza passiva, nel senso che il loro nocciolo duro, la loro anima più intima, il loro nucleo essenziale non è suscettibile di essere compresso e affievolito per effetto dell'esercizio dei «public powers»²⁹³.

In particolare, nella successiva sentenza n. 5172 del 1979 – attraverso un'interpretazione estensiva degli artt. 2 e 32 Cost. – i giudici di legittimità, dopo aver identificato il diritto alla salute anche come diritto all'ambiente salubre, ebbero a proclamare che «la salute, oltre e prima che essere oggetto di cura e di intervento da parte della collettività generale, è protetta in via primaria, incondizionata e assoluta come modo di essere della persona umana» e che «il trasparente riferimento all'art. 2 della Costituzione (...) esplicita ancor meglio sia il contenuto che il tipo della protezione» che è quella propria «del diritto soggettivo, anzi del diritto assoluto», il che estende la tutela «alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute».

Al di là dei profili attinenti al riparto di giurisdizione²⁹⁴, ciò che rileva ai nostri fini è la qualificazione che è venuto ad assumere il diritto alla salute nella veste di diritto

diritto ai soli proprietari di immobili siti nelle vicinanze delle fonti inquinanti, delineando così un diritto della persona che nasceva quale mero riflesso di un preesistente diritto reale su beni materiali; Cass. civ., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, 1, 357. In tal senso la Corte di cassazione ha da sempre sostenuto l'esistenza di diritti 'primari' ed 'assoluti' dell'individuo, fondamentali per natura costituzionale, suscettibili di una tutela 'completa' in quanto sovrastanti rispetto all'Amministrazione, «di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo ma neanche di pregiudicarlo nel fatto, indirettamente» (Cass. civ., sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 2).

²⁹² Sul tema si veda V. CAIANELLO, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in *Atti del convegno celebrativo 'Cento anni di giurisdizione amministrativa Torino 10-12 novembre 1989'*, Giuffrè, Milano, 1996, 15 ss. Sulla medesima linea, anche in tempi recenti, Cass. civ., sez. un., 21 marzo 2006, n. 6218, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3; Cass. civ., sez. un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, *ibidem*, 2006, 6. In senso critico L. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.

²⁹³ F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, Relazione tenuta al Tar di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale Amministrativo, Lecce, 14 e 15 Marzo 2008, in www.giustizia-amministrativa.it

²⁹⁴ Su gli sviluppi ulteriori di tale orientamento G. MONACO, *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 425 ss.; anche S. ROSSI, *Il giudice amministrativo alla prova dei diritti fondamentali: il caso del rimborso delle cure all'estero*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012, 480 ss.

fondamentale, ovvero il carattere di indegradabilità tributato al diritto stesso. Si può bene dire che tale affermazione abbia rappresentato una svolta epocale se solamente si considera che, a quell'epoca, erano ancora dominanti in dottrina e in giurisprudenza letture riduttive dell'art. 32 Cost. sia sotto il profilo dell'oggetto di tutela (la sola integrità fisica) che sotto il profilo della considerazione della norma come meramente programmatica.

Se si ha riguardo peraltro alla matrice originaria dei diritti sociali, quale riflesso della volontà statale, si comprende perché l'affermazione dell'indegradabilità del diritto alla salute appaia ancor più rivoluzionaria: tradizionalmente infatti, nei rapporti con la pubblica amministrazione, la garanzia costituzionale dei diritti si esauriva nella dichiarazione di un principio di stretta legalità, rafforzato talvolta dalla riserva di legge; cosicché, regolando tale principio l'intera attività pubblicistica incidente nella sfera giuridica soggettiva degli amministratori, la garanzia costituzionale dei diritti non avrebbe potuto essere elevata a limite dell'esercizio del potere amministrativo²⁹⁵.

La tutela del diritto indegradabile si pone dunque quale limite esterno rispetto all'esercizio della discrezionalità amministrativa, la quale, a sua volta, viene agita entro un giudizio di natura assiologica che si traduce nella potestà di apprezzamento, contemperamento e bilanciamento di diversi interessi, pubblici e/o privati, eventualmente compresenti in relazione ad una data condizione e capaci, a loro volta, di interferire o, comunque, interagire, a vario titolo, con l'interesse pubblico direttamente perseguito dalla pubblica amministrazione.

Del resto, la valorizzazione di tale limite consente di comprendere in che termini il tipo e l'intensità delle forme e degli strumenti di salvaguardia dei diritti inalienabili siano direttamente connessi al particolare rapporto tra autorità e libertà, ovvero al suo concreto atteggiarsi secondo le variabili tecniche di bilanciamento e commisurazione, da cui può desumersi quale sia l'effettiva consistenza del valore riconosciuto alla persona all'interno di un ordinamento giuridico.

Valore della persona che è strettamente connesso alla situazione soggettiva «salute», la quale «in presenza di una Costituzione chiaramente indirizzata a porsi come base e a

²⁹⁵ F. BASSI, *Diritti fondamentali e art. 4, secondo comma, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 613 ss.; sulla concezione funzionale e pluralista dell'organizzazione pubblica F. CORTESE, *La libertà individuale come funzione dell'organizzazione pubblica: ordine giuridico e ordine politico in Silvio Trentin*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 4, 1067 ss., specie 1078 ss.

regolare non solo la società politica, ma la stessa società civile, non può trovare la propria tutela limitata ai soli rapporti con i soggetti governanti, ma è pienamente garantita anche nei confronti dei privati»²⁹⁶.

2.4.1. Dal danno biologico al danno esistenziale: il cavallo di legno e la cittadella del diritto

La “scoperta” del danno biologico e la successiva affermazione del danno esistenziale rappresentano il frutto di quel percorso di progressiva depatrimonializzazione che ha connotato le sorti del diritto privato nel corso del breve novecento²⁹⁷. Processo che ha contribuito in misura non certo secondaria all’evoluzione del concetto stesso di salute, quale attributo essenziale della persona²⁹⁸.

Se infatti, in una prima fase, gli aspetti materiali della vita venivano innaturalmente imbrigliati entro gli schematismi della logica patrimonialistica, con l’evolversi dell’ordinamento giuridico e della sensibilità sociale si è imposta la necessità di offrire una tutela piena ed omnicomprensiva della persona umana, il che ha, di riflesso, condizionato anche l’interpretazione di istituti a contenuto patrimoniale.

La nuova tendenza alla depatrimonializzazione si è manifestata su un doppio livello: a livello esegetico il fenomeno si è tradotto nell’assorbimento nel contesto dell’ordinamento di valori esulanti dalla sfera patrimoniale e, a livello critico-costruttivo, si è realizzato nella rimeditazione dei concetti e nell’approntamento di nuovi

²⁹⁶ B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 29. Sull’efficacia del diritto alla salute nei rapporti inter-privati si rinvia al §. 2.4.1.

²⁹⁷ C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 482 ss.; P. PERLINGIERI, *“Depatrimonializzazione” e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 1 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 175 ss., il quale già in precedenza aveva evidenziato la «progressiva e sempre più spiccata sensibilità del diritto privato contemporaneo, in tutte le sue componenti (legislativa, dottrinale, giurisprudenziale), a dati non confinabili in schemi e logiche di indole economica, anche – si noti – nei settori istituzionalmente riservati ai rapporti patrimoniali». Cfr. ID., *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 11 ss.; l’attività innovatrice, e sostanzialmente creativa svolta dalla giurisprudenza nella materia dei diritti della personalità ha portato a parlare in proposito di diritti «creati in laboratorio, anzi (...) in ‘provetta’». Cfr. G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all’identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, 467.

²⁹⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss. che, dopo aver riconosciuto una nozione ampia di salute, sottolinea come «la persona umana si prospetta nella sua unitarietà psico-fisica come un mondo soggettivo condizionato dalle circostanze ambientali, sociali, economiche, sì che diventa impossibile separare il bene salute dal valore complessivo della persona; questa assume una concreta realizzazione nel rispetto della storicità del momento».

strumenti operativi, oltre che nell'espulsione di valori e di tecniche tipici della logica mercantile.

Si deve rammentare come, secondo l'impostazione tradizionale della *condemnatio pecuniaria*, la dottrina considerasse la "differenza negativa" nel patrimonio del danneggiato quale elemento essenziale del danno giuridico e, pertanto, le finalità riparatorie del sistema del risarcimento potevano essere ben attuate mediante l'esborso di una somma di denaro corrispondente a tale differenza. Per questo motivo si riteneva che il danno morale potesse essere risarcito soltanto quando avesse prodotto delle conseguenze patrimoniali, il che accadeva, per esempio, solo se le sofferenze dovute all'illecito avessero avuto ripercussioni sulla vita lavorativa della vittima.

Il risarcimento del danno era, infatti, commisurato alle perdite economiche patite dal danneggiato consistenti, di regola, nelle spese per le cure mediche e nella diminuzione del reddito individuale²⁹⁹.

A seguito dello sganciamento del danno dalla nozione di patrimonio, realizzatosi attraverso una complessa elaborazione da parte della dottrina³⁰⁰, si è venuto ad affermare un sistema risarcitorio volto ad ottenere una reintegrazione sostanziale "in forma specifica" della posizione complessiva della persona lesa dall'illecito.

Ciò anche per ovviare al meccanismo patrimonialistico che determinava risultati profondamente iniqui in quanto soggetti che subivano le medesime lesioni fisiche venivano risarciti differentemente in ragione delle loro diverse condizioni economico-sociali.

²⁹⁹ La patrimonializzazione del danno all'integrità fisica avveniva tramite l'applicazione alternativa di due metodi di liquidazione: quello puramente equitativo, che rimetteva l'apprezzamento del quantum da corrispondere per il pregiudizio sofferto alla discrezionalità del giudice (art. 1226 c.c.), e quello, di gran lunga più utilizzato, fondato sulla capitalizzazione del reddito percepito dal soggetto leso.

³⁰⁰ Su cui M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, Cedam, Padova, 2009, 71 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011, 758 ss.; U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato. I, Teoria generale, fonti, diritti. Scritti di Umberto Breccia*, Giappichelli, Torino, 2013, 95 ss.; F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Giappichelli, Torino, 2013, 234 ss.; M. BARCELLONA, *Sul danno non patrimoniale. Analisi di un itinerario giurisprudenziale*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 321 ss., specie 328 che nota come «la risarcibilità del danno biologico e del danno esistenziale e, più in generale, il superamento del limite tradizionale della patrimonialità hanno dunque (...) una fondazione innanzitutto giurisprudenziale (*rectius* nel circuito virtuoso costituito da sollecitazione dottrinarica/innovazione giudiziaria/razionalizzazione dottrinarica) rivendicano la loro normatività non dalla volontà legislativa, ma dalla rottura giurisprudenziale di un assetto consolidato».

Con l'entrata in vigore della Costituzione, l'impostazione patrimonialistica del danno alla persona appariva distonica³⁰¹ rispetto all'affermazione solenne sia del principio di uguaglianza sia di quello di tutela della salute inteso, ai sensi dell'art. 32 Cost., come diritto dell'individuo e interesse della collettività. Lo stesso principio personalista, iscritto nell'art. 2 Cost., non si rifletteva nella lettera e nella *ratio* delle previsioni codicistiche che, viceversa, rispondevano ad una logica incentrata esclusivamente sui valori patrimoniali.

La Costituzione ha posto al centro la persona umana, in quanto tale, l'integrità psicofisica che la esprime o che concorre ad esprimerla, le quali quindi non potevano più essere ridotte a puri beni economicamente risarcibili³⁰²: la persona umana e beni patrimoniali sono infatti entità ontologicamente irriducibili ad unità, nella misura in cui, mentre i secondi hanno un prezzo esprimibile in termini monetari, la persona invece ha in sé un valore³⁰³.

L'iniziale inconciliabilità tra disciplina costituzionale e regole codicistiche è stata sanata attraverso una paziente opera di tessitura degli elementi normativi e dei principi volta a dare un saldo fondamento giuridico ai presidi di tutela della persona umana in sé considerata.

³⁰¹ La crisi tra danno alla persona e patrimonialità era stata sottolineata anche da autorevole dottrina (R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 288 ss.; ID., *Illecito (diritto vigente)*, in *Nuov. Dig. it.*, 1962, 164 ss.; ID., *Responsabilità civile*, in *Nuov. Dig. it.*, XV, 1968, 628 ss.), la quale aveva escluso che vi fossero elementi normativamente rilevanti tali da identificare il danno risarcibile con quello patrimoniale: in particolare l'art. 2043 c.c. non potrebbe essere correttamente invocato a favore di tale tesi, limitandosi a richiedere per il danno il requisito dell'ingiustizia. Se quindi il requisito della patrimonialità non è condizione della risarcibilità, ne consegue che «la portata del danno risarcibile vada anche altrimenti determinata; tenendo conto cioè (...) soprattutto della protezione che le norme di diritto privato assicurano a determinati beni», in specie alla persona in quanto tale.

³⁰² In dottrina diventa sempre più frequente l'affermazione secondo cui il diritto privato tutela («è di per sé in grado di tutelare», ovvero «dovrebbe tutelare», a seconda delle differenti posizioni rinvenibili in dottrina) l'autonomia e l'integrità della persona umana non solo nella sfera del suo avere, ma anche in quella del suo essere, ovvero «oltre che come soggetto agente altresì come soggetto esistente» (A. DE VITA, *Art. 10*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Persone fisiche*, Art. 1-10, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, 505 ss., specie 515).

³⁰³ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*², continuato da L. Mengoni, IV, Giuffrè, Milano, 1982, 51 ss. secondo cui «l'oggetto dei diritti della personalità essendo un modo di essere fisico o morale della persona ben s'intende come esso mai contenga in se stesso una immediata utilità d'ordine economico. La vita, l'integrità fisica, la libertà e così via dicendo permettono al soggetto di conseguire altri beni muniti di utilità economica: ma non possono né identificarsi né confondersi con questi altri beni. (...) In conseguenza, il carattere patrimoniale del diritto privato al risarcimento del danno non può alterare il carattere non patrimoniale dei diritti della personalità, in sé e per sé considerati».

Questo itinerario di ricerca è stato segnato, in particolare, da Stefano Rodotà, che, con riferimento al problema della responsabilità civile, è venuto ad individuarne nella solidarietà, enunciata nell'art. 2 Cost., il valore ordinante.

Tale ruolo della solidarietà viene fondato sia sul testo codicistico, nell'ambito del quale essa troverebbe espressione attraverso il dovere di correttezza, di buona fede, il rispetto dell'affidamento, sia, più significativamente, sul dato costituzionale, in particolare negli artt. 2 e 41, 2° co., Cost., laddove il primo pone la solidarietà quale «concetto unitario, funzionale, del comportamento del soggetto privato nella vita costituzionale»³⁰⁴, mentre il secondo consente di affermare, nel porre limiti all'iniziativa privata, che la lesione del principio costituisce fonte di responsabilità giuridica.

Lo sviluppo di tale ragionamento porta ad affermare che la solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., è il principio che organizza le relazioni sociali intersoggettive, e quindi anche del concreto atteggiarsi della disciplina della responsabilità civile, sicchè la sua insorgenza deve ritenersi connessa non alla lesione di un diritto soggettivo assoluto, ma, appunto, alla violazione dell'obbligo della solidarietà.

Tali analisi della dottrina hanno costituito il saldo retroterra attraverso cui la giurisprudenza è riuscita a rispondere ai grandi problemi posti dal danno alla persona.

In una prima fase, la giurisprudenza ha operato attraverso una serie di *fictio* volte sostanzialmente a risarcire la lesione personale a prescindere dalla sussistenza di riflessi di natura patrimoniale. In alcuni casi i giudici, qualificando diversamente il danno alla salute in termini di danno estetico o alla vita di relazione, hanno prospettato la configurabilità, in capo al danneggiato, di un mancato guadagno meccanicamente desumibile da un'ipotetica diminuzione della capacità lavorativa (generica o specifica), anche nelle ipotesi in cui quest'ultimo non registrava una diminuzione reddituale o non svolgeva attività lavorativa³⁰⁵. Nello stesso senso, facendo leva sul concetto di capacità lavorativa generica, altro orientamento risarciva il c.d. lucro cessante al lavoratore subordinato che, nonostante la menomazione subita, continuava a percepire lo stipendio³⁰⁶. Ed analoghe soluzioni venivano proposte anche quando il pregiudizio non era monetizzabile come nel caso del minorenni o della casalinga o di soggetti

³⁰⁴ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, 103 ss.

³⁰⁵ App. Torino, 8 maggio 1968, in *Arch. resp. civ.*, 1969, 110.

³⁰⁶ Cass. civ., 8 febbraio 1972, n. 321, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce «Danni in materia civile» n. 68; Trib. Napoli, 8 novembre 1970, in *Foro napol.*, 1971, I, 181; Trib. Varese, 8 maggio 1970, in *Arch. resp. civ.*, 1971, 820.

pensionati ai quali veniva attribuito, in mancanza di un reddito lavorativo, il c.d. reddito figurato.

Entro questo percorso può definirsi storica la sentenza del Tribunale di Genova del 25 maggio 1974³⁰⁷ che ha posto le basi per una definitiva archiviazione della prassi che quantificava il danno alla persona in relazione all'età, al sesso e alla capacità lavorativa, e quindi, nella misura dell'effettiva riduzione del reddito per la vittima³⁰⁸.

I giudici esprimevano, in tal senso, una netta condanna nei confronti dell'applicazione meccanica e ottusa del criterio reddituale, che aveva dato adito a giudizi iniqui ed arbitrari: si rammenta la tristemente famosa pronuncia sul caso "Gennarino", nella quale, sulla base dei tradizionali criteri (reddito, capacità, sesso e capacità lavorativa) si era pervenuti alla conclusione per cui il danno risentito dal figlio di un manovale doveva essere computato tenendo presente il fatto che nel futuro la vittima avrebbe percorso la medesima carriera del padre, e che pertanto l'indennità relativa alla invalidità permanente avrebbe dovuto essere calcolata tenendo conto del mestiere del padre e del reddito da questi percepito³⁰⁹.

Il Tribunale ha rinvenuto il fondamento della risarcibilità nella norma generale data dall'art. 2043 c.c., per cui sono risarcibili tutti i danni ingiusti, abbiano o meno carattere patrimoniale. In tale contesto il problema dell'identificazione delle norme che tutelano

³⁰⁷ Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 54; in dottrina M. BESSONE, V. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e «diritto alla salute». Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 53 ss.; G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, *ivi*, 1976, I, 2, 443 ss.

³⁰⁸ Così Trib. Genova, 25 maggio 1974, *cit.* per cui «secondo i criteri abitualmente adottati dalla giurisprudenza ed accolti anche dalla prevalente dottrina, la monetizzazione del danno fisico riportato (...) dovrebbe avvenire (...) mediante una semplice operazione matematica: si dovrebbe cioè rapportare il responso dell'esperto medico-legale al reddito da lavoro dell'attore e considerare quei certi esiti invalidanti permanenti come un fattore causale idoneo a produrre una diminuzione del reddito stesso, diminuzione che andrebbe capitalizzata secondo i criteri matematico-attuariali. Questo procedimento si fonda sul presupposto giuridico affatto indiscusso che, quando una persona subisce una lesione personale, il danno risarcibile non debba essere identificato nella menomazione fisica in sé considerata, ma nelle conseguenze di questa: quelle di ordine psichico (il danno morale) e quelle di carattere economico. (...) Il motivo fondamentale per cui la prassi (...) esaminata deve essere abbandonata (...) va identificato in una profonda ragione di equità che appare macroscopicamente chiara se solo si consideri quello che in base a questa prassi accade di norma. Se uno stesso danno biologico (non incidente quindi sulla rispettiva capacità di lavoro-guadagno) colpisce due persone le quali godano di redditi da lavoro di diversa entità, queste, per il fatto stesso che il danno è definito in termini di incapacità lavorativa e quindi scorrettamente riferito ai rispettivi redditi da lavoro, riceveranno a parità di danno un trattamento risarcitorio diversissimo (...). È pure evidente che la detta iniquità è radicalmente insita nella prassi stessa, al quale (...) va quindi del tutto abbandonata».

³⁰⁹ Trib. Milano, 18 gennaio 1971, in *Giur. merito*, 1971, I, 209; App. Firenze, 14 febbraio 1966, in *Foro pad.*, 1966, I, 919. Su cui A.M. GALOPPINI, *Il caso Gennarino, ovvero quanto vale il figlio dell'operaio*, in *Dem. dir.*, 1971, 225; S. RODOTÀ, *Una sentenza classista*, in *Pol. dir.*, 1971, 435 ss.

determinati beni veniva agevolmente superato richiamando il dato costituzionale, ossia l'art. 32 Cost. che qualifica la salute quale diritto fondamentale. Ed è appunto sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto tra gli artt. 2043 c.c. e 32 Cost. che si è affermata la piena e diretta tutelabilità di tale diritto anche nell'ambito dei rapporti tra privati³¹⁰.

Tale ricostruzione ha consentito al Tribunale di qualificare il danno alla salute come danno non patrimoniale, svincolato dai limiti imposti dalla lettera dell'art. 2059 c.c. entro cui veniva relegata la sola disciplina del danno morale soggettivo³¹¹.

Tale orientamento "rivoluzionario", pur a fronte di forti resistenze in dottrina³¹² e in giurisprudenza³¹³, si è imposto come "diritto vivente", divenendo espressione della *Drittwirkung* della Costituzione negli ambiti dell'autonomia privata³¹⁴.

Se l'obiettivo di politica del diritto perseguito dalla pronunce genovesi era quello dell'uniformità e certezza del diritto sull'assunto che ogni lesione della integrità fisica dovesse avere la stessa valutazione pecuniaria a prescindere dalle ripercussioni sul reddito individuale, il Tribunale pisano si è orientato, invece, in vista di esigenze di natura equitativa, attribuendo alla medesima lesione all'integrità psicofisica

³¹⁰ A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, cit., 123 nota criticamente come il ricorso all'art. 32 Cost. abbia rappresentato «più che una lettura innovativa volta a dare effettività al principio costituzionale (...) una copertura retorica a un'operazione di "auto-correzione" delle prassi dei giudici civili, le quali, semmai, apparivano in diretto contrasto con l'art. 3 Cost., per le sperequazioni che esse introducevano»

³¹¹ Così si è sancito che «[l'art. 2059 c.c.] non riguarda tutti i danni caratterizzati in negativo dalla 'non patrimonialità', ma solo una parte di questi e cioè i danni morali propriamente detti (dolori, patemi e turbamento d'animo). E da questo rilievo è stata tirata la conseguenza che i danni non patrimoniali (...) [sono] regolati alla stregua di quelli patrimoniali dall'art. 2043 c.c. ed anzi rientrerebbero in un'unica categoria generale di danno, dalla quale si differenzerebbe giuridicamente solo il danno morale» così Trib. Genova, 25 maggio 1974, cit.; conformi Trib. Genova, 20 ottobre 1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 444; Trib. Genova, 15 dicembre 1975, in *Foro it.*, 1976, I, 1997, *contra* App. Genova, 17 luglio 1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 442.

³¹² M. POGLIANI, *La «regola del calzolaio» per la corretta valutazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 1975, 417 ss.; G. SCALFI, *Errare humanum est, perseverare diabolicum*, *ivi*, 1976, 466 ss.

³¹³ Cass. civ., sez. III, 5 febbraio 1979, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 739.

³¹⁴ Pur con accenni critici C. CASTRONOVO, *Danno biologico senza miti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 3 ss. Sul punto anche l'orientamento della giurisprudenza toscana secondo cui «non si può negare nel nostro ordinamento il progressivo affermarsi di un principio generale di risarcibilità dei danni alla salute considerati in quanto tali, poiché una corretta interpretazione dell'art. 32, 1° co., Cost., in relazione agli artt. 2, 3, 41, 2° co., Cost., e gli sviluppi giurisprudenziali e dottrinali più recenti sottolineano l'immediata operatività della norma costituzionale nell'ambito dei rapporti inter-privati e il riconoscimento del diritto alla salute come un diritto soggettivo che compete a ciascun individuo» (Trib. Pisa, 10 marzo 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 20; App. Firenze, 16 febbraio 1979, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 367 ss.). Fondamentale fu il ruolo della dottrina nell'influencare la giurisprudenza pisana, tesa ad affermare una liquidazione in via equitativa e suscettibile di personalizzazione, su cui F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978, 417 ss.

conseguenze personali differenti a seconda del caso concreto, ponendo a parametro dell'entità del risarcimento «la gravità degli impedimenti economici e sociali causati dal fatto lesivo».

A consolidare gli arresti della giurisprudenza di merito sono state due sentenze del 1979 della Corte costituzionale: la prima³¹⁵ ha affrontato il problema dei limiti di applicazione dell'art. 2059 c.c. in relazione al danno morale, mentre la seconda³¹⁶ si è volta a considerare la questione del danno biologico come danno alla salute.

Nella sentenza n. 87 del 1979, la Corte istituisce un collegamento tra gli artt. 2043 e 2059 c.c., inquadrando il danno alla salute nell'ambito della categoria dei danni non patrimoniali, ovvero non suscettibili di diretta valutazione economica. In sentenza si precisa inoltre come, nel nostro ordinamento, non sussista un diritto incondizionato al risarcimento del danno non patrimoniale del quale l'art. 2059 c.c. consentirebbe il ristoro solo in presenza di un fatto costituente reato o alla ricorrenza dei soli casi stabiliti dalla legge. Si esclude inoltre la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in quanto l'adozione di un trattamento differenziato, in relazione a situazioni differenti per presupposti e gravità, tra fatti costituenti reato e meri fatti illeciti civili, ove non vengano in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente protette, rientra nella discrezionalità del legislatore.

Nella sentenza n. 88 del 1979, la Corte riafferma la centralità del bene salute che viene tutelato, in termini di *Drittwirkung*, «dall'art. 32 Cost. non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicchè si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso è certamente da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in violazione del diritto stesso. Da tale qualificazione deriva che l'indennizzabilità non può essere limitata alle conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito ma deve comprendere anche

³¹⁵ Corte cost., 27 luglio 1979, n. 87, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 689 con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte costituzionale*; in *Giust. civ.*, 1980, I, 535, con nota di A. DE CUPIS, *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*; in *Rass. dir. civ.*, 1981, 783 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Danno non patrimoniale e diritto alla salute*.

³¹⁶ Corte cost., 27 luglio 1979, n. 88, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 9 con nota di G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute davanti alla Corte Costituzionale*.

gli effetti della lesione al diritto, considerato come posizione soggettiva, autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza»³¹⁷.

La Corte costituzionale, se da un lato ha contribuito in modo rilevante al riconoscimento giurisprudenziale della risarcibilità dal danno alla salute, dall'altro, ancorando il fondamento del danno biologico ad un'interpretazione estensiva dell'art. 2059 c.c., escludeva di fatto il riconoscimento di tale voce in presenza di un illecito non qualificabile come reato.

La Corte inoltre prende posizione sulla questione centrale dei criteri di liquidazione del danno, rilevando come «l'indennizzabilità non [possa] essere limitata alle conseguenze della violazione incidente sull'attitudine a produrre reddito, ma deve comprendere anche gli effetti della lesione del diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza». Conseguentemente un sistema fondato esclusivamente sulla valutazione della capacità reddituale non sarebbe in linea con i principi affermati dalla Costituzione, in quanto tutelerebbe solo una parte degli interessi lesi³¹⁸.

Poco dopo le sentenze della Corte costituzionale anche le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno fatto propri i principi sopra sanciti in relazione al valore precettivo del diritto alla salute, stabilendo che «la salute oltre e prima che essere oggetto di cura e di intervento da parte della collettività generale, è protetta in via primaria, incondizionata e assoluta come modo di essere della persona»³¹⁹.

Con queste pronunce, in un certo senso, si chiude il cerchio di una lunga e complessa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, i cui risultati fondamentali sono rappresentati dalla definitiva acquisizione di autonomia dogmatica del danno non patrimoniale, dall'affermazione della natura precettiva del diritto alla salute sancito

³¹⁷ Sul punto le riflessioni di A. ANZON, *L'altra faccia del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 659 ss. che ha messo in luce i problemi connessi alla capacità dell'art. 32 Cost. di produrre obblighi reciproci anche tra privati.

³¹⁸ Come ebbe a rilevare autorevole dottrina, tali pronunce della Corte costituzionale non hanno risolto i problemi sollevati, nella misura in cui, pur affermando che il danno alla salute è un danno che deve essere risarcito senza limitazione, in quanto lesione di una situazione costituzionalmente protetta, al contempo, lo si inquadra nella previsione di cui all'art. 2059 c.c., con il rischio di condizionare la sua risarcibilità ai soli casi di lesione integrante una fattispecie di reato. Così G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte costituzionale*, cit., 692 ss.

³¹⁹ Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 1979, n. 5172, cit.; conf. Cass. civ., sez. III, 6 giugno 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 919. Un passo indietro alle tesi patrimonialistiche è sembrata la sentenza Corte cost., 29 dicembre 1981, n. 202, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1947 ss. con nota di A. ANZON, *La Corte ritorna alla concezione patrimonialistica del danno alla persona?*

nell'art. 32 Cost. ed infine dal riconoscimento del danno biologico, la cui consistenza sarebbe stata definita negli arresti successivi.

Se gli anni settanta hanno sancito la depatrimonializzazione del danno alla salute, la cui risarcibilità non dipende più dalla capacità di produrre reddito del soggetto leso, la giurisprudenza degli anni ottanta³²⁰ – nel confermare tale assunto – viene a delineare i confini della figura del danno biologico, sottraendo la definizione dei criteri di valutazione e liquidazione dello stesso alle tabelle predisposte dalle società assicurative. È stata ancora una volta la Corte costituzionale, con la nota sentenza del 14 luglio 1986, n. 184³²¹, a mettere a sistema la materia trattata, venendo a rappresentare un vero e proprio *leading case*.

Superando l'impostazione della sentenza n. 88 del 1979, la Corte si richiama al diritto vivente e, in particolare, nel proporre una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c., rigetta la ricostruzione del danno biologico come danno patrimoniale ed individua la fonte normativa di tale voce di danno direttamente nel combinato disposto tra gli artt. 32, 1° co., Cost. e 2043 c.c.³²².

L'itinerario interpretativo tracciato nella sentenza n. 184 del 1986 può essere così sintetizzato: l'art. 2043 c.c. considera “danno ingiusto” qualsiasi evento lesivo della

³²⁰ In tali termini Cass. civ., 6 giugno 1981, n. 3675, in *Foro it.*, 1981, I, 2, c. 1884 ss.; in *Foro pad.*, 1981, 322 ss. con nota di M. BESSONE, *Valore precettivo dell'art. 32 Cost., tutela della salute e danno biologico*; in *Resp. civ. prev.* 1981, 694 ss. con nota di G. PONZANELLI, *La Corte di Cassazione e il danno alla salute*; in *Giust. civ.*, 1981, II, 1903 ss. con nota di G. ALPA, *Danno biologico e danno alla salute davanti alla Corte di Cassazione*; conformi Cass. civ., 6 aprile 1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 537; Cass. civ., 14 aprile 1984, n. 2422, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 333, con nota di G. PONZANELLI, *Il cammino del danno alla salute*, secondo cui la salute costituisce una posizione soggettiva autonoma.

³²¹ Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*; in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 2976 ss., con nota di P.G. MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico* («*Staatsrecht verghe, Privatrecht besteht*»).

³²² Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, *cit.*, secondo cui «la vigente Costituzione, garantendo principalmente valori personali, svela che l'art. 2043 c.c. va posto soprattutto in correlazione agli articoli della Carta costituzionale (che tutelano i predetti valori) e che, pertanto, va letto in modo idealmente idoneo a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito. L'art. 2043 c.c., correlato all'art. 32 Cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma (esclusi i danni morali subiettivi) tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Ed è questo il profondo significato innovativo della richiesta di autonomo risarcimento, in ogni caso, del danno biologico: tale richiesta contiene un implicito, ma ineludibile, invito ad una particolare attenzione della norma primaria, la cui violazione fonda il risarcimento ex art. 2043 c.c. al contenuto dell'*iniuria* di cui allo stesso articolo, ed alla comprensione (non più limitata, quindi, alla garanzia dei soli beni patrimoniali) del risarcimento della lesione di beni e valori personali». In tal senso anche Corte cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1991, 3291. In dottrina D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici, cit.*, 27 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute, cit.*, 40 ss.; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost., cit.*, 5-6.

sfera soggettiva, abbia esso o no natura patrimoniale, rimanendone però escluso il diritto morale subiettivo in quanto autonomamente disciplinato dall'art. 2059 c.c.; sicchè, una volta svincolato dal requisito della sua incidenza patrimoniale, esso assume una latitudine corrispondente al variegato complesso delle attività umane coinvolte.

«La considerazione della salute come bene e valore personale, in quanto tale garantito dalla Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo, nella sua globalità e non solo quale produttore di reddito, impone invece di prendere in considerazione il danno biologico, ai fini del risarcimento, in relazione alla integrità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica sé stessa nella propria vita: non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva ed ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità, e cioè a tutte "le attività realizzatrici della persona umana"»

(Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, *cit.*).

Ciò apre la strada alla risarcibilità anche del danno esistenziale, quale espressione della valorialità complessa ed irripetibile della persona umana.

Un primo passo in questa direzione è stato compiuto, sia in dottrina che in giurisprudenza, sviluppando il concetto di lesione alla salute in termini tali da ricomprendere anche le compromissioni peggiorative che l'illecito determina nella sfera relazionale della vittima.

Passaggio obbligato di tale percorso è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 1994³²³ che si è occupata del danno risentito dai familiari per l'uccisione di un congiunto, dichiarando l'infondatezza delle questioni di costituzionalità degli artt. 2043 e 2059 c.c. sollevate con riferimento agli artt. 2, 3, 32 Cost.

La Corte afferma che al danno alla salute subito dai congiunti della vittima (c.d. vittime secondarie) non può applicarsi l'art. 2043 c.c., dal momento che il danno subito dai parenti, se loro riconosciuto, sarebbe attribuito all'autore dell'illecito in via di responsabilità oggettiva, non essendo tale danno una conseguenza diretta della violazione della regola di condotta posta in danno della vittima primaria.

³²³ Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giust. civ.* 1994, I, 3029, con nota di F.D. BUSNELLI, *Tre punti esclamativi, tre punti interrogativi, e un punto e a capo*; in *Giur. it.*, 1995, II, 406 ss., con nota di A. JANNARELLI, *Il «sistema» della responsabilità civile proposto dalla Corte costituzionale e i «problemi» che ne derivano*.

La difficoltà di ricondurre il danno biologico delle vittime secondarie all'art. 2043 c.c. obbliga pertanto la scelta di sussumerlo nel modello dell'art. 2059 c.c., che non poteva quindi essere ristretto al solo danno morale soggettivo. Pertanto, secondo tale ricostruzione, il danno alla salute sarebbe rientrato, al pari dei danni morali soggettivi, nella categoria del danno non patrimoniale, distinguendo tra le due *species* di danno non patrimoniale in base al carattere della lesione inferta, permanente nel caso di danno alla salute, e temporaneo nel caso di danni morali.

In conclusione la Corte, bloccando l'espansione del danno biologico ha contribuito a creare una profonda zona d'ombra tra il danno biologico ed il danno morale, e di fatto, certo in modo del tutto involontario, ha dato nuovo impulso a quella parte della dottrina³²⁴ che ha costruito il danno esistenziale, quale categoria autonoma, i cui contorni e contenuti, di volta in volta individuati sulla base del diritto leso, non potevano che essere delineati alla luce dei valori costituzionalmente garantiti ex art. 2 Cost.

È stata dunque l'esigenza di colmare un vuoto di tutela a determinare l'imporsi del danno esistenziale, voce, non collegata alla lesione di un unico tipo di interesse, ma a carattere trasversale, essendo in grado di ricomprendere la complessità di posizioni nelle quali il singolo deve essere garantito al fine di poter svolgere liberamente la propria personalità. Il pregiudizio esistenziale nasce pertanto come voce di danno attivabile a fronte di qualsiasi tipo di torto suscettibile di incidere negativamente nella sfera di esplicazione personale della vittima³²⁵.

³²⁴ Sul danno esistenziale si segnala l'elaborazione della scuola triestina P. CENDON, P. ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale*, Giuffrè, Milano, 2000; F. BILOTTA, *L'applicazione della categoria del danno esistenziale nelle pronunce del 2005*, in *Giur. merito*, 2006, 5, 1084 ss.; ID., *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 6, F. BILOTTA, P. ZIVIZ, *Il nuovo danno esistenziale. Dalla cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008*, Zanichelli, Bologna, 2009, 59 ss.; P. RUSSO (a cura di), *I danni esistenziali*, Utet, Torino, 2014; per la scuola torinese P.G. MONATERI, *Danno morale e danno esistenziale (alle soglie di una nuova categoria)*, in P.G. MONATERI, M. BONA, U. OLIVA, *Il nuovo danno alla persona*, Giuffrè, Milano, 1999, 25 ss.; M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*, in *Danno resp.*, 2003, 10, 941 ss.; ID., *Danno esistenziale*, in *Dig. priv., sez. civ.*, XVIII, Agg. II, Utet, Torino, 2003, 654 ss.; M. BONA, P.G. MONATERI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2004.

³²⁵ P. CENDON, *Violenza sessuale ad una minorenne e danno esistenziale dei familiari*, in *Dir. fam.*, 2001, I, 519 ss. secondo cui «il danno esistenziale è categoria abbastanza vasta nella sua portata, si sottolinea, da abbracciare ogni ripercussione a-reddituale sofferta da un soggetto a seguito dell'illecita compressione delle proprie attività realizzatrici – tale da estendersi cioè a “qualsiasi interesse giuridicamente rilevante per la persona, risarcibile nelle sue conseguenze non patrimoniali”. Figura non circoscritta, in particolare, ai meri attentati alla salute fisica o psichica, ma suscettibile di ricomprendere (e i giudici scendono qui ad un ricco ventaglio di semplificazioni) anche fattispecie di torto quali l'uccisione di un familiare, la

In questo contesto storico-giuridico si inserisce la sentenza n. 7713 del 7 giugno 2000³²⁶ con la quale la Corte di cassazione riconosceva la risarcibilità del danno esistenziale in favore del figlio naturale che, a causa del comportamento «intenzionalmente e pervicacemente defatigatorio del padre» nel sottrarsi ai suoi doveri, aveva subito lesioni «sia sotto il profilo affettivo che economico».

La Corte di cassazione ha così individuato un pregiudizio indipendente dal profilo economico, atteso che lo ha ritenuto sussistente ancorché al sostentamento del minore avesse, nel frattempo, provveduto l'altro genitore e non fosse perciò riscontrabile alcuna carenza dal punto di vista patrimoniale. Ad essere lesi, secondo tale pronuncia, furono dunque i diritti impliciti nella condizione giuridica di figlio e di minore, il cui rispetto da parte dei genitori è presupposto fondamentale per la sana ed equilibrata crescita del giovane, nonché condizione per un suo inserimento non problematico nel contesto sociale.

La pronuncia n. 7713/2000, in altre parole, ha fatto propria l'evoluzione della dottrina degli anni precedenti dando ingresso ufficialmente nel nostro ordinamento, per il tramite del c.d. diritto vivente, al danno esistenziale, riferendolo alla lesione di diritti «collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti» individuati con la tecnica del «combinato disposto» tra l'art. 2043 c.c. e un diritto assistito e protetto da garanzia costituzionale.

La quiete non si addice a questo settore del diritto, che è sempre stato caratterizzato da evoluzioni improvvise e concezioni stratificate: così la questione riguardante il risarcimento del danno non patrimoniale è stata, a partire dal 2003, al centro di una vera e propria tempesta interpretativa di origine giurisprudenziale.

In particolare, con le sentenze della Corte di cassazione, rese nello stesso giorno e contrassegnate dai nn. 8827/2003 e 8828/2003³²⁷, si è proposta una lettura dell'art. 2059 c.c. costituzionalmente orientata, in duplice senso: da un lato, qualificando il danno non

costrizione alla prostituzione, gli abusi sessuali, i contagi, le discriminazioni religiose, le lesioni dei diritti della personalità».

³²⁶ Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno resp.*, 2000, 8, 9, 835

³²⁷ Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in *Danno resp.*, 2003, 8-9, 816 ss., con nota di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 58 ss., con nota di A. SCALISI, *Il danno esistenziale. La «svolta» della Suprema Corte di Cassazione avallata «quasi in simultanea» dalla Corte Costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2003, 3, 1031 ss., con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale e il danno morale: una svolta per il danno alla persona*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675 ss., con nota di P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*.

patrimoniale, di cui alla disposizione in oggetto, come categoria ampia comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona non avente natura economica e costituzionalmente garantito, dall'altra, interpretando il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale come riferibile, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche, alle previsioni della legge fondamentale.

Viene in tal modo di fatto abbandonato il sistema tripolare disegnato dalla Corte costituzionale nel 1986, che vedeva affiancati il danno patrimoniale, il danno biologico e il danno morale soggettivo risarcibile in base all'art. 2059 c.c. nei soli casi di legge, con un passaggio al sistema bipolare del danno risarcibile (patrimoniale/non patrimoniale), ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c., ricomprendendo in quest'ultimo, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, ogni pregiudizio di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona³²⁸.

Nell'ambito di tale operazione ermeneutica, l'innovazione argomentativa più pregnante risiede nell'accantonamento dell'art. 32 Cost., ormai relegato alla comprensione di un momento pregresso dell'itinerario verso la totale affermazione della rilevanza giuridica del danno non patrimoniale, e nell'assunzione dell'art. 2 Cost. come norma idonea a fondare la riparabilità di questo danno.

Mentre, nella giurisprudenza precedente, la riparabilità del danno biologico e di quello esistenziale venivano fondate sull'art. 2043 c.c. correlato all'art. 32 Cost., lasciando all'art. 2059 c.c. la tradizionale funzione di legittimare l'indennizzabilità del danno morale soggettivo, nel nuovo orientamento, tale norma, in quanto conformata dall'art. 2 Cost., assurge al ruolo di fonte di legittimazione della riparabilità del danno non patrimoniale inteso come pregiudizio costituito dal danno morale soggettivo, dal danno biologico e dalle lesioni di beni essenziali, come la famiglia, riconducibili, quanto meno, alla categoria dei diritti fondamentali, che trovano tutela all'art. 2 Cost³²⁹.

³²⁸ Nasce così uno strumento di tutela diretta dei diritti costituzionali, e cioè uno strumento, in precedenza assente nel nostro ordinamento, con il quale l'individuo è abilitato a richiedere davanti a tutti i giudici (civili, penali e amministrativi) una tutela giurisdizionale a seguito della lesione di propri diritti di rango costituzionale in ogni caso, e cioè anche in assenza del riconoscimento e della protezione del singolo diritto da parte del legislatore. In senso critico le riflessioni di E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno resp.*, 2009, 4, 365 ss.

³²⁹ Sul punto, in termini costituzionalistici, E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 2, 269 ss., specie 295 sottolinea che «il meccanismo inventato dalle sentenze gemelle [del 2003] agisce proprio come un trasformatore permanente di ogni aspettativa individuale in diritto soggettivo fornito di tutela giurisdizionale, in quanto basta trovare in un modo o nell'altro un aggancio con una norma od un valore costituzionale affinché sorga immediatamente nell'individuo interessato anche il diritto ad adire un giudice per richiedere il risarcimento del danno»; in

Tale interpretazione è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 233 del 2003³³⁰, la quale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità dell'art. 2059 c.c. in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., ha riconosciuto, con un esplicito riferimento semantico, il danno esistenziale (derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona diversi da quella all'integrità psichica e fisica della persona conseguente ad un accertamento medico ex art. 32 Cost.), all'interno di un sistema bipolare connotato dal danno patrimoniale/non patrimoniale.

Così facendo, la Corte costituzionale, con la sentenza de quo, attraverso il richiamo al diritto vivente, ha delineato un danno non patrimoniale, caratterizzato per la presenza, al suo interno, di una "trilogia": danno morale soggettivo, «inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima»; danno biologico, «inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico»; infine, «il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona»³³¹.

L'ultima svolta è venuta, recentemente, dalle Sezioni unite della Cassazione³³² che, pur offrendo una risposta deludente e sostanzialmente inadeguata dal punto di vista

termini più dialogici G. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta a Elisabetta Lamarque*, ivi, 2009, 2, 303 ss.

³³⁰ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno resp.*, 2003, 10, 939 ss., con nota di M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*; ivi, 2003, 10, 957, con nota di G. CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*; ivi., 2003, 10, 962, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*.

³³¹ Così A. SCALISI, *Il danno esistenziale. La «svolta» della Suprema Corte di Cassazione avallata «quasi in simultanea» dalla Corte Costituzionale*, cit., 65 sottolinea che «il danno esistenziale [è] riconducibile alla dimensione della libertà: intesa sia come libertà da sia come libertà di. La libertà del vivere, non va, però, considerata in modo incondizionato (d'altra parte, non esiste una libertà incondizionata) ma, al contrario, essa va contestualizzata, cioè, va relazionata al contesto socio-culturale ove è destinata ad esplicarsi e ad operare, nel senso specifico che essa, se opportunamente vissuta, potrà garantire quel tipo ottimale di vita che l'evoluzione culturale e il progresso civile e giuridico della società consente di raggiungere. (...) In questo senso, il danno esistenziale perde un'apparente indeterminatezza d'identità anche se non è aprioristicamente, e una volta per tutte, identificato nella sua concreta esplicazione e nella sua specifica rilevanza giuridica, giacché la sua specifica identità e rilevanza giuridica postulano la necessità di accertare la rilevanza dell'interesse cui, il danno di che trattasi, è ricollegabile e la rilevanza sociale della compromissione della libertà del fare per essere. È, pure, innegabile che (...) la varietà di configurazione riguarda, più che l'identità o la natura del danno, le singole fattispecie cui il danno di che trattasi è riconducibile o, comunque, riguarda la diversità d'interessi (famiglia, istruzione, assistenza, solidarietà, libertà, religione etc.) la cui lesione determina un vuoto esistenziale, cioè, una compromissione della libertà del fare per essere». Fondamentali in tale senso Cass. civ., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Giur. it.*, 2006, 11, 2042; Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1439 in materia di demansionamento del lavoratore.

³³² Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 38. In dottrina M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della*

dogmatico, hanno accolto la lettura costituzionalmente orientata data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828 del 2003 all'art. 2059 c.c. nella parte in cui, in virtù della posizione preminente acquisita dalla Costituzione a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, si è riconosciuto che il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

Ciò che rileva ai nostri fini è l'affermazione per cui, fuori dei casi determinati dalla legge o in mancanza di fatto di reato, «è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata», la quale può essere determinata attraverso un'interpretazione evolutiva in virtù del rinvio all'art. 2 Cost., che consente all'interprete di «rinvenire, nel complessivo sistema costituzionale, indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»³³³.

Sembra quindi che la giurisprudenza di legittimità accolga una delle letture più accreditate dell'art. 2 Cost., disposizione che funge da sintesi della ratio comune ai singoli diritti inviolabili dell'uomo così come individuati espressamente dal testo costituzionale, sicché il riconoscimento di nuovi diritti non può essere banalmente argomentata sulla base del mero riferimento all'art. 2 Cost., come se in tale disposizione si compendi tutto il possibile sviluppo della rilevanza giuridica della persona; ma va, tutt'al contrario, fondato sull'esegesi delle disposizioni costituzionali che proclamano i diritti inviolabili, giacché la loro formulazione linguistica ampia e il richiamo ai valori in esse contenuto favoriscono processi interpretativi estensivi ed evolutivi che possono condurre all'affermazione di nuovi diritti strumentali o trasversali. In seconda battuta, ove le potenzialità estensive delle disposizioni costituzionali si rivelino insufficienti si

responsabilità civile, in *Contr. impr.*, 2009, 18 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 1, 13 ss.; D. CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 219 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 3, 619 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno resp.* 2009, 1, 8 ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 94 ss.; F.D. BUSNELLI, *...E venne l'estate di San Martino*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè, Milano, 2009, 97 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 2010, 7, 728 ss.; A. NEGRO, *Il nuovo danno biologico. Prova, liquidazione, casistica*, Giuffrè, Milano, 2011, 117 ss.

³³³ Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

potrà sempre attingere nell'opera di giuridificazione a quella *ratio* comune ai diritti inviolabili tipici sintetizzata nell'art. 2 Cost., che costituisce un principio generale dell'ordinamento e si identifica con la dignità personale³³⁴.

Vi sono infatti diritti, riconosciuti dalla Costituzione, ma dalla stessa non qualificati espressamente con l'attributo dell'inviolabilità che debbono essere considerati invece tali, attenendo gli stessi all'essenza stessa della persona umana: come, ad esempio, e sulla base di un ordine espositivo dettato soltanto dall'esistenza di un ormai consolidato diritto vivente nel senso della risarcibilità del danno derivante dalla lesione del diritto, il diritto alla salute (art. 32), il diritto a professare liberamente la fede religiosa che si intenda scegliere (art. 19), il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21).

Questa lettura espansa del ruolo dei diritti inviolabili si riflette nel passaggio da una visione della salute, in termini di danno biologico statico, ad una prospettiva in cui il benessere si identifica con la possibilità di perseguire le attività realizzatrici della persona umana.

In questi termini, sebbene le Sezioni unite ammoniscano che «di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere», esse tuttavia riconoscono come «il pregiudizio di tipo esistenziale (...) sia quindi risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria»³³⁵.

³³⁴ Si richiama all'elaborazione di F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 3-4. Così Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.* secondo cui «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona».

³³⁵ P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 57-58 ha scorto nella sentenza delle Sezioni unite il principio della risarcibilità dei pregiudizi esistenziali in presenza, oltre che dei casi prevista dalla legge, anche della violazione di un diritto costituzionalmente garantito, rintracciandovi addirittura la definizione del «pregiudizio esistenziale» come «danno provocato al fare abituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti che gli erano propri, inducendo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno».

Sembra peraltro che la giurisprudenza successiva alle sentenze di “San Martino” abbia confermato le analisi richiamate, dando luogo alla “resurrezione” del danno esistenziale³³⁶.

In conclusione, emerge chiaramente come l’affermazione del danno biologico ed esistenziale sia uno dei percorsi in cui si esprime la persuasività della giurisprudenza, determinata dal ruolo preponderante nel sistema delle fonti, della Costituzione e dei suoi principi/valori: infatti la Costituzione, negli ultimi sessanta anni, ha svolto il ruolo del cavallo di legno della saga omerica, posto al centro di una cittadella del diritto, patrimonialistica e poco attenta alle istanze e interessi sociali, da cui ad un certo punto, la persona umana è uscita nottetempo, con le sue varie prerogative e aspettative, invadendo poi tutti i luoghi all’intorno, sino a contagiare la lettura di ogni norma, rinverdendo o rivoluzionando tanti istituti, di lì in avanti, lasciando ovunque tracce del proprio passaggio.

Se riguardate in tal senso, le voci di danno non patrimoniale e la loro evoluzione non rappresentano il passato, o una promessa mancata, ma costituiscono ancor oggi un’occasione per dar voce all’umanità lesa e si fanno carico degli aspetti biografici della persona, essendo volte a tutelare quegli aspetti che consentono 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.

2.5. Il diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale: riflessi su identità e persona

Ripercorrere lo sviluppo e le ramificazioni del diritto alla salute in oltre sessant’anni di giurisprudenza costituzionale non sarebbe compatibile con l’economia e gli obiettivi dell’analisi qui proposta³³⁷, per tale motivo ci si limiterà a richiamare quelle sentenze da

³³⁶ M. FORTINO, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 5, 1048 ss. Tra le pronunce del 2010, forse la più rilevante è quella della III sezione civile della Corte di cassazione (Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 5, 1037), che definisce esistenziali i danni, derivanti dai “rovesciamenti forzati dell’agenda”, subiti dai genitori per la nascita indesiderata di un figlio. Vi sono da segnalare alcune recenti sentenze della Cassazione (Cass. civ., sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Danno resp.*, 2014, 4, 363; Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2014, n. 15491, in *Ced Cassazione*, 2014; Cass. civ., sez. III, 30 maggio 2014, n. 12265, *ivi*) che confermano un indirizzo volto a riaffermare il ruolo del pregiudizio esistenziale. Per un’ampia rassegna P. CENDON, *Il danno esistenziale nella giurisprudenza post 2008. Guida pratica dopo le “sentenze di San Martino”*, Aracne, Roma, 2013, 13 ss.

cui emerge una funzione metaforica della salute quale narrazione del percorso che un individuo attraversa lungo il tracciato della sua esistenza, cogliendone, in particolare, la natura di valore strumentale alla realizzazione della personalità e dell'identità di ciascuno³³⁸.

Si può constatare, innanzitutto, che, almeno sino agli anni ottanta del secolo scorso, non erano maturati nella giurisprudenza della Corte costituzionale contributi volti a valorizzare le potenzialità normative dell'art. 32 Cost., svolgendosi altresì l'elaborazione della Consulta in forme frammentarie e secondo linee di pensiero datate³³⁹.

Nella giurisprudenza costituzionale all'affermazione del carattere programmatico del diritto alla salute, la cui attuazione era rimessa alla discrezionalità vincolata del legislatore³⁴⁰, si accompagnava un'interpretazione del primo comma dell'art. 32 Cost. in termini strettamente pubblicistici, con un conseguente schiacciamento della tematica sulla sola dimensione assistenziale³⁴¹.

³³⁷ Si rinvia per un pregevole compendio a R. ROLLI, A. PINNA, *Il diritto alla salute*, in M. SESTA, V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 1-40.

³³⁸ Così riprendendo P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., 1049 si abbraccia una nozione di salute «come uno stato della persona inseparabile da essa e come tale non configurabile in astratto ma come situazione ottimale relativa al soggetto concreto ed al suo *habitat*. Ne deriva che la salute non è un valore scindibile dalla persona: la sua problematica non può che oscillare tra l'astratto e formale principio di eguaglianza e le esigenze concrete diverse da soggetto a soggetto con la inevitabile sua relativizzazione. Se quindi non è autonomamente pensabile la salute se non in riferimento ad una determinata persona, la sua tutela si identifica con quella della stessa persona concretamente e unitariamente intesa».

³³⁹ In tal senso B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 25 per cui «non si può certo dire che contributi alla valorizzazione dell'articolo siano venuti dalla Corte costituzionale, i cui interventi sono stati frammentari e spesso scarsamente significativi: le più recenti aperture del giudice di costituzionalità sono venute, per così dire, “a rimorchio” di una realtà sociale che si andava modificando, e sono state sicuramente prevenute dall'intervento del legislatore, dalle aperture di una parte della giurisprudenza comune, dagli stimoli della dottrina. E ancora adesso, dopo parziali aperture, riemergono talvolta letture riduttive dell'art. 32, sia sotto il profilo dell'oggetto della tutela (l'integrità fisica), sia sotto il profilo della considerazione della norma come meramente programmatica».

³⁴⁰ Così Corte cost., 27 luglio 1982, n. 142, in *Giur. cost.*, 1982, 1249; Corte cost., 27 maggio 1982, n. 104, *ivi*, 1982, 1024; Corte cost., 21 maggio 1975, n. 112, *ivi*, 1975, 1235; Corte cost., 24 luglio 1972, n. 144, *ivi*, 1972, 1465. In dottrina A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 156 nota che «l'analisi della giurisprudenza costituzionale induce a pensare piuttosto che secondo la Corte la tutela della salute dipendesse, nella sua consistenza e anche nella sua effettiva esistenza, dalle scelte compiute dagli organi legislativi e amministrativi».

³⁴¹ *Ex pluris* Corte cost., 29 dicembre 1977, n. 160, in *Giur. cost.*, 1977, 1506. Per non parlare dell'uso dell'art. 32 Cost. in funzione sanzionatoria e repressiva così Corte Cost., 19 gennaio 1972, n. 9, *ivi*, 1972, 27, con nota di L. CARLASSARE, *Detenzione di stupefacenti, tutela della salute, ordine pubblico*.

A questa tendenza hanno fatto da contrappunto pronunce attraverso cui la Corte ha esplicitato in modo pieno la sua funzione di giudice dei diritti: ci si riferisce, in primo luogo, alle sentenze che hanno investito le questioni inerenti la salute delle donne³⁴².

È del 16 marzo 1971 la sentenza con la quale la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 553 c.p. volto a punire l'«incitamento a pratiche contro la procreazione»³⁴³. Tale disposizione era volta a tutelare l'interesse demografico dello Stato in una prospettiva che rimandava comunque alla salvaguardia di un corpo collettivo, funzionale agli obiettivi di potenza statali, rispetto a quello individuale.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale della predetta fattispecie penale apriva la strada non solo ad una libera discussione sulle tematiche delle politiche di birth control ma soprattutto a programmi sanitari di informazione e prevenzione ai fini di una procreazione cosciente e responsabile³⁴⁴.

Con la sentenza n. 27/1975³⁴⁵, sul cui spartito verrà scritta la legge n. 194/1978, si viene a delineare una rinnovata concezione di salute che emerge dal bilanciamento tra i diritti e gli interessi costituzionali coinvolti: da un lato, la tutela del concepito, collocata tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., dall'altro, il diritto alla vita e alla salute della madre.

È evidente che il diritto alla salute, declinato nel contesto dell'interruzione della gravidanza, non può essere oggettivizzato o ridotto a settore di politiche sanitarie, ma si mostra inevitabilmente come personale³⁴⁶ e, al contempo, relazionale³⁴⁷, nella misura in

³⁴² Su cui si richiama quanto esposto nel I capitolo §. 1.5.2.

³⁴³ Corte cost., 16 marzo 1971, n. 49, in *Foro it.*, 1971, I, 833 che ribaltò il precedente Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 9, in *Giur. cost.*, 1965, 79 ss. che invece aveva salvato la disposizione. I giudici costituzionali, nel 1965, adottarono una sentenza definita «ortopedica» che, attraverso un'interpretazione adeguatrice dell'art. 553 tese ad ancorare la disposizione al primo comma dell'art. 21 Cost., ipotizzando paradossalmente che il riferimento vincolante al buon costume lungi dal limitare la libertà di parola, ne sarebbe stata al contrario un'ulteriore e maggiore garanzia. In dottrina S. BELLOMIA, *Sei anni dopo*, in *Giur. cost.*, 1971, 554 ss.; sul precedente del 1965 M. MAZZOTTI, *Incitamento e pratiche contro la procreazione e Costituzione*, ivi, 1965, 67-77; F. SORRENTINO, *L'art. 553 nell'interpretazione «adeguatrice» della Corte*, ivi, 1965, 80 ss.

³⁴⁴ Corte cost., 16 marzo 1971, n. 49, *cit.*, in cui si sottolineava che la coscienza comune, «tenuto anche conto del progressivo allargarsi dell'educazione sanitaria», non riteneva più la discussione di tali questioni come un'offesa al buon costume.

³⁴⁵ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, *cit.*

³⁴⁶ Il rapporto con il proprio corpo, pur essendo il frutto di costruzioni sociali e culturali cui concorre anche il diritto, è pur sempre qualcosa di profondamente personale. Così C. MANCINA, *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*, *cit.*, 104 ss.

³⁴⁷ Come nota M.L. BOCCIA, *È alla donna che dobbiamo la vita*, in *Liberazione*, 26 febbraio 2008 «senza relazione con il corpo pensante della madre non vi è possibilità di vita, biologica e simbolica»

cui «l'aborto ha cessato di essere "un affare di donne" ed è stato portato nello spazio pubblico e della legge, come una questione di cittadinanza»³⁴⁸.

Così, va riconosciuto che l'art. 32 Cost., come attuato nella legge n. 194/1978, afferma e sviluppa un concetto di salute quale unità psico-fisica «che si comprende solo partendo dalla indissolubilità della soggettività con il corpo»³⁴⁹, il che ne valorizza i tratti biografici ed esistenziali. Tale impostazione non ha mancato peraltro di trovare, nella successiva giurisprudenza costituzionale, riconoscimento quale forma di autodeterminazione – nel circuito tra salute e libertà – volta ad attribuire autonomo rilievo alla volontà della gestante, anche quando minorenni³⁵⁰.

Il «rilievo attribuito alla volontà della gestante, nell'ambito delle "procedure" previste nell'art. 5» della legge n. 194/1978 viene sottolineato nell'ordinanza n. 389/1988³⁵¹, nella quale la Corte ha precisato che l'art. 5, laddove non riconosce rilevanza alla volontà del padre del concepito «è frutto della scelta politico-legislativa di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza», e che «tale scelta non può considerarsi irrazionale in quanto è coerente al disegno dell'intera normativa e, in particolare, all'incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna».

Il concetto di salute delineato risulta dunque molto ampio, racchiudendo la salute fisica e psichica³⁵², oltre a rinviare, in maniera esemplificativa, non solamente a situazioni potenzialmente o attualmente compromettenti l'equilibrio della persona, ma anche alle

³⁴⁸ G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., 818.

³⁴⁹ L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit., 3.

³⁵⁰ Corte cost., 25 maggio 1987, n. 196, in *Foro it.*, 1988, I, 758 ss., con nota di E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice* da cui si desume come i margini di intervento del giudice tutelare siano «ben circoscritti e non cospicui (...) integre restando, comunque, le successive valutazioni della gestante abilitata essa solo a decidere»; Corte cost., ord. 14 aprile 1988, n. 463, *ivi*, 2109; Corte cost., 24 giugno 1993, n. 293, in *Giur. cost.*, 1993, 2096 ss.; ed anteriormente Corte cost., 25 giugno 1981, n. 109, *ivi*, 1981, 948 ss. Sempre sul ruolo del giudice tutelare e la natura del suo provvedimento di autorizzazione, Corte cost., 15 marzo 1996, n. 76, in *Giust. civ.*, 1997, I, 41 ss., con nota di F. GIARDINA, *L'ultimo atto di una storia senza fine: l'incostituzionalità dell'art. 12 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*.

³⁵¹ Corte cost., ord. 31 marzo 1988, n. 389, in *Giur. cost.*, 1988, 1713 ss.

³⁵² P. ZATTI, U.G. NANNINI, *Gravidanza (interruzione della) nel diritto civile*, in *Dig. priv., sez. civ.*, IV, Utet, Torino, 1993, 264 ss.; B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *Trattato di Biodiritto*, cit., 1660 ss.

condizioni economiche, sociali e familiari della gestante, come alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento³⁵³.

La salute quindi si converte in espressione del vissuto personale, dello stato di benessere o malessere della donna, venendo quindi a connotarsi come equilibrio esistenziale³⁵⁴ entro cui fiorisce quella, pur dolorosa, autodeterminazione femminile (intesa anche come *habeas corpus*).

Questo passaggio dal campo dell'integrità fisica, ovvero della statica della salute, a quello dell'identità personale³⁵⁵, ovvero delle dinamiche della salute, è ben rappresentato dalle sentenze del Giudice costituzionale sul tema del transessualismo³⁵⁶.

Nella prima pronuncia del 1979³⁵⁷, la Corte si uniformò alle posizioni della Cassazione, che aveva costantemente rifiutato la rettificazione dell'atto di nascita in caso di operazione chirurgica effettuata all'estero, in nome della necessità di preservare l'ordine sociale, attraverso l'utilizzo del criterio definito della "prevalenza reale *ex post*" che imponeva di accostare «il sesso più vicino alla realtà con quello legale»³⁵⁸.

³⁵³ In termini critici L. ROSSI CARLEO, Art. 4, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, *Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1620-1621.

³⁵⁴ U.G. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Giuffrè, Milano, 1989, 130 ss.

³⁵⁵ D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 197 ss., specie 200 secondo cui «il campo della sessualità, delle opzioni individuali e dei modi in cui viverla, riveste comportamenti e sistemi di valori appartenenti all'intimo culturale, all'io antropologico di ogni essere umano vivente. Come tali si sottraggono a quei processi e problemi della socializzazione che richiedono la necessità di regole giuridiche. Ciascuno sente che è impossibile trasformare la globalità della vita creaturale per inserirla tra i processi di potere che, attraverso divieti e obblighi, modellano la dimensione dell'azione dell'uomo».

³⁵⁶ P.M. VECCHI, *Transessualismo* (voce), in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, Treccani, 1994; S. PATTI, *Transessualismo*, in *Dig. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, Utet, 1999, 426 ss.; B. PEZZINI, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, I, 461 ss.; R. ROMBOLI, Art. 5, in F. GALGANO (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca, Delle persone fisiche, artt. 1-10, cit.*, 225 ss.; G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto, cit.*, 768 ss.; F. BILOTTA, *Transessualismo*, in *Dig. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Utet, Torino, 2013, 732-769; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano, 2013, 29 ss.

³⁵⁷ Corte cost., 1° agosto 1979, n. 98, in *Foro it.*, 1979, I, 1929 ss. In dottrina M. DOGLIOTTI, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 27 ss.; S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, 1179-1197; M. GARUTTI, F. MACIOCE, *Il diritto all'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, II, 273 ss.

³⁵⁸ Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1980, n. 2161, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1513 ss., sostenne che «(...) può ammettersi il cambiamento dell'attribuzione del sesso in seguito all'opera del chirurgo che aiuti il naturale sviluppo del sesso del soggetto, correggendo imperfezioni o eventuali elementi equivoci del sesso somatico. In tali casi, infatti, non si tratta di cambiamento di sesso, ma di attribuzione di quello vero, essendosi rivelata erronea quella avvenuta al momento della nascita. Ma, al di fuori di tale ipotesi, non può ammettersi (...) il mutamento di sesso per l'artificiosa e volontaria alterazione dei caratteri sessuali maschili mediante intervento chirurgico e applicazione di elementi femminili posticci». Anche Cass. civ., 3 dicembre 1974, n. 3948, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 880 ss.; Trib. Roma, 24 maggio 1974, in *Dir. fam. pers.*, 1975, 186; Trib. Montepulciano, 10 febbraio 1977, *ivi*, 1977, 701; Trib. Napoli, 9 novembre 1977, in *Dir. giust.*, 1978, 337 ss.

In sede di giudizio in via incidentale delle disposizioni sull'ordinamento di stato civile che si frapponivano al riconoscimento del nuovo sesso³⁵⁹, la Corte ebbe a dichiarare infondata la questione rispetto agli artt. 2 e 24 Cost., sulla scorta della teoria della tassatività dei diritti costituzionalmente garantiti.

In particolare, il Giudice delle leggi escluse che le norme costituzionali invocate potessero giustificare l'inclusione «tra i diritti inviolabili dell'uomo [di] quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica». Facendo propria la teorizzazione dell'art. 2 Cost. come norma chiusa³⁶⁰, la Corte sottolineò come tale disposizione «nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, che costituiscono patrimonio irretrattabile della sua personalità, deve essere ricollegat[a] alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali, quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti».

Nel testo di una sentenza che comunque segnava un punto di arresto nel percorso di riconoscimento della condizione transessuale, si rinviava all'«attenzione del legislatore» la questione del riconoscimento del mutamento di sesso, con un'evidente consapevolezza della dimensione problematica che il rifiuto di dare spazio alla nuova identità della persona “in transit” portava con sé.

A fronte di un quadro giurisprudenziale non certo progressista, nell'anno 1982, è stata approvata la legge 14 aprile 1982, n. 164³⁶¹, rubricata «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», la quale, ricorrendo a una tecnica normativa non invasiva o

³⁵⁹ Artt. 165 e 167 del R.D.L. 9 luglio 1939, n. 1238 e art. 454 c.c., abrogati dall'art. 110, rispettivamente, 1° e 3° co., del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396

³⁶⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 54-56. In senso critico F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 3 ss.

³⁶¹ S. PATTI, M.R. WILL, *Commento alla legge 14 aprile 1982, n. 164*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1983, 35-46; B. PEZZINI, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, cit., 465 e più di recente ID., *Le persone transessuali*, in P. CENDON, S. ROSSI (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, Aracne, Roma, 2013, 715-755; M. DOGLIOTTI, *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. civ.*, 1982, II, 467-471; A. FIGONE, *Il diritto all'identità sessuale e la libera esplicazione della propria individualità*, in *Dir. fam. pers.*, 1983, 2, 338-347; P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona: la l. 164 del 1982*, in *L. giust.*, 1984, 762; E. QUADRI, *Rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Dig. priv., sez. civ.*, 1990, 531 ss.; P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir. fam.*, 2009, 2, 713; M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, t. II, *Trattato di diritto di famiglia*, P. Zatti (diretto da), Giuffrè, Milano, 2011, 1599 ss.

cogente³⁶², consente all'individuo di costruire la propria identità di genere, quale elemento di espressione dell'armonico sviluppo della propria personalità³⁶³.

In forza di tale normativa, pur essendo in presenza di interventi demolitivi dell'integrità fisica, si veniva ad affermare il diritto del soggetto di vedersi attribuita un'identità sessuale consona alla propria interiorità, ossia intesa come aspetto complesso della personalità di ognuno, determinato da fattori dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio³⁶⁴.

La legge prevede, in particolare, la possibilità di ottenere la rettificazione degli atti dello stato civile quando esiste una sentenza del Tribunale, passata in giudicato, che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali³⁶⁵.

³⁶² Il legislatore si limita a individuare i presupposti, specie procedurali, per l'accesso al trattamento medico chirurgico di cambiamento di sesso e delimita le principali conseguenze di tale cambiamento (la rettifica del nome agli atti dello stato civile e lo scioglimento dell'eventuale pregresso matrimonio). Si tratta di un articolato scarno e non privo di lacune ed equivoci, congegnato in vista della corrispondenza tra caratteri sessuali esteriori e aspetto della persona, in funzione della coincidenza tra apparenza fisica e dato anagrafico. Cfr. G. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, cit., 742 ss.; S. PATTI, *Transessualismo*, cit., 423.

³⁶³ M. FORTINO, *Sesso (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, 425 per cui «Con la nuova normativa si aggiunge un segno nuovo al diritto all'identità sessuale: esso non si limita ad essere diritto al rispetto della propria identità sessuale, ma diventa libertà giuridicamente tutelata di scegliere, ove ne ricorrano le condizioni, la propria identità sessuale; libertà positiva, cioè, in quanto il soggetto non si limita a reclamare la non ingerenza dello Stato rispetto ad un suo atto di autodeterminazione, ma pretende che lo Stato intervenga positivamente e gli attribuisca gli strumenti affinché la propria scelta diventi giuridicamente rilevante e protetta»; sul punto anche le dense riflessioni di D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, cit., 202 ss.

³⁶⁴ Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Dir. fam.*, 1985, 420 ss. Sulla sentenza G. PALMERI, M.C. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, cit., 1339 ss.; M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Foro it.*, 1987, I, 235.

³⁶⁵ L'espresso riferimento alle «intervenute modificazioni» sembrerebbe escludere che del procedimento possano beneficiare persone transessuali che non si siano sottoposte ad alcun trattamento e che non intendano sottoporvisi, ciò sulla base di una *ratio* volta esclusivamente a garantire la certezza dei rapporti giuridici, anche con riguardo alla posizione dei terzi che entrino in contatto con il transessuale, in modo da far coincidere l'apparenza esteriore con il dato anagrafico. Diversa è la soluzione accolta dal legislatore tedesco (l. 10-9-1980), che, insieme alla possibilità di richiedere «la determinazione dell'appartenenza sessuale» (c.d. *große Lösung*), prevede la semplice richiesta di cambiamento del nome quando la persona «a causa della sua conformazione transessuale sente di non appartenere più al sesso indicato nel suo atto di nascita» (c.d. *kleine Lösung*). In dottrina P. STANZIONE, *La soluzione normativa del transessualismo: l'esperienza tedesco-occidentale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1232 ss.; A. MEZZANOTTE, *Profili comparatistica fra ordinamento italiano e tedesco sulla condizione giuridica dei transessuali dopo il mutamento di sesso*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 808-826; G. PALMERI, M.C. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam.*, 1999, 1342, nota 8. In giurisprudenza Trib. Pavia, 2 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 1596 che ricorre alla *fictio iuris* per escludere la necessità della costruzione di organi sessuali in qualche misura corrispondenti a quelli del genere in cui si intende transitare; Trib. Roma 18 ottobre 1997, in *Dir. fam.*, 1998, 1035, con nota di M.C. LA BARBERA, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento chirurgico*; Trib. Pistoia, 24 maggio 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 2, 1645 ss.; App. Genova, 23 aprile 1990, in *Dir. fam.*, 1991, 550.

È bene ricordare che, a soli tre giorni dalla promulgazione della suddetta legge, veniva sollevata questione di costituzionalità degli artt. 1 e 5 della legge n. 164/1982 ritenuti in contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. lamentando una violazione dei limiti normativi alla disponibilità del corpo (artt. 5 c.c., 579-580 c.p. e 32 Cost.) lesiva della salute della persona transessuale, che si sarebbe vista attribuire, a seguito della modificazione anatomica, conseguente all'intervento chirurgico, una nuova identità "puramente apparente in quanto non dovuta a cause naturali».

A fronte di tali obiezioni, la Corte costituzionale nella sentenza 6 maggio 1985, n. 161³⁶⁶, facendo proprio lo spirito che animava la legge, ribadisce che per il transessuale «l'esigenza fondamentale è far coincidere il soma con la psiche (...) ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica». Quest'ultima è dunque «vista come una liberazione, in quanto la presenza dell'organo genitale (del sesso rifiutato) dà luogo a disgusto ed a stati di grave sofferenza e di profonda angoscia». Le pratiche mediche volte a tal fine, pertanto, sono lecite, non solo in quanto eseguite previa approvazione dell'autorità giudiziaria, ma, in ogni caso, perché tali atti dispositivi del proprio corpo sono finalizzati alla tutela della salute, anche psichica, della persona stessa. In sostanza – anche rispetto alla sua giurisprudenza consolidata – la Corte asseconda quella "rivoluzione copernicana"³⁶⁷, positivizzata dal testo legislativo, collocandosi «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e di dignità della persona umana».

Tale evoluzione viene a consolidare la dimensione della tutela della condizione giuridica delle persone transessuali nel contesto del diritto costituzionale alla salute, attraverso il riconoscimento dell'esigenza di far coincidere il soma con la psiche, in linea con una visione olistica che integra i vari aspetti della persona³⁶⁸. Prendono così lentamente forma, anche attraverso il percorso della salute, un nuovo concetto di identità sessuale, che incorpora anche elementi di carattere psicologico e sociale e una nuova concezione del sesso «come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori», posto che «la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa»³⁶⁹.

³⁶⁶ Corte cost. 6 maggio 1985, n. 161, *Giur. it.*, 1987, 1, 236.

³⁶⁷ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, cit., 59-60.

³⁶⁸ S. ROSSI, *Corpo (Atto di disposizione sul)*, in *Dig. priv., sez. civ.*, Agg. VII, Utet, Torino, 2012, 216 ss.

³⁶⁹ Corte cost. 6 maggio 1985, n. 161, cit. Sul punto A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, cit., 35.

In conclusione, pur a fronte delle ambiguità³⁷⁰ che la normativa riserva, si deve riconoscere come essa consenta al transessuale di affermare la propria personalità, aiutandolo a superare l'isolamento, l'ostilità, l'umiliazione che troppo spesso lo accompagnano nella sua esistenza, ricevendone maggiore pienezza di vita e, quindi, più intensa dignità.

Anche questa "storia costituzionale" ha quindi contribuito ad arricchire il senso del diritto alla salute, che, atteggiandosi a bene giuridico dinamico, viene tutelato dall'ordinamento quale «complessivo equilibrio psico-fisico dell'individuo in una determinata situazione socio-ambientale»³⁷¹.

La discussa legge 19 febbraio 2004, n. 40³⁷² sulla "procreazione medicalmente assistita" rappresenta un altro esempio emblematico dell'espansione che, specie in via curiale, il concetto di salute ha subito nel corso dell'ultimo decennio. La predetta legge, di stampo marcatamente ideologico³⁷³, nella sua versione originaria affrontava il tema della salute della donna in chiave prettamente terapeutica³⁷⁴, consentendo il ricorso alla tecnica della

³⁷⁰ Si lamenta, ad esempio, l'eccessiva discrezionalità rimessa al Tribunale dall'art. 3, 1° co., legge 164/1982, sulla base di diverse argomentazioni, S. PATTI, M.R. WILL, *Commento alla legge 14 aprile 1982, n. 164, cit.*, 41 ss. che sottolineano come «la valutazione di necessari età dovrebbe tener conto di tutte le particolarità del caso concreto, sì che l'adeguamento chirurgico potrebbe ritenersi superfluo, ad esempio, nel caso di transessuale anziano che abbia compiuto con soddisfazione il trattamento ormonale»; A. FIGONE, *Il diritto alla identità sessuale e la libera esplicazione della propria individualità. Considerazioni a margine della l. 14 aprile 1982, n. 164*, in *Dir. fam.*, 1983, 346, secondo cui «sarebbe stato preferibile precludere espressamente qualsiasi apprezzamento sul merito della domanda, lasciando ai giudici solo un sindacato formale, volto a valutare la legittimità della medesima»; *contra* G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Ipsoa, Milano, 2002, 80 ss.

³⁷¹ B. PEZZINI, *Transessualismo, salute e identità sessuale, cit.*, 474.

³⁷² Sull'ampia bibliografia in tema, P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 810 ss.; G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. merito*, 2009, 12, 3002; F. DI PILLA, *Procreazione medicalmente assistita: uno sguardo d'insieme*, in *Diritto privato*, II, *Persona, famiglia e successioni*, Studi in onore di Antonio Palazzo, Torino, 2009, 247 ss.; M. D'AMICO, M. CLARA, I. ALESSO, *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2010; A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *cit.*, 1358 ss.; R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, *ibidem*, 1517 ss.; M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *La legge 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2012.

³⁷³ C. FLAMIGNI, M. MORI, *La fecondazione assistita dopo 10 anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo !*, Ananke, Torino, 2014, 10 ss.

³⁷⁴ Ai sensi degli artt. 1 e 4 legge n. 40/2004 era consentito il ricorso a tale tecnica solo quando vi erano problemi riproduttivi legati alla sterilità o all'infertilità della coppia, debitamente documentate e non superabili a mezzo di metodi terapeutici egualmente efficaci. Ciò avrebbe escluso i portatori di malattie genetiche non sterili, i quali, solo accedendo alla PMA, potrebbero procreare con sicurezza previa diagnosi pre-impianto degli embrioni. Sul punto Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Corr. giur.*, 2008,

procreazione assistita solo a coppie eterosessuali, sposate o conviventi, e utilizzando esclusivamente materiale genetico della coppia stessa³⁷⁵.

La legge ha da subito mostrato le incongruenze e contraddizioni logiche insite nel tessuto normativo: dall'affermazione della soggettività del nascituro, all'obbligo di impianto di tre embrioni, sino al divieto alle coppie non fertili di accedere alla diagnosi pre-impianto e alla fecondazione eterologa, tali limiti e divieti sono stati "smontati" con certosa pazienza dall'opera concentrica della Corte costituzionale e della giurisprudenza di merito.

In particolare, la "riscrittura" della legge è stata opera della Corte costituzionale che, nella sentenza n. 151/2009³⁷⁶, ha modificato la regolamentazione in alcuni dei suoi snodi essenziali: il divieto di formare più di tre embrioni, l'obbligo di impiantarli tutti ed il divieto di crioconservazione (art. 14). La sentenza realizza un bilanciamento tra tutela dell'embrione e diritti degli altri protagonisti della procreazione medicalmente assistita³⁷⁷: la donna, quale titolare del diritto all'autodeterminazione, e il medico, riguardato come garante del diritto alla salute.

La Corte non richiama i propri precedenti che, a partire dalla sentenza n. 27/1975, hanno contribuito a delineare nel bilanciamento a favore della tutela della salute della donna la chiave di volta della disciplina dell'interruzione della gravidanza così come

388; Trib. Firenze, 19 dicembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 723; Tar Lazio 21 gennaio 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 489 che hanno dato un'interpretazione costituzionalmente orientata superando il divieto di diagnosi pre-impianto. A seguito di queste sentenze anche le linee guida sulla PMA sono state modificate e nella versione 2008 il divieto di diagnosi pre-impianto è stato eliminato.

³⁷⁵ Critici sul divieto della fecondazione eterologa, tra i molti, M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita ?*, in *Corr. giur.*, 2004, 1405; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, cit., 814 ss.; per un'analisi esaustiva i contributi ospitati in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Franco Angeli, Milano, 2012, 55 ss.

³⁷⁶ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1123, con nota di G. FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, ivi, 2009, II, 521. Sulla rilevanza della sentenza i contributi raccolti in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2010.

³⁷⁷ Con la decisione n. 151 del 2009, la Corte, utilizzando appieno il suo ruolo, corregge la *ratio* stessa della legge, quando afferma, in apertura, che la legge n. 40/2004 non può e non deve tutelare soltanto l'embrione, in quanto «la tutela dell'embrione non è assoluta, ma bilanciata con le giuste esigenze della procreazione». Cfr. G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della L. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. mer.*, 2009, 441 ss.

delle tecniche mediche di riproduzione, tuttavia è evidentemente questo l'alveo entro il quale la sentenza si colloca³⁷⁸.

Peraltro, il fatto che la legge delineasse in astratto il percorso terapeutico al quale il medico si doveva attenere (divieto di creare un numero di embrioni superiore a tre, obbligo di impiantarli tutti in un unico e contemporaneo impianto) appariva in contrasto, innanzitutto, con l'art. 3 Cost. «riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza», nella misura in cui disconosceva la rilevanza delle «condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita», inevitabilmente variabili da caso a caso a seconda dell'età e dello stato di salute.

In via ulteriore la previsione legislativa si poneva in contrasto con l'art. 32 Cost., ed in specie con il diritto alla salute della donna, laddove «il divieto di cui al comma 2 dell'art. 14 (...) fini[va] quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione [dei] cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina[va], in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto»³⁷⁹.

Dalla lettura della sentenza emerge un'attenzione particolare al dato concreto, con uno sguardo al diritto “dal basso”, dalla concretezza della vita, a cui, specie di questi tempi, si intrecciano le possibilità offerte dalla scienza e dalla tecnica.

Non stupisce pertanto che la Corte abbia rilevato un altro profilo di violazione dell'art. 32 Cost. nell'usurpazione operata dal legislatore della sfera di discrezionalità scientifica

³⁷⁸ In questi termini S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. I - Le scelte esistenziali di inizio vita*, Giuffrè, Milano, 2012, 181 ss. sottolinea il percorso di «progressiva (...) “costituzionalizzazione” della vituperatissima legge italiana»; sulla sentenza del 2009, specie 196 ss.

³⁷⁹ Si veda C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1696 ss.; L. VIOLINI, *Note minime a una decisione problematica*, in M. D'AMICO, I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, cit., 191 ss.; anche L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 281 ss.; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in www.giurcost.org, nonché S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it

e professionale del medico, a cui «la previsione legislativa non riconosce[va] la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»³⁸⁰.

Si può quindi convenire che la sentenza n. 151/2009 inserita un ulteriore tassello nel complesso *puzzle* della definizione giurisprudenziale del diritto alla salute, diritto che implica la possibilità di disporre delle migliori acquisizioni della scienza e dell'arte medica, la cui applicazione è affidata all'autonomia ed alla responsabilità del medico con il consenso del paziente, senza che il legislatore possa entrare nel merito di tali decisioni ponendo limiti contrari ai principi di eguaglianza, di ragionevolezza, potenzialmente pregiudizievoli per la salute³⁸¹.

Da ultimo³⁸² la sentenza n. 162 del 2014³⁸³ della Corte costituzionale ha eliminato uno degli ultimi elementi originari – il divieto di fecondazione eterologa – che connotavano

³⁸⁰ È bene rammentare che, in altre occasioni, la Corte costituzionale aveva fissato un confine alle competenze del legislatore rispetto all'autonomia del medico: così Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, c. 394 aveva interpretato il primo comma dell'art. 32 Cost. come riconoscimento del «diritto ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica», nel rispetto della sua «integrità fisica e psichica». Cosicché, in termini di regola/eccezione, «salvo che entrino in gioco altri diritti e doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti ed a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia 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 (...) Tutto ciò non significa che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità di intervenire (...) Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità del legislatore». Su questi profili R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotechnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 6 ss., specie 15 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, cit., 295 ss.; S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 4, 817-842; A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2011, 19, ha definito questa sentenza «decisione "modello"», nella quale la Corte costituzionale ha elaborato «una sorta di *guide-line* degli interventi legislativi in merito alla pratica medica e terapeutica».

³⁸¹ G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, 5, 517 ss.

³⁸² Non potendo ripercorrere le tappe intermedie rinvio, con riferimento alla sentenza Cedue, sez. X, *Costa e Pavan c. Italia*, n. 54270/10, 28 agosto 2012, a S. PENASA, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, 2013, 21, 1, 235-270; B. LIBERALI, *La diagnosi genetica pre-impianto fra interpretazioni costituzionalmente*

la struttura normativa edificata dalla legge n. 40 del 2004, che è progressivamente implosa a causa delle sue contraddizioni interne³⁸⁴.

Ai nostri fini ciò che più interessa, è il passaggio centrale della sentenza in cui la Corte sanziona l'illegittimità del divieto di cui all'art. 4, 3° co., l. n. 40/2004 che si pone in contrasto con l'esigenza di tutelare due interessi costituzionalmente rilevanti: «la scelta delle coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», esigenza che «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., ed, inoltre, il «diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»³⁸⁵ e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica».

Il riferimento alla tutela della salute psichica, di cui si dà per scontato l'eguale valore rispetto alla integrità fisica, si mostra interessante sotto un duplice profilo: viene assunto, in primo luogo, come bene tutelabile in via autonoma il profilo psichico della salute, leso dalla forzata limitazione di una naturale “attività realizzatrice della persona”, qual'è il divenire genitori, che impone alla coppia di condurre, giorno per

conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014, 2, 2 ss.; quanto alla controversia sull'eterologa M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di “fecondazione eterologa” fra principi costituzionali ed europei*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 18-54.

³⁸³ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in www.giurcost.org. In dottrina A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, entrambe in www.giurcost.org; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.org; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in www.penalecontemporaneo.it; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza ? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*; A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, reperibili in www.forumcostituzionale.it.

³⁸⁴ Come ammette anche F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40 ? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, 459 preconizzando che lo sgretolamento potrebbe proseguire, e trasformarsi in un vero e proprio “scardinamento” dell'impianto strutturale della legge.

³⁸⁵ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit. secondo cui la nozione di salute corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946).

giorno, un'esistenza diversa e peggiore da quella che avrebbero altrimenti vissuto³⁸⁶, con potenziali effetti patologici a carico dell'equilibrio psichico³⁸⁷.

In via ulteriore, l'espansione del diritto alla salute, e della sua garanzia, sembrano confermate dal riferimento alla disabilità – «nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione» – di cui verrebbero a soffrire le coppie private del dono della vita³⁸⁸. Non solo salute quindi, nella misura in cui, anche nella giurisprudenza costituzionale, si viene a riconoscere come la funzionalità di un individuo in uno specifico ambito sia il risultato della complessa interazione tra le condizioni di salute e i fattori contestuali ambientali e personali. Tale definizione spinge la disabilità oltre il modello medico/individuale, che vedeva nelle persone disabili dei malati o dei minorati a cui doveva essere garantita solo protezione sociale e cura, verso una prospettiva bio-psico-sociale della condizione di disabilità, come determinata dalla relazione tra le caratteristiche delle persone e le modalità attraverso le quali la società organizza l'accesso ed il godimento di diritti, beni e servizi³⁸⁹.

³⁸⁶ In tali termini Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, *cit.* nota: «è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia».

³⁸⁷ Si può notare l'espansione del ruolo giocato dalla salute psichica nella legge n. 194/1978 rispetto alla interpretazione costituzionale della legge 40/2004, laddove – pur a fronte della diversa finalizzazione – nella prima la messa a rischio di tale bene consente l'esercizio dell'«autonomia, [del]la libertà della donna, come criterio di scelta tra due possibilità ugualmente dolorose: interrompere la gravidanza o andare incontro ai rischi che questa comporta per la salute psichica o fisica» (G. FERRANDO, *Nascita indesiderata e danno risarcibile*, in A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, Giuffrè, Milano, 1999, 217), mentre nella seconda la lesione della salute psichica – peraltro estesa anche all'uomo – rappresenta quell'interesse costituzionalmente rilevante che giustifica l'accesso ad una dimensione piena dell'autodeterminazione, come pare l'incoercibile diritto dei membri della coppia di divenire genitori.

³⁸⁸ Leggendo il passaggio della sentenza, permane comunque il dubbio se la Corte intendesse proporre un'analogia tra infertilità/sterilità e la disabilità o se volesse riferire tale condizione solo alle patologie psichiatriche produttive di un detrimento alla personalità dell'individuo. È tuttavia evidente che, riprendendo la nozione di disabilità, intesa dinamicamente, che è stata fatta propria dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità (entrata in vigore il 3 maggio 2006 e resa esecutiva in Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18) nel preambolo (lett. e) quale «risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri», allora anche le coppie con problemi di infertilità e sterilità – che siano menomate da un vincolo legale (quale il divieto di accedere all'eterologa) – rientrano nella categoria dei disabili.

³⁸⁹ In particolare il *Social Model of Disability* elaborato da Oliver e Barnes ha gettato nuova luce sugli aspetti anche sociali, economici, politici e culturali della quotidianità della persona disabile, ed ha avuto il merito di illustrare come le barriere ambientali, i comportamenti sociali e anche gli atteggiamenti culturali creino 'dis-abilità' per le persone affette da menomazioni. Il modello sociale ha consentito di affermare che: a) la qualità della vita della persona con disabilità non è determinata dalle sue caratteristiche fisiche, dal modo in cui funziona il suo corpo o la sua mente; b) che è necessario tenere distinto il *deficit* fisico o mentale della persona dalle barriere che determinano svantaggio sociale o limitazione di partecipazione; c) che la segregazione della persona disabile è determinata dai pregiudizi e dalla discriminazione, dal mancato utilizzo delle risorse necessarie a eliminare barriere e creare ambienti accessibili, nonché dalla

Il richiamo al rispetto del diritto alla salute psichica delinea al contempo i limiti all'intervento discrezionale del legislatore in ambito medico-terapeutico che deve conformarsi a parametri di "ragionevolezza scientifica". In questi termini il metodo e le forme della legislazione in ambito medico-scientifico, enunciate per la prima volta dalla Corte nella sentenza n. 282 del 2002, divengono patrimonio consolidato e principio fondamentale dell'esercizio discrezionale del potere legislativo.

Il principio viene ulteriormente rafforzato nella sua capacità conformativa del potere discrezionale del legislatore, in quanto esso trova applicazione «anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone»³⁹⁰.

La Corte, in questi termini, ribadisce i limiti imposti alla discrezionalità del legislatore dalla specificità del contesto e dei soggetti coinvolti, senza dimenticare l'imprescindibile prevalenza della dinamica propria dell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, che può essere limitata o superata dall'intervento discrezionale del legislatore solo in presenza di pari interessi costituzionali e nel rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità³⁹¹.

In conclusione, questa breve e parziale rassegna di sentenze della Corte costituzionale fa emergere quel parallelo sviluppo – nell'intreccio tra i diversi formanti – del diritto alla salute, che, da nozione statica ha assunto tratti dinamici tali da farla coincidere con la dimensione del vissuto della persona, entità di per sé irriducibile a categorizzazioni e schematismi astratti³⁹².

mananza di adeguato supporto. Cfr. M. OLIVER, *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990, 93 ss.; C. BARNES, *Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation*, Hurst & Co. in association with the British Council of Organisations of Disabled People, London, 1991. Nella dottrina italiana A.D. MARRA, *Diritto e Disability Studies. Materiali per una nuova ricerca multidisciplinare*, Falzea, Reggio Calabria, 2010; ID., *Disabilità*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. V, Utet, Torino, 2010, 555 ss.

³⁹⁰ Come nota la Corte, tuttavia, «non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango». Cfr. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, *cit.*

³⁹¹ S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza ? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, *cit.*, 6-8.

³⁹² «Se ciò è comune a molti campi del diritto attuale – basti pensare al rinnovamento e alla sostanziale destrutturazione del sistema delle "fonti" – nel diritto delle persone assume caratteri di più forte disagio: è diffusa e crescente la sensazione che le strutture tradizionali del pensiero giuridico non siano più adeguate

2.5.1. Il consenso informato come ponte tra salute e libertà

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 esistenziali³⁹³.

Se infatti la salute è anche diritto di libertà non vi è da stupirsi che in essa sia incorporata quella garanzia che è propria dell'*habeas corpus*, ovvero quella sfera di autodeterminazione che diviene «la vera matrice dei singoli diritti personali»³⁹⁴, declinati nei termini di un'affermazione della sovranità della persona su sé stessa.

Il principio di autodeterminazione, che caratterizza la tutela costituzionale della persona e l'accompagna in qualsiasi momento della sua vita, entra così a far parte di quel bagaglio di meccanismi giuridici che, in quanto determinano la collocazione degli individui all'interno dell'organizzazione sociale, possono dirsi costitutivi della cittadinanza³⁹⁵.

Proclamare la sovranità di ogni individuo sul proprio corpo³⁹⁶, 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, e, al

alla soluzione dei problemi in campo nell'ambito dei diritti delle persone. Questo disagio dipende da una tensione sempre più forte tra due caratteristiche di questo "ramo" del diritto. Esso è, da un lato, particolarmente sensibile agli aspetti simbolici del linguaggio giuridico. È dunque esposto a tutto il continuo processo di rideterminazione di simboli negli scambi tra il livello culturale-linguistico, quello politico, legislativo, giurisprudenziale, in un orizzonte sempre più sovranazionale. In questo flusso emergono, via via, simboli linguistici che assumono, sia sul piano normativo che sul quello delle interpretazioni e delle decisioni di casi, un ruolo di indirizzo, talvolta più stabile e fondamentale, talvolta limitato ad una fase significativa ma in qualche modo più precaria. Si pensi al ruolo di concetti giuridici come "identità", "*privacy*", "salute", e alla loro interna evoluzione; alla fortuna del riferimento alle "differenze"; alla crescita del richiamo al "corpo"; all'espansione del richiamo alla "dignità". Talvolta il simbolo-guida ha caratteri di novità linguistica, talvolta invece un simbolo antico viene rilanciato dalla aggregazione di impieghi e significati nuovi che gli conferiscono o gli restituiscono una funzione chiave». Così P. ZATTI, *Una ricerca sulle persone*, in www.personaedanno.it (14 dicembre 2008).

³⁹³ Su questi aspetti rinvio per approfondimenti al III capitolo.

³⁹⁴ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 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 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»

³⁹⁵ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, 363.

³⁹⁶ Così G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, 92-94.

contempo, ne determina il limite, dato dall'inviolabilità della sfera corporea, che è confine e condizione di legittimità di ogni atto che vi incide 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»³⁹⁷.

Tale prospettiva ha trovato compiuta espressione nel principio del consenso informato³⁹⁸, le cui radici si rinvencono 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 fondamentale³⁹⁹. 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.)⁴⁰⁰.

Analizzando la giurisprudenza costituzionale questo processo risulta evidente.

A partire dalla sentenza n. 471/1990⁴⁰¹, nella quale la Corte, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 696, 1 co, c.p.c. nella parte in cui non consente ad un

³⁹⁷ 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.

³⁹⁸ 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 *Dig. priv., sez. civ.*, VII, Utet, Torino, 2012, 177 ss.

³⁹⁹ 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*, cit., 2012, 250 ss.

⁴⁰⁰ 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.

⁴⁰¹ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14, pronuncia che costruisce il valore costituzionale dell'inviolabilità della persona secondo il precetto dell'art. 134, 1° co., Cost., in termini di libertà postulandone la sfera di esplicazione nel potere di disporre del proprio corpo. In dottrina G.

soggetto di ottenere che sia disposto accertamento tecnico od ispezione giudiziale sulla propria persona⁴⁰², 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. 307/1990⁴⁰³, che, pur contenendo solo un accenno indiretto alla tematica, è venuta a sancire chiare affermazioni sullo statuto e i limiti dell'autodeterminazione.

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»⁴⁰⁴.

BASILICO, *Accertamenti tecnici e ispezioni giudiziali sulla persona*, in *Giur. it.*, 1991, I, 621; A. MUSUMECI, *Dal “potere” alla “libertà” di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.*, 1991, 626 ss.

⁴⁰² Nel giudizio *a quo* un privato, assumendo di avere subito danno fisico a seguito di intervento chirurgico, aveva chiesto che fosse disposto un accertamento tecnico preventivo sulla propria persona, per poter dare sostegno alla pretesa risarcitoria.

⁴⁰³ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, 1694 con nota di G. PONZANELLI, *Lesioni da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo* e A.M. PRINCIGALLI, *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*; in *Giur. cost.*, 1990, 1880, con nota di F. GIARDINA, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e “responsabilità” dello Stato*. Nella sentenza si è inteso affermare che l'obbligatorietà del trattamento deve rappresentare comunque l'*extrema ratio* per la protezione di un superiore interesse pubblico. Si veda anche Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, 1006 ss.

⁴⁰⁴ La legge 25 febbraio 1992, n. 210 è stata introdotta a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale della legge n. 51 del 1966, che stabiliva l'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica per i bambini entro il primo anno di età; tale normativa infatti, con sentenza n. 307

La sentenza n. 258/1994⁴⁰⁵ ribadisce e delinea una sorta di decalogo dei limiti entro cui il trattamento sanitario può dirsi lecito, laddove precisa che «la norma dell'art. 32 Cost. [presuppone] il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti od accettati) con il coesistente e reciproco diritto di ciascun individuo (sent. n. 218 del 1994) e con la salute della collettività (sent. n. 307 del 1990); nonché, nel caso in particolare di vaccinazioni obbligatorie, “con l’interesse del bambino”, che esige “tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai compiti inerenti alla cura del minore” (sent. n. 132 del 1992). Su questa linea si è ulteriormente precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l’art. 32 Cost.: a) “se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale” (cfr. sent. n. 307 del 1990); b) se vi sia “la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili”; c) se nell’ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione

del 1990, era stata dichiarata illegittima nella parte in cui non prevedeva, a carico dello Stato, un’equa indennità in caso di danno derivante da contagio o da altra apprezzabile malattia casualmente dipendente da vaccinazione obbligatoria. In tale occasione, la Corte costituzionale aveva rilevato che la legge impositiva di un trattamento sanitario obbligatorio risultava compatibile con l’art. 32 Cost., ove esso fosse diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di coloro che vi fossero assoggettati, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri consociati. Sulla base di tale presupposto, la Corte ritenne che la normativa impositiva del trattamento sanitario obbligatorio dovesse necessariamente contemplare, il diritto ad un equo ristoro del danno eventualmente subito dal soggetto passivo del trattamento. I principi enunciati dalla Corte, espressione della duplice dimensione – individuale e collettiva – del diritto costituzionale alla salute, sono stati appunto recepiti dalla legge n. 210 del 1992 (poi modificata dalla legge n. 237 del 1997) attraverso la quale lo Stato è intervenuto, per la prima volta, a predisporre un sistema solidaristico di tutela, basato sul riconoscimento di un’indennità a favore di tutti quei soggetti eventualmente lesi da vaccinazioni obbligatorie o da somministrazione di sangue ed emoderivati. Da ultimo Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *Foro it.*, 2013, 4, 1, 1123 che ha operato l’estensione del diritto all’indennizzo anche ai soggetti che abbiano subito danni a causa di vaccinazioni “raccomandate” con nota di C. VIDETTA, *Corte costituzionale e indennizzo da lesioni alla salute conseguenti a trattamenti vaccinali. Nuove prospettive*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1030-1040.

⁴⁰⁵ Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, *cit.*

profilattica – sia prevista comunque la corresponsione di una “equa indennità” in favore del danneggiato».

La Corte poi, nella sentenza n. 282/2002⁴⁰⁶, inerente i livelli essenziali delle prestazioni, ricorda che la pratica terapeutica si situa «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 (...) [pertanto] un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati».

In questi termini la giurisprudenza costituzionale sembra rafforzare i vincoli già previsti alla possibilità di disciplinare i trattamenti sanitari, stabilendo un limite interno ed uno esterno: quello interno delineato dalla conformazione della discrezionalità del legislatore ad indirizzi fondati su un “giudizio competente”⁴⁰⁷ e quello esterno, definito dalla necessità del consenso, tracciato nel solco della tutela della dignità della persona.

⁴⁰⁶ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2027 con nota di D. MORANA, *La tutela della salute, tra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D’ALIOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 8 ss.; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, *ibidem*, 59 ss., riconosce l’esistenza di «una sfera di attività terapeutica garantita nei confronti del legislatore con il riconoscimento in capo ad istituzioni scientifiche ed a medici di un potere di valutazione tecnica che non può essere vanificato dalla legge», la quale trova legittimazione nella «competenza costituzionalmente fondata dei medici, sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite da istituzioni specializzate, e nel rispetto delle regole di deontologia professionale (...), a svolgere l’attività funzionale alla salute-curativa, ma anche preventiva e riabilitativa»; G. D’AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alla certezza del diritto (materiali giurisprudenziali)*, *ibidem*, 262 ss.; S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 825 ss.

⁴⁰⁷ La Corte, in tal senso, conferma l’essenziale rilevanza che assumono gli organi tecnico-scientifici nell’ambito del procedimento normativo volto a definire regole nelle materie medico-scientifiche, statuendo una mutua relazione tra potere legislativo ed *expertise* scientifica, relazione che deve tradursi in

Il consenso si profila come lo strumento in grado di assicurare un più ampio potere di controllo del proprio corpo e della propria salute, una sovranità che trova i suoi confini nella Costituzione e in una disciplina legislativa fondata sulla “ragion scientifica”, la quale, a sua volta, rappresenta il presupposto per l’accesso alle cure⁴⁰⁸.

Ancora più chiara è la sentenza n. 338/2003⁴⁰⁹, 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 simili 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».

meccanismi decisionali condivisi, caratterizzati sia da un intervento eteronomo (legislativo) che da un intervento autonomo (scientifico).

⁴⁰⁸ La giurisprudenza costituzionale se, da un lato, ha posto un limite alla discrezionalità politica del legislatore riguardo alla valutazione di appropriatezza delle scelte terapeutiche, che devono conformarsi alle conoscenze scientifiche ed evidenze sperimentali acquisite, dall’altro ha delineato un vincolo alle pretese dei singoli di accedere alla cure, laddove in una nota sentenza (Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *Foro it.*, 1998, I, 1713) ha stabilito che, «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative» le «aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute» nascono «dalla disciplina della sperimentazione», e non da una possibilità terapeutica che è assolutamente virtuale, dato che non si basa nemmeno su quegli elementi idonei all’avvio di una sperimentazione clinica. In dottrina A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 572 ss.

⁴⁰⁹ Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *Foro it.*, 2004, I, 343. Su cui F. PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2978 ss.; in generale G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 432 ss.

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. 438/2008⁴¹⁰, 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 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).

⁴¹⁰ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, 1, 1328.

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»⁴¹¹.

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

⁴¹¹ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, *cit.*; conf. Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Giust. amm.*, 2009, 11, 1200. In dottrina le riflessioni di A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1, 127 ss.

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.)»⁴¹².

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 preconstituibili, 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»⁴¹³.

L'analisi della giurisprudenza illumina la funzione assunta dal consenso che si situa al crocevia tra autodeterminazione e salute, incidendo su scelte esistenziali fondamentali e sui progetti di vita individuali. Tuttavia tale riconquistata sfera di autonomia, o meglio sovranità⁴¹⁴, non può essere delimitata in maniera proporzionale alla «ritirata» delle istituzioni da uno spazio in cui l'individuo si «autodetermina»⁴¹⁵, bensì si struttura, in

⁴¹² R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4962; 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*, *ivi*, 4971 ss.

⁴¹³ G.B. FERRI, *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Maggioli, Rimini, 1987, 234.

⁴¹⁴ 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».

⁴¹⁵ 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*,

termini garantistici e promozionali, sulla loro presenza allo scopo di consentire agli individui non solo la libertà di fare scelte esistenziali fondamentali⁴¹⁶, ma di assicurare loro, proprio la maggior autonomia possibile, salvaguardando anche la loro libertà di poter considerare e rivedere criticamente le ragioni di queste scelte fra diverse possibili forme di sviluppo della persona entro il circuito virtuoso tra identità⁴¹⁷ e dignità⁴¹⁸.

2.5.2. La forma dell'acqua. La salute da diritto fondamentale a diritto finanziariamente condizionato ?

Che forma ha l'acqua ? La risposta più semplice è che essa non ha forma, o meglio che si acconcia alla forma del volume che la contiene.

Diversamente dall'acqua, il diritto alla salute è estremamente solido, tanto da venir qualificato come «indegradabile»⁴¹⁹ e, al tempo stesso, si caratterizza per il suo aspetto stratificato, esibendo profili comunemente ritenuti tipici dei diritti sociali come di quelli di libertà⁴²⁰.

Sicchè, nella prospettiva dinamica che si è cercato di tracciare, il diritto alla salute, in quanto diritto fondamentale, esprime in via prevalente quell'esigenza – non aprioristicamente determinabile – la cui soddisfazione è presupposto fattuale del

in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'Unione giuristi cattolici italiani. Atti del Convegno nazionale dell'UGCI Pavia 5-7 dicembre 2009, Quaderni di Iustitia*, Giuffrè, Milano, 2010, 49 ss. specie 60 ss.

⁴¹⁶ S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 6 che sottolinea come «l'autodeterminazione si identifica così con il progetto di vita realizzato o perseguito dalla persona. E qui la vita è davvero quella di cui ci parlava Montaigne, “un movimento ineguale, irregolare, multiforme”, irriducibile a schemi formali, governato da un esercizio ininterrotto di sovranità che permette quella libera costruzione della personalità che troviamo iscritta in testa alla nostra e ad altre costituzioni».

⁴¹⁷ Ulteriore conferma si ritrova in H. DREIER, *Lo Stato costituzionale delle libertà come ordinamento azzardato*, cit., 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’».

⁴¹⁸ 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.

⁴¹⁹ Cass. civ., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, cit.; Cass. civ., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, cit.

⁴²⁰ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, cit., 96; I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Esi, Napoli, 2012, 83 ss.

miglioramento degli *standards* qualitativi dell'esistenza, che vengono a concretare quella condizione di benessere essenziale per il libero svolgimento della personalità dell'individuo⁴²¹.

Ed è proprio la matrice personalistica del nostro ordinamento a giustificare la forza espansiva dei diritti sociali – tra i quali la salute ha un ruolo preminente – che, «nati, in Italia, come diritti dei pochi e dei molti ma non come diritti di tutti»⁴²², sono divenuti, soprattutto a partire dagli anni settanta del secolo scorso, diritti di tutti, attraverso l'affermata universalizzazione dei servizi sanitari e di protezione sociale⁴²³.

Tuttavia, se dalla definizione teorico-costituzionale dei diritti sociali si passa a verificare l'effettività degli stessi, è giocoforza constatare lo stridente contrasto tra la loro costruzione come diritti universali e assoluti e il relativo, palesemente inadeguato, grado di effettività, determinato dalla necessità di selezionare e bilanciare le priorità, nell'ambito di un sistema plurale⁴²⁴ astretto tra problemi tra loro interconnessi: l'accesso di massa ai servizi sanitari, la qualità della medicina, il contenimento della spesa⁴²⁵ e l'incombente crisi finanziaria dello Stato⁴²⁶.

⁴²¹ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 65.

⁴²² G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 757

⁴²³ U. ALLEGRETTI, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, in *Dem. Dir.*, 1998, 75 ss.; G. ZAGREBELSKY, *I diritti fondamentali oggi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, 1; L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, cit., 33 ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, 114 ss. per cui «Dalle “cure gratuite agli indigenti” come unica diretta conseguenza costituzionale del riconoscimento della salute come diritto individuale e interesse della collettività, il legislatore ha costruito un sistema (ragionevolmente, essenzialmente) universale, dove l'impegno ad attuare nel modo più intenso gli obiettivi fondamentali della Costituzione non è disgiunto dalla logica graduale del possibile».

⁴²⁴ G. PREITE, *Il diritto alla salute tra federalismo e politiche di sviluppo dei servizi e-health. Prospettive organizzative in sanità*, Comunicazione presentata al XXIV Congresso SISP – Società Italiana di Scienze politiche, Venezia, 16-18.09.2010 per cui: «Il decentramento avviato con la riforma del Titolo V e con la normativa susseguitasi in materia di federalismo fiscale, ha ridisegnato il volto delle politiche pubbliche. I sempre più stringenti vincoli, sia di natura squisitamente interna sia di origine comunitaria, hanno portato il legislatore statale e quello regionale a ridefinire la disciplina dei servizi sanitari che, nell'ottica del contenimento della spesa, rappresentano uno dei settori più problematici, data l'inevitabile tensione tra l'esigenza di garantire il diritto alla salute e il rispetto dei numerosi condizionamenti finanziari dettati dall'esigenza della realizzazione del patto di stabilità interno. (...) Da ciò scaturiscono una serie di problematiche, nel comparto sanitario, circa il coordinamento e/o la ‘sostituzione’ dello Stato con gli enti pubblici territoriali di fronte all'incremento della domanda (eterogenea a livello territoriale) e alla richiesta di maggiore di qualità del servizio (anch'essa difficilmente standardizzabile), rispetto alle risorse necessarie per poterla supportare. Il sistema di protezione sociale dell'individuo diventa così meno forte e più selettivo». Sul punto, per un approfondimento, si rinvia a V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità – Trattato di Biodiritto*, cit., 445 ss.

⁴²⁵ G. FREDDI, *Presentazione. Sanità, politica e società*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2009, 2, 5 ss.; E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 10, 2000 ss. notano come: «Le riforme del sistema sanitario italiano avviate nei primi anni novanta hanno posto all'attenzione degli interpreti alcuni temi di grande

Tali problematiche si incrociano necessariamente con la dimensione complessa⁴²⁷ che caratterizza l'esercizio discrezionale dei poteri pubblici nell'attuazione del diritto alla salute, contribuendo a definire il ruolo dei protagonisti della scelta terapeutica in relazione all'effettiva possibilità di godimento di tale servizio da parte degli utenti.

Infatti, se «il diritto alla salute è un diritto sociale, a monte di ogni scelta terapeutica compiuta dal malato e dal medico stanno decisioni pubbliche che delimitano e condizionano le scelte dei singoli: [in particolare] le decisioni sul riconoscimento, la disponibilità o l'onerosità di una cura, di un medicinale, di un trattamento»⁴²⁸. Ne emerge quindi la figura di un terzo implicito protagonista della scelta terapeutica, il decisore pubblico⁴²⁹, ossia l'amministrazione cui sono affidati compiti relativi alle funzioni pubbliche in materia di sanità, assistenza e cura.

I sistemi sanitari sono infatti essenzialmente organizzazioni che mediano attraverso procedure di standardizzazione i rapporti tra bisogno di salute, possibilità tecnico-

rilevato attinenti l'organizzazione del sistema integrato dei servizi sanitari sul territorio italiano. Il primo è quello del controllo della spesa per la salute attraverso il metodo della programmazione delle prestazioni sanitarie erogabili dal servizio pubblico e della conseguente fissazione di limiti di *budget* per i servizi sanitari (valutazione riservata alla competenza delle regioni italiane nel quadro dei livelli essenziali di assistenza individuati dallo Stato ex art. 117, 3° co., lett. m, Cost.). (...) Il diritto alla salute, infatti, sarebbe recessivo rispetto alle "insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica".

⁴²⁶ È inevitabile infatti che sia proprio l'effettività dei diritti sociali, stante la loro strutturale predisposizione a soddisfare l'universo dei bisogni della persona in una prospettiva di solidarietà sociale, a risentire maggiormente in tempi di crisi della congiuntura negativa. Con la conseguenza, per certi aspetti drammatica, di una profonda sofferenza del sistema di *welfare*, che non di rado si traduce in una diffusa inadeguatezza a fronteggiare le situazioni di bisogno e di fragilità individuale. Cfr. D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista Aic*, 2013, 4, 1.

⁴²⁷ Complessità che emerge nelle forme della discrezionalità attribuita in tale materia al legislatore, in quanto intrinseca alla natura della salute come diritto sociale, il quale richiede la mediazione legislativa per dare dimensione performativa a formule di per sé generiche; complessità che, a sua volta, trova esplicazione nella discrezionalità amministrativa, ossia nelle scelte riguardanti l'organizzazione del servizio ed infine viene ad essere sintetizzata nella sfera della discrezionalità tecnica (sia essa medica, farmaceutica o epidemiologica), che non comporta ponderazione di interessi o valutazione di opportunità, ma rappresenta manifestazione di un giudizio formatosi a mezzo della ricognizione, apprezzamento e valutazione di specifici dati di fatto. Sul punto si rinvia a B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 125 ss.; ID., *Diritto alla salute e dimensione della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, cit., 211 ss.

⁴²⁸ B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, cit., 42.

⁴²⁹ La definizione del contenuto dei diritti sociali rappresenta l'esito di un'operazione decisionale complessa ed articolata che si compie a diversi livelli, ciascuno dei quali si connota per uno specifico grado di mutevolezza e variabilità. In particolare, nella definizione del diritto alla salute si intrecciano i profili della discrezionalità politica del legislatore, quella della scienza (spesso connotata da incertezze strutturali e infine le ponderazioni degli organi amministrativi, i quali vengono a delimitare la sfera entro cui può essere soddisfatto il bisogno del singolo di ricevere prestazioni sanitarie, intese in termini di oggetto di un diritto soggettivo.

scientifiche e risorse disponibili: si tratta di una mediazione che definisce il contenuto del diritto alla salute, o meglio la misura delle prestazioni in relazione ai bisogni di salute, determinando inevitabilmente tensioni tra interessi e dimensioni spesso non commensurabili.

In questi termini, il decisore pubblico rappresenta una sorta di “convitato di pietra” a cui è affidato il compito di affrontare la complessità e contraddizione insita nel sistema, laddove, «quando si scende dalla sfera delle enunciazioni costituzionali alla dimensione più minuta e frastagliata delle diverse amministrazioni e dei diversi livelli di governo che debbono spendere per erogare pensioni, sussidi e prestazioni le [direttive] si fanno molto meno certe e un quadro, che, a livello di enunciazioni costituzionali, sembra comporre un disegno organico e sufficientemente chiaro, si ingarbuglia e si fa malcerto»⁴³⁰.

In tale quadro, se – come pare – l’effettività del diritto alla salute viene affidata esclusivamente alla discrezionalità e alla volontà politica del legislatore, oltre che al riconoscimento alle singole Regioni e alle loro amministrazioni del potere di decidere come ripartire, in conformità all’art. 117, 2° co., lett. m), Cost.⁴³¹, le risorse distribuite in ambito nazionale, allora si può prospettare un’alterazione (o inversione) del rapporto tra «il diritto alla salute, per definizione incompressibile e le risorse finanziarie, per definizione comprimibili»⁴³².

Tale scenario, già descritto dalla dottrina come segno della «parabola discendente del cd. diritto alla salute», è contrassegnato dalla «subordinazione di fatto dei diritti sociali ai vincoli condizionanti e stringenti della finanza pubblica»⁴³³. Ciò implica che la logica

⁴³⁰ A. MANGIA, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 585.

⁴³¹ Tra gli altri R. FERRARA, *L’ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, 235 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, cit., 269 ss. Sul rapporto fra “contenuti” del diritto fondamentale e “mezzi” di espressione di questo cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 94-120.

⁴³² I. CAVICCHI, *Sanità: un libro bianco per discutere*, Dedalo, Bari, 2005, 15 ss. Anche se come ha notato Luciani il problema del reperimento delle risorse «sta assai meno nel loro totale che non ... nella loro distribuzione e nei vari impieghi» (M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. GRISOLIA (a cura di), *Il diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 14).

⁴³³ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 59; R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Giappichelli, Torino, 1999, 19 ss.; R. FERRARA, (voce) *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 513 ss.; D. MORANA, *La salute nella costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 3 ss. Ma vedi le perplessità manifestate da A. FERRARI, *La*

economica di *austerità* – venendo ad improntare la gestione del sistema sanitario – non solo si imponga nelle scelte di politica economica e di organizzazione aziendale, ma penetri anche nello stesso paradigma del diritto alla salute, relativizzandone⁴³⁴ la portata sino a degradarlo a «diritto finanziariamente condizionato»⁴³⁵.

A questa ventata di “realismo” non si è sottratta neppure la Corte costituzionale, che già in una sentenza del 1990⁴³⁶, aveva sostenuto che «sotto il profilo della difesa dell’integrità psico-fisica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive di terzi», il diritto alla salute «è un diritto *erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti», «considerato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari», invece, esso «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato dall’attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»⁴³⁷.

programmazione sanitaria tra federalismo e aziendalizzazione, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *L’aziendalizzazione nel d.lgs. 229/99*, cit., 25.

⁴³⁴ V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., 457 ss. secondo cui «in questo quadro si inserisce, come elemento di conformazione, il cd. ‘presupposto fattuale’, ossia la crisi fiscale dello Stato sociale, il che comporta l’imposizione di stringenti vincoli di finanza pubblica, con conseguenti limitazioni e restrizioni nell’attuazione dei diritti». Una tale analisi rende ancor più attuale quanto scritto da Federico Caffè (*Umanesimo nel Welfare*, in ID., *La solitudine del riformista*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, 244 ss.) che, con amarezza, constatava come di questo passo «al posto degli uomini abbiamo sostituito i numeri e alla compassione nei confronti delle sofferenze umane abbiamo sostituito l’assillo dei riequilibri contabili».

⁴³⁵ F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990, 28.

⁴³⁶ Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, in *Le Regioni*, 1991, 1513 ss., con nota di R. FERRARA, *Diritto alla salute e prestazioni finanziarie tra bilanciamento e gradualità*; con nota di E. FERRARI, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie fra bilanciamento e gradualità*; anche M. COCCONI, *Il valore costituzionale della salute come criterio-guida delle scelte legislative e di organizzazione: fra esigenze di concreta realizzazione e fedeltà alla propria consistenza ontologica*, in *San. pubbl.*, 1991, 289 ss. Ancor più estrema è la sentenza Corte cost., 23 luglio 1992, n. 356, in *Foro it.*, 1993, 1, 1379 per cui «non è pensabile di poter spendere senza limiti, avendo riguardo ai soli bisogni, quale ne sia la gravità e l’urgenza. È viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità e il livello delle prestazioni sanitarie da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto conto ovviamente delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute». Sulla riserva del ragionevole e del possibile e sui relativi criteri di attuazione dei diritti sociali v. anche F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 72.

⁴³⁷ Nello stesso senso si esprimono Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, in *Foro it.*, 1991, 1, 36; Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 40, in *Giur. cost.*, 1991, 274; Corte cost., 15 aprile 1992, n. 180, *ivi*, 1992, 1324; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 247, in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, 918; Corte cost., 23 giugno 1992, n. 356, in *Le Regioni*, 1993, 709 «secondo cui i mezzi finanziari per far fronte alle spese sanitarie avrebbero carattere rigido e quindi sarebbero insuscettibili di riduzione, muove da una logica rovesciata rispetto a

La logica che è alla base della concezione dei diritti condizionati è volta essenzialmente a contestare la conformazione della salute come diritto che impone «piena ed esaustiva tutela»⁴³⁸ mediante la messa a disposizione di metodi terapeutici e di strutture tecnicamente avanzate per la cura della persona. Di contro, è il legislatore – tenendo conto dell’esistenza di vincoli di spesa che costituiscono *limiti oggettivi ed esterni* all’ambito di effettività – ad individuare il contenuto del diritto alle terapie necessarie alla cura delle patologie degli utenti e a destinare le risorse per l’organizzazione del servizio (programmazione dell’attività e dei costi delle strutture sanitarie pubbliche)⁴³⁹. Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina⁴⁴⁰, commentando questa giurisprudenza, la Corte, nel momento in cui confronta un diritto a prestazioni sociali con le esigenze di bilancio, presentandole entrambe come «esigenze parimenti apprezzabili», compie un falso bilanciamento, dal momento che eleva artificiosamente a dignità di principio un semplice fatto⁴⁴¹. L’enfaticizzazione della formula del diritto finanziariamente condizionato rischia, in ultima analisi, che sia il limite delle risorse finanziarie a

quella propria delle regole economiche perché, in presenza di una inevitabile limitatezza delle risorse, non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni, quale ne sia la gravità e l’urgenza. È viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute»; Corte cost., 26 maggio 2005, n. 200, in *Giur. cost.*, 2005, 3, 1761; più di recente sentenza Corte cost., 27 luglio 2011, n. 248, in *Giur. cost.*, 2011, 4, 2243 ove si afferma che «l’esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario».

⁴³⁸ Corte cost., 8 ottobre 1988, n. 992, in *Foro it.* 1988, I, 1766. In dottrina E. FERRARI, *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile ?*, in *Le Regioni*, 1989, 1928-1929; A. MANGIA, *‘Attuazione’ legislativa ed ‘applicazione’ giudiziaria del diritto alla salute*, cit., 670 ss.

⁴³⁹ E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l’effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 10, 2000 ss.; più recentemente E. CAVASINO, *Quale modello costituzionale di diritto alla salute*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 336 secondo cui «il diritto alla salute [è] un diritto costituzionale condizionato dal limite economico-finanziario, dal limite tecnico-scientifico e dal limite organizzativo (...) è il *prodotto* delle scelte legislative statali e regionali sull’organizzazione del servizio sanitario; delle scelte normative statali sui livelli essenziali di assistenza sanitari (scelte “politiche” condizionate dalle variabili tecnico-scientifiche) e delle scelte statali sulla provvista finanziaria per l’erogazione dei Lea (scelte “politiche” condizionate dalle variabili macro-economiche)».

⁴⁴⁰ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 111; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario (1994)*, in ID., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell’esperienza*, Giappichelli, Torino, 2012, 269

⁴⁴¹ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 114 secondo cui la mancata identificazione di limiti più rigorosi, da parte della Corte costituzionale, rischia tuttavia di sottintendere un’omogeneità fra i due interessi costituzionali, il diritto alle prestazioni sanitarie e l’interesse al bilancio, che viceversa non appaiono equiparabili sul piano delle garanzie costituzionali.

influenzare il contenuto delle prestazioni offerte, e quindi del diritto, mentre, al contrario, le prestazioni incidenti sul nucleo essenziale sono dovute in quanto tali e insiste sul legislatore il dovere costituzionale di garantire le risorse finanziarie necessarie a sovvenzionarle.

Peraltro l'utilizzo del criterio di gradualità nell'attuazione del diritto alla salute tende a tradursi in un sostanziale avallo alla scelte del legislatore e viene ad incidere anche sulla concreta garanzia costituzionale del diritto proprio in ragione dell'astrattezza che, in taluni casi, assume il confine fra il contenuto del diritto alla salute e i mezzi necessari alla sua soddisfazione.

Le analisi prospettate dall'orientamento descritto, pertanto, sembravano indicare quale unica via d'uscita⁴⁴² «l'archiviazione dell'art. 32 Cost. alla stregua di una norma meramente programmatica, incapace di fondare, di per sé stessa, una situazione di vantaggio giustiziabile nel processo, in mancanza della necessaria norma di interposizione, e nei limiti in cui questa stessa concretamente ne garantisca la tutela»⁴⁴³.

L'inquadramento del diritto dell'individuo alla salute come *diritto condizionato attratto nella sfera dell'autorità* ha posto gli interpreti dinanzi al problema di garantire *senza distinzioni di condizioni economiche e sociali* la tutela della salute.

La compatibilità di questa prospettiva ricostruttiva con il principio di uguaglianza si gioca sulla individuazione della *misura* dei “condizionamenti” posti dall'esigenza dell'equilibrio finanziario del sistema e di efficacia ed economicità del servizio pubblico a copertura della “domanda” di salute che inevitabilmente eccede i limiti strutturali e tecnici del sistema sanitario pubblico e privato italiano.

E allora, che forma ha la salute ? Si direbbe la forma dell'acqua, che muta a seconda della “bisogna”, facendosi tonda in un contenitore tondo e quadrata in uno quadrato; così il diritto alla salute, ridotto a *flatus vocis*, si espande e si riduce come una fisarmonica suonata capricciosamente dal decisore politico⁴⁴⁴.

⁴⁴² O meglio quale uscita di sicurezza dalle istituzioni e dalle garanzie dello Stato sociale in favore di un ruolo più diretto delle istituzioni del mercato.

⁴⁴³ R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, cit., 35; anche C.E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, ibidem, 381 ss. per cui la tensione dialettica tra condizionamenti finanziari e garanzia del nucleo irrinunciabile avrebbero portato il diritto alla salute a dissolversi in una pluralità di posizioni giuridiche soggettive.

⁴⁴⁴ Tuttavia come rileva B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 51 «oggetto di un intervento riduttivo comunque non può essere il contenuto del diritto alla salute, cioè quella configurazione estensiva (...) che non può essere ricondotta alla sola nozione di integrità fisica e di assenza di malattie. A simile operazione si opporrebbe infatti non solo l'art. 3, 2° co., quanto soprattutto

Tuttavia adattarsi ad un siffatto modello ricostruttivo rappresenterebbe una regressione, in quanto, in tal modo, si ridurrebbe la portata dell'unico diritto che in Costituzione è espressamente qualificato come fondamentale, sia sul piano costituzionale, lasciandolo in balia del legislatore, sia sul piano del rapporto con l'apparato amministrativo, attraverso l'imposizione di un diritto suscettibile di affievolimento, non più in grado di incorporare e garantire la dimensione dell'uguaglianza sostanziale⁴⁴⁵.

Quindi, pur a fronte della perfettibilità delle tecniche di garanzia dei diritti sociali, non può disconoscersi la loro qualificazione come diritti⁴⁴⁶ ed in tal senso depongono le stesse riflessioni della più attenta dottrina⁴⁴⁷, la quale ha sottoposto a severa critica l'utilizzo della formula tralatticia del diritto finanziariamente condizionato.

Da un lato, infatti, tale formula è un non senso, in quanto, come sostiene la più autorevole dottrina⁴⁴⁸, il costo dei diritti sociali non è tale da poter incidere sulla struttura di diritti costituzionalmente garantiti, differenziandoli tra loro. Anzi, si può sostenere che il costo dei diritti sociali costituisca un falso problema dal momento che esso è un elemento intrinseco a tutti i diritti costituzionali, anche ai diritti classici di libertà⁴⁴⁹: quindi se tutti i diritti costano perché tutelarli costa e costa soprattutto

la qualifica costituzionale (...) del diritto alla salute come diritto fondamentale, da ritenere inserito nel catalogo dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.»

⁴⁴⁵ B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, cit., 60. Nello stesso senso si è notato come quando è applicata ai diritti fondamentali «tale tecnica (bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti) rischia di compromettere ogni significato della Costituzione: in termini di prevalenza gerarchica del sistema delle fonti, in termini di decisione o accordo fondamentale politico-istituzionale, in termini di garanzia stabile per gli individui e sotto ogni profilo legato ad un ordinamento sociale che si è dotato di una legge fondamentale scritta» (R. BIN, *Diritti ed argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 28 ss.).

⁴⁴⁶ In tal senso i diritti sociali, così come sono stati concepiti e si sono affermati entro il *Welfare State* keynesiano e beveridgeano, non possono essere degradati a *conditional opportunities*. Sul punto le dense riflessioni di M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, cit., 280 ss.

⁴⁴⁷ B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensione della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 211 ss.; ID., *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche di differenziazione*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARÉ (a cura di), *Sanità ed assistenza dopo la riforma del titolo V*, cit., 108; M. SICLARI, *Le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute e di diritto all'assistenza*, ibidem, 115 ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 101 ss.; M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, cit., 64 ss.; L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, cit., 33 ss.

⁴⁴⁸ E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano 1995, 1774; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 14; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 805.

⁴⁴⁹ Come ricordava G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, cit., 1999, 1, 13, infatti, «non sono le caratteristiche strutturali a separare i diritti di libertà dai diritti sociali ma sono le modalità di tutela a rendere diversi i meccanismi di garanzia (...) entrambi sono diritti individuali (come entrambi possono

garantirli in modo uniforme ed equo, allora «la questione non è se vi siano o meno le risorse per soddisfare adeguatamente il diritto alla salute, ma se vi sia o meno la volontà politica di destinare a questo impegno le somme necessarie, distogliendole da altre finalità»⁴⁵⁰.

Allo stesso modo, il contenuto dei diritti, anche all'esito del necessario bilanciamento, non sembra poter essere definito sotto condizione, pena lo svuotamento e la vanificazione della portata garantistica insita nel relativo riconoscimento costituzionale. Se infatti l'art. 32 Cost. rappresenta un fine in sé, essendo la disposizione che individua una obbligazione costituzionale determinata in favore del fruitore del servizio sanitario, allora il bilanciamento non dovrebbe ricercare il punto di equilibrio che garantisce il massimo di tutela ottenibile per ciascuno dei principi che si assumono rilevanti correlativamente alla minima compressione degli altri, ma dovrà tener conto del criterio per cui una prestazione sanitaria adeguata realizza lo scopo primario e diretto imposto dall'ordinamento, mentre l'efficienza dell'organizzazione del servizio (art. 97 Cost.) ne è solo uno scopo di secondo grado, strumentale alla fruizione del bene salute. Il rispetto dell'equilibrio finanziario (art. 81 Cost.) rappresenta infine, in tale quadro, non più di uno scopo di terzo grado, strumentale all'attuazione del fine primario⁴⁵¹.

Incastrati fra discrezionalità politica per l'*an* e disponibilità finanziaria per il *quantum*, i diritti sociali vivono una stagione “sottotono”, che pone rapidamente le premesse per

essere, a seconda dei rapporti, diritti collettivi), e tanto agli uni quanto agli altri può riconoscersi una portata che non tocca solo i rapporti con l'ente pubblico ma si individua anche a livello di rapporti interprivati». Ci ricordano che anche i diritti di libertà costano S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁴⁵⁰ M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 64; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, cit., 873 ss.

⁴⁵¹ B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in B. PEZZINI, C.E. GALLO (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, 28. In tal senso E. PESARESI, *In tema di effettività del diritto alla salute*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 3, 991 ss. per cui «I limiti oggettivi dati dalle compatibilità di bilancio, che il legislatore incontra nella ponderazione dei parametri assiologici a livello costituzionale, dovrebbero consistere eminentemente in dati di cui tenere conto, una volta operata la scelta in ordine agli interessi da perseguire in via prioritaria. In tal modo, solo a seguito di una siffatta individuazione preliminare, sarà possibile compiere una successiva operazione di funzionalizzazione delle strutture organizzative e di proporzionale allocazione delle risorse economiche; non già l'inverso ragionamento per cui il legislatore statale, dopo aver determinato la quota-parte del reddito nazionale che può essere destinata al comparto amministrativo deputato alla tutela della salute, passi in via successiva alla fissazione dei livelli di assistenza coerenti con tale determinazione economica. Il rischio intrinseco a siffatta logica appare evidente nella potenziale discrasia tra il reale bisogno e l'effettivo impiego di mezzi, nonché nel dislivello quantitativo e qualitativo tra la domanda di salute e l'offerta di prestazione sanitaria, che potrebbe derivarne».

una rinnovata tematizzazione del problema della dignità costituzionale di tali diritti, in relazione non tanto al loro *riconoscimento* quanto piuttosto alla loro *giustiziabilità*.

Infatti è la stessa Corte costituzionale, conscia del rischio connesso ad un approccio puramente contabile alla questione delle risorse da destinare in ambito sanitario, nella sua successiva giurisprudenza⁴⁵², a valorizzare la «vocazione espansiva» del diritto alla salute, sottolineando opportunamente come «le esigenze della finanza pubblica non possano assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute»⁴⁵³, la cui effettività garantisce il «*valore inviolabile della dignità umana*»⁴⁵⁴.

In particolare, nella sentenza n. 304/1994⁴⁵⁵, la Corte ha elaborato in termini compiuti la dottrina del «nucleo essenziale» come limite al bilanciamento irragionevole operato dal legislatore. Si tratta di uno strumento attraverso cui la giurisprudenza costituzionale ha inteso riservarsi la possibilità di sindacare la discrezionalità delle scelte legislative in punto di attuazione del diritto, valutando a seconda dei casi cosa debba essere ascritto a questa categoria dogmatica.

⁴⁵² Corte cost., 23 luglio 1992, n. 356, *cit.*; Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, in *Foro it.*, 1995, 1, 46; Corte cost., 15 luglio 1994, n. 304, in *Giur. cost.*, 1994, 2606; Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416, in *Le Regioni*, 1996, 281; Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1998, 1510; Corte cost., 17 luglio 1998, n. 267, in *Ragiusan*, 1999, 176.; Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. cost.*, 2005, 6, 4657. Come nota A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, *cit.*, 178 «pur continuando a riconoscere che la consistenza giuridica della pretesa all'assistenza sanitaria dipendesse da determinazioni del legislatore compiute sulla base di scelte discrezionali dettate anche dalle esigenze di rispettare un equilibrio economico-finanziario in sede di organizzazione del servizio, la Corte osservò che se tali esigenze avessero avuto un peso assolutamente preponderante nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore stesso, «tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana», ciò indubbiamente sarebbe stato prova di un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa, censurabile come tale dalla Corte stessa».

⁴⁵³ Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *Giur. cost.*, 1999, 2500, con nota di L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive ?*. Sul percorso della giurisprudenza in tema C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, *cit.*, 225 ss.

⁴⁵⁴ Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Le Regioni*, 2001, 391; Corte cost., 13 giugno 2008, n. 203, in *Foro amm. CDS*, 2008, 6, 1691 ha precisato che «per non violare l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio, la sfera di operatività di una norma siffatta [introduzione di quote di partecipazione alle prestazioni] dev'essere, invero ridotta ai minimi termini; mentre è soltanto lo Stato che dispone della potestà di circoscrivere in tal senso la spesa, per mezzo dell'introduzione di *tickets* o con il ricorso ad analoghe misure di contenimento» e ciò perché «là dove sono in gioco funzioni e diritti costituzionalmente previsti e garantiti, è infatti indispensabile superare la prospettiva del puro contenimento della spesa pubblica, per assicurare la certezza del diritto ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni, mediante discipline coerenti e destinate a durare nel tempo».

⁴⁵⁵ Corte cost., 15 luglio 1994, n. 304, *cit.*, secondo cui la nozione di «nucleo essenziale» non coincide con la pretesa a ottenere qualunque prestazione sanitaria, ma pretesa ad accedere solo a prestazioni ritenute indispensabili per rispondere a esigenze indifferibili.

Il problema è dunque quello di individuare quali prestazioni e/o servizi e per quale ragione possano definirsi essenziali⁴⁵⁶. Ed è proprio alla prova della realtà, nel momento in cui si prova a circoscriverne i contorni per ricavarne conseguenze giuridicamente rilevanti, che il problema dell'individuazione del «nucleo essenziale» mostra tutta la sua forte carica di a-giuridicità, rimandando alla politica e al bilanciamento volto alla composizione degli interessi sociali attraverso l'attuazione legislativa, le forme dell'interpretazione⁴⁵⁷ e l'aggiornamento delle politiche dell'amministrazione.

Così può sembrare che anziché di «nucleo essenziale», si possa piuttosto parlare di una «nebulosa» che, in tal senso, può espandere i propri confini ed includere in sé diritti o interessi «esterni», aggregati tuttavia materialmente alla sfera dell'essenzialità, ma che, al contempo, in funzione di un giudizio di bilanciamento in concreto, ne possono essere estraniati per migrare verso la periferia della sfera dei diritti⁴⁵⁸.

In questi termini il «nucleo» non rappresenta «qualcosa di predeterminato, ma [ha] carattere «relativo» e va determinato di volta in volta, valutando la ragionevolezza del bilanciamento alla luce delle esigenze del caso concreto, tanto da poter essere l'irragionevolezza del bilanciamento, cui partecipa la situazione soggettiva costituzionalmente garantita, a cagionare la lesione del suo contenuto essenziale, [ovvero può assumere carattere] «assoluto», con la funzione di limite esterno ed indipendente, che il legislatore deve considerare nel bilanciamento effettuato tra gli

⁴⁵⁶ Esempio clamoroso variabilità dei confini del nucleo essenziale dei diritti sociali riguarda la condizione degli stranieri su cui F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNÀ (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, Il Mulino, Bologna, 2013, 91 ss., specie 117 ss.

⁴⁵⁷ Si noti che la definizione da parte del decisore politico non è l'unica versione dell'essenzialità, dato che, alla dimensione dell'essenzialità definita «oggettivamente» e «astrattamente» attraverso procedure normative, si affianca un livello essenziale definito dal giudice in rapporto alla individualità dei bisogni e delle situazioni dei soggetti interessati.

⁴⁵⁸ A. GIORGIS, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, 121, ove si sottolinea come la definizione, in concreto, della misura del «contenuto minimo essenziale» di un diritto costituisca un'operazione non solo complessa ma anche, in talune circostanze, impossibile: «in presenza di risorse (inevitabilmente) scarse, e in un contesto culturale eterogeneo nel quale, talvolta, ci sono opinioni differenti anche su che cosa debba (in un determinato momento) considerarsi necessario avere per condurre una vita dignitosa, distinguere nell'ambito del contenuto di ogni diritto costituzionale ciò che deve considerarsi essenziale e ciò che può considerarsi, per così dire, accidentale è, infatti, un'operazione caratterizzata da un elevato tasso di discrezionalità (e forse anche di arbitrarietà)».

interessi coinvolti, e che la Corte costituzionale non può ignorare nel valutare la ragionevolezza del bilanciamento operato dal Parlamento»⁴⁵⁹.

Il «nucleo essenziale» non si concreta dunque nel riconoscimento di una parte intangibile del diritto, definibile *a priori* rispetto alle scelte compiute dal legislatore, piuttosto tale categoria rappresenta un controlimite alla discrezionalità di quest'ultimo in materia di salute, che consente alla Corte di esperire un sindacato più stretto rispetto a quello sviluppato in termini di pura ragionevolezza⁴⁶⁰.

La discrezionalità del legislatore trova la propria misura, in materia di salute, nel *quantum* delle prestazioni indisponibili coincidente con la nozione stessa di salute che la giurisprudenza costituzionale ha individuato attraverso tre strategie concorrenti: a) facendo uso dell'eguaglianza come criterio per valutare la legittimità di regolamentazioni differenti delle prestazioni sanitarie a partire da condizioni analoghe⁴⁶¹; b) attraverso lo strumento del bilanciamento che, in presenza di un conflitto tra diritti o interessi di rango costituzionale suscettibili di valutazione comparativa, consideri «l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione dell'eventuale contrasto»⁴⁶², tenendo conto della necessità di assicurare la soddisfazione in maniera sufficiente e proporzionata delle esigenze di garanzia da riconoscere all'interesse o al diritto limitato o ristretto; c) facendo leva sul carattere fondamentale del diritto alla salute, che si declina sia in termini negativi di pretesa di astensione dall'ingerenza di terzi, sia in funzione positiva ovvero come

⁴⁵⁹ C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, cit., 130 ss.

⁴⁶⁰ In questi termini A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, cit., 726 nota che «l'eguaglianza "sostenibile", che è in fondo una delle versioni dell'eguaglianza "essenziale" delineata dal nuovo art. 117, comma 2, lett. m), cioè a dire l'eguaglianza che si pone il problema di definire – senza mai rinunciare a spingere in avanti, ad "allargare" – i suoi confini di praticabilità, che è cosa diversa dal mito ragionieristico e probabilmente incostituzionale del pareggio di bilancio (...) è invero un punto di sintesi dello stesso progetto costituzionale, nel quale la norma dell'art. 3/2 non è (e non può essere vista come) una specie di "battitore libero", senza freni, e soprattutto proteso verso la possibile destrutturazione dell'ordinamento costituzionale».

⁴⁶¹ In questi termini la sanità può rappresentare un terreno di verifica del ruolo del principio dell'eguaglianza sostanziale come fattore di avanzamento del contenuto essenziale. Dalle "cure gratuite agli indigenti" come unica diretta conseguenza costituzionale del riconoscimento della salute come diritto individuale e interesse della collettività, il legislatore ha costruito un sistema (ragionevolmente, essenzialmente) universale, dove l'impegno ad attuare nel modo più intenso gli obiettivi fondamentali della Costituzione non è disgiunto dalla logica graduale del possibile. Cfr. A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali*, in *Le Regioni*, 2003, 1103 ss.

⁴⁶² Corte cost. 14 novembre 2006, n. 372, in *Giur. cost.*, 2006, 3916. In dottrina A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 385 ss.; ID., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. II, Giuffrè, Milano, 2008, 185-204.

pretesa, qualificabile alla stregua di diritto soggettivo, a ottenere prestazioni qualificate da parte di soggetti pubblici⁴⁶³.

Tali strategie hanno consentito alla Corte di affrontare il problema del contemperamento delle politiche sanitarie con le risorse economiche, evitando che il problema del costo dei diritti sociali potesse trasformare la struttura o incidere sulla loro effettività.

Tale scelta ha una sua intrinseca razionalità, in quanto è evidente che perseguire la protezione del nucleo essenziale di un diritto significa porsi il problema dell'effettività e dell'adeguatezza dei livelli di tutela, nella consapevolezza che il problema della sostenibilità finanziaria delle politiche pubbliche, e quindi anche delle politiche attuative di diritti e istanze redistributive, costituisce uno strumento di legittimazione del sistema costituzionale, e, al contempo, un presupposto indispensabile (e in termini di limite) ad un ordinato svolgimento delle stesse politiche di eguaglianza e di promozione umana⁴⁶⁴.

In quest'ottica, che assume la centralità del profilo della salute come diritto soggettivo, alla logica del «razionamento delle cure» si sostituisce quella della «medicina della scelta e della responsabilità», in cui è la medicina stessa, in relazione alla singola patologia e alle circostanze concrete del particolare caso clinico, che viene a fungere da fattore di mediazione tra la domanda di salute e le risorse disponibili. Così, rifuggendo dall'irrigidimento, cui conduce la logica economicistica, e dallo sclerotismo della burocrazia sanitaria, si può pensare ad un sistema “*dal volto umano*” che non pianifica e gestisce limiti, ma che contribuisce, attraverso una sussidiarietà ottimale, a creare opportunità, facendo appello «a regole locali, permutabili, adeguate ad un procedimento decisionale che procede per accordi e convenzioni, su basi democratiche e scientifiche, secondo valori operativi situazionali che superano le eventuali incompatibilità [anche di natura finanziaria] e che sono giustificabili attraverso gli argomenti di natura politica dei protagonisti delle scelte»⁴⁶⁵.

⁴⁶³ B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, cit., 217-218.

⁴⁶⁴ Così espressamente A. D'ALOIA, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 571; L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, 100 ss., 196 ss.

⁴⁶⁵ B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, cit., 109 per cui «secondo una logica della scelta, il limite finanziario viene assunto tra le compatibilità che configurano le possibilità di scelta concreta; di conseguenza, non c'è impossibilità [di

Vi è infatti un condizionamento reciproco tra dimensione della democrazia e i suoi diritti, pur aventi struttura e natura diversa, che emerge drammaticamente specie nelle fasi di recessione economica. La mancata risposta ai bisogni sociali più elementari ma tuttavia fondamentali, l'accentuarsi delle diseguaglianze, che palesano l'inadeguatezza delle politiche sociali e degli interventi volti a realizzare inclusione, incidono anzitutto sulla dignità e sull'eguale libertà della persona, condizionando poi l'effettività dello *status* stesso della cittadinanza, quale compendio dei diritti della persona⁴⁶⁶.

Che forma hanno, dunque, i diritti ? La stessa forma e sostanza della Costituzione, che sublima aspirazioni, condizioni esistenziali, contingenze materiali degli uomini in carne ed ossa trasformandole in diritti e garantendone l'effettività.

erogare cure], perché tutto ciò che risulta immesso nel modo di vedere la relazione tra cura e limite finanziario è di per sé concepibile e non può essere escluso a priori».

⁴⁶⁶ D. MORANA, *L'effettività dei diritti costituzionali, tra crisi della legge e (in)disponibilità di risorse*, in G.C. DE MARTIN, D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, Cedam, Padova, 2013, 69 ss.

SEZIONE II

«NON HO L'ARMA CHE UCCIDE IL LEONE»
LA SALUTE MENTALE E IL CAMBIO DI PARADIGMA

SOMMARIO: 2.6. La salute mentale nella Costituzione tra *soma* e *psiche* – 2.7. Salute mentale: viaggio nei luoghi dell'incertezza – 2.7.1. Il modello scientifico e il ruolo del diritto – 2.8. Salute mentale e legislazione: dal paradigma custodiale a quello della presa in carico (1904-1978) – 2.8.1. La legge Giolitti: il paradigma asilare — 2.8.2. La legge Mariotti: alle soglie della primavera – 2.8.3. La legge Basaglia: quando la libertà è terapeutica – 2.8.4. Brevi cenni sui profili critici e sulle lacune nella legge 180/1978 – 2.8.5. Oltre la 180: riforma sanitaria e *soft law* – 2.8.6. I Lea e la salute mentale – 2.8.7. Programma costituzionale e modello italiano della salute mentale – 2.8.8. Uno sguardo comparato: il modello inglese – 2.9. Oltre il diritto alla salute (anche mentale) verso un diritto alle capacità – 2.9.1. L'amministrazione di sostegno come strumento per la fioritura della personalità

2.6. La salute mentale nella Costituzione tra *soma* e *psiche*

La salute mentale non è oggetto di espressa previsione costituzionale, né in sede di Assemblea costituente si ebbe alcun dibattito sul tema che fu solo sfiorato nelle diverse occasioni in cui la discussione si concentrò sulle delicate questioni inerenti le garanzie delle libertà fondamentali¹.

Ciò non significa che la dimensione “immateriale” della salute non sia anch'essa bene tutelato entro i confini che sono propri del diritto fondamentale sancito ai sensi dell'art. 32 Cost., anzi è lo stesso sviluppo del concetto di salute, come esposto nel capitolo precedente, a confermare che la salute mentale è parte integrante della nozione generale e forse ne costituisce il presupposto².

¹ Si ricorda, ad esempio, l'intervento dell'on. Preti in Assemblea costituente, seduta plenaria del 26 marzo 1947, *cit.*, il quale, criticando il limite posto alla libertà di culto dalle clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume, rammentava la persecuzione subita dai pentecostali, «che furono messi al bando nel 1935, per motivi di sanità pubblica, in relazione al testo unico di pubblica sicurezza ed alla legge sui culti ammessi, in quanto l'esaltazione che si impadronirebbe dei fedeli invocanti la discesa dello Spirito Santo sarebbe pregiudizievole alla salute degli stessi».

² Così nella Dichiarazione sulla salute mentale in Europa approvata al termine della Conferenza ministeriale europea sulla salute mentale tenuta a Helsinki in data 12-15 gennaio 2005, i ministri della sanità degli Stati membri della Regione europea dell'Oms ebbero a sottoscrivere l'affermazione secondo

Tale rapporto – che tuttavia non può essere semplicisticamente iscritto nella correlazione *genus a species* – si è consolidato e strutturato in funzione del progressivo distacco tra la tutela dell'integrità fisica e quella della salute, distinzione che riemerge e delinea le direttive della politica sanitaria nei diversi periodi della storia recente.

È bene porre mente al fatto che, anche nel periodo in cui il concetto di salute coincideva con quello di integrità fisica conchiudendosi nell'igiene e sanità pubblica³, la salute mentale ha costituito oggetto specifico di politiche statali tanto preventive a mezzo dei dispensari con assistenza domiciliare, quanto assistenziali per coloro che venivano dimessi dagli ospedali psichiatrici. Tali interventi sanitari, sebbene volti a perseguire anche finalità di carattere eugenetico⁴, ponevano in evidenza l'importanza che la salute mentale della popolazione veniva ad assumere pur nel contesto di un indirizzo di politica sanitaria volto a perseguire i superiori interessi dello Stato a disporre di una popolazione sana e produttiva⁵. Il limite di tali concezioni si rinveniva nel rigido organicismo che le connotava, che, nel ricondurre schematicamente la salute alla semplice assenza di malattie, forzava anche la dimensione della sofferenza mentale entro le forme dell'integrità fisica.

Appare evidente come il successivo e progressivo affermarsi del tessuto di valori che costituiscono trama e ordito della nostra Carta fondamentale, abbia ridefinito il senso della salute, anche nei suoi riflessi strettamente giuridici.

Per interpretare il senso e l'evoluzione di una disposizione complessa come quella analizzata, i cui dettami e limiti si irradiano sino a incidere su posizioni giuridiche personalissime dell'individuo, risulta necessario ricorrere al canone della totalità ermeneutica applicato all'ordinamento giuridico, in quanto attraverso di esso si impone

cui «Non c'è salute senza salute mentale. La salute mentale è una delle componenti centrali del capitale umano, sociale ed economico delle nazioni e deve pertanto essere considerata come parte integrante e fondamentale di altre politiche d'interesse pubblico, quali quelle relative ai diritti umani, all'assistenza sociale, all'educazione e all'impiego». In dottrina M. LUCIANI, *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1986, 439 ss.

³ In particolare nei primi quarant'anni di vigenza della normativa sui «Manicomi e sugli alienati» del 1904. Sul punto G. PELLICANI, *I servizi di profilassi neuro-mentale in Italia*, in *L'igiene mentale*, 1934, 28 ss.; C. FERRIO, *Nota conclusiva sull'assistenza psichiatrica non coattiva in Italia*, ivi, 1937, 101 ss.

⁴ Si rinvia a R. MAIOCCHI, *Scienza italiana e razzismo fascista*, La Nuova Italia, Firenze, 2003; G. ISRAEL, P. NASTASI, *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Il Mulino, Bologna, 1998. L'ipotesi dispensariale fatta propria da gran parte della psichiatria italiana mirava certamente alla profilassi medica ma anche a individuare i soggetti malati nel corpo sociale, primo passo per una possibile pratica eugenetica di carattere qualitativo.

⁵ F. CASSATA, *Il lavoro degli "inutili": fascismo e igiene mentale*, in F. CASSATA, M. MORAGLIO (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 23-36.

una valutazione unitaria del dato normativo e una decisione uniforme dei conflitti di principi e valori che mostrano di avere, come scriveva Phillip Heck, «una stessa giacitura»⁶.

Se si getta uno sguardo alle disposizioni costituzionali, si può subito cogliere la complessità di questa operazione, che pure trova riferimenti forti nella Costituzione repubblicana, volta all'emersione della dimensione mentale della persona, racchiusa nel corpo senza esserne limitata⁷.

Questo tratto essenziale compare subito nel riferimento al libero sviluppo della personalità contenuto nell'art. 2 Cost.⁸, ponendosi quale orizzonte entro cui si realizza la libera fioritura di ciascuna personalità, nel rispetto dell'eguale dignità e delle differenze proprie di ciascun individuo.

Questa visione relazionale della persona si oppone all'idealizzazione di un individuo «svuotato di ogni sostanza e aderenza carnale o spirituale (...) eretto in assoluto», ovvero alla concezione – di derivazione cartesiana – di un «cogito aereo e sovrano, librato nel cielo delle idee»⁹. La persona nella prospettiva costituzionale è piuttosto «un io-qui-adesso-così-fra questi uomini-con questo passato», che «non apprende se stesso [essendo] già situato e comunicato in questa inserzione originale»¹⁰, il che implica l'esplorazione di un territorio che è fecondo solo nella misura in cui si apre al diritto oltre schemi già predeterminati in maniera rigida: difatti la persona umana, assunta

⁶ G. MARINO, *Principi generali del diritto, ordine giuridico e interpretazione*, in V. RIZZO (a cura di), *Emilio Betti e l'interpretazione*, Esi, Napoli, 1991, 46.

⁷ Sulla relazione intercorrente tra corpo come materia biologica e la sua capacità di produrre pensiero, la filosofia occidentale si è divisa tra teorie moniste o materialiste fautrici di una sostanziale identità tra corpo e mente, quale fondamento biologico da cui originerebbe la facoltà umana del pensiero e ipotesi dualiste che si basano sulla distinzione tra mente e cervello intese come due unità ontologicamente distinte e separabili. Su cui P. STRATA, R. HARVEY, *L'antitesi monismo-dualismo nel problema mente-cervello*, in L. LENZI (a cura di), *Neurofisiologia e teoria della mente*, Vita&Pensiero, Milano, 2005, 74 ss.

⁸ Il principio personalista reca inevitabilmente con sé il principio pluralista, che, implicando il riconoscimento democratico delle libertà e dei diritti, si accompagna alla possibilità offerta a ciascuno di usare con modalità diverse quelle stesse libertà in concreto. Principio pluralista e personalista appaiono dunque dei veri meta-valori propri delle Costituzioni moderne che legittimano l'obiettivo della massima estensione possibile della sfera di autodeterminazione degli individui, circoscrivendone le eventuali limitazioni ai soli casi in cui vengano concretamente in rilievo altri interessi e diritti sanciti nella Carta, i quali debbono così essere adeguatamente presi in considerazione e bilanciati. Sul punto P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale 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., 140 ss.

⁹ E. MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Edizioni di Comunità, Milano, 1955, 275.

¹⁰ E. MOUNIER, *Che cos'è il personalismo ?*, Einaudi, Torino, 1975, 31 e 61 per cui «Il personalismo è rinnegato nel momento in cui ci si colloca nel desolante cogito».

come valore esistenziale e giuridico, racchiude in sé l'attuazione di fini irriducibili, non precostituibili, capaci di cogliere la direzione degli eventi¹¹.

Si coglie, in tale visione, la distanza da ogni astrazione, dato che l'uomo vi appare come un essere la cui identità si conquista socialmente e dunque nella relazione con l'altro da sé, nel contesto definito dalla realtà delle «formazioni sociali» all'interno delle quali la costruzione della personalità si realizza. Una relazione costruttiva con se stesso e con gli altri diviene quindi presupposto e condizione dello sviluppo della personalità, nel senso inteso in Costituzione, e necessita per consolidarsi di uno stato di benessere fisico, mentale e sociale. In questi termini, se la mente umana si integra ed interagisce con il corpo (mente incarnata) e con l'altro/altri e con le loro menti (mente estesa), tali rapporti ed interazioni ampliano il campo della salute mentale che, dunque, interessa la mente dell'individuo, ma anche la relazione con i corpi, sia quelle inter-individuali che sociali.

L'identificazione delle relazioni sociali quali possibili cause di condizionamento della salute si riflette in modo strutturale nel campo della sanità pubblica, dove si presenta la necessità di reimpostare i servizi sanitari in funzione della persona, ovvero verso la tutela e la promozione della salute e non soltanto con finalità di diagnosi, cura e prevenzione delle malattie.

Il tratto relazionale che connota il nostro contesto costituzionale rende quindi ineludibile la valorizzazione anche della salute mentale come forma del benessere: questa nuova dimensione viene ulteriormente messa in evidenza nel successivo art. 3 Cost., che, determinando una forte incrinatura, se non proprio una lacerazione, del velo dell'eguaglianza formale¹², iscrive – attraverso il riconoscimento dell'«eguale dignità sociale» – quale impegno della Repubblica il superamento degli ostacoli che si interpongono alla piena partecipazione della persona alla vita civile e sociale.

Non è superfluo notare come l'affermazione del principio di eguaglianza venga a destrutturare la logica degli *status*, propria della disciplina civilistica, divenuti delle

¹¹ D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. cir. dir. priv.*, 2008, 552.

¹² Il riferimento all'eguaglianza formale, affidato dal primo comma dell'art. 3 Cost., non è peraltro negletto, rappresentando la necessaria difesa contro ogni forma di discriminazione. Ma, con il secondo comma, nel quadro dell'eguaglianza formale irrompe la realtà, rappresentata da quelli che vengono definiti «ostacoli di fatto», dunque circostanze materiali, di natura sociale, culturale o economica, che mettono alla prova l'adeguatezza dello schema formale rispetto al risultato sostanziale che si vuole realizzare.

gabbie invisibili entro cui rinchiudere le persone limitandone i diritti: così gli *status* – di infermo di mente, minore, donna – si trasformano attraverso il riferimento alla persona, intesa nella sua complessità, da potenti dispositivi di esclusione in strumenti di affermazione della personalità e delle sue differenze. In tale contesto la concezione dell'eguaglianza come «eguale rispetto»¹³ presenta un nucleo forte che coincide con il pieno recupero della dimensione della diversità, il che consente a molteplici figure soggettive diverse, a loro volta espressive della condizione umana, di penetrare nell'ordine giuridico, trasferendo in una dimensione comunque formalizzata le articolazioni e le contraddizioni della realtà.

L'ingresso prepotente dell'eguaglianza sostanziale nel discorso giuridico sulla salute impone dunque una considerazione integrale della personalità, facendone emergere non solo i limiti fisici, ma anche quelli mentali ed esistenziali – non solo la biologia ma soprattutto la biografia – al fine di consentire l'accesso della persona ad una condizione di pienezza di vita. Sicchè il principio di eguaglianza pone un interdetto all'identificazione preventiva di una figura astratta di incapace, volta al fine di confinare quest'ultimo in un indistinta area di esclusione, impegnando le istituzioni a promuovere la persona in tutte le sue sfaccettature, ora riconoscendole autonoma capacità di decisione, ora accompagnandone la vita con forme di sostegno.

Ancora se il principio personalista implica una sfera individuale intangibile da parte dei pubblici poteri, ciò trova efficace espressione nell'art. 13, 3° co., Cost. che punisce «ogni violazione fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà». Come si è autorevolmente sostenuto «il rifiuto della violenza “morale” presuppone l'estensione della libertà personale alla libertà non solo fisica, ma anche spirituale»¹⁴, il che rafforza l'autonomia assunta dalla sfera morale e il rispettivo ambito di tutela, ponendo un limite minimo invalicabile verso qualunque forma di tortura, ovvero di trattamento disumano o degradante, nei confronti delle persone detenute,

¹³ All'istanza egualitaria il principio della pari dignità sociale somma inoltre una forte connotazione antiautoritaria, poichè l'eguale rispetto per ciascuno importa anche eguale rispetto per valori, credenze, preferenze di cui ciascuno sia portatore. In generale I. CARTER, A.E. GALEOTTI, V. OTTONELLI (a cura di), *Eguale rispetto*, Bruno Mondadori, Milano, 2008.

¹⁴ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 111-113; P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Dig. pubbl.*, Utet, Torino, 1994, 231 ss.

come pure il divieto di ogni strumento diretto a eliminarne la libertà di autodeterminazione¹⁵.

Storicamente determinato ma non certo immobile è il riconoscimento della rilevanza costituzionale del “foro interno”, ovvero l’ascrizione del diritto alla libertà di coscienza – connotato essenziale, *sine qua non*, dello Stato costituzionale – che comporta *ipso iure* la delimitazione di una sfera riservata d’inviolabilità. La libertà di coscienza costituisce, secondo la Corte costituzionale¹⁶, quella «relazione intima e privilegiata dell’uomo con se stesso» che trova fondamento in una lettura sistematica degli artt. 2, 19 e 21 della Costituzione. Ed è in tale contesto, in cui l’uomo può affrontare la contraddizione tra l’io individuale come capacità di svolgersi e determinarsi secondo coscienza e l’io sociale che, nel creare legami, descrive anche limiti e argini all’azione individuale, che la garanzia ponderata di tale libertà diviene strumento di tutela dell’equilibrio psichico della persona, la quale, altrimenti, a fronte di *tragic choices*¹⁷, si troverebbe lacerata tra il rispetto verso la propria coscienza e le regole normative o il costume sociale. Il riconoscimento del ruolo della coscienza non elide il dilemma – quale particolare tipo di conflitto fra norme in cui l’agente è condannato ad un «male» inevitabile a prescindere dalla strada che decida di percorrere – ma consente di riaffermare la centralità della persona, a cui va riconosciuta il rispetto delle proprie volontà, come esplicazione di quell’identità narrativa che – citando Ricoeur¹⁸ – mette in racconto gli eventi e le scelte essenziali di un’esistenza (da qui il riferimento, come criterio per ricostruire tale volontà, allo stile di vita, inclinazioni, valori di riferimento e convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche dell’individuo)¹⁹.

¹⁵ G. AMATO, Art. 13, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, 26 ss.; V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano 1974, 315 ss.; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova 1958, 363 ss.

¹⁶ Si tratta delle sentenze Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, in *Giur. cost.*, 1989, 1906; Corte cost., 16 dicembre 1991, n. 467, *ivi*, 1991, 3805 che definisce tale libertà «principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell’uomo». Al riguardo, in generale, E. ROSSI, *Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale: alcune riflessioni*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 257.

¹⁷ G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices – The Conflicts Society Confronts in The Allocation of Tragically Scarce Resources*, New York-London, 1978; trad. it. *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006; B. BARRY, *Tragic Choices*, in *Ethics*, 1984, 94, 2, 303-318; M. ATIENZA, *I limiti dell’interpretazione costituzionale. Di nuovo casi tragici*, in *Ars interpretandi*, 1999, 293 ss.

¹⁸ P. RICOEUR, *Sé come un Altro*, Jaka Book, Milano, 1993.

¹⁹ «Là dove lo schema della consensualità diviene comunque impraticabile [essendo sopravvenuta l’incapacità], si deve valorizzare con propri strumenti il criterio, concorrente e suppletivo, del rispetto assoluto verso l’identità della persona, intesa come convinzioni, concezioni di vita, preferenze comunque

Decisivi ai fini di un riconoscimento dell'autonomia di una sfera di libertà psichica dell'individuo sono anche l'art. 14, concernente l'inviolabilità del domicilio, «massimo presidio dell'intimità di una persona», l'art. 15, concernente la libertà e la segretezza della corrispondenza, «nella quale i sentimenti i pensieri e le determinazioni della persona trovano la loro prima e più gelosa manifestazione esterna», gli artt. 17, 18, 39 e 49, relativi ai diritti di riunione e di associazione, gli artt. 19 e 21 che nel sancire, rispettivamente, il diritto di ciascuno di professare liberamente la propria fede religiosa ed il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, «presuppongono che fede e pensiero siano (...) garantiti nella loro libertà di formazione e di conservazione»²⁰.

Concludendo questa ricognizione, si può ricordare come la centralità antropologica del lavoro, inteso come tratto tipico della condizione umana, consenta di porre in rilievo lo stretto rapporto che intercorre fra il diritto al lavoro, previsto dall'art. 4 Cost., il diritto ad un «esistenza libera e dignitosa», garantita dall'art. 36, e il divieto dello svolgimento dell'attività economica in danno della «dignità umana», sancito dall'art. 41. Le garanzie poste in Costituzione a favore dei lavoratori e della loro condizione delineano principi di tutela anche della salute mentale e non solo di quella fisica, laddove «la salute mentale non soddisfacente di coloro che lavorano è da collegarsi ad una situazione [l'alienazione sul posto di lavoro] caratterizzata da una riduzione dei desideri e delle iniziative, da una riduzione degli obiettivi e da restrizioni degli sforzi ad un punto tale che la loro vita risulta relativamente vuota e significativa solo a metà»²¹.

Tale fenomeno è poi amplificato, in modo inquietante, dall'appannarsi e disperdersi dell'individuo che, nella società liquida²², non è più in grado di imporsi e gestire lo sviluppo della propria persona nel contesto lavorativo, da un lato per il declino quantitativo e la frammentazione della classe operaia tradizionale, non sostituita da

manifestate: è più facile per un paziente fare una dichiarazione di identità, che dice in modo semplice qual è il suo criterio di bene e di vita, che non una disposizione anticipata di trattamento». Così P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, Nuova giur. civ. comm., 2011, 3, 149.

²⁰ G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di F. Vassalli*, II, Utet, Torino, 1960, 1629 ss., specie 1641.

²¹ A. KORNHAUSER, *Lavoro operaio e salute mentale*, Franco Angeli, Milano, 1973, 27 ss.; più di recente A. GALARDI, *Stress e lavoro nella società dell'informazione: identificazione, prevenzione, strategie di coping*, Isu, Milano, 2004; M. PERSIANI, M. LEPORE (dir. da), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2012, 406 ss.

²² Come sottolinea Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 159-160 «E così il lavoro ha mutato carattere. È sovente un'operazione *una tantum*, l'attività di un *bricoleur* (...) Non è più in grado di offrire quel perno intorno al quale legare definizioni di sé, identità e progetti di vita. Né è facile immaginarlo nel ruolo di fondamento etico della società, o di perno etico della vita individuale».

soggetti altrettanto coesi e permanenti, e, dall'altro, per il rafforzamento e la moltiplicazione dei meccanismi di condizionamento che non operano più solo contro ma, anche all'interno delle coscienze e dei bisogni di massa.

Il diritto interviene, in tal senso, non soltanto per garantire il riconoscimento e la tutela di diritti che proteggono uno spazio di intimità che circonda l'individuo o che ne garantiscono la libertà di cercare, attraverso le relazioni con gli altri, le condizioni per lo sviluppo della propria personalità, ma soprattutto per consentire agli individui di sottrarsi all'omologazione dei comportamenti e all'imposizione di identità dall'esterno²³. La persona – descritta dal testo costituzionale nella ricchezza di attributi densissimi che la connotano – non potrebbe dunque esaurirsi nella sua dimensione fisica, avendo ormai assunto anche quella psichica un rilievo tale da farne strumento di partecipazione alla vita di relazione, epifania della sua socialità ed elemento costitutivo dell'identità di ciascuno.

Al contempo si deve riconoscere che il corpo, quale riflesso della mente, non è un semplice involucro, ma rappresenta «la condizione stessa dell'uomo, il luogo della sua identità, ciò che gli permette di instaurare un rapporto col mondo»²⁴. Il corpo è pertanto concepito come cerniera tra il vissuto psichico e l'interiorità, da un lato, e una exteriorità sociopolitica, dall'altro, che si presenta come produttrice di effetti interni attraverso le incisioni che avvengono sulla sua superficie esterna.

In ciò si esprime quella «doppia verità del corpo, che appare ora come indistinguibile dal soggetto, che vi si riconosce in termini di essere, ora come oggetto di diritti, decisioni, appropriazioni; e la doppia verità dell'appartenenza, che appare ora come nesso interno dell'identità ('mio' come 'parte di me') ora come un legame di possesso oggettuale ('mio' dunque 'non me')»²⁵.

Tale connessione implica forme di comprensione più ricca, non necessariamente lineari, che sono la risultante di elementi descrittivi di quadri sempre diversi che cambiano in

²³ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di Biodiritto*, cit., 396.

²⁴ P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza dalla sovranità alla proprietà*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Giuffrè, Milano, 2008, 80 che nota «il corpo vivente è mio nel senso che la sua storia mi costruisce: nel corpo è il divenire dell'io, e in questo intensissimo senso dico il corpo mio; ciò che dico mio è interamente me: l'appartenenza collassa nell'identità».

²⁵ 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., 99.

conseguenza del movimento di fattori complessi, razionali ed emotivi, della nostra psiche.

Così per descrivere il rapporto tra corpo e psiche si può richiamare l'immagine del ragno di Eraclito il quale, stando nel centro della tela, assorbiva le vibrazioni ch'essa gli trasmetteva in un rapporto di azioni e reazioni multiple e circolari²⁶: la psiche, conseguentemente, «non è più (...) una cosa (...) da contrapporre a quell'altra cosa che è il corpo (...) ma è un atto che si esprime nel suo originario “rapportarsi a”, o “tendere verso”»²⁷.

Il corpo è intriso di soggettività, è corpo-soggetto, non è solo materiale biologico. La riflessione fenomenologica novecentesca, con la distinzione husserliana tra *Leib* e *Körper*, ha identificato nel primo ciò che designa «un mio corpo che si distingue da tutti gli altri per una particolarità unica» per il fatto d'essere «il solo corpo che non è soltanto un corpo (*Körper*) ma il mio corpo (*Leib*)»²⁸. È questa dimensione del corpo, come *Leib*, corpo vissuto, di cui si fa esperienza, che si sottrae necessariamente al paradigma biologico: nell'esistere dunque, nel *Dasein*, ci si muove costantemente fra i due poli dell'«avere un corpo» e dell'«essere un corpo»; la prima esperienza accentua soprattutto il momento riflessivo, la seconda soprattutto il momento pre-riflessivo e costituisce la coscienza incarnata in quanto esserci-al-mondo, in quanto sorgente originaria del significato, sorgente primaria di ogni "senso". È la diagnosi di una corporeità *in funzione* della persona, eclissata nella sua componente strettamente materiale, a segnalare la sfera della sovranità, intesa come vissuto biografico che trova nel rispetto della persona umana il suo limite e fine.

In questa prospettiva l'integrità fisica è concettualmente un epifenomeno della salute²⁹, non limitandosi quest'ultima nei confini dell'organismo individuale, ma essendo comprensiva dell'aspetto soggettivo del benessere e della sua dimensione sociale³⁰.

²⁶ Metafora tratta da G. ZAGREBELSKY, *Antigone tra diritto e politica (Prolusione al corso 2002 del Seminario di Studi e ricerche parlamentari dell'Università di Firenze)*, Quaderno n. 13 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Giappichelli, Torino, 2003, 5.

²⁷ U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Feltrinelli, Milano, 1996, 143-148.

²⁸ E. HUSSERL, *Meditazioni cartesiane*, Bompiani, Milano 1960, § 44.

²⁹ Ed inoltre, come sottolinea G. GEMMA, *Integrità fisica*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 457, «non si può ricomprendere nell'integrità fisica nemmeno quella psichica. Pur sussistendo nessi stretti fra la componente fisica e quella psichica, non sembra dubbio che si tratti di nozioni diverse nel senso comune. Basti pensare che, mentre l'integrità fisica è menomata da fattori, che pur manifestandosi di frequente, sono purtuttavia eccezionali, l'integrità psichica è un parametro ideale, in quanto essa è menomata anche da tante contrarietà quotidiane e la sua sussistenza costituisce, a ben vedere, non la norma, ma l'eccezione nel tempo di vita del complesso degli individui».

Il pregio di tale definizione è di ampliare il concetto iscritto nell'art. 32 Cost., sottolineando gli innegabili nessi di interdipendenza e strumentalità che intercorrono tra la salute e gli altri valori fondamentali della persona, negati invece dalla visione biologista. Così, per meglio comprendere il senso della prospettiva qui illustrata, si potrebbe considerare come anche la soddisfazione di un'esigenza rilevante sul piano psichico soggettivo costituisca momento di realizzazione e di tutela di un profilo specifico della salute individuale, che va quindi intesa globalmente nella correlazione tra corpo e mente. Ne è esempio lampante il procedimento di modificazione dei caratteri sessuali che, pur determinando una menomazione di funzionalità strettamente biologiche, comporta un miglioramento dell'equilibrio psichico, essendo volta a «realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità»³¹.

Se infatti la salute non è solo integrità fisica, allora la scelta del paziente potrà essere determinata da una valutazione relativa non soltanto a quale trattamento possa migliorare la propria efficienza fisica, ma anche alla coerenza tra la tipologia e le conseguenze dell'intervento e il proprio sistema di valori, ovvero in generale alla personale valutazione del concetto di benessere.

Declinata in questi termini la salute può trovare espressione attraverso un concetto comprensivo di integrità della persona³², che racchiude ampie potenzialità esplicative, enunciate entro due differenti prospettive: la prima è quella dell'«incolumità» (*Unversehrtheit*), che ne rappresenta il nucleo minimo, senza però esaurirne il contenuto. Essa guarda all'essere umano come “organismo psicofisico” e contrassegna l'insieme dei confini che delimitano la sfera di intangibilità, “attrezzando”, attraverso precise tutele, il corpo come materia indecidibile³³.

³⁰ In linea con la definizione di salute contenuta nel Preambolo della Costituzione OMS-WHO approvato in data 22 luglio 1946 e ratificato in data 7 aprile 1948, recepito con D.lgs. C.p.S. 4 marzo 1947, n. 1068 recante «Approvazione del Protocollo concernente la costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità stipulato a New York il 22 luglio 1946».

³¹ Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, *cit.* la tutela dell'integrità psichica può prevalere su quella dell'integrità fisica, ogni qual volta sia in gioco l'equilibrio tra soma e psiche, la cui preservazione assume carattere terapeutico, rendendo leciti interventi chirurgici implicant atti di disposizione del proprio corpo.

³² Sui significati racchiusi nel concetto di integrità, A. POLLMANN, *Integrität. Aufnahme einer sozialphilosophischen Personalie*, Bielefeld, 2005, 77 ss.; in riferimento agli atti di disposizione sul corpo A. MUSUMECI, *Dal potere alla libertà di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.* 1991, I, 626.

³³ P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, 95.

L'ulteriore profilo che completa l'integrità è definibile appunto come «fedeltà nei confronti di se stessi» (*Selbsttreue*)³⁴: si tratta del nucleo “interno” all'integrità, ciò che rende riconoscibile l'individuo a se stesso, quale soggetto morale dotato di libero arbitrio.

Il punto di sintesi del discorso, in una prospettiva giuridica, è dato dunque dall'incastro tra salute, libertà e identità e ciò comporta che «il bene salute viene, per così dire, incardinato nella libertà di disporre di sé – cioè della propria persona negli aspetti fisico, mentale e sociale che ne costruiscono il benessere conseguibile in circostanze date – e diviene per certi aspetti non distinguibile da questa»³⁵, componendo una costellazione di diritti che si sostengono e si definiscono a vicenda. In un linguaggio insieme simbolico e pragmatico com'è quello del diritto, la dimensione mentale della persona non si sottrae a questa “legge”, ma, al contrario, si struttura proprio nel riferimento all'identità quale confine del Sé e, al contempo, espressione della pienezza del Sé³⁶.

2.7. Salute mentale: viaggio nei luoghi dell'incertezza

Il concetto di infermità mentale è, al tempo stesso, empirico e normativo, manifestandosi normativamente in una costruzione a due piani, nel senso, che è dato innanzitutto alle scienze di individuare il compendio dei requisiti bio-psicologici che facciano ritenere che il soggetto sia in grado di comprendere e recepire il contenuto del messaggio normativo, ed è compito del legislatore o, in sede applicativa, del giudice, poi, fissare le condizioni di rilevanza giuridica dei dati forniti dalle scienze empirico-sociali.

³⁴ A. POLLMANN, *Ein Recht auf Unversehrtheit? Skizze einer Phänomenologie moralischer Integritätsverletzungen*, in S. VAN DER WALT, C. MENKE, *Die Unversehrtheit des Körpers. Geschichte und Theorie eines elementaren Menschenrechts*, Frankfurt-New York, 2007, 218-219. Si rinvia a A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Giappichelli, Torino, 2012, 40 ss.

³⁵ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., 7.

³⁶ Entrambi i profili possono svilupparsi in diverse dimensioni: una prima è quella riferita al Sé psico-corporeo, che a sua volta si distingue in quanto considerato con riguardo alla salute (*health view of integrity*) o esteso al governo del corpo e più in generale all'armonia e pienezza del Sé (*integrated-self view of integrity*); un'altra è quella che coinvolge il vissuto e quindi il disegno vitale dell'identità (*identity view of integrity*), un'ultima, infine, è quella che si delinea osservando un confine più ampio in senso (metaforicamente) “spaziale” che include la *privacy* (*privacy view of integrity*). Cfr. P. ZATTI, *Una ricerca sulle persone*, cit.

Tuttavia si deve tener presente un profilo che tende a sfumare nella discussione odierna dei giuristi, essendo ritenuto a torto o mero presupposto non giuridicamente rilevante o oggetto di competenza d'altri³⁷: ci si riferisce allo statuto particolare che è riservato al disturbo mentale³⁸, determinato dalla condizione di instabilità che rende la psichiatria uno spazio di ricerca e di confronto polemico, anziché un luogo di incontro irenico.

Come è noto, non si può rintracciare una definizione univoca e scientificamente affidabile di infermità di mente che si caratterizza per la presenza di diversi paradigmi esplicativi del disturbo stesso e per l'assenza di criteri psicopatologici certi e in grado di consentire al diritto di optare per l'adozione di uno di essi. La psichiatria è dunque connotata da incertezze che la rendono una scienza in crisi³⁹.

In termini ancora più radicali si è posto in dubbio lo stesso statuto epistemologico della psichiatria, ovvero la carenza di metodo scientifico⁴⁰, avanzando una serie di obiezioni:

³⁷ Così, in sede penale, «l'approccio più ovvio suggerisce una forma di divisione del lavoro: gli esperti dovrebbero limitarsi ad accertare le condizioni biologiche e psicologiche dell'imputato per diagnosticarne lo stato di normalità o di infermità, mentre i giudici dovrebbero – sulla base di un loro autonomo procedimento valutativo – trarne le conseguenze sotto il profilo più specifico della capacità di colpevolezza e di pena». Così G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2005, 5, 18 ss. che nota che «le cose, in realtà, non sono oggi così schematicamente semplici».

³⁸ 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. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 783, nt. 1; sulle controversie quanto alla definizione del concetto J.C. WAKEFIELD, *Realtà e valori nel concetto di disturbo mentale: il disturbo come disfunzione dannosa*, in *Psicoterapia e Scienze umane*, 2004, 4, 439-464.

³⁹ In ambito giuridico si vedano le riflessioni della dottrina penalistica M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 191 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Giappichelli, Torino, 1997, 25 ss.; G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche. Il diritto e il processo penale*, cit., 19 ss.; ID., *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2006, 257 ss.; M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Cedam, Padova, 2009, 121 ss.; ID., *Le incertezze della scienza e la certezza del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 543 ss.; ID., *"Normalità" del male e patologia mentale sul tema dell'infermità mentale*, ivi, 2007, 285 ss.; F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1232 ss.; ID., *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, ivi, 2005, 276; M.T. COLLICA, *Giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, ivi, 2008, 1170 ss.

⁴⁰ K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, Torino, 1970, 21 ss.; ID., *La psicoanalisi tra mito e scienza*, in D. ANTISERI (a cura di), *Analisi epistemologica del marxismo e della psicoanalisi*, Roma, 1974, 212 ss. «Con riferimento al sapere psichiatrico e psicologico non si possa parlare di scienza in senso classico, ma piuttosto di un sapere più limitato, di tipo descrittivo, classificatorio o ermeneutico, anche a questo sapere si potrebbe comunque riconoscere il requisito della scientificità. Infatti, si precisa, oggi "abbiamo attenuato i requisiti della scientificità, e siamo disposti a parlare di scienze anche nel caso di discipline esclusivamente (o quasi esclusivamente) di osservazione e classificazione, pur conservando l'aspirazione, quando sia possibile, a pervenire anche alla spiegazione". In altre parole, occorre prendere atto della generale inaccessibilità dei processi mentali, che - si afferma -

tra cui, l'impossibilità di sottoporre ad oggettiva misurazione i disturbi e i sintomi delle patologie psichiatriche, la mancanza di certezze in ambito causale da intendersi quale ideale regolativo di qualunque disciplina scientifica, la circostanza poi che i dati di natura soggettiva non sono falsificabili e le interpretazioni degli stessi assumono quindi connotati metafisici⁴¹. Si è infine notato che, a differenza dalle scienze naturali, nelle quali entità e fenomeni possono essere assegnati a classi e costituiscono un genere di natura, la psichiatria ha a che fare con individui, riducendosi quindi spesso, anche per il suo particolare oggetto, a "letteratura edificante"⁴².

È dunque 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 «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 generalmente accettata, ma per i profondi contrasti esistenti nella letteratura psichiatrica»⁴³. Ciò rende impossibile l'individuazione di un concetto di malattia mentale scientificamente valido, o, quantomeno, scientificamente "più valido" degli altri, il che preclude «la possibilità di raggiungere una obbiettività (una scientificità) tale da essere riconosciuta e accettata da tutti e da indicare univocamente la strada da percorrere sul piano della sua attività che si rivolge interamente su di un piano (un contesto) sociale e politico»⁴⁴.

sfuggirebbero a qualunque ricerca scientifica seria». Cfr. M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e la certezza del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, cit., 550 ss.; anche E. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, ivi, 1999, 393 ss.

⁴¹ S. VARGA, *Defining mental disorder. Exploring the "natural function" approach*, in *Philosophy, ethics and humanities in medicine*, 2011, 6, 21, 1 ss. secondo cui «la credibilità della psichiatria come ramo della medicina dipende, in una certa misura, proprio dalla capacità di definizione [del proprio oggetto di studio e di intervento]».

⁴² M. SCHIAVONE, *Riflessioni epistemologiche sull'eziologia della schizofrenia*, in E. AGAZZI, C. VIESCA (a cura di), *Le cause della malattia. Un'analisi storica e concettuale*, Genova, 1999, 224.

⁴³ 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, 125 ss. 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...».

⁴⁴ S. CIAPPI, G.B. TRAVERSO, *La voce universale ed il contesto critico. Fondamenti teorici e pratiche di fondo in criminologia e psichiatria forense*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni*

La psichiatria propone, difatti, paradigmi e modelli scientifici diversi e tra loro conflittuali che si sono sovrapposti e sostituiti in una sorta di meccanismo incrementale di accumulo che non ha certo favorito il consolidarsi di certezze o perlomeno di approssimazioni scientifiche⁴⁵.

Secondo il più tradizionale e risalente paradigma medico, le infermità mentali sono vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso, aventi, per ciò, un substrato organico o biologico. Tale modello nosografico – compiutamente elaborato da Emil Kraepelin⁴⁶ a fine ottocento – afferma, nel distinguere tra malattia e malato, la piena identità tra l'infermità di mente e specifiche manifestazioni patologiche sostanziali, postulando la configurazione di modelli di infermità certa e documentabile e della loro sintomatologia.

La psicopatologia kraepeliniana pone alla base della propria diagnostica clinica il modello dell'entità nosografica, che comporta una netta distinzione tra la fenomenologia psicopatologica quale si presenta sul piano dell'osservazione clinica, quale sintomo di una malattia cerebrale, e il suo substrato neurobiologico, ossia la vera malattia, costituita da una specifica patologia cerebrale, responsabile della disfunzione mentale. Questa teorizzazione aspira a ricondurre il disturbo psicopatologico ad una patologia neurobiologica, secondo un rapporto specifico di dipendenza che subordina la dimensione psicopatologica a quella somatica, negandone qualsiasi autonomia, sia sul piano clinico, che su quello della ricerca.

Ciò comporta, quindi, che un disturbo psichico possa essere riconducibile ad una malattia mentale, in quanto sia nosograficamente inquadrato, con la conseguenza che l'accertamento della causa organica rimane assorbito dalla possibilità di sussumere il disturbo nelle classificazioni nosografiche elaborate dalla scienza psichiatrica, ovvero nel quadro-tipo di una determinata malattia.

Con l'inizio del novecento, sotto l'influenza dell'opera freudiana, prese a proporsi un diverso paradigma, quello psicologico, per il quale i disturbi mentali rappresentano

sull'imputabilità, Cedam, Padova, 1994, 151 ss.; M. CASTIGLIONI, A. CORRADINI, *Modelli epistemologici in psicologia*, Roma, 2003, 133, le quali osservano come da queste idee derivi in sede clinica il rischio di un costruttivismo radicale che porta «con sé un soggettivismo altrettanto radicale. Ciò implica l'impossibilità di uscire dal proprio orizzonte soggettivo e dunque l'inconoscibilità del sistema osservato, ossia del paziente».

⁴⁵ Sui paradigmi della psichiatria J. PHILLIPS *et al.*, *The six most essential questions in psychiatric diagnosis: a pluralogue part I: conceptual and definitional issues in psychiatric diagnosis*, in *Philosophy, ethics and humanities in medicine*, 2012, 3, 7 ss.

⁴⁶ E. KRAEPELIN, *Introduzione alla clinica psichiatrica*, Sel, Milano, 1905.

disarmonie dell'apparato psichico, nelle quali la realtà inconscia prevale sul mondo reale, e nel loro studio vanno individuate le costanti che regolano gli avvenimenti psicologici, valorizzando i fatti interpersonali, di carattere dinamico, piuttosto che quelli biologici, di carattere statico⁴⁷. È dall'osservazione clinica che si ricavano regole per inquadrare i comportamenti umani in costrutti teorici di riferimento andando oltre la freddezza dell'impostazione rigorosamente medica, avvicinandosi ad una filosofia dell'animo umano basata su una rigorosa clinica e sulla costruzione di paradigmi su base empirica⁴⁸.

La sofferenza e la salute mentale acquistano nuovi connotati descrittivi: non più soltanto normali o patologici meccanismi postulati da un dato modello, bensì l'integrazione dei modelli stessi per delineare le motivazioni di certe condizioni psichiche; un mentale che da origine ad un contrasto terminologico e sfocia nel somatico. Non è un singolo fattore scatenante a promuovere un certo disturbo: ciò che turba questo equilibrio di forze dipende da complesse relazioni tra la struttura psichica di base e le esperienze della vita, in particolare quelle dell'infanzia, e sono esperienze che derivano dalle relazioni inter-soggettive che l'individuo ha con le persone significative della sua vita⁴⁹.

Il concetto di infermità, quindi, si allarga, fino a comprendere non solo le psicosi organiche, ma anche altri disturbi morbosi dell'attività psichica, come le psicopatie, le nevrosi, i disturbi dell'affettività: oggetto dell'indagine, quindi, non è più la persona-corpo, ma la persona-psiche.

Coevo è il modello integrazionistico, di stampo fenomenologico, della psicopatologia strutturalistica che si contrappone sia al modello medico, fondato sul concetto ontologizzato della malattia mentale come entità nosografica.

Nella psicopatologia di Jaspers⁵⁰ viene riconosciuta la validità metodologica dell'unità morbosa come modello nosografico della malattia mentale da applicarsi in tutti quei casi clinici in cui sia documentabile (o altamente presumibile) una malattia del cervello.

⁴⁷ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 243; L.M. LORENZETTI, *Psicologia e Personalità*, Franco Angeli, Milano, 1995, 77 ss.

⁴⁸ S. FREUD, *Compendio di psicoanalisi*, Boringhieri, Torino, 1979. In questa prospettiva non esiste un criterio oggettivo per stabilire la patologia di un comportamento, anche perché non esiste un referente ideale di personalità normale, essendo la condizione di normalità il risultato di un equilibrio dinamico: salute e sofferenza sono concetti troppo complessi per essere racchiusi in poche frasi, nonostante tutto, vi è sempre il tentativo d'approssimarsi all'ideale definizione di tali concetti.

⁴⁹ F. CIOFFI, *Modelli di sofferenza mentale in Freud e Jung*, in *Riv. di psichiatria*, 2002, 37, 4, 190-191.

⁵⁰ K. JASPERS, *Psicopatologia generale*, Il Pensiero scientifico, Roma, 1964, 100 ss.

In tale prospettiva, tuttavia, il concetto di entità nosografica viene considerato come un modello categoriale utile per definire la metodologia della ricerca relativa al vissuto di ciascun paziente. Se, da una parte, si ritiene ancora necessario ricercare regole e concetti generali nell'esperienza patologica del singolo, ponendo in secondo piano la classificazione nosografica, dall'altra, si rintraccia comunque il fondamento della malattia mentale in un'alterazione patologica del soma.

La psicopatologia cerca quindi di cogliere la totalità, che, in quanto tale, non rappresenta la semplice somma dei fenomeni osservati, ma definisce un'idea dell'uomo in sé come totalità complessa.

Intorno agli anni settanta del secolo scorso si è imposto l'indirizzo 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.

Al filone psico-sociale possono essere ricondotte posizioni assai diverse e variegata⁵¹: in alcuni casi, senza assumere toni di aperta critica al modello medico, si è proposta una rilettura del disturbo psichiatrico in termini di disadattamento individuale ad un particolare contesto sociale; in altri, mutuando modelli propri dell'esistenzialismo e dell'antropologia sociale, si è ricondotta la genesi del disturbo mentale a determinate modalità di relazione, ponendo la questione del ruolo in tale processo dell'organizzazione sociale⁵².

In tale prospettiva i cardini della psichiatria sociale sono stati delineati dall'avvio di studi epidemiologici volti a definire la distribuzione e la variabilità del disturbo psichiatrico in relazione alle classi sociali, ai modelli di sviluppo e alle condizioni demografiche e culturali ed inoltre un approccio alternativo al ruolo della psichiatria come scienza, alla gestione del sofferente psichico come frutto di una malattia

⁵¹ Per uno sguardo complessivo sulla variegata esperienza della psichiatria sociale R. D'ALESSANDRO, *Lo specchio rimosso. Individuo, società, follia da Goffman a Basaglia*, cit.; V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del novecento*, cit., 123 ss. Sull'esperienza italiana i volumi dell'epoca E. VENTURINI (a cura di), *Il giardino dei gelsi. Dieci anni di antipsichiatria italiana*, Einaudi, Torino, 1979; F. BASAGLIA, P. TRANCHINA (a cura di), *Autobiografia di un movimento. 1916-1979. Dal Manicomio alla Riforma sanitaria*, Unione delle Province Italiane, Arezzo, 1980.

⁵² Vi è da rilevare come la psichiatria sociale, pur ponendosi in opposizione al modello medico, non abbia risolto le criticità della definizione di un modello di conoscenza (paradigma) e di un fondamento scientifico (teoria e modello) propri. Cfr. G. JERVIS, *Manuale critico di psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1997, 55 ss.

inguaribile attraverso la negazione e la denuncia della violenza di cui il paziente è oggetto all'interno e all'esterno dell'istituzione⁵³.

Questo programma porta sul piano clinico e su quello organizzativo alla ricerca di nuove modalità di relazione con il paziente, basate sulla pari dignità e responsabilità reciproca tra curante e curato, in grado di superare, anche nel contesto di un diverso rapporto con la comunità sociale, la cristallizzazione delle gerarchie e dei ruoli imposti dalla terapia e dallo stesso luogo di cura, ovvero l'istituzione manicomiale⁵⁴.

Il sintetico quadro dei paradigmi delle scienze psichiatriche ci riporta ad una considerazione di Federico Stella, il quale notava come fra «tutte le scienze, la psicologia e la psichiatria sono sicuramente le più mutabili: lo dimostra il succedersi dei “paradigmi” lungo l'arco della loro storia (paradigma medico, paradigma psicologico, paradigma sociologico). Di più: la psicologia e la psichiatria incontrano molte difficoltà nella conquista dello *status* di “scientificità”; non hanno ancora ricevuto convincente risposta né il rilievo di Popper, secondo il quale la psichiatria non è scienza perché manca del requisito della falsificabilità, né la tesi di Grünbaum, che (...) vede nella psicoanalisi una “cattiva scienza”»⁵⁵.

Rispetto a queste considerazioni si può rilevare come, specie nell'ultimo decennio, abbiano trovato nuovo spazio gli orientamenti ispirati ad una prevalenza del dato medico (psichiatria c.d. biologica legata allo studio delle neuroscienze), valorizzanti

⁵³ Uno degli equivoci più pericolosi della prospettiva sociale era «considerare il patologico come un mancato o insufficiente funzionamento della macchina sociale, una sua aberrazione, quando invece deve essere visto come effetto della sua fisiologia, in relazione, quindi, con la normalità». L'approccio politico, comprensibile soltanto a livello ideologico, era stato confuso con quello terapeutico piuttosto che svilupparsi sul terreno della scienza «per liberarla dai pregiudizi ideologici che la inquinano e ne impediscono l'uso corretto e democratico dei risultati» Cfr. C. MANUALI, *Intervento*, in L. ONNIS, G. LO RUSSO (a cura di), *Dove va la psichiatria? Pareri a confronto su salute mentale e manicomi in Italia dopo la nuova legge*, Feltrinelli, Milano, 1980, 136 ss.

⁵⁴ P. DELL'ACQUA, *Il miraggio del farmaco*, in *La medicalizzazione della vita*, *Aut Aut*, 2008, 340, 100-101 che rammenta come «nell'esperienza triestina (...) l'approccio comprensivo alla persona accade in una dimensione reale dove la malattia (e la diagnosi) “ha e non ha peso”, perché i livelli di vita, le capacità relazionali, i modi di sentire sono determinati da altro e da infinite altre connessioni che sono di volta in volta da scoprire».

⁵⁵ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, 479 ss.; B. SARACENO, *Discorso globale, sofferenze locali. Analisi critica del Movimento di salute mentale globale*, Il Saggiatore, Milano, 2014, 57-58 che rileva come «la costruzione logica che sottende la diagnosi psichiatrica, ossia il fondamento stesso dell'oggetto della psichiatria, è tutt'altro che solida, ed esprime al contrario il *non sapere* della psichiatria sulla malattia mentale. A volte, infatti, la diagnosi segue una logica puramente descrittiva, altre volte si riferisce a modelli psicodinamici (peraltro non verificati) e altre ancora si basa su evidenze anatomofisiologiche; infine, di tanto in tanto, si basa su criteri eziologici (anche se di poche malattie psichiatriche, in effetti, si conosce l'etiologia). Questa variabilità di modelli di riferimento testimonia la frammentarietà delle conoscenze. La fluidità del sapere psichiatrico non è un delitto, ma semplicemente un dato di fatto».

l'eziologia biologica della malattia mentale⁵⁶ confortata dalle scoperte delle scienze neurologiche. Prospettive che hanno riproposto, sotto nuova luce, il problema della scientificità e credibilità dei risultati, specie in relazione ad una patologia complessa e stratificata come quella psichiatrica⁵⁷.

Se infatti le neuroscienze vanno fornendoci costantemente nuove informazioni sul funzionamento del cervello, sul collegamento tra strutture e funzioni cerebrali, sul rapporto tra esperienze e processi mentali, si può comunque sostenere che lo studio del comportamento umano, del mondo interno, delle emozioni, della mente non può prescindere dall'analisi delle esperienze interpersonali, ovvero di come le relazioni e la storia personale di ciascun individuo plasmino lo sviluppo del cervello e delle sue connessioni nervose, il cui risultato dinamico è l'emergere dell'attività mentale⁵⁸.

Le neuroscienze costituiscono dunque un utile complemento alle ricerche e analisi della psichiatria, ma non possono fungere certo da “surrogato” di una fondazione di scientificità che tutt'ora manca. La materialità del funzionamento cerebro-neurale non è in grado di spiegare la personalità individuale, nella misura in cui «le operazioni fondamentali delle regioni cerebrali sono ancora sconosciute e la maggior parte dei compiti cognitivi scaturiscono dalle complesse interazioni tra queste regioni»⁵⁹, il che, allo stato attuale delle conoscenze, porta ad escludere che tali interrelazioni da sole possano condizionare la futura realtà dell'individuo e della sua mente.

La preferenza andrà dunque ancora a favore di ipotesi esplicative del comportamento di natura psico-sociale, ovvero interpretazioni del comportamento umano che non si limitino al dato neuro-scientifico. Queste ipotesi esplicative, anche se possono sembrare meno “salde” scientificamente, sono dotate di un maggiore potere euristico e quindi

⁵⁶ In termini critici verso le certezze assolute delle neuroscienze si potrebbe rilevare paradossalmente che se, una volta, il folle era considerato come invasato e posseduto dai demoni, oggi viene invece immaginato come posseduto da ipotetiche disfunzioni biochimiche e recettoriali che ne annienterebbero le capacità cognitive e relazionali; insomma dal riduzionismo mitologico a quello biologico. Così come ha notato A. FRANCES, *Il DSM nel paese della filosofia*, in *La diagnosi in psichiatria*, Aut Aut, 2013, 357, 103 «i progressi della biologia molecolare, del *brain-imaging* e della genetica sono spettacolari, mentre il loro impatto nella comprensione della psicopatologia è pressochè nullo. Perché questo divario ? La risposta si può trovare in una parafrasi delle prime righe di *Anna Karenina*: ogni cervello che funziona normalmente è normale più o meno allo stesso modo, ma ogni modalità di funzionamento patologico può avere tante cause differenti».

⁵⁷ A. ROSSI, *Neuroscienze e psichiatria*, Masson, Milano, 2006, 106 ss.

⁵⁸ A. SIRACUSANO, L. SARCHIOLA, C. NIOLU, *Psichiatria, psicoterapia e neuroscienze*, in *Nooç*, 2008, 1, 68 ss.; L. CENA, A. IMBASIATI (a cura di), *Neuroscienze e teoria psicoanalitica. Verso una teoria integrata del funzionamento mentale*, Springer, Milano, 2014, 147 ss.

⁵⁹ C. KLEIN, *Neuroimaging senza localizzazioni*, in *Sistemi intelligenti*, cit., 125.

sono in grado di offrire una conoscenza della persona, che tenga conto della sua complessità⁶⁰; conoscenza di cui peraltro il diritto ha ancora bisogno.

L'elaborazione di nuove tecniche diagnostiche rappresenta quindi un ulteriore tentativo di risposta alla situazione di crisi e di incertezza⁶¹ e una presa d'atto da parte della comunità degli psichiatri del grave disorientamento psicopatologico derivante dalla coesistenza di molteplici modelli interpretativi della malattia mentale⁶².

Una forma più tradizionale di reazione a tale stato di fatto è rappresentata dal DSM⁶³, manuale diagnostico adottato nella comunità scientifica internazionale, finalizzato ad una nosografia neutrale anche se di stampo biologico, depurata da modelli eziologici e teorie analitiche. L'obiettivo, parzialmente raggiunto, è stato quello di farne il nuovo paradigma di riferimento della scienza psichiatrica, oggetto del consenso della maggioranza degli scienziati e, sul piano metodologico, la fonte di un linguaggio comune con il quale comunicare senza fraintendimenti⁶⁴.

In questi termini il DSM appare come un oggetto complesso e stratificato, che proprio per il suo uso (o abuso) è divenuto un «appassionante osservatorio per l'analisi del

⁶⁰ Per una critica puntuale sul tema F. GONON, *La psichiatria biologica: una bolla speculativa ?*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 143 ss. e bibliografia ivi citata.

⁶¹ Una conferma di tali criticità la si può cogliere nel serrato confronto all'interno della stessa comunità scientifica, in chiave di verifica critica, sui limiti fisiologici della diagnosi psichiatrica — accostata talora, provocatoriamente, ad una «profezia» (P. DELL'ACQUA, *Se la diagnosi non è una profezia*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 59 ss.), talaltra a «una sorta di passione inutile», «o meglio utile solo ai ricercatori, agli epidemiologi, agli statistici, a tutti coloro il cui compito è la valutazione di ciò che gli altri fanno, ed essendo lontani dalla brutta realtà necessitano di un linguaggio che dia già una forma e ripartisca ciò che essi sono troppo lontani per vedere» (F. MARONE, *Soggetti, protocolli e tigri di carta*, ibidem, 239). Più in generale E. BORGNA, *Noi siamo un colloquio. Gli orizzonti della conoscenza e della cura in psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 2012, 11 ss.

⁶² Modelli e scuole differenti che portano ad interpretazioni diverse dello stesso fenomeno morboso: così la famosa vicenda della sig.ra Ellen West a cui fu diagnosticata una schizofrenia da Binswanger, isteria e anoressia da Freud ed infine una depressione da Minkowski.

⁶³ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fourth Edition, Washington, American Psychiatric Association, 1994; l'ultima edizione il DSM-V è stata pubblicata nel maggio 2013. Sulla struttura del DSM, P. MIGONE, *La "filosofia" della diagnosi psichiatrica*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 78 ss. e sulle differenze rispetto al sistema elaborato dal WHO ovvero ICD-10 cfr. ID., *Il rapporto tra ICD-10 e DSM-IV*, in *Neurologia Psichiatria Scienze umane*, 1996, 4, 543-557.

⁶⁴ Il presupposto teorico del DSM è dichiaratamente neo-kraepeliano e si fonda sulla convinzione che solo attraverso la precisa definizione delle sindromi, attraverso la loro esatta e ripetibile misurazione e identificazione, si potrà pervenire a delineare uno statuto scientifico unitario della psichiatria. L'aspettativa del DSM è che, come è avvenuto per la clinica medica, «una grammatica dei segni possa sostituirsi ad una botanica dei sintomi» (M. FOUCAULT, *Nascita della clinica*, Einaudi, Torino, 1998, 12). Cfr. R.F. KRUEGER, N.R. EATON, *Structural validity and the classification of mental disorders*, in K.S. KENDLER, J. PARNAS (eds.), *Philosophical Issues in Psychiatry II: Nosology*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 199-212; M. COLUCCI, *Fabrizio, con una zeta. Per una critica della ragione diagnostica*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 12 ss.

mondo sociale»⁶⁵ in grado di sintetizzare diversi livelli di intervento, da quello clinico a quello della ricerca, sino a farne strumento per la gestione finanziaria dei luoghi di cura e per il controllo securitario della popolazione⁶⁶.

Tuttavia i limiti di tale dispositivo e della logica ad esso sottesa sono emersi in maniera palese: il DSM, enucleando – con una nomenclatura nosografica suddivisa per sindromi e non malattie – i principali disturbi mentali in classi diagnostiche, si struttura sul c.d. “approccio ateorico”, fondato utilizzando dati descrittivi o “obiettivi”; si tratta di un sistema che, se 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 clinica⁶⁷.

Così il DSM presenta palesi contraddizioni⁶⁸, da un lato, poiché, ponendo sullo stesso piano tutte le diagnosi, attraverso il concetto di comorbidità introduce la possibilità di evidenziare nella stessa persona l’esistenza contestuale o in successione di patologie diverse e quindi di formulare diagnosi multiple nei confronti dello stesso soggetto, dall’altro, nel delineare il suo impianto categoriale sulla base di un criterio di soglia, di inclusione/esclusione, espone al rischio di una diagnosi impoverita, priva di tratti dimensionali e di gradienti progressivi⁶⁹.

Non meno allarmante appare il fenomeno di *disease mongering* – l’invenzione di malattie finalizzate alla vendita di farmaci – che appare strettamente collegata alle rilevanti critiche mosse nei confronti del modello del DSM-IV: si tratta di un circolo vizioso che fa discendere dalla moltiplicazione delle categorie diagnostiche (dal DSM-

⁶⁵ C. ADAM, *Jalons pour une théorie critique du DSM*, in *Déviance et Société*, 2012, 2, 140; P. DI VITTORIO, *Malati di perfezione. Psichiatria e salute mentale alla prova del DSM*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 37 ss.

⁶⁶ Così P. BROWN, *The name Game: Toward a Sociology of Diagnosis*, in *The Journal of Mind and Behaviour*, 1990, 3-4, 385 ss. ha mostrato come la fluidità del costrutto della salute mentale, evidenziando le correlazioni tra il prevalere di certe definizioni o categorie nosografiche e il variare dei bisogni di controllo sociale nelle diverse epoche.

⁶⁷ P. MIGONE, *Brevi note sulla storia della psichiatria in Italia*, in *Il Ruolo terapeutico*, 1996, 71, 35.

⁶⁸ Si veda in merito ai criteri “scientifici” di costruzione delle categorie della salute mentale l’esempio emblematico dell’omosessualità su cui M. MINARD, *La validità delle diagnosi psichiatriche. Dalla battaglia degli omosessuali alla lotta dei veterani*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 113 ss.; R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO, *Le variazioni di genere e la loro iscrizione nell’orizzonte del sapere medico-scientifico: al varianza di genere è un disturbo mentale ? Ma cos’è, poi, un disturbo mentale ?*, in F. CORBISIERO (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Franco Angeli, Milano, 2013, 221 ss.

⁶⁹ In questi termini J.S. STRAUSS, *Negative Symptoms: Future Development of the Concept*, in *Schizophrenia Bulletin*, 1985, 3, 457-460 ricordava che spesso i pazienti che venivano sottoposti alle interviste e agli strumenti di rilevazione, utilizzati per lo sviluppo del DSM-III, descrivevano esperienze intermedie rispetto alla definizione dei sintomi e in quanto tali non erano incasellabili nelle categorie diagnostiche, che spesso erano assegnate in modo arbitrario.

III al DSM-IV si è passati da 265 a 365) un incremento epidemiologico dei disturbi mentali⁷⁰, la loro medicalizzazione con il conseguente impiego di farmaci.

Si tratta di un fenomeno confessato dallo stesso Allen Frances che, in qualità di *chairman* della *task force* che ha elaborato il DSM-IV, rammenta di aver fatto «la dolorosa esperienza di come piccoli cambiamenti nella definizione dei disturbi mentali potessero produrre conseguenze tanto enormi quanto inattese, [contribuendo] a produrre tre false “epidemie”: il disturbo da deficit dell’attenzione e iperattività, l’autismo e il disturbo bipolare dell’infanzia. È evidente che abbiamo lanciato in modo troppo largo la nostra rete, catturando numerosi “pazienti” che non sarebbero mai dovuti entrare nel sistema della salute mentale»⁷¹.

È pur tuttavia vero che, come autorevolmente rilevato, verità, coerenza teorica, controllo delle conseguenze empiriche e affidabilità di un costrutto teorico sono elementi distinti e che anche le «teorie incoerenti possono tuttavia giocare un ruolo legittimo nella scienza», dato che un modello teorico può essere «incoerente, ma empiricamente di straordinario successo»⁷².

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 volere⁷³ e di imputabilità⁷⁴, alle

⁷⁰ Sul punto J.C. WAKEFIELD, *Patologizzare la normalità: l’incapacità della psichiatria di individuare i falsi positivi nelle diagnosi di disturbi mentali*, in *Psicoterapia e Scienze umane*, 2010, 3, 315-329; M. ANGELL, *L’epidemia di malattie mentali e le illusioni della psichiatria*, *ivi*, 2012, 2, 263-282.

⁷¹ A. FRANCES, *It’s Not Too Late to Save the “Normal”*, in *Los Angeles Times*, 1° marzo 2010; ID., *Il DSM nel paese della filosofia*, in *La diagnosi in psichiatria*, *cit.*, 109 ss. La condizione si è ulteriormente deteriorata a seguito della pubblicazione del DSM-V su cui F. NONINO, N. MAGRINI, *DSM-5: una diagnosi e un farmaco non si nega a nessuno*, in *Recenti pross. med.*, 2014, 105, 51-55; M. ARAGONA, *Epistemological reflections about the crisis of the DSM-5 and the revolutionary potential of the RDoC project*, in *Dial. Phil. Ment. Neuro Sci.*, 2014, 7, 11-20; per una critica radicale della patologizzazione del lutto A. KLEINMAN, *Culture, bereavement and psychiatry*, in *Lancet*, 2012, 379, 9816, 608-609.

⁷² M. FRISH, *Inconsistency, Asymmetry and Non-locality*, Oxford University Press, New York, 2005, 25-26.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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*, *ibidem*, 201 ss.

questioni connesse all'espressione del consenso alle terapie⁷⁵, 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.

La costruzione giuridica della scienza non può più limitarsi, infatti, come fino ad ora ci si era illusi, «a recepire, conformemente a una visione della scienza certa e neutrale, le proposizioni che la scienza porge», ma è necessario passare «a una condizione di reciproco scambio critico in cui il diritto, trovandosi a regolare una scienza incerta nei due significati precedentemente indicati, deve da un lato esprimere valutazioni sul sapere scientifico, dall'altro rendere ragione (anche) della scientificità delle proprie scelte»⁷⁶.

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 circolarità⁷⁷. Così come nella «tastiera di un pianoforte [ci sono] tasti neri e tasti bianchi, ci sono poi i pedali, e particolari devono essere i modi di toccare i tasti. Nel disturbo mentale ci sono i tasti biologici, quelli psicopatologici e quelli sociali. Se ci soffermiamo solo sugli uni o sugli altri avremmo qualcosa di monco, di approssimativo. Come se provassimo a suonare un pezzo di Mozart utilizzando unicamente i tasti bianchi o soltanto quelli neri o mettendo meccanicamente in sequenza le note. Ne verrebbe fuori una stonatura (...) Trovarsi davanti a un disturbo mentale e cercare di capirne le cause, le dinamiche, la dimensione

⁷⁵ 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.

⁷⁶ M.C. TALLACCHINI, *Biotecnologie e diritto della scienza incerta*, in *Notizie di Politeia*, 1999, 54, 100.

⁷⁷ 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.

soggettiva è come essere davanti ad uno strumento a tastiera»⁷⁸, è necessario conoscere lo spartito e saper toccare le diverse tonalità.

Incontrando persone con disturbo mentale, ci si accorge, infatti, che i solidissimi modelli esplicativi sopra richiamati fanno fatica a contenere la realtà, manifestando lo scollamento rispetto alla ruvidezza della vita concreta e singolare delle persone. Al contrario una nozione c.d. integrata di malattia mentale, secondo la quale il disturbo psichico andrebbe interpretato, spiegato e studiato alla luce di differenti ipotesi esplicative circa la sua origine, natura e influenza sul comportamento del soggetto che ne è affetto, è in grado di “farsi concava” rispetto alla persona che si affida al terapeuta in tutta la sua singolarità⁷⁹.

È dunque la complessità la cifra che connota i problemi legati alla salute mentale, laddove il disturbo mentale, quali che ne siano la natura, le cause, le forme e le origini, – nel mettere in scacco la ragione e i suoi principi, nello scandalizzare e spaventare il senso comune, nel porre in mora la volontà – richiama il senso profondo della libertà, quale responsabilità individuale e collettiva, che non è quindi riducibile ad una questione puramente medica⁸⁰.

2.7.1. Il modello scientifico e il ruolo del diritto

La salute mentale non è soltanto complessità, declinabile al plurale, il che da conto dei significati diversi e cumulabili che ad essa si accompagnano; essa è un campo di analisi,

⁷⁸ P. DELL'ACQUA, *Fuori come va ? Famiglie e persone con schizofrenia. Manuale per un uso ottimistico delle cure e dei servizi*³, Feltrinelli, Milano, 2010, 79.

⁷⁹ E. BORGNA, *Contraddizioni, e significati, di un'esperienza manicomiale*, in ID., *Nei luoghi perduti della follia*, cit., 412 secondo cui «la malattia mentale, ogni malattia mentale, non è mera evenienza biologica (a-storica e reificante); ma è, e resta, fenomeno umano e possibilità umana. Nell'insorgenza di una malattia mentale soccorrono certo ragioni sociogenetiche, psicogenetiche e (forse) costituzionali; ma il “destino” (e il senso) della malattia mentale sono legati anche, e in maniera decisiva, a situazioni umane. Sono, cioè, situazioni umane (una fallita educazione familiare, una fragilità caratterologica assediata, e calpestata, una condizione sociale non-libera e alienante, la perdita di valori a cui era ancorato il significato dell'esistenza) che possono far precipitare dentro l'esperienza psicotica, e la malattia mentale; ma sono – sempre – situazioni umane che “salvano” una condizione psicotica, o la condannano alla sua desolazione e alla sua pietrificazione».

⁸⁰ Così B. SARACENO, *Discorso globale, sofferenze locali. Analisi critica del Movimento di salute mentale globale*, cit., 181 per cui «occuparsi di salute mentale significa occuparsi di sofferenze che spesso includono anche condizioni di malattia formalmente definita, ma che, il più delle volte, si caratterizzano come condizioni di vulnerabilità fisica e mentale, di umiliazione, di povertà, di emarginazione sociale, di marginalità, di esclusione dall'accesso ai diritti fondamentali. E occuparsi di salute mentale significa occuparsi al tempo stesso di sofferenza e di malattia, di individui e di gruppi, di dimensioni psicologiche, fisiche e sociali, non solo di corpi, ma anche di emozioni e affetti, di beni e risorse, di opportunità e violazioni».

pratiche e vissuti ove i confini sono strutturalmente variabili e tali da non consentire di individuare un centro e una periferia, di differenziare la regola dall'eccezione⁸¹. Tuttavia il linguaggio del diritto non è meno complesso del suo referente nel campo psichiatrico, laddove il suo costituirsi in un sistema strutturalmente chiuso, ma cognitivamente aperto rispetto ai fatti sociali, consente al diritto di operare una sorta di "incorporazione" dell'eccedenza della vita, pur senza disperdere le differenti semantiche e le dimensioni apparentemente irriducibili che essa esprime.

Così in termini di stretta correlazione se è pur vero che «la disposizione legislativa (...) indirizza il fatto, [tuttavia] è il fatto che illumina di significato quella disposizione, commisurandolo alla realtà dei rapporti sociali che il diritto aspira a regolare»⁸².

Guardando alla regolamentazione giuridica e alla giurisprudenza, soprattutto penale, che ha interessato il settore della salute mentale, si può notare come il rapporto tra scienza psichiatrica e diritto sia talmente intrecciato da rendere difficile discernere quando si sia in presenza di situazioni di «regolazione giuridica della scienza», in cui il diritto ha svolto una funzione legittimante un sapere scientifico incerto, definendone i limiti di azione e l'influenza sul contesto amministrativo, dai casi in cui invece è la scienza a "dettare l'agenda", ad imporre direttamente o indirettamente, determinate soluzioni normative o giurisprudenziali, in cui – in sostanza – è «il diritto ad essere scientificamente regolato»⁸³. Questa interazione determina infatti un processo di «coproduzione del diritto»⁸⁴, nel quale la scienza – come complesso di dati e nozioni – non è un semplice presupposto o supporto tecnico all'esercizio della discrezionalità normativa ed interpretativa, ma si traduce in un criterio integrativo del parametro della ragionevolezza che si riversa sulla formazione del diritto e sui suoi limiti, definiti nell'equilibrio tra la dimensione scientifica e quella giuridica⁸⁵.

⁸¹ «Für die Rechtswissenschaft ist die Psyche weitgehend eine terra incognita, ihre Bedeutung kaum systematisch untersucht.» Così J.C. BUBLITZ, *Habeas mentem ? Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug und die Freiheit gefährlicher Gedanken*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, 8-9, 718.

⁸² M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 7 e 17 precisando inoltre che «la norma regolatrice non può fare a meno delle circostanze empiriche per poter essere conosciuta».

⁸³ A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., XIII.

⁸⁴ M.C. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI (a cura di), *Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, *Notizie di Politeia*, 2002, 126 ss.

⁸⁵ M. VOLPI, *Introduzione*, ID. (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Il Mulino, Bologna, 2001, 9 ss.

Peraltro l'influenza dell'innovazione scientifica e tecnologica sul diritto non è certo marginale, ma si esprime in modo massivo nel fenomeno di proliferazione di regole, nella rigenerazione di diritti classici come la *privacy* e nell'emersione di tutta una serie di "nuovi diritti" volti ad implementare il patrimonio di tutele di ciascuna persona: tale fenomeno non solo ha aperto all'intervento normativo aree vitali dalle quali prima era escluso, ma ha pure modificato le dinamiche interne al sistema giuridico.

Tuttavia, benché la scienza sia entrata in tanta parte delle scelte di *public policy*, la tematizzazione specifica dei problemi che essa pone dal punto di vista giuridico e politico, come pure l'elaborazione di garanzie specifiche, rappresentano problemi non ancora risolti e oggetto di una normazione strutturalmente sperimentale⁸⁶.

Tanto premesso, se il diritto, specie quando lambisce i temi eticamente sensibili, è «impresa finalizzata a risolvere i problemi»⁸⁷, appare necessario delinearne i limiti, segnando il confine tra discrezionalità politica, filtro giurisprudenziale e autonomia della scienza.

In quest'opera da agrimensore, ci possono essere di ausilio i principi direttivi dettati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, di fronte alle valutazioni di ordine scientifico assunte dal legislatore o sottoposte dai giudici *a quo*, ha assunto in prevalenza un atteggiamento di *self-restraint*⁸⁸, riservandosi il compito di intervenire nelle ipotesi in cui le valutazioni legislative operate su questioni scientifiche o i giudizi scientifici posti alla base di determinazioni normative si fossero rivelati irragionevoli, arbitrari o infondati, in quanto desueti.

Si deve sottolineare come la valutazione della Corte costituzionale in questo ambito si sia sostanziata in un'analisi per linee esterne, nella misura in cui la valutazione legislativa dei fatti o dei dati scientifici risulta protetta da «una sorta di presunzione

⁸⁶ A. CERRI, *Diritto-Scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, 368.

⁸⁷ J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in *Harvard Law Review*, 2005, 119, 129-147.

⁸⁸ R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 6; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, ibidem, 60 ss.; G. VACCARI, *Diritto, scienza e Costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, 109 secondo cui «la necessità di una corretta valutazione del dato scientifico, che sta alla base della materia da regolare, vieta al legislatore di intervenire ponendo limitazioni arbitrarie in settori, come ad esempio quello medico, nei quali entrano in gioco i diritti fondamentali; in caso contrario può ammettersi una censura del giudice di costituzionalità»; P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 3, 591 ss.

iuris tantum di adeguatezza»⁸⁹, superabile solo dimostrando l'inconsistenza di tali elementi; è bene dire, tuttavia, che sono stati rari i casi in cui la Corte ha ripercorso i dati fattuali, le premesse scientifiche, i presupposti tecnologici delle leggi sottoposte al suo giudizio e quando lo ha fatto si trattava di complessi normativi anacronistici, costruiti su presupposti tecnico-scientifici ormai superati.

Spesso, infatti, la Corte ha preferito richiamare, in modo più o meno esplicito, i dati della scienza come se fossero fatti notori, ritenendo probabilmente che questa categoria di elementi fattuali possa rappresentare un sintomo della evidenza dell'arbitrarietà, o meglio della certezza della illegittimità.

Così, ad esempio, nei giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto la disciplina relativa al monopolio radiotelevisivo, la valutazione dei presupposti tecnici della normativa ha assunto «quasi le caratteristiche di una questione preliminare, che la Corte si [è] trova[ta] a dover definire prima di poter procedere al giudizio nel merito, condotto sulla base di ragioni “di diritto” »⁹⁰.

Significative sono anche le sentenze intervenute sul delicato e controverso problema relativo all'incompatibilità con l'ambiente carcerario dei soggetti affetti da infezione da virus Hiv⁹¹. La Corte ebbe, in quell'occasione, a modificare il suo precedente orientamento⁹² che giustificava un regime profondamente derogatorio sulla base di un quadro di eccezionalità volto a tutelare prevalentemente la salute collettiva in ambito carcerario.

⁸⁹ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 543; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 331-332.

⁹⁰ G. VACCARI, *I fatti scientifici nella giurisprudenza costituzionale. Il caso del diritto alla salute*, Tesi di dottorato di ricerca in diritto costituzionale, Università di Ferrara, 2006/2008, 36-37.

⁹¹ Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 438; Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 439, in *Cass. pen.*, 1996, 2059. In dottrina A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative “penali”*, in *Giur. cost.*, 1995, 3460 ss.; V. GREVI, *Gravi condizioni di salute dell'imputato e custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 159 ss.

⁹² Così Corte cost., 15 luglio 1994, n. 308, in *Giur. cost.*, 1994, 2639 ss. secondo cui «il binomio “carcere-malati di Aids” [era] stato normativamente dissolto sulla base di “un presupposto di fatto non valutabile in astratto: vale a dire l'eccezionale situazione di pericolo per la salute pubblica nel contesto delle carceri dovuta a due fenomeni di ‘concentrazione’ fra loro interagenti, quali sono, da un lato, l'alto numero di detenuti all'interno degli istituti e, dall'altro, la massima presenza, fra questi, di soggetti a rischio, giustificandosi, così, una disciplina “che assume i connotati sostanziali di *ius singulare*”». In dottrina G. LATTANZI, *Sul trattamento delle persone con infezione da HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione*, in *Cass. pen.*, 1994, 2897 ss.; U. IZZO, *Aids e misure di sicurezza: i giudici, il legislatore, le leggi dimenticate (e quelle da rifare)*, in *Foro it.*, 1995, I, 32 ss. Vedi Corte cost. 17 marzo 1995, n. 90, in *Giur. cost.*, 1995, 780 ss.

Il ragionamento della Corte si sviluppa in vista della decostruzione del presupposto fattuale ed epidemiologico che giustificava l'applicazione di un rigido meccanismo presuntivo volto a consentire la sospensione della pena per i malati di Aids conclamato e per i soggetti che presentassero una grave deficienza immunitaria secondo i parametri stabiliti in apposito decreto ministeriale. Tale meccanismo delimitava, tra coloro che erano affetti da infezioni da Hiv, una particolare categoria di persone rispetto alle quali l'incompatibilità con lo stato di detenzione risultava presunta *ex lege*.

Il dispositivo procedurale, adottando un modulo strutturato in termini di rigoroso automatismo, non lasciava alcuno spazio alla possibilità di verificare in concreto la compatibilità delle condizioni di salute del condannato con l'esecuzione della pena.

La Corte costituzionale sottolinea come, accanto alla salute collettiva, la disposizione impugnata abbia evidentemente inteso tutelare anche la salute del singolo condannato, rinvenendo in quest'ultima la *ratio* negletta del dispositivo, desunta dai lavori preparatori, oltre che dalle considerazioni espresse in sede scientifica relativamente alla pericolosità del carcere per la salute del malato⁹³.

Ed è appunto sotto tale profilo che la disciplina viene messa in discussione anche sul piano della validità delle premesse scientifiche da cui muove⁹⁴, per arguirne l'irragionevolezza della creazione di un'astratta categoria di "penalmente immuni", senza che a ciò neppure corrisponda una verifica in concreto circa l'effettiva rispondenza di un siffatto regime alle reali esigenze della salute, individuale e collettiva, che pur dovrebbero costituirne il nucleo portante.

⁹³ Corte cost., 18 ottobre 1995, n. 438, *cit.* «D'altra parte, che la tutela della salute dei malati di Aids in sede carceraria fosse sicuramente uno fra i principali obiettivi perseguiti dal legislatore, si ricava con certezza non soltanto dai lavori parlamentari svoltisi per la conversione in legge del decreto-legge n. 139 del 1993, ma anche da talune autorevoli valutazioni espresse in sede scientifica che, recepite dalla stessa amministrazione penitenziaria, non hanno certo mancato di ispirare le reiterate iniziative legislative del Governo e le scelte finali del Parlamento. Sin dal marzo del 1989, infatti, la Commissione nazionale per la lotta all'Aids, istituita presso il Ministero della sanità, aveva formulato un giudizio – ribadito, poi, nella seduta del 7 giugno 1990 – di assoluta incompatibilità dei soggetti affetti da Aids conclamata con il regime carcerario, osservando come detto regime comporti “per il malato di Aids, il rischio di una riduzione del tempo di sopravvivenza, e per gli operatori che vivono e lavorano con lui e per i detenuti, rischi di contagio delle patologie ad alta trasmissibilità”».

⁹⁴ Seri dubbi sulla possibilità di un effettivo e rapido contagio dell'Aids nelle strutture carcerarie sono espressi da L. GIULIANI, *La custodia cautelare degli imputati affetti da infezione da HIV tra il divieto previsto dall'art. 286-bis c.p.p. e le più recenti prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1994, 3071 ss., in riferimento alle conclusioni cui, sul problema, pervengono numerosi studiosi, tra cui A. VELLUCCI, G. STARNINI, S. FARINELLI, V. DE DONATIS, *L'infezione da HIV e il regime carcerario*, *ivi*, 1994, 2899. Ancora L.P. COMOGGIO, *Contact tracing e partner notification nel quadro delle strategie anti-Aids*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 88 s.; A. NICOLOSI, *Epidemiologia dell'AIDS e della infezione da Hiv: incidenze, fattori di rischio, trasmissione*, Cnr, Roma, 1989; R. CATANESI, I. GRATAGLIANO, P. ROSSI, *Medicina penitenziaria e Aids: una indagine sperimentale*, in *Rass. it. crim.*, 1993, 513 ss.

Peraltro una tutela così concepita dei soggetti affetti da sindrome da virus Hiv rappresentava l'espressione di quel clima sociale allarmistico alla luce del quale veniva percepita a livello sociale la diffusione dell'Aids, tale da ingenerare timori intorno a un'emergenza epidemiologica non del tutto dominata dalla scienza medica⁹⁵.

Nel caso di specie, dunque, la Corte ha inciso su una fattispecie troppo rigida, contrastante con i dati medico-statistici relativi alla variabilità della casistica delle condizioni di salute dei malati di Aids, riplasmando il dispositivo in modo da renderlo flessibile e quindi ragionevole, consentendo al giudice di formulare la regola del caso concreto sulla base di valutazioni medico-scientifiche conformate ad esso.

Il sindacato operato dalla Corte costituzionale, pur caratterizzandosi per un atteggiamento di *deferential review*⁹⁶ riguardo scelte tecniche complesse e opinabili, si è progressivamente ampliato in termini orizzontali – nel delimitare il campo della discrezionalità politica da quello della discrezionalità scientifica – e in termini verticali – nella considerazione dell'affidabilità del dato scientifico, argomentata sulla base del consenso prevalente nella comunità di riferimento o dell'*auctoritas* dell'organo tecnico verificatore⁹⁷.

Così in una prima fase, la Corte, pur preso atto dell'assenza di una base scientifica certa della disciplina legislativa, non è pervenuta ad una dichiarazione di incostituzionalità negando la propria competenza a sindacare la legittimità di leggi contrastanti «con sicuri riferimenti scientifici», nella misura in cui per pervenire ad una declaratoria di illegittimità «occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erranei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice»⁹⁸. Nel caso di specie si era trattato di decidere in merito ad una questione di legittimità costituzionale degli artt. 94 e 95 c.p., in relazione agli artt. 3 e 111 Cost., che metteva in dubbio il fondamento empirico della distinzione operata dal codice, ai fini

⁹⁵ G. COSSO, *La «libertà per Aids» tra illusioni, sfasature ed equivoci*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1029 ss.

⁹⁶ Sul punto A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma, 1994, 7 ss. specie 21; J. LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Utet, Torino, 1997, 344 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 222 ss.

⁹⁷ G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002, 444 ss. secondo cui «l'esame della giurisprudenza sul fatto scientifico mette in evidenza come, in taluni casi, la Corte consideri alla stregua di un vero e proprio «fatto notorio» determinate acquisizioni della scienza».

⁹⁸ In questi termini Corte cost., 16 aprile 1998, n. 114, in *Giust. civ.*, 1998, I, 316.; anche Corte Cost., 26 febbraio 1964, n. 21, in *Giur. cost.*, 1964, 184 ss. sul divieto di lavoro notturno dei fornai.

dell'imputabilità, fra intossicazione acuta e intossicazione cronica da sostanze stupefacenti. Si trattava, come è stato notato⁹⁹, di una «questione *sui generis*, in cui il contrasto da comporre non è, in ultima analisi, tra norme ma è tra le valutazioni proposte dal diritto e quelle proposte in sede scientifica». La Corte ha dunque motivato il rigetto sulla base di un'operazione ermeneutica, relativa al concetto di intossicazione cronica, mostrato la compatibilità dell'interpretazione ritenuta corretta con lo stato del sapere scientifico, pur suscettibile di verifica¹⁰⁰.

Il giudice costituzionale non ritiene rientri nelle sue funzioni effettuare valutazioni di scientificità, limitandosi a sindacare la sussistenza o meno di un minimo di ragionevolezza dei riferimenti scientifici o tecnici posti alla base della normativa impugnata. Ne è, in tal senso, esempio emblematico la sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità del reato di plagio¹⁰¹, pronuncia in cui, oltre ad affermare il principio di determinatezza¹⁰² della fattispecie penale quale sviluppo logicamente implicito del principio di legalità, i giudici operano una verifica epistemologica – circa possibilità di accertamento probatorio del fatto – e, al contempo, ontologica – riguardo la possibilità di esistenza dello stesso. In un sistema governato dal principio di legalità è infatti inibita la persistenza di norme che «esprimano situazioni o comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili». In questi termini, la sentenza n. 96 del 1981 esprime un principio cardine da cui discende che la legittimità del precetto legale dipende (anche) dalla sua capacità di cogliere – e di descrivere in

⁹⁹ L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, 975 ss.; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 48-49.

¹⁰⁰ D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 1010. Diversamente L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, cit., 980 secondo cui la Corte farebbe «trasparire una concezione della scienza come *ancilla juris*, essendo la giurisprudenza che dice la parola decisiva sul caso sottoponendo al suo sapere il sapere scientifico di cui pure si serve».

¹⁰¹ Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96, in *Giur. cost.*, 1981, 806, con nota di P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*. Sul reato in questione G.M. FLICK, *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Giuffrè, Milano, 1972, 7 ss.; G. ZUCCALÀ, *Il plagio nel sistema italiano di tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 357 ss.; F. COPPI, *Plagio*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 932 ss.; T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Aracne, Roma, 2013, 75 ss.

¹⁰² Tale principio richiede che la descrizione legale trovi corrispondenza nella realtà, e che la corrispondenza tra fatto concreto e fattispecie astratta possa perciò essere oggetto di verifica secondo criteri controllabili.

modo intellegibile – fatti del mondo reale, accessibili alla conoscenza razionale e alla verifica empirica¹⁰³.

La conclusione che ne trae la Corte è puntuale nel sottolineare come «non si conosc[a]no né s[ia]no accertabili i modi con i quali si può effettuare l'azione psichica del plagio né come [sia] raggiungibile il totale stato di soggezione che qualifica questo reato, né se per l'esistenza di questo sia necessaria l'attività dell'azione plagiante non è dato conoscere se l'effetto dell'azione plagiante sia permanente o duraturo o se può venir meno in qualunque momento per volontà del plagiante o anche perché non persiste l'attività di questo o per altre cause».

Tale accertamento di insanabile indeterminatezza viene ricostruito sulla base delle risultanze della scienza medica che «ha accuratamente indagato intorno alla formazione e al meccanismo della persuasione, della suggestione e della soggezione psichica». Il fenomeno del plagio si pone del resto ai confini tra diritto e morale, con il rischio che il diritto penale si ponga lungo uno *slippery slope* tra *panopticon* e arbitrio¹⁰⁴, risolvendosi in una forma di potere che pervade e governa le relazioni dall'interno, entrando nel merito delle scelte comportamentali, forme di vita, valori etici ed esistenziali, privilegiandone *sic et simpliciter* alcuni, assunti a paradigma di “normalità”, “sanità”, “razionalità”¹⁰⁵. Il paradigma scientifico si converte in strumento servente alla funzione di garanzia dei diritti incarnata dalla Corte, laddove consente di dedurre che «la formulazione letterale dell'art. 603 c.p. prevede un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato (...), giustamente paragonata a una mina vagante nell'ordinamento, potendo essere applicata a qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da un altro essere umano e mancando qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità»¹⁰⁶.

¹⁰³ F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, II, Giuffrè, Milano, 1950, 19.

¹⁰⁴ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1976, 219 ss. Così per Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96, *cit.* «L'accertamento se l'attività psichica possa essere qualificata come persuasione o suggestione con gli eventuali effetti giuridici a questa connessi, nel caso del plagio non potrà che essere del tutto incerto e affidato all'*arbitrio del giudice*. Infatti in applicazione dell'art. 603 qualunque normale rapporto sia amoroso, sia di professione religiosa, sia di partecipazione a movimenti ideologici, sia di altra natura, se sorretto da un'aderenza “cieca e totale” di un soggetto ad un altro soggetto e sia considerato socialmente deviante, potrebbe essere perseguito penalmente come plagio».

¹⁰⁵ G. PESTELLI, *Diritto penale e manipolazione mentale: tra vecchi problemi e prospettive de jure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 3, 1274 ss.

¹⁰⁶ Vi è peraltro da sottolineare come, secondo autorevole dottrina, il non aver compiuto un'approfondita analisi scientifica circa la possibilità che alcuni individui subiscano o possano subire condizionamenti psichici plagiari costituirebbe il più grave limite della sentenza di incostituzionalità del plagio. La Corte costituzionale avrebbe infatti «ragionato sulla base di impressioni, di idee, non suffragate da adeguate

Si deve rilevare, riprendendo quanto accennato in apertura del paragrafo, che la Corte in svariati casi ha espressamente evitato di valutare il fatto scientifico posto alla base della norma impugnata, utilizzando quale appiglio l'impossibilità di ingerirsi negli spazi che sono propri della discrezionalità legislativa e, a tal fine, ha elevato a criterio filtro la incontrovertibile erroneità o indeterminatezza dei dati stessi. In questi termini il sindacato della Corte si profila come «l'*extrema ratio* per adeguare il sistema giuridico, questa volta non al dettato della Costituzione, bensì ai dati scientifici, o per meglio dire, sempre al dato costituzionale quale risulta, però, dalle acquisizioni della scienza»¹⁰⁷.

In linea con questo orientamento appare la sentenza sul "caso Di Bella"¹⁰⁸ in cui la Corte pone una serie di premesse allo sviluppo delle sue argomentazioni, rilevando di non essere «chiamata a pronunciarsi, in alcun modo, circa gli effetti e l'efficacia terapeutica di detto trattamento (...). Non è chiamata, nè potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici. E neppure è chiamata a pronunciarsi sul divieto, in sè, che vengano inseriti nell'elenco dei "farmaci innovativi" (...), medicinali privi, allo stato, di risultati di studi clinici di fase seconda». La Corte dunque "mette tra parentesi" i problemi connessi all'evidente fragilità scientifica della normativa sottoposta al suo esame, per ricondurre la questione entro i più saldi confini del giudizio inerente il rispetto del principio di eguaglianza, in riferimento al diritto alla salute¹⁰⁹.

cognizioni di causa: ha superficialmente e unicamente affermato che la suggestione non può produrre un totale stato di soggezione, ma, oltre a non dimostrare l'assunto, non ha vagliato se modalità differenti siano idonee a produrre un simile stato». Così A. USAI, *Profili penali dei condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei nuovi movimenti religiosi*, Giuffrè, Milano, 1996, 95; ID., *L'evoluzione del reato di plagio nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giust. pen.*, 1993, II, 723; in questi termini anche M. RONCO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 5; F. COPPI, *Plagio*, in *Enc. dir.*, cit., 943.

¹⁰⁷ G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, cit., 442-443.

¹⁰⁸ Corte cost., 29 maggio 1998, n. 185, in *Foro it.*, 1998, I, 1713; Corte cost., 2 aprile 1999, n. 121, in *Giur. cost.*, 1999, 1029. In dottrina A. ANZON, *Modelli ed effetti della sentenza costituzionale sul "caso Di Bella"*, in *Giur. cost.*, 1998, 1528 ss.; E. CASTORINA, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute. La sperimentazione "terapeutica" di farmaci ed il "rispetto della persona umana"*, ivi, 2535; C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitrattamento Di Bella"*, in *Giur. it.*, 1999, 160 ss.; T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giur. cost.*, 1998, 2798 ss.; B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, cit., 45 ss.

¹⁰⁹ La Corte si limita a contestare la legittimità dell'esclusione dalla sperimentazione gratuita dei pazienti che si trovano anch'essi di fronte a «esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte

Se ne può dedurre che la scienza appare sovrana riguardo la credibilità e affidabilità del fatto scientifico, rispetto al quale il legislatore, così come, in seconda battuta, il giudice non possono ingerirsi trovando un limite strutturale nelle forme della regolazione giuridica della scienza. In questi termini, i ruoli sono definiti e le competenze ripartite: «il legislatore deve fondare su dati che provengono dal mondo scientifico le prognosi relative ai possibili effetti negativi di determinate sperimentazioni e verificare sulla base di essi la necessità di intervenire con norme restrittive e l'efficacia delle misure predisposte. Sono i dati forniti dalla scienza e l'opinione prevalente della comunità scientifica a costituire il tracciato entro il quale il legislatore deve muoversi»¹¹⁰.

Nel solco tracciato dalla precedente giurisprudenza si inserisce anche la sentenza n. 282 del 2002¹¹¹ che detta le *guidelines* del rapporto tra scienza e potere legislativo. Appare interessante notare come l'oggetto del giudizio fosse costituito dalla legge regionale delle Marche che aveva inteso sospendere, a titolo precauzionale, la terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia, alla luce non solo della dubbia efficacia di tali pratiche, ma anche dell'elevata pericolosità per i danni potenzialmente cagionabili a carico dei pazienti¹¹². Il legislatore regionale, in attesa di indicazioni ministeriali sui trattamenti in questione,

alternative», ragionando sulla base del principio di eguaglianza, che vieta l'indebita discriminazione tra pazienti nel concreto godimento di un «diritto fondamentale», «considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute». Il fatto legislativo dunque non poteva non conformarsi al fatto sociale della speranza, delle aspettative di cura che in quel determinato periodo storico avevano alimentato un movimento sociale e politico intorno alla libertà di cura.

¹¹⁰ Così R. BIN, *La libertà di ricerca scientifica in campo genetico*, in R. BIN, S. LORENZON, N. LUCCHI (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights. Atti della Conferenza di Ferrara, 21-21 gennaio 2011*, Springer, Milano, 2012, 135 ss.

¹¹¹ Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2012. In dottrina D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, ivi, 2034; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti del potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 6, 1450 ss.; E. CAVASINO, *La Corte costituzionale ed i «principi generali che regolano l'attività terapeutica»*, in *Quad. cost.*, 2003, 1, 153. Successivamente, a precisare i termini della pronuncia del 2002, Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *Giur. cost.*, 2003, 6 su cui F. PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*, ivi, 2004, 4, 2978 ss.

¹¹² Si tratta di pratiche che sono state oggetto di ampio dibattito nella comunità scientifica e nell'opinione pubblica. Recentemente sul punto COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere sull'eticità della terapia elettroconvulsivante*, 22 settembre 1995, Presidenza del Consiglio, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, Roma, 1995; B. DELL'OSSO, A.C. ALTAMURA, *Tecniche di brain stimulation disturba psichiatrici resistenti: indicazioni e prospettive*, in *Riv. psichiatria*, 2006, 41, 5, 289 ss.; V. ABBATI, D. BROGLIA et al., *La terapia elettroconvulsiva: revisione critica del suo utilizzo in Italia*, in *Boll. soc. med. chir. Pavia*, 2010, 4, 123, 725 ss.

aveva pertanto ritenuto opportuno porre un vincolo agli operatori sanitari in ordine alla scelta dei mezzi terapeutici da utilizzare con i pazienti psichici.

Tralasciando in questa sede i profili attinenti al riparto di competenze tra Stato e Regioni, oltre alle conseguenti esigenze unitarie sottese alla specifica disciplina¹¹³, si può notare come il giudice costituzionale abbia contestato al legislatore regionale l'adozione di misure limitative delle scelte terapeutiche non precedute dalle necessarie determinazioni dei competenti organi tecnici incardinati presso le istituzioni statali.

Il ragionamento sviluppato dalla Corte è complesso e si sviluppa a partire dal riconoscimento del ruolo della pratica medica che 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»¹¹⁴. Il confine e la tutela di questi diritti è assicurato dal presidio rappresentato dagli strumenti di tutela, civile e penale, predisposti dall'ordinamento, nonché dalle regole di deontologia professionale e dagli organi preposti alla loro vigilanza. Se dunque «la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»¹¹⁵, allora sono le linee guida – quale forma di sintesi critica delle conoscenze scientifiche disponibili¹¹⁶ – e non le astratte previsioni normative, a fornire allo specialista gli strumenti cognitivi appropriati nella individuazione del percorso terapeutico più efficace e, nel contempo, più rispettoso dei diritti del paziente.

Ponendo un interdetto, sia pure provvisorio, all'uso della ricordate predette pratiche sanitarie, il legislatore regionale ha oltrepassato il confine che delimita lo spazio rimesso alle determinazioni politiche¹¹⁷ e l'ambito dominato dalle regole scientifiche e

¹¹³ T. GROPPI, *La garanzia dei diritti tra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in www.federalismi.it; in relazione alla pronuncia D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, cit., 2036; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti del potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, cit., 1453-1454.

¹¹⁴ Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, cit.

¹¹⁵ Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, cit.

¹¹⁶ Nella definizione elaborata da Sackett, la medicina basata sulle prove «is the conscientious, explicit, and judicious use of current best evidence in making decisions about the care of individual patients», D.L. SACKETT et al., *Evidence-based Medicine: what it is and what it isn't*, in *British Medical Journal*, 1999, 312, 71-72.

¹¹⁷ Al legislatore comunque la Corte concede di dettare regole dirette a prescrivere procedure tutelate volte a garantire l'impiego di strumenti terapeutici “a rischio”.

deontologiche della professione medica. Di conseguenza «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico-scientifici (...) o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»¹¹⁸.

Al legislatore viene dunque contestato un vizio di eccesso di potere, stante la mancanza di congruità delle previsioni normative rispetto alle finalità perseguite, e al contempo, un difetto di istruttoria per la mancata acquisizione degli indispensabili elementi conoscitivi in ordine ai trattamenti terapeutici oggetto di interdizione temporanea¹¹⁹.

Tale censura si è tradotta nell'affermazione di obbligo positivo per il legislatore, volto alla preliminare acquisizione di attendibili e puntuali elementi di conoscenza sulle reali caratteristiche dei dati scientifici oggetto della disciplina normativa. Sicchè «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»¹²⁰.

Nella successiva sentenza n. 338 del 2003¹²¹ con cui è stata dichiarata l'illegittimità delle leggi della regione Piemonte e Toscana volte a vietare o limitare l'uso della terapia elettroconvulsivante e delle pratiche psico-chirurgiche, la Corte, dopo aver ripreso le considerazioni e i principi espressi nel precedente del 2002, precisa che le scelte

¹¹⁸ Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, *cit.*

¹¹⁹ Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002, 5, 685 ss., specie 695 ss.

¹²⁰ Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, *cit.* Come nota A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, *cit.*, 23 ss. «quello che il legislatore non può fare è prescindere dal dato scientifico, decidere in modo autoreferenziale, sovrapporre al ragionamento scientifico la propria discrezionalità politica pura. È un vincolo modale più che un automatico trasferimento di contenuti dall'ambito tecnico-scientifico a quello politico-amministrativo; e l'intensità di questo vincolo (e correlativamente la possibilità di valutazioni orientate ad altri principi) è certamente condizionata ed influenzata dal livello di stabilità o, al contrario, di incertezza del presupposto scientifico».

¹²¹ Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, *cit.* in cui opportunamente si rileva che «la valutazione di illegittimità di norme regionali tendenti a vincolare le scelte terapeutiche non equivale in alcun modo al riconoscimento della liceità di pratiche (quali, in ipotesi, gli interventi di c.d. psicoturgia di cui è parola nelle leggi impugnate) delle quali possa essere messa in discussione la natura stessa di terapie piuttosto che di interventi soltanto lesivi dell'integrità dei pazienti».

legislative in materia – la cui adozione ricade in linea di principio nell’ambito dell’autonomia e della responsabilità dei medici, tenuti ad operare col consenso informato del paziente e basandosi sullo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche a disposizione – non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica.

In questi termini la Corte ripropone lo schema dell’analisi per linee esterne che, evitando di vagliare la fondatezza del dato scientifico sotteso alla norma, prospetta un’*actio finium regundorum* che delinea una sorta di “riserva” di valutazione tecnico-scientifica¹²² impedendo al legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità politica, di intervenire nelle scelte terapeutiche, se non sulla base di consolidate indicazioni fornite da organi tecnico-scientifici¹²³.

La più recente giurisprudenza, in particolare quella che ha sindacato la legge n. 40/2004¹²⁴, ha dato “scacco al re”, descrivendo, attraverso l’uso della ragionevolezza ed un accorto bilanciamento tra i beni costituzionali in gioco, linee di apertura del sistema giuridico, pronte a recepire le istanze poste dalla continua evoluzione della scienza e della tecnica.

In particolare, la Corte ha ulteriormente chiarito il ruolo del dato scientifico nel bilanciamento operato dal legislatore: per cui, preso atto della natura non assoluta della protezione garantita all’embrione, in quanto di per sé limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione, il giudice costituzionale ha reso performative le regole enunciate in materia (autonomia del sanitario e consenso informato), stabilendo che «l’esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelar[e] il diritto alla salute] va accertat[a] alla luce delle valutazioni riservate

¹²² Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, cit., 695 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti del potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, cit., 1455-1456 che parla di un tentativo di individuare un’area propria dell’attività legislativa, al di fuori della quale il legislatore sarebbe, almeno in prima battuta, tenuto a non intervenire, salvo che su impulso di organi tecnici di provata esperienza e certa imparzialità.

¹²³ Ciò determinerebbe una «finalizzazione necessaria della funzione legislativa a quella scientifica», il che trasformerebbe un limite esterno alla discrezionalità del legislatore in un vincolo di contenuto. Cfr. B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, cit., 225; in termini più riduttivi sugli effetti della sentenza A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio “Gianfranco Mor” sul diritto regionale*, cit., 51 ss., specie 58-63.

¹²⁴ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit.; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit. su cui rinvio per ulteriori riferimenti al §. 2.5. della sez. I del presente capitolo.

alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango»¹²⁵. In tal modo si è venuta consolidando quella “riserva” a favore dell’esame da parte della scienza medica delle pratiche terapeutiche, le quali possono essere oggetto di valutazione da parte del legislatore non tanto nel merito della loro adeguatezza medico-scientifica, quanto in relazione alla loro compatibilità con interessi di pari rango, dovendo comunque fondarsi tale verifica sullo «stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»¹²⁶.

Si può sintetizzare il senso di questo percorso giurisprudenziale con le parole di Roberto Bin secondo cui «nei fatti della scienza il legislatore non può ingerirsi, ma di essi deve necessariamente tenere conto»¹²⁷. Il mondo del diritto è essenzialmente un consumatore del sapere scientifico¹²⁸ e, pertanto, non può divenirne al contempo un produttore, dovendo rispettare l’autonomia della scienza. Tuttavia ciò non significa che il diritto sia condannato a subire una sorta di colonizzazione da parte del sapere scientifico, nella misura in cui se «la conservazione della Costituzione come “sistema di valori” dipende fortemente dalla “conciliabilità” di questi ultimi con il livello delle moderne conquiste scientifiche»¹²⁹, al contempo queste ultime vengono assunte «ad elemento decisivo del giudizio di costituzionalità, solo quando sia[no] coerent[i] con il patrimonio assiologico costituzionale»¹³⁰.

Concludendo sul punto, si può desumere dalla giurisprudenza costituzionale come la scienza – anche se incerta – possa assumere una funzione integrativa del parametro atto a verificare la ragionevolezza, o meno, dei bilanciamenti legislativi che abbiano lo scopo di tutelare un diritto fondamentale, quale quello alla salute, limitando altre libertà

¹²⁵ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, *cit.*

¹²⁶ Centrale diviene allora la definizione di un’adeguata motivazione e di un’argomentazione razionale che supporti i dati scientifici posti a fondamento della normativa, così come della decisione giudiziale; ciò in quanto, ogniquale volta il riferimento ai dati scientifici o tecnici si fa incerto, il giudice è costretto a ricorrere a giudizi di valore. Sul tema F. CERRONE, *Annotazioni sul diritto alla salute tra bioetica, processo e ragionamento giuridico*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Esi, Napoli, 2012, 1187 ss., specie 1199 ss.; anche G. REPETTO, “*Non di sola CEDU...*”. *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 131 ss.

¹²⁷ R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, *cit.*, 9.

¹²⁸ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, *cit.*, 456.

¹²⁹ A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, 132.

¹³⁰ G. D’AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (Materiali giurisprudenziali)*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, *cit.*, 264

costituzionali. Peraltro, là dove la scienza «non risulti compatta, ma presenti una varietà di tesi o previsioni», come nel caso della valutazione del disturbo psichico, «il diritto, chiamato a risolvere in via normativa una questione ad esito incerto», dovrebbe sciogliere «prescrittivamente un “nodo” non districato del sapere descrittivo»¹³¹.

Sicché qualsiasi opzione normativa a favore di una definizione o previsione scientifica a scapito di altre richiede l'indicazione dei criteri che il diritto adotta per decidere tale assunzione in base alle migliori procedure scientifiche¹³², il che a fronte della persistente incertezza, porta, inevitabilmente, a riconoscere una possibile applicazione – anche solo indiretta o implicita¹³³ – del principio di precauzione¹³⁴ nella legislazione e nei conseguenti giudizi di legittimità.

In ultima analisi, di fronte ad orientamenti scientifici contrastanti che legittimano nel caso concreto pareri contraddittori, sia il legislatore che il giudice saranno tenuti a vagliare con attenzione l'attendibilità ed affidabilità delle teorie e dati scientifici utilizzati, assumendo dunque un ruolo di garanti della scientificità dei dati su cui basa la sua decisione normativa o giudiziale¹³⁵.

2.8. Salute mentale e legislazione: dal paradigma custodiale a quello della presa in carico (1904-1978)

Delineati i percorsi complessi del rapporto tra scienza (incerta) e diritto, si può affrontare il tema dell'evoluzione della legislazione in materia psichiatrica riguardata sotto il profilo del cambio di paradigma nell'approccio alla salute mentale e nella

¹³¹ M. TALLACCHINI, *Biotecnologie e diritto della scienza incerta*, cit., 98.

¹³² M. TALLACCHINI, *Biotecnologie e diritto della scienza incerta*, cit., 98 che nota «poiché è il diritto che determina le condizioni di accreditamento della scienza, quando esso sceglie tra rappresentazioni diverse dei fenomeni scientifici diventa cruciale stabilire con quali criteri ciò avvenga, non essendo sufficiente un non ben definito appello al parere degli esperti».

¹³³ Si veda G. PARODI, *Tecnica ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Giappichelli, Torino 1990, 112-115, che distingue tra sindacato intrinseco in senso debole, esercitabile alla stregua di conoscenze specialistiche che conducano a risultati tendenzialmente univoci, sorretti da un consenso generale degli esperti, e sindacato intrinseco in senso forte, concernente, invece, questioni tecniche controverse, cioè quando vi è un conflitto tra massime di esperienza.

¹³⁴ S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Giappichelli, Torino 2003, 164, i quali richiamano la sentenza n. 185 del 1998 in relazione al principio di precauzione poiché in essa si afferma chiaramente che «la situazione di incertezza scientifica non è sufficiente di per sé ad escludere l'adozione di provvedimenti di contenuto positivo o negativo preordinati alla tutela della salute umana».

¹³⁵ Sul punto si rinvia per ulteriori approfondimenti alle questioni relative alla valutazione della pericolosità presunta, nel contesto normativo, e dell'imputabilità, a livello giudiziale, che saranno sviluppate nel capitolo III.

considerazione delle persone portatrici di un disturbo mentale, viste, queste ultime, quali soggetti di diritti e come oggetto di un problema sociale e sanitario.

Da qui il titolo di questa sezione del presente studio, «Non ho l'arma che uccide il leone», che riprende quello di un volume pubblicato alla fine degli anni settanta, scritto dallo psichiatra Peppe Dall'Acqua, che descrive con vivacità i suoi sette anni di esperienza triestina a fianco di Basaglia¹³⁶.

Ebbene quel titolo evocativo può essere letto, ai nostri fini, a diversi livelli semantici: esso, in primo luogo, rappresenta metaforicamente la svolta, prima scientifica e sociale poi giuridica, che ha inteso superare la visione custodialistica e repressiva – improntata all'ordine pubblico e al canone della pericolosità – che connotava l'approccio al tema della salute mentale e la stessa condizione delle persone malate, per aprirsi ad un sistema di servizi di comunità, volto a restituire soggettività ed autonomia nel contesto di una “presa in carico” globale della persona.

Ad un secondo livello di lettura se ne possono considerare le parole, reinterprestandone il senso; sicchè si può asserire che non vi è più l'arma – ovvero il manicomio come istituzione totale e i trattamenti degradanti come strumenti terapeutici – perché è scomparso anche il leone, ovvero la contraddizione della follia¹³⁷, l'esperienza abnorme da essa rappresentata nel tessuto sociale, che, con il processo di de-istituzionalizzazione e l'approccio comunitario relazionale, è stata portata alla visibilità sociale e restituita – anche attraverso la legge – allo spazio pubblico, campo di tensioni legittimo e regolato, luogo di riflessività ove si costruisce un discorso, anche giuridico, che, proponendosi come strumento di disciplinamento del pensiero possibilista, delinea uno spazio di composizione della contraddizione.

¹³⁶ P. DELL'ACQUA, *Non ho l'arma che uccide il leone*, Stampa Alternativa, Roma, 2007.

¹³⁷ È bene chiarire che non si ritiene di aderire a posizioni ideologiche volte a negare l'esistenza della stessa malattia mentale (cfr. T. SZASZ, *Il mito della malattia mentale*, Spirali, Milano, 2003), ma di dare conto dell'evoluzione del concetto di disturbo mentale e della sua percezione a livello sociale, in quanto «malattia della relazione [cioè] incapacità di instaurare collegamenti con il mondo e con gli altri [a causa] della malattia del linguaggio», ovvero dal fatto che «nella follia la condizione fondamentale è il disaccordo e l'incapacità di usufruire di simboli condivisi» (S. NATOLI, *Stare al mondo*, Feltrinelli, Milano, 2008, 89). Sul punto, al netto degli accenti parimenti ideologici rispetto a quelli dell'anti-psichiatria che è oggetto di critica, si vedano le riflessioni di A. SEGATORI, *Oltre l'utopia basagliana. Per un nuovo paradigma della psichiatria*, Mimesis, Udine, 65 ss.

Così si è voluto negare l'istituzione¹³⁸ che sublimava tutta la forza della contraddizione, poiché attraverso di essa si veniva a replicare la rappresentazione di quell'insieme di apparati scientifici, legislativi, amministrativi, i desueti codici culturali e i consolidati rapporti asimmetrici di potere strutturati attorno ad un preciso oggetto per il quale era stata creata: ovvero la malattia, quale sintomo di pericolosità.

Tuttavia «ogni negazione è possibile, nella pratica, se insieme si costruisce altro: nel rovesciamento asilare se, insieme, si cercano altri modi, altri strumenti, altri progetti di vita che, partendo da una realtà chiusa e totalizzante (...) siano capaci di produrre una tutela che non si appropri del tutelato, ma che parta dal riconoscimento o dalla conquista di diritti perduti o mai avuti»¹³⁹.

È entro questo orizzonte che si situa anche il processo in atto di piena costituzionalizzazione dei vissuti delle persone attraverso l'affermazione dei diritti e la considerazione dei bisogni, processo che si può intendere correttamente solo se si “prende sul serio” non solo la logica funzionale dei diritti, ma anche le molteplici forme di disuguaglianza e di vulnerabilità ad essa connesse, le necessità esistenziali delle persone e le modalità in cui i diritti vengono agiti, ovvero l'idea stessa di sviluppo umano¹⁴⁰.

2.8.1. La legge Giolitti: il paradigma asilare

La legge 180/1978 è il frutto di una rivoluzione “copernicana”, che, nel porre la persona – e non più la malattia – al centro dell'universo della sofferenza psichica, ne ha fatto il luogo di riflessione della psichiatria, di attenzione ed azione dei servizi e infine di discussione nel contesto sociale.

¹³⁸ Riprendendo il libro-manifesto F. BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negata*, cit.. Istituzione negata che, per proseguire la metafora, è la gabbia materiale, sociale e giuridica che teneva richiuso il leone, ovvero il paziente psichiatrico, oggettivato, ridotto alla sua malattia.

¹³⁹ F. ONGARO BASAGLIA, *Nota introduttiva alla nuova edizione*, in F. BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Baldini & Castoldi Dalai, Milano, 2010, 5.

¹⁴⁰ Nel vuoto ideologico, riemerge il senso e il ruolo delle comunità intermedie, entro cui la persona sviluppa le proprie potenzialità e contro cui riafferma la propria individualità. La questione della cittadinanza e dell'inclusione sociale coincide appunto con la riemersione dei soggetti collettivi, i quali nel campo della salute mentale, esprimono e rappresentano i diritti degli utenti, dei loro familiari, con il loro carico e le loro risorse. In questi termini il legame tra gli strumenti di *empowerment* degli utenti e il ruolo dei servizi consente di aprire a nuove opportunità entro l'orizzonte del *recovery* e di un'emancipazione possibile. Solo in questa prospettiva i servizi entrano a pieno titolo nel territorio dell'ingegneria sociale come motori di relazionalità e produttori di senso, capaci di raccogliere e valorizzare le potenzialità, la ricchezza del paziente per farne strumento terapeutico.

La condizione del malato di mente è divenuta, in tal senso, paradigma per una riflessione complessiva sui meccanismi e le forme di disciplinamento della società, ovvero sul ruolo dell'istituzione quale insieme di apparati, di codici di riferimento culturale e di relazioni di potere strutturati attorno al binomio malattia/pericolosità.

Al fine di comprendere la complessità del cammino percorso per superare consolidati stereotipi e crittotipi¹⁴¹ che connotavano la legislazione psichiatrica italiana, basti pensare che la legge 14 febbraio 1904, n. 36 sui «Manicomi e sugli alienati» – entrata a regime nel 1909 con l'approvazione del relativo regolamento di attuazione n. 615 – era strutturata intorno a finalità di ordine pubblico, che ponevano in primo piano il bisogno di tutelare, di salvaguardare la «società dei sani» dai malati di mente, subordinando quindi la cura alla custodia, nell'ottica secondo cui la malattia mentale, concepita in termini strettamente biologici, era da considerarsi come dato naturale, incurabile e irreversibile¹⁴².

Si deve rammentare che, seppure in ritardo rispetto al resto d'Europa, a inizio novecento anche in Italia si era giunti all'adozione di una legge sui manicomi¹⁴³.

La legge era stata approvata sull'onda del clamore determinato da uno scandalo che aveva coinvolto la gestione dei manicomi veneziani, ma rappresentava 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)

¹⁴¹ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1980, 3 e 109 definisce il concetto di *crittotipo* come un «modello (in particolare regola) non verbalizzato cioè rimasto inespresso nell'ordinamento considerato».

¹⁴² S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 61 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431*, cit., 8 ss.; L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A.M. GALOPPINI, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, cit., 661-663; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1983, 2 ss.; M. MORELLO, *I malati di mente dalla legislazione preunitaria alla legge Basaglia*, San Marino, Guardigli, 2008, 99 ss.; in controtendenza G. VISINTINI, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 1982, 3, 447 ss., specie 448-449 secondo cui «la 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»; nello stesso senso F.G. SCOCA, *L'assistenza psichiatrica nel servizio sanitario nazionale*, in *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978. Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980*, Giuffrè, Milano, 1981, 7.

¹⁴³ Per un'analisi del percorso storico che a partire dall'Unità d'Italia portò all'approvazione della legge si veda A. LONNI, *Pubblica sicurezza, sicurezza pubblica e malato di mente. La legge del 1904*, in A. DE BERNARDI (a cura di), *Follia, psichiatria e società. Istituzioni manicomiali, scienza psichiatrica e classi sociali nell'Italia moderna e contemporanea*, Franco Angeli, Milano, 1982, 264 ss.; L. ROSCIONI, «Luoghi infami di sequestri arbitrari». *Diritti e garanzie nella legislazione sull'internamento manicomiale dal Settecento alla legge del 1904*, in F. CASSATA, M. MORAGLIO, *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 10 ss.

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 storica¹⁴⁴.

L'introduzione di una legge in materia fu peraltro particolarmente travagliata essenzialmente per due ragioni: da un lato, per le resistenze dei giuristi ad affidare la libertà individuale ad un procedimento ritenuto poco garantista e che attribuiva un potere quasi dispotico ai direttori dei manicomi¹⁴⁵, dall'altro, per la richiesta degli alienisti di un riordino del sistema che consentisse di accogliere in manicomio anche gli individui non socialmente pericolosi. Ciò poneva tuttavia enormi problemi dal punto di vista economico, ingenerando un contenzioso sotterraneo, ma estremamente significativo, tra apparato manicomiale e le province, alle quali dal 1865 era stato attribuito l'onere di sopportare le spese di mantenimento dei mentecatti poveri negli ospedali¹⁴⁶.

Al di là di questi aspetti, su cui si tornerà in seguito, la legge n. 36 del 1904 rese finalmente chiare e uniformi le procedure di ricovero nei manicomi su tutto il territorio nazionale¹⁴⁷, delineando l'approccio culturale dello Stato liberale al problema della malattia mentale, in relazione alla quale la tutela della libertà individuale risultava subordinata alle esigenze di salute pubblica e ordine pubblico, che si risolvevano costantemente attraverso azioni repressive accompagnate da pratiche preventive.

¹⁴⁴ M. MORAGLIO, *Dentro e fuori il manicomio. L'assistenza psichiatrica in Italia tra le due guerre*, in *Contemporanea*, 2006, 1, 17.

¹⁴⁵ In questo senso V. LUCCHINI, *Progetto di legge sui manicomi e sugli alienati*, in *Riv. pen.*, 1904, 79; B. FRANCHI, *La nuova legge sui manicomi e i rapporti giuridici*, in *Scuola positiva*, 1904, 193 ss.; L. ANFOSSO, *La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati. Dottrina, giurisprudenza e formulario*, Unione Tipografica editrice, Torino, 1905, 20; A. GILARDONI, *Manicomi*, in *Dig. it.*, XV, I, Utet, Torino, 1907, 568 ss. *contra* L. BIANCHI, *La legge sui manicomi*, in *Riv. sperimentale di freniatria e medicina legale*, 1904, 220 ss.; A. TAMBURINI, *Urgenti riforme nell'assistenza degli alienati in Italia*, ivi, 1905, 7 ss.

¹⁴⁶ M. COTTI, *L'istituzione manicomiale nel nuovo Stato unitario. Regime sanitario, regime amministrativo e armonia istituzionale*, in AA.VV., *Tra sapere e potere. La psichiatria italiana nella seconda metà dell'Ottocento*, Il Mulino, Bologna, 1982, 210 ss.

¹⁴⁷ Si deve sottolineare che, prima della legge del 1904, vigevano una miriade di procedure di internamento che variavano spesso da un manicomio all'altro; sul punto L. ROSCIONI, *“Luoghi infami di sequestri arbitrari”. Diritti e garanzie nella legislazione sull'internamento manicomiale dal Settecento alle legge del 1904*, in F. CASSATA, M. MORAGLIO, *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 12 ss.; G. AMATO, *La libertà personale*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Neri Pozza, Vicenza, 1967, 138; M. MORELLO, *I malati di mente dalla legislazione preunitaria alla legge Basaglia*, cit., 25 ss.

Tale orientamento della legislazione – volto a realizzare forme di controllo sociale e al contempo di indirizzo del costume – si desumeva dalle stesse condizioni atte a legittimare l'internamento in manicomio. In particolare all'art. 1 della legge n. 36/1904 si prevedeva che dovessero essere «custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri o riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorchè nei manicomi». Il riferimento alla pericolosità era cogente e, ad un tempo, marcatamente e dichiaratamente restrittivo: cogente – e si potrebbe anche dire conformativo – nella misura in cui tale condizione, così come quella del pubblico scandalo, riassumeva in sé l'intenzione del legislatore¹⁴⁸, mosso soprattutto da motivi di polizia e sicurezza, ispirati ad una concezione di protezione sociale puramente passiva piuttosto che di tutela della salute pubblica¹⁴⁹. Restrittivo, essendo il frutto di una mediazione tra le istanze degli alienisti, volte ad aprire il manicomio a tutte le tipologie di infermità mentale¹⁵⁰, e le esigenze di bilancio delle amministrazioni provinciali che vedevano nella pericolosità un filtro di carattere strettamente economico¹⁵¹.

¹⁴⁸ Condivisa anche dalla scienza psichiatrica per cui «l'alienato (...) in massima è pericoloso. Soltanto l'impotente per grave paralisi o per grave stupidità può a tutto rigore chiamarsi innocuo. Il pazzo è come il cielo, come il mare, essenzialmente instabile e infido, andando soggetto a subiti cambiamenti e ad improvvisi uragani. Chi potrà mai assicurare che colui che oggi è innocuo e tranquillo, lo sarà domani e sempre ?». Così A. VERGA, *Il manicomio e la famiglia*, in *Arch. it. per le malattie nervose e più in particolarmente per le alienazioni mentali*, 1879, 247.

¹⁴⁹ G. RABAGLIETTI, *Manicomi*, in *Ns. Dig. it.*, X, Utet, Torino, 1964, 177 ss.; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà*, Giuffrè, Milano, 1967, 526-527, note 60 e 63. Peraltro consultando le relazioni dell'Ufficio centrale del Senato e della Commissione della Camera dei Deputati, si nota come il motivo qualificante della nuova legislazione è la necessità di provvedere alla salvaguardia della pubblica incolumità, dell'ordine e della sicurezza pubblica, mentre alla cura dell'infermo di mente si fa solo un cenno fuggevole. Vedi C. INGHILLERI, *Relazione parlamentare su Il progetto di legge Giolitti sui manicomi e sugli alienati*, in *Riv. sperimentale di freniatria e medicina legale*, 1903, 412 ss.; L. BERRA, *La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati. Commento alla legge 14 febbraio 1904, n. 36 ed al regolamento 16 agosto 1909, n. 615*, Tip. Ostinelli, Como, 1915, 11-13; A. TAMBURINI, G.C. FERRARI, G. ANTONINI, *L'assistenza degli alienati in Italia e nelle altre nazioni*, Utet, Torino, 1918.

¹⁵⁰ F. DI PERI, *Il medico e il folle: istituzione psichiatrica, sapere scientifico e pensiero medico fra Otto e Novecento*, in F. DELLA PERUTA (a cura di), *Annali della Storia d'Italia*, VII, *Malattia e medicina*, Einaudi, Torino, 1984, 1059 ss., specie 1123 ss. che nota come in tali istanze si mescolassero progetti utopistici di umanizzazione delle condizioni dei folli ad esigenze corporative di autonomia e prestigio sociale. Sul punto i contributi raccolti in G. ARMOCIDA, P. CATTORINI (a cura di), *Identità della mente, identità dei corpi. Contributi di storia ed etica della psichiatria a cento anni dalla legge manicomiale del 1904*, Insubria University Press, Varese, 2008.

¹⁵¹ Tale contrapposizione tra alienisti e amministrazioni provinciali era talmente forte che molti videro nella legge una sconfitta volta unicamente a «soddisfare le diffidenze e le avarizie dei Consigli provinciali» tanto che in quella legge Giolitti «non parla[va] il ministro d'Italia, ma il consigliere provinciale di Cuneo; e la voce degli alienisti manca[va] o non [era] avvertibile». Cfr. E. TANZI, *Trattato delle malattie mentali*, Milano, 1905, 728.

Si può comunque notare come il tratto securitario della pericolosità divenne predominante determinando una sostanziale assimilazione della posizione dei malati di mente, a prescindere che fossero innocui o pericolosi¹⁵². La stessa latitudine del concetto di “pubblico scandalo”, quale turbamento del vivere sociale nei suoi aspetti esteriori della moralità, buon costume e ordine pubblico, apriva le porte dell’internamento a individui non (o non solamente) perché malati, ma essenzialmente in quanto considerati nocivi, improduttivi ed oziosi, in sostanza non integrati¹⁵³. Così, ad esempio, in quel periodo poteva accadere che donne – sessualmente attive – che lavoravano come operaie nelle grandi fabbriche del nord Italia, venissero etichettate come “psicopatiche” ogni qualvolta non riuscivano ad inserirsi in un ordinato contesto familiare, conducendo invece una vita indipendente¹⁵⁴.

Non meno rilevante è l’ulteriore condizione posta dalla legge per disporre il ricovero, ovvero l’accertata impossibilità di una conveniente custodia e cura dell’infermo in luogo diverso dal manicomio, il che ne fa emergere il carattere classista della normativa, che finiva con il “punire” con la sanzione asilare solo i non abbienti¹⁵⁵.

Alla base di questa disposizione vi erano due convinzioni consolidate, ovvero che «l’unico rimedio per ovviare alla presunta pericolosità di certe malattie mentali fosse l’isolamento e la sorveglianza del malato; la seconda, operante sul piano clinico, era che la malattia mentale, al pari di qualsiasi altra patologia organica e funzionale, richiedesse, per una corretta diagnosi e terapia, l’osservazione e il controllo continuo e

¹⁵² In senso contrario P. GUARNIERI, *Madness in the Home: Family Care and Welfare Policies in Italy before Fascism*, in M. GUSWILT-HOFSTRA, H. OOSTERHUIS, J. VIJSELAARE, H. FREEMAN (eds.), *Psychiatric Cultures Compared. Psychiatry and Mental Health Care in the Twentieth Century*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2005, 312-328 secondo cui la normativa italiana non ha mai stabilito un’equivalenza tra follia e pericolosità e neppure tra individui ricoverati in manicomio e individui pericolosi. A Firenze all’inizio del novecento si contano oltre 900 pazienti psichiatrici in custodia familiare sussidiata, a fronte di circa 1.400 ricoverati in due diversi manicomi pubblici, inoltre lo stesso regolamento attuativo del 1909 menzionava una certa varietà di soluzioni extramanicomiali (ricoveri, case o ville di salute, asili, colonie agricole) che erano riservate a alienati tranquilli. Nello stesso senso le riflessioni di M. FIORANI, *Follia senza manicomio. Assistenza e cura ai malati di mente nell’Italia del secondo novecento*, cit., 44 ss.

¹⁵³ Negli stessi termini il relatore della legge, l’on. Leonardo Bianchi aveva affermato che «il folle che ingombra la società simboleggia, nell’organismo sociale, quello che rappresentano le tossine, le infezioni nell’organismo individuale». Cfr. L. BIANCHI, *Intervento*, *Atti parlamentari*, Camera dei Deputati, legislatura XI, II sessione, discussioni, tornata del 10 febbraio 1904, Progetto di legge Giolitti.

¹⁵⁴ Lo ricordano B. SARACENO, G. GALLIO, *Diagnosi, “common language” e sistemi di valutazione delle politiche di salute mentale*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 22; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit. 4.

¹⁵⁵ In questi termini, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A.M. GALOPPINI, *Salute mentale dell’individuo e tutela giuridica della personalità*, cit., 662; S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 88.

particolare attuabili solo mediante il ricovero (...) in ambiente (...) ospedaliero»¹⁵⁶. Questa era la ragione per la quale il malato di mente entrava in manicomio, ossia in un luogo la cui funzione era consustanziale all'azione di tutela, di difesa del sano di fronte alla follia e dove il malato assumeva un ruolo essenzialmente negativo, nella misura in cui il suo rapporto con l'istituzione era monodimensionale, essendo legato al solo livello della sua eventuale pericolosità¹⁵⁷.

Si veniva in tal modo a sancire la funzione del manicomio quale luogo di custodia e non certo di cura, una sorta di "fortezza Bastiani" isolata nel deserto dei Tartari, in cui segregare gli ultimi, gli esclusi¹⁵⁸ e i loro stessi sorveglianti, gli psichiatri, sempre in attesa di un nemico che in realtà si celava nelle mura, nelle sbarre e nelle pratiche proprie dell'istituzione asilare.

Vi è anche da sottolineare tuttavia che, in molte realtà, il manicomio era per i malati di mente, e per le loro famiglie, la principale, se non l'unica, forma di assistenza pubblica. La sua assenza voleva dire il vuoto, comparabile con quello dell'epoca premanicomiale, in cui la malattia mentale era e rimaneva prevalentemente una questione privata, da risolvere in famiglia¹⁵⁹.

La natura strettamente custodialistica del dispositivo normativo emergeva pure dai procedimenti (*ex artt. 2-3 bis* come integrati dal r.d. 16 agosto 1909, n. 615) previsti per il ricovero e le dimissioni dei pazienti.

Anzitutto l'ammissione doveva essere richiesta dai parenti, dai tutori o protutori, mentre si attribuiva la facoltà di richiederla a chiunque altro nell'interesse dell'infermo o della società (art. 2, 1° co.). L'art. 39, lett. b, del regolamento, nel richiedere che il certificato medico, necessario per l'internamento, enunciasse «i fatti specifici (...) dai quali si

¹⁵⁶ M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, cit., 399.

¹⁵⁷ F. BASAGLIA, *La libertà comunitaria come alternativa alla regressione istituzionale*, in ID. (a cura di), *Che cos'è la psichiatria?*, cit., 15-16; *contra* P. GUARNIERI, *Matti in famiglia. Custodia domestica e manicomio nella provincia di Firenze (1866-1938)*, in *Studi storici*, 2007, 2, 482 secondo cui «Per i legislatori la pericolosità avrebbe dovuto essere un criterio restrittivo di ospedalizzazione, pensato per risolvere i ricoveri indiscriminati e l'affollamento delle istituzioni psichiatriche. Dunque, la maggior parte delle patologie psichiche potevano e dovevano essere assistite fuori dalle mura manicomiali».

¹⁵⁸ Nel manicomio si stipavano infatti pazienti che nulla avevano a condividere con l'alienazione, ossia gli idioti, gli imbecilli, gli epilettici, gli alcolizzati, i paralitici innocui, anziani e altri consimili infermi che non avrebbero dovuto trovare posto nell'ospedale psichiatrico, ma di cui le famiglie preferivano liberarsi ponendo l'onere del loro mantenimento e cura a carico degli enti pubblici. Così A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 13-14.

¹⁵⁹ M. FIORANI, *Follia senza manicomio. Assistenza e cura ai malati di mente nell'Italia del secondo novecento*, cit., 48 ss.

deduca la manifesta tendenza dell'individuo» a compiere condotte integranti le circostanze di cui all'art. 1 della legge, precisava inoltre che tale dovere sorgeva non a seguito della commissione di atti violenti o scandalosi, ma qualora l'alienato avesse manifestato la semplice predisposizione a porre in essere tali condotte¹⁶⁰.

L'ammissione in manicomio veniva autorizzata secondo la procedura ordinaria – in via provvisoria – dal pretore con ordinanza, dietro presentazione di un certificato medico e di un atto di notorietà¹⁶¹. L'ordinanza segnava l'inizio di un'istruttoria necessaria, che, attraverso un ricovero a fine osservazionale, consentiva l'ispezione personale, l'esperimento e la consulenza del direttore del manicomio, indispensabili per l'adozione di un provvedimento decisivo¹⁶².

In via d'urgenza, nel caso in cui non fosse stato possibile attendere l'emissione del provvedimento da parte del pretore, l'internamento poteva essere disposto dall'autorità locale di pubblica sicurezza, contro presentazione di un certificato medico; tale provvedimento doveva essere comunicato al procuratore del re entro tre giorni dall'adozione.

Una volta effettuata l'ammissione provvisoria, contro la quale non era ammesso alcun mezzo di ricorso od opposizione né da parte dell'internato, né degli altri soggetti eventualmente legittimati, dopo un periodo di 15 giorni, eventualmente prorogabile ad un massimo di 30 giorni, il tribunale – in camera di consiglio – deliberava con decreto sull'ammissione definitiva o sul licenziamento immediato del paziente dall'istituto, su istanza del procuratore del re, cui veniva trasmessa una relazione da parte del direttore del manicomio¹⁶³.

¹⁶⁰ Queste condizioni giustificavano la qualificazione dell'internamento come misura di prevenzione come nota S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 67-68.

¹⁶¹ Ai sensi dell'art. 40 del regolamento «l'atto di notorietà deve essere ricevuto dal pretore, o nei comuni che non sono sede di Pretura, dal sindaco e deve risultare dalle deposizioni giurate di quattro testimoni che abbiano i requisiti di legge, siano riconosciuti come persone probe e degne di fede, e siano estranei alla famiglia dell'alienato, ma possibilmente dimoranti in prossimità della casa di quest'ultimo». Si tratta di previsioni evidentemente frutto di un'impostazione già all'epoca desueta come si desume dalle considerazioni critiche di G. AMALFI, *Intervento dell'autorità giudiziaria secondo la nuova legge sui manicomi e sugli alienati*, in *Giust. pen.*, 1906, 1003 ss.

¹⁶² G. FRANCHI, *Intorno alla tutela giurisdizionale della libertà personale. I procedimenti manicomiali*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 184 ss.

¹⁶³ A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 10 ss.; M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, cit., 390; F. BRICOLA, *Custodia di minori, alienati di mente o persone detenute (contravvenzioni concernenti la)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 579 ss.; G.L. FONTANA, Art. 35, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1260 ss.

A seguito dell'adozione del provvedimento definitivo di internamento, il tribunale poteva nominare, ai sensi dell'art. 2, 5° co., un amministratore provvisorio dei beni dell'internato in virtù degli artt. 324 e ss. del codice civile e, di conseguenza, dava inizio d'ufficio al procedimento d'interdizione. Si è discusso ampiamente¹⁶⁴ se l'internato, a seguito della nomina dell'amministratore provvisorio, perdesse la capacità d'agire; considerata la diversa finalità del procedimento di internamento e di quello d'interdizione la dottrina e giurisprudenza maggioritaria impose la tesi che negava l'effetto automatico del primo rispetto al secondo.

È bene ricordare che contro il provvedimento del tribunale di internamento definitivo era prevista la facoltà di proporre reclamo da parte dell'internato avanti la Corte d'appello, contrariamente al procuratore che, invece, poteva ricorrere solo avverso il provvedimento che disponeva la dimissione definitiva dopo l'esperimento dell'osservazione¹⁶⁵, testimoniando così la sua funzione di esclusivo tutore delle ragioni della collettività.

Sebbene il procedimento descritto appaia a prima lettura connotato da tutele e garanzie per l'internato, si deve rilevare come tale meccanismo consentì un uso indiscriminato della via breve dell'ammissione d'urgenza, assegnando alle autorità locali (sindaci e questore) il potere di disporre la reclusione in manicomio¹⁶⁶. Tale deriva era il portato del prevalere – nell'effettività della legge – dell'esigenza di custodia e di segregazione,

¹⁶⁴ Nel senso che il provvedimento d'internamento comporti la perdita della capacità A.R. CASTELLANA, *L'incapacità processuale della persona inferma di mente, sebbene non interdetta né inabilitata*, in *Foro it.*, 1930, I, 817 ss.; F. GIANNI, *L'infermo di mente, ricoverato in manicomio su ordine dell'autorità giudiziaria, ma non interdetto, può ritenersi soggetto legalmente capace ?*, in *Foro pad.*, 1958, I, 1151 ss. contra F. AMENDOLA, *La tutela giudiziaria degli alienati ricoverati nei manicomi (Appunti e considerazioni sull'art. 2 delle legge 14 febbraio 1904, n. 36)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1913, 380 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431, cit.*, 81 ss.

¹⁶⁵ Da sottolineare, inoltre, che, in base all'art. 70 del regolamento qualunque cittadino avrebbe potuto proporre reclamo contro il provvedimento di internamento definitivo allo stesso tribunale che l'aveva emesso (cd. azione popolare).

¹⁶⁶ F. GIACANELLI, *Per una storia sociale della psichiatria italiana*, in *Storia della sanità in Italia. Metodo ed indicazioni di ricerca*, Il Pensiero scientifico, Roma, 1978, 222; anche F.G. SCOCA, *L'assistenza psichiatrica nel servizio sanitario nazionale*, in *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978. Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980, cit.*, 7 rileva come «in sede applicativa si è avuta la sostanziale disapplicazione delle garanzie giudiziarie circa l'ammissione degli infermi nei manicomi, mediante l'abnorme ricorso ai ricoveri d'urgenza disposti dalle autorità di Pubblica Sicurezza».

rispetto a quella di cura, tale da rendere i manicomi esclusivamente centri di raccolta e di isolamento dal mondo degli alienati mentali¹⁶⁷.

Né l'ispirazione ideologica della legge risultava sminuita dall'introduzione, ai sensi dell'art. 53 del regolamento, della facoltà dell'ammissione volontaria, che poteva essere richiesta da individui maggiorenni, coscienti della propria infermità (quindi affetti da una alienazione parziale di mente). Questa previsione non soccorreva ad esigenze di tutela della salute individuale, in quanto l'ammissione era comunque volta a instradare il soggetto lungo quella che si può definire la "carriera istituzionale"¹⁶⁸. Colui che richiedeva il ricovero non era infatti portatore di un diritto a ricevere cure, ma veniva accolto – in casi urgenti – sotto la responsabilità del direttore, il quale era tenuto a darne avviso «entro ventiquattro ore al procuratore del re, salvo a riferirgli ai termini del precedente art. 49, pei provvedimenti del tribunale, come nei casi ordinari, e all'autorità di pubblica sicurezza» (art. 53 reg.). Ciò metteva in moto il meccanismo istituzionale, per cui colui che veniva ammesso in manicomio volontariamente, perdeva la capacità e legittimazione a richiedere di esserne dimesso, dovendo assoggettarsi al potere discrezionale del direttore del nosocomio¹⁶⁹.

Da notare che, oltre ad impadronirsi del corpo e della mente dell'internato, l'istituzione ne sequestrava o lo privava spesso anche degli affetti, ricordi, aspirazioni ed interessi, erigendo una barriera tra l'alienato e il mondo esterno. Sono in questo senso indicative le disposizioni dei regolamenti interni che i singoli istituti erano autorizzati ad adottare, in virtù del rinvio operato dall'art. 5 della legge e dall'art. 10 del regolamento, che giungevano «a porre gravi restrizioni alla libertà e alla segretezza della corrispondenza,

¹⁶⁷ A. QUARANTA, *Situazione giuridica e tutela dell'ammalato mentale*, in *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978. Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980*, cit., 44, 46. L'Autore inoltre con tono retorico ricorda come le disposizioni della legge del 1904 e del relativo regolamento consentissero «veri e propri sequestri di persona contrabbandati da presunte infermità mentali di tipo pericoloso»; in senso fortemente critico G. PANTOZZI, *Storia delle idee e delle leggi psichiatriche*, Erickson, Trento, 1994, 139 ss.

¹⁶⁸ E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, cit., 193 ss.

¹⁶⁹ L. BRUSCUGLIA, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431*, cit., 17, nota 18 che sottolinea «è noto come nella pratica psichiatrica dei ricoveri lo strumento offerto dall'art. 53 del regolamento venisse spesso utilizzato per la soluzione di particolari situazioni, nei casi assai frequenti, in cui venivano portati al manicomio ammalati senza certificato medico o senza ordinanza di ricovero o con documenti scaduti e, d'altra parte, la gravità dello stato psichico del soggetto non consigliava ulteriori indugi (...) L'aspetto più grave e insostenibile di tale situazione era rappresentato dal fatto che in questi ultimi casi la segregazione nell'ambiente manicomiale non trovava fondamento neppure nella tanto conclamata necessità di proteggere l'incolumità dei sani».

alla libertà di conversazione [e incontro] con i visitatori e persino alla libertà di leggere libri e giornali senza l'autorizzazione dei sanitari»¹⁷⁰.

La degenza in manicomio, che aveva di regola una durata pluridecennale, si poteva concludere con le dimissioni disposte solo a vantaggio del malato che fosse nel frattempo guarito o che avesse raggiunto un tal grado di miglioramento delle sue condizioni psichiche da poter essere curato a domicilio.

Le dimissioni definitive dovevano essere autorizzate con decreto del presidente del tribunale e potevano essere richieste su istanza del direttore del manicomio, dei parenti, di qualsiasi cittadino o della deputazione provinciale, in tali casi sempre previo parere del direttore. In via d'eccezione, il licenziamento dall'istituto poteva essere disposto discrezionalmente dal direttore, in via d'esperimento, con riconsegna dell'alienato non perfettamente guarito alla famiglia d'origine¹⁷¹.

Dopo le dimissioni, in attesa che il procuratore provocasse il giudizio per la revoca dell'interdizione o inabilitazione, l'ex internato rimaneva "amministrato" da terzi, fossero la famiglia, il tutore o la pubblica autorità, essendo privato della capacità di disporre dei propri beni o della propria vita.

L'analisi delle procedure mette in luce l'intento custodialistico della legge del 1904 che veniva a collocare la persona in uno "spazio bianco" di incapacitazione completa volto a limitarne la sfera d'azione per impedire che la pericolosità presunta si traducesse in danno per la società.

Tale contesto normativo di stampo autoritario trovò ulteriore consolidamento nella teoria socio-politica del fascismo¹⁷² che, anche tramite le disposizioni del Codice

¹⁷⁰ L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A.M. GALOPPINI, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, cit., 660; riferimenti anche in R. CANOSA, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Feltrinelli, Milano, 1979, 130 ss.; per un racconto biografico R. RUGGERI, *Fra malati di mente*, Garzanti, Milano, 1949, 15 ss.

¹⁷¹ Sulla procedura di dimissione G. FRANCHI, *Intorno alla tutela giurisdizionale della libertà personale. I procedimenti manicomiali*, cit., 197 ss.; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 15 ss.

¹⁷² Indicativo dello spirito dei tempi è lo scritto di Leonardo Bianchi (relatore della legge del 1904), il quale, in linea con la nuova ideologia di Stato, sosteneva la necessità di rivedere la legge sui manicomi del 1904 per «frenare l'impressionante aumento della follia e conseguentemente della degenerazione della razza». La legge del 1904 «coi criteri restrittivi ed esclusivamente di pubblica sicurezza che la informano nei riguardi dell'ammissione (...) contribuisce indubbiamente all'incremento della follia, poiché fa sì che un numero non indifferente di epilettici, di nevrastenici, di imbelli ecc. rimane libero di inquinare il consorzio civile, favorendo la riproduzione di nuovi esseri fortemente tarati e predisposti alla follia». Era necessaria una riforma che prendesse «di mira il malato di mente anche come tale e non soltanto in vista della sua pericolosità e scandalosità come si fa ora». Incrementare i ricoveri dunque, perché il danno per la collettività non andava misurato nei soli termini di disturbo sociale, ma anche dal punto di vista –

Rocco, consolidò il trattamento di tipo carcerario proprio degli istituti psichiatrici e rafforzò i tratti di analogia tra la legge del 1904 e il Testo unico di pubblica sicurezza, affinando gli strumenti repressivi previsti¹⁷³.

Ne era esempio l'introduzione, ai sensi dell'art. 604, n. 2, c.p.p., dell'iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento del tribunale con cui si ordinava l'internamento e la relativa dimissione che, oltre a condurre ad una equiparazione impropria tra il precedente in sede penale e il ricovero manicomiale, era divenuto il più serio ostacolo per un possibile reinserimento della persona nel contesto sociale e per lo svolgimento di qualsivoglia attività lavorativa¹⁷⁴. La stigmatizzazione conseguente all'iscrizione nel casellario giudiziale derivava in particolare dall'irrazionale facoltà concessa a tutte le pubbliche amministrazioni e alle aziende incaricate di pubblici servizi di poter ottenere il relativo certificato.

A completare il quadro vi erano una serie di previsioni normative le quali avevano l'effetto di determinare una sorta di "cancellazione civile" che privava il malato non solo dei diritti politici (se e quando posseduti), ma anche della capacità di agire in determinati settori: in questi termini, l'art. 12 c.p. equiparava, quanto alla mancanza di legittimazione a proporre querela, il minore di anni quattordici all'infermo di mente, attribuendo tale facoltà al curatore speciale nominato dal presidente del tribunale; ancora l'art. 43 r.d. 27 ottobre 1933, n. 1598 disponeva la sospensione dalla professione di avvocato e procuratore di colui che fosse ricoverato in manicomio giudiziario o in altra casa di cura o di custodia.

Così, attraverso questi dispositivi normativi, si aggiungeva alla limitazione della libertà la privazione del corredo dell'identità della persona, il che era conseguenza della definizione del malato come irrecuperabile ed incomprensibile, ovvero di un approccio

eugenetico – di contaminazione della stirpe. Cfr. L. BIANCHI, *A proposito della riforma della legge sui Manicomi e sugli alienati*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 1922, 222.

¹⁷³ La malattia di mente, più che riguardare la materia della sanità, apparteneva a quella della pubblica sicurezza, tanto da rientrare anche nel testo unico di pubblica sicurezza, il quale prevedeva a carico degli esercenti la professione sanitaria l'obbligo di denunciare entro due giorni all'autorità di pubblica sicurezza tutte «le persone da loro assistite o esaminate affette da malattia mentale o da grave infermità psichica, le quali dimostrino o diano sospetto di essere pericolose per sé e agli altri» (art. 153 r.d. 18 giugno 1931, n. 773); correlativamente, seppur a titolo contravvenzionale, il codice penale sanzionava una serie di condotte (artt. 714, 715, 716, 717 c.p.) che riflettevano la sussistenza di obblighi di custodia o di denuncia.

¹⁷⁴ In questi termini A. NERI, *Il casellario giudiziario*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, cit., 581 ss.; P. NUVOLONE, *Il casellario giudiziario*, ibidem, 597 ss.

«di natura oggettuale (...) in una relazione dove il secondo polo del rapporto [il folle] non esiste, se non come oggetto da inglobare e incorporare nel sistema generale. Sotto la copertura del modello medico, in realtà, l'istituzione psichiatrica tradizionale non [era] che un'istituzione carceraria, deputata a gestire gli elementi di disturbo sociale»¹⁷⁵.

2.8.2. La legge Mariotti: alle soglie della primavera

Neanche l'avvento della Costituzione contribuì ad un rapido adeguamento dell'arcaico tessuto normativo ai principi di uguaglianza e tutela delle diritti individuali e sociali. Tale immobilità era il portato di un arretratezza complessiva della società italiana, a cui faceva riscontro una classe medica in larga parte arroccata su posizioni organiciste, sull'assolutizzazione della diagnosi e sul legame – esplicito nella legge del 1904 – tra esigenze di ordine pubblico e internamento manicomiale, a fronte di una psichiatria internazionale che, negli anni cinquanta, si apriva ai contributi della psicoanalisi, della fenomenologia e della sociologia¹⁷⁶.

La volontà di mantenere salda l'istituzione era stata in un certo senso rafforzata dai farmaci neurolettici ed antipsicotici la cui introduzione aveva aperto alla «speranza che i vecchi manicomi dove i cronici si affollavano in condizioni vergognose potessero trasformarsi in efficienti ospedali di cure mediche specialistiche»¹⁷⁷. La farmacologia si proponeva come risorsa “terapeutica” che consentiva di aprire un canale di comunicazione tra il paziente e il medico nel contesto di un'azione psicoterapeutica o relazionale. Tacitati i deliri ci si aspettava che comparissero le parole degli internati, aprendo un dialogo che avrebbe consentito ai medici e agli infermieri di dismettere i panni dei custodi per rivestire una funzione di assistenti ed educatori¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Così F. BASAGLIA, F. ONGARO BASAGLIA, *Postfazione*, in E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, cit., 404.

¹⁷⁶ F. CASSATA, *La psichiatria italiana nel secondo dopoguerra*, in F. CASSATA, M. MORAGLIO (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 37-43; anche G.A. MICHELI, *Il vento in faccia. Storie passate e sfide presenti di una psichiatria senza manicomio*, Franco Angeli, Milano, 2013, 9, 13 ss. che nota come «ancora all'uscita della seconda guerra mondiale, tuttavia, la psichiatria dei manicomi appar[isse] un corpo immobile e separato dal sistema pubblico, delegato alla pura custodia di chi è scivolato fuori dalle maglie rigide della normalità».

¹⁷⁷ P. GUARNIERI, *La storia della psichiatria. Un secolo di studi in Italia*, Leo S. Olschki, Firenze, 1991, 22.

¹⁷⁸ L'affollamento dei manicomi frustrava gli psichiatri che percepivano il loro ruolo ridotto a quello di custodi. I medici specialisti di una branca della medicina da poco riconosciuta e affermatasi, concepivano l'istituzione psichiatrica come un luogo nel quale esercitare la scienza psichiatrica: un ospedale

Le nuove terapie avrebbero dovuto favorire lo spostamento dell'asse dell'assistenza psichiatrica dalla dimensione custodialistica, rappresentata dai grandi manicomi, a quella medica. L'incurabilità e la pericolosità dei malati di mente erano concetti da superare, così da elaborare un nuovo modello di assistenza, che ponesse al centro la terapia e dunque la trasformazione degli ospedali psichiatrici in centri di cura. Fondamentale diveniva dunque l'intervento extraospedaliero, da attuare attraverso un'estesa azione di igiene e profilassi mentale.

Se nel contesto della psichiatria, l'istituzione manicomiale rimaneva tolemaicamente al centro del sistema di assistenza, si deve notare come neanche la Corte costituzionale, pur avendo assunto posizioni avanzate nell'opera di "smontaggio" degli istituti illiberali ereditati dall'ordinamento totalitario, intese scalfire tale centralità o porre in dubbio la conformità a costituzione del meccanismo di internamento previsto dalla legge del 1904¹⁷⁹.

Tralasciando la giurisprudenza in materia penale¹⁸⁰, nell'unica sentenza sul punto¹⁸¹ la Corte, pur dando atto che il provvedimento di ricovero coattivo si inquadrasse tra quelli restrittivi della libertà personale garantita dall'art. 13 Cost., rilevava come il combinato disposto tra gli artt. 1 e 2 della legge del 1904 integrassero le condizioni richieste dalla disposizione costituzionale. Emergeva tuttavia come la procedura, nella specie quella svolta in camera di consiglio dal tribunale ai fini dell'adozione del provvedimento di internamento definitivo, venisse a ledere le garanzie prescritte ai sensi dell'art. 24 Cost., non consentendo all'infermo di seguire e contestare l'istruttoria processuale nell'esercizio del suo diritto di difesa. Nel contesto di quello che sembra un *obiter dictum*, il giudice costituzionale apriva inoltre alla possibilità di ricorso in Cassazione avverso il provvedimento confermativo della Corte d'appello, giudicandolo necessario

specialistico come tutti gli altri, nel quale ricoverare chi ne aveva bisogno, e non un luogo di raccolta del disagio sociale, contenitore delle più disparate problematiche, in molti casi completamente estranee alle patologie psichiche, quale era già diventato nei primi anni del Novecento. Cfr. M. FIORANI, *Follia senza manicomio. Assistenza e cura ai malati di mente nell'Italia del secondo novecento*, cit., 44.

¹⁷⁹ Sulla giurisprudenza costituzionale si veda M. LUCIANI, *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 439 ss.; G. VISINTINI, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, cit., 449 che ricorda «quando la Corte costituzionale è stata investita del problema della legittimità costituzionale [della legge n. 36/1904], sotto diversi profili, ha sempre svolto fino in tempi recenti un ruolo di sostegno alla legge stessa, sia pure interpretandola in modo da rafforzare l'aspetto garantistico».

¹⁸⁰ In particolare relativa alle presunzioni di pericolosità degli infermi di mente introdotte nel codice penale su cui vi sarà spazio di approfondimento nel III capitolo.

¹⁸¹ Corte cost., 20 giugno 1968, n. 74, in *Giur. cost.*, 1968, 1082 ss.; sulle garanzie nel ricovero in via provvisoria Corte cost., 15 luglio 1976, n. 223, in *Giur. cost.*, 1976, 1237 ss.

alla luce dell'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale. Sempre in linea con la definizione di un contesto di garanzie per l'infermo, la Corte sanciva l'illegittimità dell'art. 2, 3° co., della legge nella parte in cui non si conformava all'obbligo sancito per l'autorità di pubblica sicurezza dall'art. 13 Cost. di riferire entro quarantotto ore sul provvedimento di ricovero d'urgenza dell'infermo¹⁸².

Se, ad una prima impressione, potrebbe sembrare che la Corte costituzionale abbia fatto poco, non incidendo in modo decisivo sugli equilibri di una legislazione non conforme all'impostazione assiologica propria del dato costituzionale, si deve tuttavia convenire con Luciani che sottolineava come «le scelte politiche di riordino di interi settori normativi spetta[ssero] al legislatore, non alla Corte, che di fronte a tali scelte deve invece ritrarsi, perché entra nelle sabbie mobili di un terreno che le è istituzionalmente estraneo»¹⁸³.

Solo a partire dagli anni sessanta, con l'avvio del «disgelo costituzionale»¹⁸⁴, un insieme (irripetibile) di condizioni politiche e sociali¹⁸⁵ rese 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. In questo contesto si colloca la legge 18 marzo 1968, n. 431 che ha rivestito un ruolo centrale nella modernizzazione della legislazione psichiatrica.

Tale legge rappresentava lo stralcio di una più ampia proposta in materia di «Assistenza psichiatrica e sanità mentale» presentata nel 1967¹⁸⁶ che si ispirava alla politica “di

¹⁸² In termini critici verso il giudizio della Corte costituzionale V. ANDRIOLI, *Gli infermi di mente avanti la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1084 ss., specie 1094 secondo cui «bisogna convincersi che il non felice rendimento della procedura giurisdizionale d'internamento in manicomio e delle non poche subprocedure amministrative, che lo affiancano, deve ascriversi non solo e non tanto a difformità della Costituzione e ad imperfezioni (strutturali o funzionali) della normativa, quanto e soprattutto alla sua applicazione, che lascia a desiderare»; M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, cit., 403 ss., i quali, criticando aspramente la superficialità d'analisi dei giudici costituzionali, rilevano come «sia già contrario alla Costituzione lo stesso principio ispiratore della legge [del 1904], che si traduce (...) nella distinzione tra malati di mente pericolosi e non e nella previsione, per i primi, di una serie di procedure coattive».

¹⁸³ M. LUCIANI, *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 455.

¹⁸⁴ A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, cit., 136 ss.

¹⁸⁵ P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, cit., 404 ss.; M. REVELLI, *Movimenti sociali e spazio pubblico*, in F. BARBAGALLO (dir. da), *Storia dell'Italia repubblicana*, II, *La trasformazione dell'Italia: sviluppo e squilibri*. 2 Istituzioni, movimenti, culture, cit., 385 ss.; 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*, cit.; V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del novecento*, cit., 177 ss.

¹⁸⁶ Il programma della legge di riforma era molto vasto e di non poco conto. Si prospettava l'idea di riformare radicalmente il sistema asilare che si era andato affermando e deformando nel corso degli anni, proponendo la realistica, concreta ed immediata organizzazione di un sistema di servizi di igiene mentale,

settore” di matrice francese¹⁸⁷, la quale pur spostando sul territorio l’assistenza psichiatrica non escludeva la funzione, pur dal “volto umano”, del manicomio. In esso convivevano due diverse ispirazioni: «quella che manteneva il ruolo di custodia degli ospedali psichiatrici (attraverso il mantenimento del ricovero volontario o d’urgenza in manicomio e di una, semplificata, procedura di dimissione) come il momento centrale della terapia psichiatrica e quella che tendeva, invece, attraverso gli ospedali aperti (diurni e notturni), i servizi di igiene e profilassi mentale (...) a curare la malattia mentale senza operare un distacco del malato dal suo ambiente familiare e sociale, ma, anzi, favorendo il reinserimento in questa comunità»¹⁸⁸.

La normativa stralcio, pur non realizzando una riorganizzazione generale del settore, veniva ad incidere su meccanismi che contribuivano al fenomeno di stigmatizzazione ed istituzionalizzazione del malato di mente. Il proiettarsi dell’assistenza psichiatrica sul territorio, con il conseguente decentramento del potere “autoritario” del direttore del manicomio verso strutture esterne, volte ad una funzione ambulatoriale, ne limitava gli effetti istituzionalizzanti.

Tale mutamento di visione della salute mentale emergeva prima di tutto dal linguaggio utilizzato per identificare il fenomeno e i problemi inerenti la salute mentale: così dalle «norme sui manicomi e gli alienati» della legge del 1904 si portava l’attenzione, con la legge del 1968, sulle «provvidenze per l’assistenza psichiatrica»; all’art. 1 della legge non ci si riferiva più ai manicomi, adottando la diversa dizione «ospedali psichiatrici», così l’oggetto della cura erano i «disturbi psichici e le malattie mentali» (art. 4) e non le forme di alienazione, infine, si aboliva il riferimento alla «custodia in manicomio», lasciando spazio alle diverse forme di «assistenza sanitaria, specializzata e sociale» (art. 2).

capaci di intervenire su di un livello che non fosse quello ospedaliero, ma piuttosto quello sociale. L’idea era proprio quella di uniformare gli eterogenei servizi di igiene mentale al modello Cim: centro propulsore di igiene e sanità mentale, con una organizzazione in grado di svolgere compiti educativi, informativi, sociali ed anche di ricerca scientifica, attraverso l’opera di equipe formate da psichiatri, psicologi, assistenti sanitarie, assistenti sociali e personale amministrativo. Tenendo conto, come notò C. NOBILE, *L’assistenza psichiatrica extraospedaliera in Italia*, in *Igiene mentale*, 1963, 4, 949 ss., specie 953 che «il panorama della assistenza psichiatrica in Italia è, per molti aspetti, desolante».

¹⁸⁷ Richiamo quanto già scritto nel I capitolo, rinviando a V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del novecento*, cit., 185 ss.

¹⁸⁸ S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 90. I servizi territoriali avrebbero rappresentato un punto di unione tra l’interno e l’esterno, consentendo al malato di vivere su due registri, quello del trattamento e quello della graduale conquista di una libertà, quale premessa all’assunzione di responsabilità.

Si potrebbe dire che erano solo parole, tuttavia cambiare il linguaggio, o meglio dotarsi di un nuovo linguaggio, ha da sempre rappresentato il primo passo per capire e interpretare il mondo, introducendo nuove categorie di analisi in grado di mettere in discussione ruoli e identità consolidati e di cogliere i segnali di evoluzione e di cambiamento diffusi nella società.

Al di là di ciò, sul piano strettamente normativo, l'innovazione più rilevante era rappresentata dall'art. 4 della legge n. 431/1968 che disciplinava «l'ammissione volontaria in ospedale psichiatrico» e la relativa dimissione, sia per la previsione in sé, che per il riflesso che la stessa aveva sulla legislazione precedente¹⁸⁹.

La liberalizzazione del ricovero non si limitava a consentire l'ingresso volontario nell'ospedale psichiatrico, ma veniva ad attribuire ai cittadini un diritto ad ottenere assistenza e cura in ogni caso di infermità mentale. A fondamento del ricovero volontario vi era inoltre una diversa concezione delle malattie mentali omologabili a quelle fisiche e perciò curabili, consentendo di recuperare alla vita di relazione i malati¹⁹⁰.

L'art. 4 della legge del 1968 rappresentava la prima breccia aperta nelle rigide mura del manicomio: il malato poteva richiedere l'ammissione nell'ospedale psichiatrico, su semplice autorizzazione del medico di guardia¹⁹¹, senza che tale determinazione lo privasse della capacità o del diritto di autodeterminarsi, potendo pertanto decidere in ordine alle dimissioni, rispetto alle quali era espressamente esclusa qualsiasi comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza.

L'introduzione del nuovo istituto creava una sorta di doppio canale a senso unico: l'art. 4 strutturava un rapporto di regola/eccezione tra ricovero volontario e coatto, che

¹⁸⁹ Sulla portata innovativa della disposizione in dottrina si rilevano opinioni discordi: in termini di un ridimensionamento sono S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 57; ID., *La lunga vita di una legislazione repressiva*, in *Il Ponte*, 1970, 8-9, 1003 ss.; M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, cit., 392; G. PIFFERI, *L'assistenza agli infermi di mente*, in *Nuova rass.*, 1970, 334 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 189-190; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 21 ss.; ne rilevano il ruolo fortemente innovativo L. BRUSCUGLIA, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431*, cit., 11 ss. che la definisce "rivoluzionaria"; L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A.M. GALOPPINI, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, cit., 667.

¹⁹⁰ L. GAZZANIGA, *Concetti antropologico-culturali del lavoro sociale e psichiatrico*, in *Riv. servizio sociale*, 1967, 4, 33 ss.

¹⁹¹ G. PIFFERI, *Considerazioni sul ricovero volontario in ospedale psichiatrico a norma dell'art. 4 della legge 18 marzo 1968, n. 431*, in *Riv. amm.*, 1969, 202 ss.; ID., *Come può avvenire il ricovero volontario in ospedale psichiatrico ?*, in *Nuova rass.*, 1970, 2927; ID., *L'istituto dell'ammissione volontaria nella legislazione psichiatrica*, ivi, 1972, 868 ss.

precludeva di fatto la possibilità di imporre quest'ultima forma durante tutto il tempo della degenza in via volontaria e, corrispettivamente, consentiva di trasformare il ricovero coatto in volontario¹⁹², aprendo la strada anche per gli "istituzionalizzati" alla prassi delle *sliding doors*, le porte girevoli in entrata ed in uscita, tra ospedale e territorio.

La disposizione sul ricovero volontario ha «rappresenta[to] indubbiamente il ponte di passaggio dalla fase custodialistica, in cui la malattia mentale interessava al momento delle (e per le) sue esteriorizzazioni più acute (pericolosità, pubblico scandalo), alla fase più propriamente terapeutica, nella quale all'infermo, considerato per quello che effettivamente è, viene data la possibilità della cura fino dai primi sintomi del disturbo psichico»¹⁹³.

A conferma è sufficiente ricordare che, con l'art. 11 della legge, veniva abrogato l'obbligo di annotazione del ricovero in manicomio nel casellario giudiziario, ponendo fine ad uno degli strumenti di stigmatizzazione "istituzionalizzata" nei confronti dei malati di mente.

Appare interessante, a questo punto, sottolineare come la Corte costituzionale venne chiamata a pronunciarsi propriamente sulla legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 431 del 1968¹⁹⁴. La Corte si trovò a dover rispondere alle questioni sollevate dal tribunale di Ferrara, con le ordinanze del 25 dicembre 1970 e del 15 maggio 1971, con cui si contestava sia la previsione del primo comma dell'art. 4 sul ricovero volontario di persona affetta da disturbi psichici, che sul secondo comma inerente la possibilità di conversione del ricovero coatto in volontario.

¹⁹² Per un'analisi approfondita sul punto M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, cit., 395-397 che limitano l'applicazione della disciplina ai cd. ricoveri d'urgenza; per un'estensione della trasformazione a tutte le forme di ricovero coatto L. BRUSCUGLIA, *Legittimità costituzionale del ricovero volontario*, in *Foro it.*, 1973, V, 278.

¹⁹³ L. BRUSCUGLIA, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431*, cit., 24 contra S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 90 secondo cui «l'introduzione del ricovero volontario nell'antica struttura dei manicomi tradizionali non pare destinata a mutare di molto la situazione, se si ritiene (...) che il ricovero volontario non serve a cambiare il ruolo degli ospedali psichiatrici, in quanto qualsiasi forma di ricovero può essere vista soltanto come una misura eccezionale e temporanea in un sistema di assistenza psichiatrica (cd. esterna) che tenda a prescindere da quella»; negli stessi termini M. MORAGLIO, *La psichiatria italiana nel dopoguerra*, in F. CASSATA, M. MORAGLIO (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 39.

¹⁹⁴ Corte cost., 28 marzo 1973, n. 29, in *Giur. cost.*, 1973, 300, su cui L. BRUSCUGLIA, *Legittimità costituzionale del ricovero volontario*, cit., 274 ss.

Quanto al primo profilo, nell'ordinanza di remissione, il tribunale estense rilevava come il predetto articolo avesse escluso ogni intervento dell'autorità giudiziaria per le richieste di ammissione volontaria in ospedale psichiatrico, in violazione della riserva di giurisdizione disposta dall'art. 13 Cost. *Vulnus* che sarebbe costituito, da un lato, nella mancata previsione, nella norma impugnata, della facoltà del ricoverato volontario di interrompere liberamente l'internamento, e, d'altro canto, nella possibilità di trasformare in volontario un ricovero originariamente autoritativo, il che conferiva impropriamente efficacia all'atto di disposizione di un soggetto incapace.

Tralasciando il profilo della mancanza di rilevanza della questione nel processo *a quo*, i dubbi prospettati nelle ordinanze venivano dichiarati infondati, anche alla luce di una corretta interpretazione del nuovo istituto del ricovero volontario, che era stato «introdotto anche in Italia in accoglimento dei voti espressi dagli ambienti scientifici più qualificati».

La Corte distingueva nettamente, per funzione e presupposto, il ricovero volontario da quello coattivo, rilevando come il primo venisse a concretare la facoltà di accedere ad un trattamento terapeutico per persone affette da una infermità mentale connotata da una sintomatologia non acuta. In questi termini, facendo proprie le considerazioni della migliore dottrina¹⁹⁵, la Corte sottolineava come non fosse «assurdo concepire che gli affetti da disturbi neuro-psichici po[tessero] esprimere il desiderio di ricoverarsi in ospedale. È noto, infatti, che essi, entro certi limiti, sono in grado di determinarsi volontariamente, e che lo stesso ordinamento giuridico riconosce da tempo tale fenomeno, dettando un'apposita disciplina, nel campo penale e civile».

Peraltro l'accertamento della, pur parziale, capacità di intendere del soggetto, tale da avvalorare la volontarietà della richiesta di ricovero, era soggetta al controllo del medico di guardia, che era tenuto ad esprimere la sua valutazione circa l'opportunità del trattamento della malattia nell'ospedale psichiatrico, potendo ritenere altresì sufficiente, stante la natura del disturbo, un semplice intervento ambulatoriale o domiciliare.

¹⁹⁵ Non ritengono che vi possa essere una impropria sovrapposizione tra il ricovero e l'incapacità naturale o d'agire del soggetto V. ANDRIOLI, *Gli infermi di mente avanti la Corte costituzionale*, cit., 1084 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431, cit.*, 40 ss., specie 64 ss. secondo cui «per quanto attiene alla prima fase del ricovero coattivo in ospedale psichiatrico non ci pare esistano dubbi circa la condizione giuridica dei ricoverati. Riteniamo, infatti, di poter affermare che anch'essi (come si è creduto di sostenere dei ricoverati per ammissione volontaria) siano a tutti gli effetti pienamente capaci d'agire».

Se dunque la richiesta di ricovero volontario si presentava come espressione del diritto del soggetto a fruire delle cure garantite ex art. 32, 1° co., Cost., una volta accertata la capacità, essa non poteva configurare una lesione della libertà personale, in quanto «dall'interpretazione logica e teleologica della norma [si desunse] che, come [era] libera l'entrata in ospedale, così [era] altrettanto libera l'uscita»¹⁹⁶.

Dalla qualificazione del ricovero volontario come libero esercizio di scelta da parte del paziente derivava anche l'esclusione delle garanzie giurisdizionali nell'ipotesi di trasformazione del ricovero originariamente coattivo in volontario, omissione che si giustificava per due ordini di ragioni: se si tiene presente che il senso dell'intervento giurisdizionale nel nuovo sistema ha essenzialmente una funzione di garanzia della libertà personale contro ogni indebita restrizione della stessa, allora non si può che constatare come tale intervento non si giustificasse nell'ipotesi della trasformazione che poneva «fine all'unica forma di restrizione fino a quel momento esistente [ovvero il ricovero coattivo]». In questi termini infatti «la richiesta del malato diretta ad ottenere la trasformazione combinata alla decisione favorevole dell'autorità sanitaria non [poteva] essere assimilata all'atto motivato dell'autorità giudiziaria, dovendo assolvere a funzioni diametralmente opposte, e cioè, non alla realizzazione di una cura obbligatoria, ma alla continuazione di una cura in una situazione di libertà»¹⁹⁷.

In secondo luogo, l'eccezione appalesava la volontà dell'organo giurisdizionale di ingerirsi in valutazioni riservate al sapere medico, a cui era attribuita la competenza a valutare la «sostenibilità» della trasformazione del ricovero venuti meno i presupposti che ne avevano legittimato l'adozione in via coattiva. Risultava peraltro «ben comprensibile che il legislatore a[vesse] affidato tale valutazione, implicante particolarissime conoscenze tecniche, proprio agli psichiatri dell'ospedale», i quali, smessi i panni dei sorveglianti, si erano fatti carico del mandato, affidatogli dalla società, della cura e del reinserimento dei sofferenti psichici¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Corte cost., 28 marzo 1973, n. 29, *cit.*, prosegue notando come «invero appare evidente che il ricovero previsto dall'art. 4 della legge 18 marzo 1968, n. 431, può essere consentito sempre che non ricorrano gli elementi della pericolosità o del pubblico scandalo, la cui sussistenza impone il ricovero coattivo ai sensi della legge 14 febbraio 1904, n. 36, e la cui eventuale sopravvenienza ugualmente esige la trasformazione del ricovero volontario in ricovero coattivo, con l'osservanza delle garanzie giurisdizionali».

¹⁹⁷ L. BRUSCUGLIA, *Legittimità costituzionale del ricovero volontario*, *cit.*, 285.

¹⁹⁸ Di tale fenomeno è espressione l'approccio adottato da una parte degli psichiatri, riconducibili alle esperienze del «settore» o della comunità, che, dando applicazione al dato normativo, trasformarono in volontari i ricoverati lungo-degenti internati come coatti. Si vedano i dati riportati da L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A.M. GALOPPINI, *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, *cit.*,

Concludendo sul punto, dalla sentenza emerge come la liberalizzazione del ricovero e la facoltà di trasformazione dello stesso fossero manifestazione della diversa concezione a cui il trattamento si veniva a conformare: non più perno del sistema custodialistico, fondato sull'istituto manicomiale, ma semplice strumento, di natura eccezionale, servente all'intervento terapeutico, ovvero funzionale a finalità curative. In caso contrario si sarebbero poste due alternative non accettabili, ovvero, da un lato, l'affermazione della necessità in ogni caso di disturbo mentale dell'applicazione del ricovero coatto, il che avrebbe violato i limiti posti dall'art. 32, 2° co., Cost., dall'altro, la constatazione – venute meno la pericolosità o il contegno scandaloso dell'internato – della mancanza di un diritto di quest'ultimo a ricevere le cure, pur essendo affetto da una forma di sofferenza psichica meno eclatante, con conseguente violazione del primo comma dell'art. 32 Cost.

Tornando all'analisi della legge, si deve rammentare come, sul piano organizzativo, in essa fossero previsti una serie di criteri volti a rendere più umano e sostenibile l'ospedale psichiatrico, stabilendo che dovesse essere costituito «da due a cinque divisioni, ciascuna delle quali con non più di 125 posti letto», stanziando risorse per l'adeguamento delle strutture e per l'implementazione delle piante organiche di ciascun istituto¹⁹⁹.

La legge “Mariotti”, ispirata ai principi della psichiatria territoriale di settore, prevedeva inoltre la creazione dei Centri di igiene mentale (Cim) in grado di fungere da servizi di medicina preventiva di prossimità²⁰⁰. Dal punto di vista delle finalità, il Cim non si poneva infatti in concorrenza immediata con i manicomi ma mirava piuttosto a

683 ss.; come ricorda A. PIRELLA, *Poteri e leggi psichiatriche in Italia (1968-1978)*, in F. CASSATA, M. MORAGLIO (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 122 ricorda che, riprendendo l'esempio inglese, a Gorizia si era introdotta la figura dell'ospite, ovvero il ricoverato volontario che, dimesso dall'ospedale psichiatrico, restava – in attesa di una sistemazione esterna – nei reparti trasformati in comunità o in abitazioni ricavate in spazi antedatamente riservati al personale.

¹⁹⁹ Sul piano strutturale nulla veniva modificato, dopo l'accantonamento della proposta di creare «enti ospedalieri per l'assistenza psichiatrica» – così come previsto in origine dall'articolo 8 del ddl del 1967 – gli ospedali rimanevano pertanto saldamente nell'ambito di competenza delle province, degli enti pubblici di assistenza e beneficenza e degli istituti ecclesiastici civilmente riconosciuti, creando una discrasia rispetto alla disciplina degli ospedali “generalisti” di cui alla legge 12 febbraio 1968, n. 132.

²⁰⁰ M. LEONI, *Organizzazione dei servizi di igiene mentale*, in *Rass. amm. sanità*, 1969, 422 ss.; G. JERVIS, *Sulla difesa della salute mentale in Italia*, in *Riv. degli ospedali*, 1970, II, 5 ss.; ID., *Promesse e difficoltà dell'assistenza psichiatrica esterna*, in *La provincia di Reggio Emilia*, 1970, 6, 27 ss.; M. ZANETTI, *La riforma dell'assistenza psichiatrica*, in *Riv. province*, 1973, 383 ss.

integrarne l'attività agendo su un versante rimasto fino ad allora quasi del tutto scoperto: quello della profilassi e della riabilitazione²⁰¹.

Anche attraverso le innovazioni e gli strumenti offerti dalla legge²⁰², la breccia aperta nell'«istituzione totale» del manicomio venne ampliata da una prassi prospettica, portata innanzi da psichiatri e amministrazioni locali, che valorizzò l'attività di prevenzione, diagnosi e presa in carico del malato attraverso servizi di tipo ambulatoriale, affiancati dalla creazione di laboratori protetti, centri diurni e case-famiglia, collocati prevalentemente in zone non marginali del tessuto urbano e sociale e che in molti casi erano aperti a tutta la popolazione²⁰³.

L'ospedale psichiatrico era diventato ormai da un po' di anni, il contenitore dei più diversi bisogni sanitari e assistenziali ai quali non si erano trovate risposte: bisogni sanitari relativi a malattie somatiche; bisogni assistenziali di anziani non autosufficienti o cerebropatici gravi; bisogni sociali spesso coperti da false diagnosi psichiatriche per persone bisognose di alloggio, di sostegno economico o di altro; bisogni psichiatrici indotti dalla istituzione stessa. La struttura manicomiale rappresentava il punto finale di un percorso tracciato dalle cliniche psichiatriche, dai medici generici, dagli operatori, dagli ambulatori specialistici delle mutue, dalle famiglie e dagli amministratori, laddove per costruire una strada alternativa all'internamento era necessario spezzare tutti i fili che legavano la società al manicomio. Non era sufficiente lottare dentro l'istituzione, ma costruire sul territorio una serie di servizi, specialistici e sociali, a cui i soggetti coinvolti nella gestione della malattia mentale potevano rivolgersi²⁰⁴.

La legge 431 del 1968 consentì agli operatori di uscire nel territorio e, al contempo, di sperimentare pratiche volte a forzare la realtà manicomiale, mirando esplicitamente al

²⁰¹ L'incapacità dei Cim di rispondere ai reali bisogni della società portarono ad un loro rapido declino cfr. E. BONASIA, A. ROSSATI, *La situazione psichiatrica attuale nella provincia di Torino*, in *Annali di Freniatria e Scienze Affini*, 1977, 90, 3, 237 ss.

²⁰² I principi affermati nella legge del 1968 filtrarono anche in altri contesti normativi, come nella legge 1° dicembre 1970, n. 898 sul divorzio in cui non si fa riferimento al ricovero in ospedale psichiatrico come causa autonoma di divorzio o nella legge 30 marzo 1971, n. 118 che estese il diritto alle provvidenze in favore dei mutilati ed invalidi civili anche a coloro che sono affetti da infermità psichica.

²⁰³ Sulle esperienze di quegli anni F. BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negata*, cit.; AA.VV., *La pratica della follia. Atti del 1° Convegno nazionale di Psichiatria democratica Gorizia*, 22-23 giugno 1974, Centro Internazionale di Studi e Ricerche, Venezia, 1975; F. BASAGLIA, P. TRANCHINA (a cura di), *Autobiografia di un movimento: 1961-1979: dal manicomio alla Riforma sanitaria*, cit.; E. VENTURINI, *Il giardino dei gelsi. Dieci anni di antipsichiatria italiana*, cit.; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 30, nota 44 a cui si rinvia per l'ampia bibliografia sul tema; V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del novecento*, cit., 196 ss.

²⁰⁴ M. FIORANI, *Follia senza manicomio. Assistenza e cura ai malati di mente nell'Italia del secondo novecento*, cit., 380.

suo smantellamento. Dentro quelle esperienze di de-istituzionalizzazione la nuova psichiatria riuscì a costruire anche rilevanti rapporti con il territorio e sperimentare nuove forme terapeutiche nella relazione diretta con i pazienti, abbattendo le barriere gerarchiche e mettendo in discussione i saperi professionali di cui erano portatori i diversi tipi di operatori (medici, infermieri, assistenti ospedalieri). Seppure incompleta, la legge n. 431 del 1968 segnò l'inizio di un rinnovamento normativo, culturale e sociale nel campo psichiatrico, consentendo di smitizzare la follia e di spezzare il legame che da secoli la teneva astretta al concetto di pericolosità²⁰⁵.

2.8.3. La legge Basaglia: quando la libertà è terapeutica

Come si è avuto modo di raccontare²⁰⁶, nel corso degli anni settanta si svilupparono diverse esperienze, differenti per ispirazione ed obiettivi, che concretarono veri e propri esperimenti di trasformazione delle istituzioni psichiatriche.

Schematizzando²⁰⁷ è possibile individuare almeno tre modelli che hanno orientato questi tentativi di trasformazione: a) il progetto volto a promuovere una riforma dell'assistenza che partisse dallo smantellamento dell'ospedale psichiatrico e dalla contestuale creazione di presidi nel territorio; b) la politica della psichiatria di "settore" di ispirazione francese; c) un orientamento volto alla creazione di una psichiatria "territoriale", accompagnata dalla strutturazione di servizi esterni senza nessun collegamento con l'ospedale psichiatrico, ovvero il modello "misto" proprio della legge n. 431 del 1968.

L'eterogeneità di queste realizzazioni e l'originalità delle soluzioni che vennero avanzate e praticate al fine di superare la centralità dell'istituzione manicomiale, erano espressione anche dei diversi approcci che, a livello locale, furono offerti al problema

²⁰⁵ Come ricorda M. ZANETTI, *Realtà manicomiale e servizi di salute mentale*, in F. BASAGLIA, P. TRANCHINA (a cura di), *Autobiografia di un movimento: 1961-1979: dal manicomio alla Riforma sanitaria*, cit., 211 per cui «l'art. 4 dello stralcio di legge n. 431 è dunque il primo atto giuridico che affronta la contraddizione fondamentale su cui si basa la nostra assistenza psichiatrica: la contraddizione fra custodia e cura, in un'organizzazione sanitaria dove il principio della custodia ha finora sempre prevalso sul principio di terapia, riducendo il malato bisognoso di cura ad elemento pericoloso da cui la società deve essere tutelata».

²⁰⁶ Si rinvia a quanto scritto nel capitolo primo per l'analisi del contesto culturale e sociale da cui nacque il movimento che portò all'approvazione della legge n. 180 del 1978.

²⁰⁷ Si riprendono i risultati di una ricerca promossa dalla Direzione Generale Ospedali del Ministero della sanità Cfr. LABOS, *Il dopo 180: primo bilancio di una riforma*, Edizioni Ter, Roma 1989.

dell'organizzazione di un *welfare* plurale, sempre in attesa di una riforma organica del settore sanitario²⁰⁸.

Queste esperienze si inserivano in una temperie culturale²⁰⁹ che trovava quale motivi aggreganti le battaglie contro l'autoritarismo, la fissità dei ruoli sociali, la violenza delle istituzioni e delle loro immagini stereotipate, nel cui contesto dunque la denuncia delle istituzioni totali aveva consentito alla psichiatria di riprendere il centro della scena politica e di inserirsi a pieno titolo nel dibattito pubblico²¹⁰.

Vi è da dire, tuttavia, che la «rivoluzione psichiatrica»²¹¹ ha mostrato di avere radici più profonde rintracciabili nella nuova sensibilità democratica uscita dalla fine dei fascismi, che si è espressa compiutamente nella Carta costituzionale e nei principi, contenuti negli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., che ne sono il fondamento.

²⁰⁸ Interessanti ed innovative furono le conclusioni della Commissione ministeriale nominata per lo studio della riforma psichiatrica dall'allora Ministro della sanità Ripamonti, nelle quali si proponeva l'inserimento delle attività psichiatriche negli ospedali generali, depotenziando e smantellando i manicomi. Veniva data prevalenza alla funzione dei servizi territoriali rispetto a quelli ospedalieri, attraverso la creazione di *équipe* multidisciplinari che agissero da collegamento tra interno ed esterno per garantire la continuità terapeutica ed assistenziale. A ciò si accompagnava l'affermazione della libertà di scelta del paziente di fruire in qualsiasi momento delle diverse strutture dell'assistenza psichiatrica. Il testo della relazione è pubblicato *Relazione ministeriale Ripamonti*, in *Bollettino della società italiana di psichiatria*, 1970, 3, 3 ss.

²⁰⁹ Paradigmatica delle derive ideologiche, oggi quasi incomprensibili, che caratterizzarono quel periodo appare una "strampalata" ordinanza di remissione in cui si poneva in dubbio la legittimità costituzionale del ricovero coatto ai sensi della legge del 1904. La Corte costituzionale, nel dichiarare infondata la questione, pur ritenendo «auspicabile l'ammodernamento della legislazione vigente dal 1904 in questa delicatissima materia», sottolineava di non poter «assolutamente convenire con una ricostruzione della normativa ancora oggi in vigore tale da far pensare addirittura che, nel nostro paese, ricoveri doverosamente disposti a tutela della salute dei singoli malati e della pubblica incolumità possano essere considerati come misure coattive adottate a servizio "dei principi ideologici della classe dominante"» (Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 39, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1570).

²¹⁰ La critica istituzionale di quegli anni era limitata però alle istituzioni psichiatriche ma cominciava a coinvolgere tutte le istituzioni, da quelle per gli anziani e i minori al carcere, ma anche la famiglia e i luoghi di lavoro. Così si è efficacemente scritto che «prima del 1968 c'era un cartello con la scritta "Vietato l'ingresso" dappertutto. Le case chiuse, grazie ad una brava signora, erano state abolite: ma le caserme, i manicomi, gli ospedali, le fabbriche e gli altri luoghi di lavoro, gli uffici pubblici, le scuole, erano tutte case chiuse. Il Sessantotto le aprì. I non addetti ai lavori entrarono e guardarono. Quel pò di trasparenza che l'Italia si è guadagnata viene da lì». Cfr. A. SOFRI, *Piccola posta*, Sellerio, Palermo, 1999, 65.

²¹¹ V.P. BABINI, *Curare la mente: dall'universo manicomiale al "Paese di Basaglia"*, in F. CASSATA, C. POGLIANO (a cura di), *Scienze e cultura dell'Italia unita, Annali XXVI, Storia d'Italia*, Einaudi, Torino, 2011, 623-652; L. TORESINI, E. DIETRICH-DAUM, R. TAIANI, *Dalla Legge Mariotti a Basaglia. L'evoluzione dell'assistenza psichiatrica*, in *Geschichte und Region*, 2008, 2, 146-159; D. PICCIONE, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 4137 ss.; ID., *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Alphabeta, Bolzano, 2013, 31 ss.; sui diritti degli infermi psichici S.P. PANUNZIO, *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, III, Giuffrè, Milano, 1988, 135 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Profili costituzionali dell'assistenza psichiatrica*, in *Studi parmensi*, Cedam, Padova, 1994, 466 ss.

Il riconoscimento del «folle», come persona e cittadino, titolare di diritti e capace di autodeterminazione, l'attenuazione – non certo la scomparsa – dell'attributo della «pericolosità» e dello «scandalo» che avevano connotato necessariamente ogni ricovero psichiatrico dall'inizio del secolo scorso ed infine l'assistenza psichiatrica proiettata sul «territorio» aprirono la strada ad una tensione trasformativa nel settore dell'assistenza psichiatrica. Dal 1968 al 1978, mentre nell'ospedale psichiatrico continuava il lavoro di rinnovamento accompagnato dalla dimissione dei pazienti, emergeva da parte degli operatori la necessità di andare oltre i muri, accompagnando il lungodegente nel territorio per supportarlo nei suoi bisogni, per favorire il suo accesso nel contesto urbano, nelle reti familiari e sociali, nelle istituzioni, ma anche di rispondere alla sofferenza diffusa nella comunità, dove essa si crea e si esprime.

Nacquero in quegli anni le prime esperienze dei centri di salute mentale aperti ventiquattro ore e con disponibilità di posti letto, che avviarono il processo di costruzione di un servizio “forte”, ossia un modello di presa in carico globale del paziente tramite interventi di natura socio-sanitaria. L'ospedale psichiatrico non era più un *moloch*, sempre uguale a se stesso, ma piuttosto un'istituzione in rapporto dinamico con il mondo esterno, che entrava in contatto con il territorio e con i numerosi attori sociali che su questo agivano. La follia e la psichiatria non si esaurivano all'interno delle mura asilari; la malattia mentale trascendeva la mera dimensione istituzionale e si collocava in altri contesti e realtà.

In questo particolare contesto, nel corso della VII^o legislatura, il parlamento riprese la discussione sulla riforma sanitaria, progetto che era ormai maturo per divenire realtà normativa. Nel dicembre 1977 prese avvio la discussione sulla proposta di legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, che rappresentava la sintesi, operata in commissione referente, tra le proposte dei gruppi parlamentari e il disegno di legge presentato dal governo²¹². Il testo rappresentava il punto di approdo di un confronto che durava da oltre un decennio, accompagnato da lotte sindacali, iniziative naufragate

²¹² XIV Commissione permanente (Igiene e Sanità pubblica) della Camera dei Deputati, *Relazione* sul disegno di legge 16 marzo 1977, n. 1252 presentato dal Governo, recante “Istituzione del Servizio sanitario nazionale” e sulle proposte di legge “Istituzione del Servizio sanitario nazionale” (Triva e altri, PCI), “Istituzione del Servizio nazionale sanitario e sociale” (Gorla e altri, Partito demoproletario), “Istituzione del Servizio sanitario nazionale” (Tiraboschi e altri, PSI), “Istituzione del Servizio sanitario pubblico” (Zanone e altri, PLI), reperibili in Camera dei Deputati, *Disegni e proposte di legge – relazioni*, vol. XXVII, Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo, Roma, 1977, 3 ss.; si vedano anche in A. PIZZI, *Malattie e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Giuffrè, Milano, 1978, 89 ss.

spesso anche sul nascere, progetti elaborati e mai giunti al voto del parlamento, dibattiti e convegni sul tema²¹³.

Per quanto concerne l'assistenza psichiatrica, cui erano dedicati due ampi articoli (artt. 30 e 54) del progetto, le novità più importanti erano senz'altro costituite dall'abolizione dei manicomi, dall'inserimento, in linea con l'approccio globale che connotava la riforma, della psichiatria nel contesto della medicina generale ed infine l'introduzione dell'istituto del trattamento sanitario obbligatorio (Tso), che, in virtù di quanto stabilito dal terzo comma dell'art. 30, avrebbe potuto essere disposto dall'autorità sanitaria, previa «proposta motivata di un medico» della Usl, ma solo ove fossero esistite «alterazioni gravi dello stato di salute individuale o gravi ragioni di sanità pubblica e condizioni e circostanze» tali da giustificare il «provvedimento per l'impossibilità di adottare idonee misure sanitarie di altra natura».

L'esame parlamentare procedette per vari mesi in modo stentato²¹⁴, sia per l'oggettiva complessità e ampiezza della materia in esame, sia per effetto della crisi di governo del gennaio del 1978, cui si aggiunse poi, a marzo, il rapimento di Aldo Moro che segnò lo scenario politico-istituzionale del paese.

Ma fu la dichiarazione di ammissibilità del referendum²¹⁵, promosso dai radicali, per l'abrogazione della legge n. 36 del 1904 che rese necessaria una sostanziale accelerazione dei tempi di approvazione delle disposizioni relative alla materia psichiatrica. Una maggioranza trasversale decise allora di stralciare gli articoli relativi ai trattamenti sanitari già discussi in assemblea, al fine di evitare il referendum, affidandone l'approvazione, in sede deliberante, alle commissioni competenti.

Il disegno di legge stralcio²¹⁶, che proponeva una disciplina provvisoria destinata a confluire nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, si ispirava alle soluzioni dettate dagli artt. 30 e 54 del progetto di legge sulla riforma sanitaria, con alcune correzioni ed integrazioni, come la previsione dei servizi psichiatrici di diagnosi e cura

²¹³ R. LAZZARI, *I problemi aperti della sanità in Italia*, in *Probl. sic. soc.*, 1977, 289 ss.; F. PETRONI, *Dalla legge Bonomi alla riforma sanitaria*, in *Prot. soc.*, 1978, 175 ss.; ID., *Il punto sulla riforma sanitaria: dalla legge 349 del 1977 al compromesso sanitario del 1978*, in *Prev. soc. artig.*, 1978, I, 4 ss.

²¹⁴ Rinvio per un'analisi delle posizioni politiche sulla riforma e sul dibattito parlamentare a D. LASAGNO, *Oltre l'istituzione. Crisi e riforma dell'assistenza psichiatrica a Torino ed in Italia*, cit., 146 ss.; P. PETRELLI, *Legge-campione: legge 13 maggio 1978, n. 180*, in G. VISINTINI (a cura di), *Analisi di leggi-campione. Problemi di tecnica legislativa*, Cedam, Padova, 1995, 213 ss.

²¹⁵ Corte cost., 7 febbraio 1978, n. 16, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1, c. 913, con nota di G. TARELLO, *Tecniche interpretative e referendum popolare*.

²¹⁶ Disegno di legge n. 2130 presentato dal governo in data 19 aprile 1978.

(Spdc), quale sede all'interno degli ospedali generali ove avrebbe dovuto espletarsi il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale in regime di ricovero²¹⁷.

La legge 180 del 1978 venne approvata nel maggio del 1978, ma, nonostante nel senso comune sia rimasta un dispositivo normativo autonomo, l'intenzione del legislatore – esplicitata nell'art. 11 – era quella di approvare una normativa di carattere transitorio, in attesa dell'entrata in vigore della riforma sanitaria, ed in particolare, dell'istituzione del Servizio sanitario nazionale, nel cui ambito la disciplina avrebbe potuto trovare una più armonica e definitiva collocazione.

La legge 180, a differenza delle precedenti normative in materia, non venne dunque pensata come legge speciale, riproponendo quella artificiale distinzione tra malattie somatiche e mentali che si traduceva in un dispositivo escludente nei confronti delle persone portatrici di sofferenza psichica, ma come parte di un più ampio progetto di riforma e di attuazione del dettato costituzionale²¹⁸.

Nel dicembre 1978 il parlamento varava il testo definitivo della riforma sanitaria, nel cui contesto le disposizioni della legge 180 venivano assorbite, il che consentì alcune ulteriori modifiche non influenti: così, integrando l'originario art. 6 della legge 180, veniva attribuito alle regioni il compito di fissare il limite massimo di posti letto degli Spdc, si prevedeva inoltre che i «servizi e presidi territoriali extraospedalieri», insieme a

²¹⁷ D. LASAGNO, *Oltre l'istituzione. Crisi e riforma dell'assistenza psichiatrica a Torino ed in Italia*, cit., 151 rammenta che, nel corso delle votazioni, tenutesi il 28 aprile e il 2 maggio del 1978, il disegno di legge venne sottoposto ad alcune ulteriori modifiche. In primo luogo fu approvato un emendamento di carattere garantista, suggerito dal Pci e dal Psi, che introduceva l'obbligo di una seconda convalida medica, oltre a quella già prevista in origine, per i provvedimenti di trattamento sanitario obbligatorio. Si stabilì inoltre che quei provvedimenti, qualora avessero comportato una degenza in ospedale, avrebbero potuto essere disposti solo al verificarsi simultaneo di tre diverse condizioni: la presenza di «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici»; il rifiuto, da parte del malato, di quei trattamenti; la mancanza delle «condizioni» e delle «circostanze» necessarie ad «adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra ospedaliere». Cfr. XIV Commissione permanente (Igiene e Sanità pubblica) della Camera dei Deputati, Seduta del 28 aprile 1978, Discussione, cit., 211 ss.

²¹⁸ Come nota E. FERRARI, Art. 33, in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 339 che nota come il legislatore abbia «cercato di costruire una disciplina di carattere complessivo, procedendo dal generale al particolare: in questo modo alla disciplina generale delle “funzioni”, e cioè delle attività autoritative del Ssn (art. 32), segue qui la disciplina di quelle attività autoritative, e quindi di quei provvedimenti, che impongono al cittadino obblighi nell'interesse della sua salute (art. 33). Così, mentre le attività autoritative in generale impongono restrizioni nell'interesse della salute della collettività o della salute altrui, i provvedimenti qui previsti impongono obblighi che sono destinati al mantenimento e al recupero della salute di colui al quale sono imposti. All'interno di questo particolare gruppo di attività autoritative la legge disciplina poi obblighi connessi alle malattie mentali (art. 34)»; G. BELUSSI, *L'ospedale psichiatrico e la legge n. 180 del 1978*, in *Giur. merito*, 1980, IV, 1005 ss.; A. REALDON, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 410 ss.

quelli ospedalieri fossero ricompresi in strutture dipartimentali, con funzione preventiva, di cura e riabilitativa, facenti capo alle unità sanitarie locali che le regioni avrebbero dovuto istituire²¹⁹. Veniva altresì introdotto un ulteriore comma nella disciplina dei trattamenti sanitari, prevedendo l'obbligo per le Usl di operare al fine di ridurre il ricorso a tali misure, «sviluppando le iniziative di prevenzione e di educazione sanitaria ed i rapporti organici tra servizi e comunità» (art. 33, 6° co.)²²⁰.

La legge 180 del 1978 ha comunque segnato in maniera incisiva la storia normativa del nostro paese, determinando un cambio di paradigma nella visione, comprensione ed approccio al problema della salute mentale.

Appare rilevante rammentare come l'art. 1 della legge (ora art. 33 legge n. 833/1978) abbia imposto il principio generale secondo cui gli accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari, stabilendo, quale eccezione, che essi – ai sensi dell'art. 32 Cost. – possano essere, nei casi previsti dalla legge, disposti dall'autorità sanitaria, con il limite del rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla scelta del medico e del luogo di cura.

Se ne deduce un rovesciamento di prospettiva rispetto alle normative precedenti: la volontarietà del trattamento diviene la regola, traducendo in termini positivi il principio affermato ai sensi del secondo comma dell'art. 32 Cost.

Peraltro il rilievo del principio volontaristico emerge, per un verso, dalla situazione di libertà che è alla base dell'esercizio di ogni diritto soggettivo, e, per l'altro, dal riconoscimento della salute quale diritto sociale esigibile da parte dei cittadini: l'accesso ai trattamenti psichiatrici, dunque, non può più connotarsi come strumentale alla custodia e alla difesa sociale, emarginando l'aspetto sanitario, ma viene ad integrare un possibile percorso volto a garantire quella condizione di benessere individuale in cui si esprime il diritto alla salute.

²¹⁹ In questo senso si era sottolineato come «il problema dell'assistenza psichiatrica e della tutela della salute mentale non può trovare soluzione nell'ospedale psichiatrico e neppure nei reparti psichiatrici, ma nell'unità sanitaria locale intesa nel suo concetto globale preventivo, curativo e riabilitativo». Cfr. S. DELOGU, *La tutela della salute mentale e il servizio sanitario nazionale*, in Aa.Vv., *Psichiatria ed enti locali. Atti del convegno*, Reggio Emilia, 1970, 212.

²²⁰ Per un'analisi più dettagliata delle differenze determinate dall'assorbimento della legge 180 nelle riforma sanitaria si veda A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 55 ss.

La volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari si esteriorizza attraverso il consenso manifestato dall'interessato all'intervento terapeutico²²¹, il che presuppone una trasformazione della relazione tra medico e paziente, più ugualitaria e partecipativa, in contrapposizione ad un'impostazione della relazione di tipo paternalistico. Nel contesto psichiatrico, specie quello reduce dall'esperienza manicomiale, ciò ha imposto una rivoluzione ossia «il superamento di un rapporto oggettivo con il paziente, nel quale [il medico] non può vedere solo un isolato oggetto di studio o di analisi che gli si offre in una relazione alienante (...), ma un soggetto in cui può riconoscere la sua personale soggettività e libertà»²²². Al contempo l'affermazione del consenso come regola di libertà, determina che la necessità del trattamento sanitario obbligatorio – in quanto residuale ed eccezionale – vada dimostrata per poter essere legittimamente attuato il mezzo coattivo, ove invece diverse normative straniere la presuppongono, considerandola come insita e definitoria della malattia mentale²²³.

Il principio della volontarietà si propone inoltre come termine di paragone, di interpretazione, di integrazione delle prescrizioni di principio e delle stesse prassi concrete in materia, con l'espresso limite per cui vi sono poi momenti o aspetti del rapporto tra medico e paziente in cui la ricerca della composizione e della misura non ha spazio né senso, e nei quali perciò il diritto fondamentale riemerge in piena nitidezza come valore incompressibile: cosicché, anche nel campo psichiatrico, al medico si deve richiedere che il proprio impegno nell'ascolto e nell'accompagnamento della decisione abbia una misura sostenibile, ben sapendo che la scelta di libertà del paziente consapevole è un valore assoluto, in quanto fondato sulla congruenza totale tra salute e identità della persona²²⁴.

²²¹ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 172 ss.; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 153 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, cit., 177 ss.

²²² F. BASAGLIA, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico*, in F. BASAGLIA, P. TRANCHINA (a cura di), *Autobiografia di un movimento. 1916-1979. Dal Manicomio alla Riforma sanitaria*, cit., 12; anche E. BORGNA, *Contraddizioni, e significati, di un'esperienza manicomiale*, in ID., *Nei luoghi perduti della follia*, cit., 404 ss. secondo cui «ogni istituzione psichiatrica, che non sia configurata da malati stessi, non può sfuggire alla sua natura sostanzialmente alienante di schema ordinativo e normativo, imposto *ab externo*»; ID., *La parabola agonica della psichiatria*, *ibidem*, 422 ss., specie 432 ss. in cui, in polemica con l'ideologizzazione di matrice antipsichiatrica, ripropone il senso di una psichiatria del dialogo di stampo fenomenologico.

²²³ Si veda l'ampia analisi in A. FIORITTI (a cura di), *Leggi e salute mentale. Panorama europeo delle legislazioni di interesse psichiatrico*, Centro Scientifico editore, Bologna, 2002, 12 ss.

²²⁴ Esplicito il riferimento alle riflessioni di P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e volere*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 49 ss.

In questo nuovo contesto dove «l'offerta di assistenza è legata all'effettiva conoscenza dei bisogni umani e fondata sui risultati di terapie seriamente sperimentate e la richiesta, d'altro canto, è cosciente e consapevole, il consenso finisce [dunque] per perdere il suo tradizionale carattere di elemento formale o di manifestazione di un incontrollato dato individuale, per assumere il valore di una compiuta volontà partecipativa all'intervento sanitario e quindi strumento particolarmente efficace di tutela reale della personalità del paziente»²²⁵. È indicativo in tal senso che il legislatore della riforma abbia voluto integrare la disciplina in commento prevedendo espressamente l'obbligo a carico degli operatori dei servizi e presidi sanitari di accompagnare le misure "imposte" con «iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione» del paziente.

Se è quindi questa la posta in gioco, era inevitabile che il legislatore plasmasse la normativa sul calco del testo costituzionale, delimitando lo spazio di legittimità dell'eccezione, ovvero del trattamento obbligatorio, condizionandolo all'espressa previsione legislativa e, al contempo, conformando la disposizione degli accertamenti e trattamenti sanitari direttamente alla disciplina dell'art. 32 Cost. Tale formulazione appare rilevante sotto vari profili: con essa, infatti, viene superata quell'impostazione che nella norma di legge rinveniva solamente un limite posto a confine tra la sfera giuridica del privato e la signoria dell'amministrazione, laddove varcato tale confine la persona veniva lasciata in balia della discrezionalità dell'amministrazione²²⁶. In questi termini la riserva di legge viene dunque a svolgere una funzione di piena garanzia²²⁷, laddove risulta rinforzata dall'esplicito rinvio al disposto dell'art. 32 Cost., il che consente di funzionalizzarne anche il contenuto materiale al perseguimento di finalità costituzionalmente orientate. In questo contesto infatti la volontarietà del trattamento

²²⁵ L. BRUSCUGLIA, *Art. 1*, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 182; sulle forme di partecipazione consensuale del paziente psichiatrico, al di là degli stereotipi, si veda L. COLAIANNI, «*Per incapacità di intendere e volere*». *Il consenso informato della psichiatria*, Aracne, Roma, 2009, 52 ss.

²²⁶ Sulla discrezionalità dell'amministrazione è doveroso un rinvio a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1970, 1181 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Cedam, Padova, 1989, 22 ss.; B. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano, 2006, 1993 ss.

²²⁷ Sulla funzione della riserva di legge S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963, 292 ss.; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Utet, Torino, 1969, 64 ss.; R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, 1210 ss.; L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, Roma, 1990, 1 ss.

autorizza il pieno dispiegamento del diritto alla salute, declinabile nella sua struttura complessa di diritto di libertà e di diritto sociale²²⁸.

Tale dimensione costituzionale induce significativamente a rimeditare sulla capacità espansiva della legge²²⁹ il che consente di riaffermare, pur in presenza del temporaneo affievolimento determinato dalla sottoposizione al trattamento obbligatorio, la sovranità dell'individuo sulla propria sfera corporea, quale dato strutturale di quell'integrità, che è confine e condizione di legittimità di ogni atto che vi incida in concreto.

Connesso a tale ultima considerazione è il richiamo, nell'art. 33 della legge n. 833/1978, al «rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici», che si rappresenta come un limite al limite, ovvero come un «controlimite»²³⁰ alla condizione di eccezione del trattamento obbligatorio. La previsione di tale dovere di rispetto posta a carico dell'autorità sanitaria non mira semplicemente a riprodurre o esplicitare principi già iscritti nel secondo comma dell'art. 32 Cost., ma delinea la sfera di integrità della persona che non può venir dimidiata dalla sottoposizione al trattamento, modellando, contestualmente, anche le forme e le tecniche di esecuzione dello stesso.

Si possono pertanto considerare contrarie al principio di dignità la mancanza di appropriatezza dell'intervento sanitario o delle sue modalità esecutive, l'uso di terapie non idonee o inefficaci, la somministrazione di farmaci non testati, la mancanza di rispetto per la *privacy* del paziente e, più in generale, un contegno degli operatori sanitari che tenda impropriamente a «reificare» la persona²³¹.

In termini pratici il richiamo al rispetto della dignità della persona appare tutt'altro che superfluo, enunciando dei principi direttivi che si declinano in regole operative volte a

²²⁸ Dimensioni che erano interdette nella vigenza della legge del 1904, non solo per il profilo prettamente custodialistico che ne connotava le disposizioni, ma anche per il monopolio, attribuito nell'ammissione all'istituto, al meccanismo coattivo; monopolio rafforzato dagli artt. 714, 715 e 717 c.p. che sostanzialmente impedivano il ricovero volontario.

²²⁹ In senso contrario sottolinea la superfluità delle regole previste nell'art. 33 della legge, già desumibili dall'art. 32 Cost. vedi D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 204; contra P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 387.

²³⁰ R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in *Foro it.*, 1991, I, 20.

²³¹ Reificazione che non si manifesta solo nelle forme eclatanti del disprezzo per l'altro, ma che può concretarsi anche in forme di bonario paternalismo, come ricorda M. ZAMBRANO, *Verso un sapere dell'anima*, Raffaello Cortina, Milano, 1996, 81 per cui «la cosa più umiliante per un essere umano è sentirsi portato, trascinato come se gli si concedesse a malapena un'opzione e gli fosse a stento possibile scegliere, senza poter prendere alcuna decisione perché qualcun altro, che non si prende la briga di consultarlo, la sta già prendendo al suo posto».

valutare la condotta posta in essere dalle autorità preposte e dagli operatori sanitari nell'attuazione degli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori.

La riaffermazione della pienezza dei diritti civili e politici, parte integrante della condizione di cittadini propria anche dei pazienti psichiatrici, potrebbe sembrare del tutto ovvia²³², tuttavia, se si ha riguardo al contesto normativo della legge del 1904, ci si rende conto che il ricovero coatto in manicomio e la conseguente nomina di un tutore provvisorio sancivano la «morte civile»²³³ della persona.

Peraltro, come si è già notato, l'internamento definitivo non si limitava soltanto a paralizzare la capacità di agire del paziente, ma ne comprimeva uno dei basilari diritti politici, ossia il diritto di voto²³⁴. Al contempo il riconoscimento, per quanto possibile, del diritto di libera scelta del medico e del luogo di cura contribuisce a confermare l'assimilazione della tutela alla salute psichica a quella fisica, attribuendo anche al portatore di una malattia mentale il diritto di vantare una pretesa nei confronti dei servizi, che concerne non solamente il profilo oggettivo del contenuto delle prestazioni sanitarie, ma anche quello soggettivo inerente l'erogatore di tali prestazioni. L'interesse del paziente a poter scegliere il medico e ad usufruire delle relative prestazioni sanitarie rappresenta uno degli elementi di innovazione nel processo normativo di attuazione del diritto alla salute enunciato nella riforma sanitaria (art. 19, 2° co., legge n. 833/1978)²³⁵. Sul contiguo terreno della tutela della personalità del cittadino si pone infine l'ulteriore garanzia che consente al paziente di «comunicare con chi ritenga opportuno», il che, dal punto di vista storico, rappresentava una netta presa di distanza rispetto alla legislazione previgente la quale, in particolare attraverso i regolamenti speciali dei singoli manicomi, aveva attribuito al direttore o al personale medico un potere discrezionale quanto alle visite e ai colloqui tra visitatori e ricoverati, per non parlare delle limitazioni alla circolazione di libri e giornali all'interno dell'istituto.

Altro elemento qualificante della legge è dato dalla previsione della graduale chiusura degli ospedali psichiatrici, con espresso divieto di costruirne di nuovi, «utilizzare quelli

²³² Si veda il dibattito in Commissione, in particolare le considerazioni di Pannella e la replica del relatore Orsini. Cfr. XIV Commissione permanente (Igiene e Sanità pubblica) della Camera dei Deputati, Seduta del 28 aprile 1978, Discussione, cit., 211 ss.

²³³ L. BRUSCUGLIA, *Art. 1*, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 188.

²³⁴ In tal senso l'art. 3 d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223 disponeva che «Il diritto di voto è sospeso per i ricoverati negli istituti psichiatrici a decorrere dalla data del decreto del tribunale che ne dispone l'internamento in via definitiva». Su cui L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, Giuffrè, Milano, 1957, 62 ss.

²³⁵ E. FERRARI, *Art. 19*, in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 233 ss.

attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali, istituire negli ospedali generali divisioni o sezioni psichiatriche» (art. 7 legge n. 180/1978, ora 64 legge n. 833/1978)²³⁶, con conseguente assorbimento delle relative funzioni e del personale nell'ambito degli ospedali generali o dei servizi territoriali²³⁷.

La determinazione del legislatore di abolire i manicomi, vietandone la ricostituzione, è il frutto della dimostrazione che vi erano alternative credibili, rappresentate dagli esperimenti di trasformazione, già in atto prima della riforma, che hanno trovato quindi almeno parziale riconoscimento nella stessa proprio in quanto "amministrabili". Così, in alcune realtà, i nuovi servizi psichiatrici erano sorti immaginando di inserirsi all'interno delle istituende unità sanitarie locali anche attraverso l'avvio di un lavoro sul territorio in collaborazione con le strutture sanitarie e con quelle assistenziali.

In sostanza, come si desume anche dal dibattito parlamentare, sono state le trasformazioni che si erano prodotte a livello locale, per quanto diversificate tra loro, a influenzare "dal basso" i contenuti della riforma, dimostrando la fattibilità di un sistema di servizi psichiatrici privo del manicomio. Ma non solo, i processi di cambiamento, avvenuti in quelle realtà, avevano reso tangibile l'alternativa di un'assistenza psichiatrica ricondotta nell'alveo dei diritti costituzionali.

Quindi, già prima della riforma, un movimento composito, rafforzato dalla legge n. 431 del 1968, aveva messo in crisi la funzione del manicomio quale luogo ideale attraverso cui rispondere al doppio mandato, insieme medico e sociale, di una scienza da sempre considerata strutturalmente in bilico tra assistenza e controllo della devianza: impegnata sí a curare i malati di mente, ma anche a difendere la società dalla loro reale o presunta pericolosità²³⁸.

²³⁶ Accanto al divieto di costituire nuovi ospedali psichiatrici, la legge 180 dispose norme per la revisione della condizione dei ricoverati: in particolare, i ricoverati coatti, ancora bisognosi di cure e non trasformabili in volontari, vengono sottoposti alla disciplina del trattamento sanitario obbligatorio, con indicazione da parte del primario responsabile della durata presumibile del trattamento (art. 8, legge n. 180/1978).

²³⁷ «L'abolizione del dispositivo centralizzato manicomiale comporta la perdita di quello che era stato almeno da un secolo il principio organizzatore della psichiatria, cui si sostituisce il principio "territoriale", radicalmente diverso e infinitamente più ampio e complesso. Dall'istituzione asilare, unica e centrale, si passa a una sorta di "istituzione diffusa"». Cfr. F. GIACANELLI, *Prefazione*, in F. ASIOLI, A. BALLERINI, G. BERTI CERONI (a cura di), *Psichiatria nella comunità. Cultura e pratica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, XV-XXI; G. DE PLATO, *La riforma sanitaria del 1978 e la fondazione scientifica della psichiatria*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2008, 3, 397 ss.

²³⁸ «L'esercitare la psichiatria necessariamente comporta un compito di controllo sociale implicitamente connesso al ruolo terapeutico: si tratta d'intendere in che cosa deve consistere questo controllo». Così G. PONTI, *Psichiatria e giustizia*, Raffaello Cortina, Milano, 1993, 62.

L'abolizione del manicomio ha rappresentato dunque un riconoscimento – certamente radicale – del fallimento dell'ideologia asilare ottocentesca, insita in quell'insieme di misure e istituti volti alla separazione e all'esclusione di quel coacervo sociale di individui privati del «diritto ad avere diritti» che Bauman ha descritto con l'espressione «vite da scarto»²³⁹.

Negli anni settanta, peraltro, tale riconoscimento è emerso come momento di svolta nella storia italiana, periodo in cui si attivarono forze sociali e politiche capaci di smontare o riformare secolari centri di potere, tra cui quello manicomiale²⁴⁰.

È su questo paradigma che la legge italiana del 1978 interviene profondamente e, nel regolare il trattamento della malattia mentale, il legislatore – abbandonata completamente l'ottica asilare e para-detentiva caratterizzante la vecchia legge del 1904 – definisce una scala di valori che vede il primato della salute dell'uomo, della sua libertà e dignità su ogni altro interesse, il che postula un diverso approccio alla salute mentale, modificando gli obiettivi fondamentali dell'intervento pubblico – dal controllo sociale dei malati alla promozione della salute e prevenzione dei disturbi mentali – e di conseguenza spostando l'asse portante dell'intervento istituzionale dal ricovero ospedaliero alla definizione di servizi territoriali.

Sul piano organizzativo, ciò si traduce nell'inserimento organico dei servizi psichiatrici nell'ambito dei servizi generali, in modo da eliminare – pur nella specificità delle misure terapeutiche – ogni forma di discriminazione e di segregazione verso i settori di cura delle infermità mentali, e al fine di favorire, al contempo, il recupero e il reinserimento sociale delle persone con disturbo psichico (art. 2, 2° co., lett. g), legge n. 180/1978; art. 34, 4° co., legge n. 833/1978). A ciò si accompagna la previsione secondo cui il trattamento dell'infermo deve essere attuato, di norma, nei Centri e presidi psichiatrici extra-ospedalieri, laddove per il ricovero ospedaliero²⁴¹, ridotto ad una forma di intervento assolutamente residuale e transitorio, si programma la creazione

²³⁹ Z. BAUMAN, *Vite di scarto*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

²⁴⁰ In un paese come il nostro, tradizionalmente conservatore e corporativo, non si deve dimenticare la straordinaria forza dell'apparato manicomiale, dietro al quale si celavano consolidati interessi, posizioni di rendita e di potere, migliaia di dipendenti arroccati nella difesa del loro *status*. Un apparato solido e fondato su un sentire comune profondo e su un'accettazione sociale diffusa del manicomio come luogo di separazione dei devianti dalla società dei sani.

²⁴¹ La degenza ospedaliera non solo si caratterizzava come strumento da attuarsi in casi eccezionali e straordinari, ma soprattutto veniva ad assolvere una funzione esclusivamente terapeutica e non più, come in passato, di difesa sociale. Ciò era il portato della nuova visione della malattia mentale, considerata come una forma di malattia al pari di altre, il cui approccio mira non più alla ghettizzazione ma, al contrario, al pieno recupero alla società del malato sotto ogni profilo.

di specifici reparti di diagnosi e cura all'interno delle strutture dipartimentali per la salute mentale (art. 34, 5° co., legge n. 833/1978 e art. 6, 2° e 3° co., legge n. 180/1978). L'operazione di decostruzione del paradigma custodiale si realizza infine anche attraverso il dispositivo degli accertamenti e trattamenti sanitari²⁴², la cui attuazione è condizionata al generale principio di volontarietà. Riguardo ad essi il legislatore ha contemplato una disciplina snella che, nell' "amministrativizzare" il procedimento di imposizione del trattamento obbligatorio (Aso e Tso)²⁴³, ne circoscrive la responsabilità dell'adozione entro il circuito formato da sapere medico e autorità locale delegata alla tutela della salute pubblica, con una funzione esterna e di garanzia attribuita al giudice tutelare.

Il legislatore del 1978 ha preferito erigere l'impianto del dispositivo trattamentale sul binomio necessità/rifiuto delle cure, che ne rappresenta il corrispettivo concreto e molto più obiettivabile.

Esso rappresenta, infatti, l'asse portante della condizione in cui un rifiuto (in varie forme) al trattamento non può essere accettato in quanto potenzialmente lesivo per il diritto alla salute del paziente e al contempo per il correlato interesse della collettività: su questo paradigma si delineano i modelli di presa in carico e di prevenzione del *drop-out* così come il tentativo di costruzione della relazione terapeutica²⁴⁴.

Se l'obiettivo essenziale perseguito attraverso la riforma era rappresentato indiscutibilmente dalla chiusura dei manicomi nel segno dei diritti, sostituendo all'*Asylum* un sistema di cura senza custodia, l'impatto, a livello normativo, sociale e culturale, del passaggio da una cura-controllo del disturbo psichiatrico, attuata di norma in condizioni di degenza ospedaliera, ad una gestione della medesima con netta

²⁴² M.G. GIANNICEDDA, *Sul trattamento sanitario coatto*, in *Dem. dir.*, 1988, 4-5, 253 al contrario ritiene che sia attraverso il trattamento sanitario obbligatorio, «e non dalla pura abolizione del manicomio e dal riconoscimento di pieni diritti al malato di mente, che la psichiatria passa dall'essere storicamente zona franca di ogni garanzia a terreno dove diventa praticabile la ricerca di una sostanza, per il diritto alla salute, che non sia interamente riconducibile alle forme di gestione della malattia».

²⁴³ Anche con riguardo al trattamento sanitario obbligatorio, permane la regola generale del trattamento extra-ospedaliero. La legge, difatti, ipotizza i casi in cui il trattamento obbligatorio della malattia mentale può prevedere che le cure vengano prestate in situazione di degenza ospedaliera: per darvi luogo, oltre alla presenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, e al fatto che gli stessi non vengano accettati dall'infermo, si precisa che devono sussistere condizioni e circostanze che non permettano di adottare tempestive ed idonee misure extra-ospedaliere (art. 34 legge n. 833/78; art. 2, 2° co., legge n. 180/78).

²⁴⁴ Sulla disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori si veda A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 50 ss.; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Cisu, Roma, 1995, 69 ss. In generale si rinvia all'approfondimento sviluppato nel III capitolo.

predominanza del momento territoriale, ambulatoriale e domiciliare, si è concretato in uno *work in progress* in costante evoluzione²⁴⁵. E non poteva essere altrimenti in un contesto connotato da bisogni complessi e composti, in cui l'approccio terapeutico non si poteva limitare all'aspetto sanitario o farmacologico, dovendo coinvolgere anche il vissuto esistenziale del malato e della sua famiglia: il che comporta che i servizi debbano farsi flessibili e "adattivi" misurandosi, se necessario, con estenuanti itinerari di assicurazione, di sostegno e di spiegazioni nei confronti degli utenti e dei loro congiunti, in un continuo lavoro di proposizione di quanto può effettivamente essere fatto a beneficio del malato, ponendo attenzione alla sua essenza di persona umana sofferente, piuttosto che all'astratto timore della distruttività e pericolosità del disturbo mentale da cui è afflitto.

2.8.4. Brevi cenni sui profili critici e sulle lacune della legge n. 180/1978

L'obiettivo dell'analisi sviluppata in questa sede è essenzialmente volto a porre in rilievo i profili emergenti, nel contesto normativo, che hanno determinato e connotato il cambio di paradigma di riferimento nella comprensione e disciplina del fenomeno della malattia mentale. Tuttavia riflettere sulla nuova legislazione sanitaria in ambito psichiatrico, indagandone la significatività, da un lato comporta il ri-pensarne i fondamenti teorico-pratici, vagliandone la sostenibilità nel contesto attuale, dall'altro il considerarne, senza indulgenze, gli esiti e le prospettive di sviluppo.

Al di là delle critiche ideologiche²⁴⁶, la legge del 1978, pur nella chiarezza delle sue idee-cardine, si è caratterizzata per alcune scelte programmatiche che ne hanno ritardato o reso più complessa una diretta attuazione.

In questo senso, pur doverosa, nel contesto della progressiva regionalizzazione dei servizi sanitari, l'attribuzione alle regioni, nell'ambito del piano sanitario regionale,

²⁴⁵ Come ricorda efficacemente P. CENDON, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Esi, Napoli, 1988, 11 «un certo incanto, con l'approvazione della legge, svanisce davvero per sempre nel modo di guardare alla follia. Esaudendo l'istanza forte del movimento, il ripudio del manicomio mette a nudo improvvisamente, verso la fine degli anni '70, anche gli eccessi e le semplificazioni di cui tante letture erano intrise (...) sono proprio gli psichiatri più attenti, dopo il 1978, a porre per primi la questione di un volto professionale da ritrovare o da rinnovare, accanto ad altri interlocutori, al di là delle polemiche tradizionali sull'istituzionalismo, sulla violenza degli apparati, sui complotti in atto oltre le mura ospedaliere».

²⁴⁶ Ne è esempio reativo G. FRANCHI, *All'indomani della legge di riforma dei ricoveri per malattie mentali. Le premesse di un nuovo fallimento*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1978, 569 ss.

della disciplina del graduale superamento degli ospedali psichiatrici e della correlata individuazione degli ospedali generali entro cui istituire i servizi psichiatrici di diagnosi e cura (Spdc), oltre alla definizione degli ambiti territoriali di operatività dei servizi ai sensi dell'art. 25, 2° e 3° co., del d.P.R. n. 616/1977, ha consentito una messa in opera a macchia di leopardo delle previsioni della riforma, determinata non solo dall'attuazione da posizioni conservatrici delle amministrazioni regionali e degli enti locali, ma anche da problemi di ripartizione di competenze e di destinazione delle risorse necessarie²⁴⁷.

In particolare l'art. 64 della legge n. 833/1978, data la sua natura programmatica, ha rappresentato solo un vincolo di indirizzo per i legislatori regionali, consegnando nelle mani di questi ultimi l'obiettivo del superamento degli ospedali psichiatrici, possibile solo attraverso il potenziamento, e ove assenti, la creazione di servizi territoriali e di strutture residenziali alternative, queste ultime poste a carico dei comuni e delle unità sanitarie locali.

Ed in effetti, guardando *ex post*, la mancata previsione di obblighi cogenti sui modi e i tempi di attuazione della legge (attraverso la creazione di strutture assistenziali alternative, la responsabilizzazione delle famiglie e il potenziamento dei servizi territoriali), ha fatto sì che la chiusura definitiva degli ospedali psichiatrici si realizzasse più per il fisiologico esaurimento dei pazienti in essi ricoverati, che non per effetto diretto della riforma²⁴⁸.

Lo stesso regime transitorio, previsto dall'art. 8 della legge 180 per gli infermi già ricoverati negli ospedali psichiatrici, ha rivelato la sua inadeguatezza non tenendo conto dei connessi problemi strutturali inerenti la creazione di percorsi alternativi all'istituzione manicomiale, oltre alla carenza di posti letto nei servizi psichiatrici

²⁴⁷ Sul punto le osservazioni di A. BARDUSCO, *Il labirinto della malattia di mente e la legge 180*, in *Dir. soc.*, 1978, 4, 717; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 51 ss. La diretta conseguenza della mancata o insufficiente assistenza elargita dai servizi territoriali è stata la sostanziale presa in carico del malato psichico da parte delle famiglie. Il che ha rappresentato una conseguenza più drammatiche dell'applicazione della legge 180: «specie nel primo decennio, gran parte del carico fu sostenuto per un lato dalle famiglie dei pazienti, con grandissimi sacrifici e non poche vere tragedie, e per un altro lato dalle cliniche private, i cui proprietari erano ben lieti di lucrare sulle rette di degenza rimborsate dalle regioni». Cfr. G. CORBELLINI, G. JERVIS, *La razionalità negata*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, 149.

²⁴⁸ La loro chiusura è stata completata solo nel 1996, grazie anche all'impegno dell'allora Ministro della salute Bindi, che condivise con le Regioni un percorso di definitivo di superamento degli ultimi settanta ospedali rimasti e di costruzione del secondo Progetto obiettivo nazionale (PON) "Tutela della salute mentale" per gli anni 1998-2000. FONDAZIONE BENETTON STUDI E RICERCHE (a cura di), *Per un atlante degli ospedali psichiatrici pubblici in Italia. Censimento geografico, cronologico e tipologico al 31 dicembre 1996* (con aggiornamento al 31 ottobre 1998), Fondazione Benetton Studi e Ricerche, Treviso, 1999.

istituiti negli ospedali generali; sicchè, «come sempre quando le norme non [sono] in concreto applicabili per mancanza di adeguati strumenti operativi, la realtà si [viene] determinando al di là e contro il dettato di legge»²⁴⁹.

Le disposizioni della riforma sono apparse decisamente carenti in ordine alla definizione delle linee di indirizzo relative alle forme, percorsi e destinazione di risorse specifiche volte a facilitare il reinserimento dei lungo-degenti nel contesto familiare e sociale, il che ha determinato le condizioni per la permanenza entro gli ex ospedali psichiatrici di una parte dei ricoverati e, in alcune realtà, la impropria creazione, nei reparti degli ospedali generali, di “manicomietti” destinati a particolari categorie di infermi cronici.

Quindi, accanto ad una responsabilità di alcune regioni, nei ritardi dell’attuazione della riforma, anche il governo nazionale ha mostrato i suoi limiti nella mancata implementazione degli obbiettivi in materia di tutela della salute mentale sanciti all’art. 2, 2° co., lett. g) della legge n. 833/1978, anche attraverso la definizione del piano sanitario nazionale, nel cui ambito si sarebbero dovuti fissare i livelli delle prestazioni sanitarie da garantire a tutti i cittadini²⁵⁰.

È necessario tuttavia constatare, anche alla luce delle indagini sull’attuazione della legge²⁵¹, come il rischio di una nuova re-istituzionalizzazione si sia dimostrato regressivo rispetto alla spinta verso la socializzazione dei malati di mente, a cui il sistema integrato e multidisciplinare di natura socio-assistenziale ha saputo fornire, in varie realtà, vie alternative con effetti positivi in termini di reinserimento nel tessuto sociale.

2.8.5. Oltre la 180: riforma sanitaria e *soft law*

²⁴⁹ Così A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 189; A. BARDUSCO, *Il labirinto della malattia mentale e la legge 180*, cit., 718 ss.; sul piano dell’attuazione R. MISITI et al., *La riforma psichiatrica. Prima fase di attuazione*, Cnr, Roma, 1981, 35 ss.; C. VETERE, *Aspetti organizzativi e funzionali della psichiatria dopo le recenti leggi di riforma*, in *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978. Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980*, cit., 29 ss.

²⁵⁰ Si rinvia sul punto all’analisi sviluppata nei prossimi paragrafi.

²⁵¹ CENSIS, *L’attuazione della riforma psichiatrica nel quadro delle politiche regionali e dell’offerta quantitativa e qualitativa dei servizi*, Isis, Roma, 1989; ma vedi anche P. RONFANI, S. PIRO (a cura di), *La riforma psichiatrica del 1978 e il Meridione d’Italia (Studio sull’attuazione della legge 13 maggio 1978, n. 180)*, in *Quaderni di documentazione sulla prevenzione delle malattie mentali*, Il Pensiero scientifico, Roma, 1983, 289 ss.

Come si è cercato di illustrare, l'assetto del Sistema sanitario italiano si presentava (e si presenta) tutt'altro che statico, influenzato dal sostrato complesso e in continua evoluzione costituito dal diritto alla salute. Di questa dinamicità è espressione l'evoluzione stessa della legislazione sanitaria in materia psichiatrica, prima e dopo il 1978.

In questo ambito, il fenomeno di regionalizzazione dell'assistenza sanitaria ha vissuto due stagioni: una prima, *post* legge n. 180/1978, durante la quale l'attuazione della riforma ha visto una fase di stasi, cristallizzando «situazioni di passaggio» che avrebbero dovuto essere superate in tempi brevi ed una seconda fase, quella dei Progetti Obiettivo, che ha rappresentato una svolta verso la piena ed effettiva attuazione della lettera e dello spirito della riforma.

La riforma psichiatrica, nel bene e nel male, ha vissuto e si è sviluppata in simbiosi con la legge n. 833 del 1978, e quindi i processi che hanno investito quest'ultima si sono riflessi sui tempi e forme di affermazione della prima.

Si rammenta, a fini esplicativi²⁵², come il primo passo verso la regionalizzazione dell'organizzazione della tutela della salute mentale venne compiuto con la legge 22 luglio 1975, n. 382, nella quale si fissarono i principi e criteri in base ai quali il governo, entro 12 mesi, avrebbe dovuto emanare decreti diretti a completare il trasferimento delle funzioni amministrative inerenti le materie di cui all'art. 117 Cost., nonché degli uffici e del personale alle regioni. In particolare con il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 furono affidate alle regioni le funzioni di programmazione e di organizzazione dei servizi, nonché le tipologie e modalità delle prestazioni inerenti alla materia dell'«assistenza sanitaria ed ospedaliera»²⁵³.

Seppure in maniera disorganica, è però solo con l'art. 7, 1° co., della legge n. 180/1978 che vennero espressamente trasferite alle regioni «le funzioni amministrative concernenti l'assistenza psichiatrica in condizioni di degenza ospedaliera già esercitate dalle province», lasciando a queste ultime la competenza sull'assistenza psichiatrica

²⁵² Richiamando gli approfondimenti sviluppati nella prima sezione del presente capitolo sulle leggi sanitarie.

²⁵³ Sulle problematiche connesse al decentramento amministrativo in materia sanitaria si richiama C. SPADARO NORELLA, *Condizionamento dei poteri regionali in materia di assistenza sanitaria: dalla legge n. 382 del 1975 alla legge n. 833 del 1978*, in *Assistenza Sanitaria*, 1979, 235 ss.; V. ANGIOLINI, *L'amministrazione locale nella riforma sanitaria: spunti per una definizione obiettiva del fenomeno autonomistico*, in *Jus*, 1979, 232 ss.

ambulatoriale e domiciliare, senza peraltro disciplinare le forme del necessario coordinamento organico e funzionale tra le strutture²⁵⁴.

Un assetto sistematico alla materia è stato dato tuttavia solo dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, la quale indica all'art. 1 come compito coordinato dello Stato, delle regioni e degli enti locali territoriali, l'attuazione del complesso delle funzioni, strutture e servizi destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica della popolazione, secondo modalità che garantissero l'eguaglianza dei cittadini²⁵⁵. In questa prospettiva appare rilevante la previsione dell'art. 2, 2° co., lett. g) che stabiliva, tra gli obiettivi che le istituzioni avrebbero dovuto perseguire, «la tutela della salute mentale, privilegiando il momento preventivo e inserendo i servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali, in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione, pur nella specificità delle misure terapeutiche e da favorire il recupero e il reinserimento sociale dei disturbati psichici».

Sotto il profilo strettamente ordinamentale, la legge n. 833/1978 attribuiva, con l'art. 5, alle regioni le funzioni di indirizzo e coordinamento in materia sanitaria in generale e psichiatrica in particolare, nel rispetto dei criteri di programmazione economica nazionale, nonché, ai sensi dell'art. 11, le funzioni legislative e amministrative proprie e delegate, seguendo il metodo della programmazione pluriennale, da attuarsi attraverso la predisposizione di piani sanitari regionali.

Risulta essenziale, alla luce dell'ispirazione di fondo della riforma, volta a espandere i servizi psichiatrici di territorio, quanto disposto dall'art. 34 che demandava alle leggi regionali l'istituzione dei servizi territoriali destinati alla prevenzione, alla cura e alla riabilitazione delle malattie mentali entro strutture dipartimentali, sia di tipo ospedaliero che extra-ospedaliero. L'opera di de-istituzionalizzazione, avviata dalla riforma, non poteva certo limitarsi all'abbattimento delle strutture manicomiali, dovendo prospettare un percorso alternativo attraverso l'edificazione di un sistema di servizi di prossimità,

²⁵⁴ Ciò consentì alle province di continuare a gestire l'assistenza psichiatrica extra-ospedaliera, perpetuando le scelte politico-organizzative ormai sedimentate, senza attivare iniziative di rinnovamento in stretta collaborazione con gli organi (ospedali generali) deputati all'assistenza ospedaliera. In tal modo molte amministrazioni provinciali poterono impedire non solo ogni attività decentrata sul territorio, ma anche l'apertura degli stessi servizi speciali di diagnosi e cura presso gli ospedali generali. In tal senso A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 206 ss.

²⁵⁵ A. CORASANITI, Artt. 1-2, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1194 ss.; E. CASETTA, *Considerazioni generali sulla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale*, in *Trib. amm. reg.*, 1979, II, p. 405 ss.; in generale F. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio Sanitario Nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit.

dotati di mezzi e operatori qualificati, in grado non solo di “fare” prevenzione ed educazione sanitaria alla popolazione, ma anche di farsi carico del reinserimento sociale delle persone con sofferenze psichiche.

Delineato, seppur sinteticamente, lo sviluppo normativo in materia, si può sottolineare come, sul piano attuativo, le Regioni, nel corso degli anni ottanta non abbiano dato seguito alle previsioni della legge del 1978, “dimenticando” di dotarsi di apposite leggi in materia²⁵⁶. L’inattuazione fu determinata anche dai ritardi nell’istituzione delle unità sanitarie locali, dagli inadeguati finanziamenti statali, dal blocco degli organici regionali che resero difficile, al di là delle resistenze culturali e politiche, dare concreta traduzione nella pratica alla riforma²⁵⁷. Si è trattato di un “effetto domino” che ha influito sul livello di presenza ed efficienza, “a macchia di leopardo”, dei servizi psichiatrici nelle varie aree del nostro paese: difatti, a fronte di alcune esperienze particolarmente importanti²⁵⁸ – ove i processi di de-istituzionalizzazione e reinserimento degli infermi di mente figurano assai sviluppati – sussistono situazioni nelle quali i servizi sono carenti, privi di risorse materiali ed umane, perpetuando attraverso la presenza di strutture residenziali di lungo degenza (a volte in condizioni di profondo degrado) quella condizione manicomiale che la legge “Basaglia” aveva inteso cancellare dalla storia del nostro paese.

Come già accennato, se la riforma psichiatrica si poneva l’obiettivo della contestualità tra il superamento dell’ospedale psichiatrico e la costruzione dei servizi, proprio a questo livello si determinarono le maggiori difficoltà, con una forte “discrepanza

²⁵⁶ La maggior parte delle Amministrazioni regionali peraltro non adottò né leggi regionali in materia, né alcun Piano Sanitario Regionale: di fatto, nel corso degli anni Ottanta, essi furono approvati solo in Emilia Romagna, Piemonte, Marche, Valle d’Aosta, Toscana, Umbria, Veneto, Friuli e nella provincia autonoma di Bolzano. Per alcuni momenti di riflessione sulla riforma dei primi anni Ottanta: R. MISITI *et al.*, *La riforma psichiatrica: prima fase di attuazione*, cit.; S. PIRO, A. ODDATI (a cura di), *La riforma psichiatrica del 1978 e il meridione d’Italia: studio sull’attuazione della Legge n.180 del 13 maggio 1978 in sei province dell’Italia meridionale peninsulare*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 1983.

²⁵⁷ Come scrive C.G. DE VITO, *I luoghi della psichiatria. Una ricerca sulla rete dei servizi di salute mentale in Toscana a trent’anni dalla legge Basaglia*, Polistampa, Firenze, 2010, 46 «L’inerzia delle istituzioni e il mancato collegamento con i servizi territoriali fecero del periodo tra il 1983 e il 1993 una fase di “sostanziale abbandono e di lenta trasformazione della struttura”. La sintesi di quel cinico disinteresse verso le persone ancora ricoverate negli ospedali psichiatrici era in un neologismo allora molto in voga: “residui manicomiali”».

²⁵⁸ Sull’esperienza toscana C.G. DE VITO, *I luoghi della psichiatria. Una ricerca sulla rete dei servizi di salute mentale in Toscana a trent’anni dalla legge Basaglia*, cit.; sull’esperienza lombarda E. RE (a cura di), *I servizi di salute mentale: storia e organizzazione istituzionale*, Azienda Ospedaliera Niguarda, Milano, 2006.

temporale” tra il lavoro di dimissione e la strutturazione dell’intervento sul territorio²⁵⁹. In parte ciò era una conseguenza inevitabile della scelta di rottura fatta dalla legge 180, per la quale l’abolizione degli ospedali psichiatrici segnava un punto di non ritorno, che tuttavia presupponeva la necessaria organizzazione di una rete di servizi territoriali di salute mentale ispirati ad un modello del tutto alternativo a quello precedente. Si può inoltre rammentare che i ritardi e le resistenze nella sua attuazione erano anche il portato di una fase di profonda mutazione del panorama socio-economico nazionale, caratterizzato da forte riflusso del quadro politico, il che aveva progressivamente depotenziato sia la spinta riformatrice che la diffusa partecipazione dal basso al progetto di trasformazione.

La seconda fase del processo di rinnovamento dell’organizzazione dei servizi psichiatrici prendeva avvio con il Progetto Obiettivo «Tutela della salute mentale», contenuto nel d.P.R. 7 aprile 1994, che ha rappresentato, dopo 16 anni dall’approvazione della legge 180, la prima regolamentazione a livello nazionale volta a dettare i principi direttivi e i criteri guida per strutturare, in maniera tendenzialmente omogenea, il sistema dei servizi per la salute mentale sul territorio nazionale. Nelle premesse del documento si dava atto del fatto che la legge 180 avesse «postulato un diverso approccio alla malattia mentale, modificando gli obiettivi fondamentali dell’intervento pubblico dal controllo sociale dei malati di mente alla promozione della salute e alla prevenzione dei disturbi mentali e spostando l’asse portante delle istituzioni assistenziali dagli interventi fondati sul ricovero ospedaliero a quelli incentrati sui servizi territoriali». Tuttavia proprio il risultato non soddisfacente dell’attuazione della riforma, la scarsa articolazione dei servizi, nonché il ritardo nel predisporre strutture ed interventi sul territorio, con un sovraccarico funzionale per le famiglie dei malati, avevano spinto l’esecutivo a definire linee uniformi di sviluppo strutturali del sistema²⁶⁰. In tal senso, il progetto prevedeva la creazione di Dipartimenti di salute mentale (Dsm), corrispondenti al bacino di utenza e ai bisogni a livello regionale, e che,

²⁵⁹ Il processo di riforma non poteva affermarsi in pochi anni, anzi, col passare del tempo, le dimissioni dei ricoverati negli ospedali psichiatrici diventavano sempre più complesse a mano a mano che si trattava di riportare sul territorio pazienti cronicizzati da decenni di ricovero. All’affermazione del principio della deistituzionalizzazione dovevano pertanto seguire lunghi periodi di riabilitazione e risocializzazione, sia dentro che fuori dall’ospedale psichiatrico, affinché quelle persone potessero riacquisire un minimo di autonomia e di fiducia in se stessi.

²⁶⁰ In tal senso la trattazione, contenuta nel Progetto Obiettivo, è stata interamente concentrata sulle caratteristiche tecnico-organizzative del Dipartimento di salute mentale, senza riferimenti alla realtà più ampia dei servizi socio-sanitari e tantomeno alla partecipazione della società civile.

in ogni Dipartimento di salute mentale (Dsm), la struttura ordinaria comprendesse i seguenti servizi, ciascuno con funzioni diverse, ma complementari: a) Centri di salute mentale (Csm); b) Servizi di diagnosi e cura (Spdc); c) strutture semiresidenziali (*day hospital* psichiatrico e centro diurno); d) strutture residenziali, specie in considerazione di bisogni di lungo-assistenza, la domanda di residenzialità protetta e semiprotetta.

Il rilancio del processo riformatore della 180 coincideva dunque con un ulteriore spostamento del baricentro dei servizi di salute mentale in direzione di un Dipartimento “forte”, connotato in senso specialistico, che si veniva ad inserire in un modello organizzativo nel quale la protezione della salute mentale era garantita dall’unitarietà e integrazione dei servizi psichiatrici presenti sul territorio e soprattutto dall’azione congiunta e coordinata tra tali servizi e quelli socio-sanitari confinanti in termini di competenze (Consultori, Sert ecc.)²⁶¹.

In questo contesto si situa il progetto di superamento definitivo degli *ex* ospedali psichiatrici che si struttura con la definizione delle Linee Guida per la loro chiusura emanate con il d.m. del 24 maggio 1995. È bene sottolineare che i dati ufficiali riguardanti la chiusura degli ospedali psichiatrici avevano mostrato in diverse aree notevoli ritardi dovuti, in alcuni casi, alle riserve dei comuni e dei servizi di assistenza sociale, in altri casi, alle difficoltà o alla lentezza di intervento delle aziende pubbliche, in altri ancora, alla esiguità delle risorse finanziarie.

Diversa sorte hanno le linee di intervento e di attività del Progetto Obiettivo 1994-1996 che vengono recepite da tutte le regioni le quali, in quegli anni si impegnano, anche se con intensità diversa, nella realizzazione di servizi e strutture alternative agli *ex* ospedali psichiatrici. Come aveva dimostrato una ricerca svolta nel 1996 sull’assistenza psichiatrica in Italia²⁶², si poteva rilevare, considerando complessivamente la realtà italiana, una buona organizzazione dei servizi di salute mentale, a fronte invece di prestazioni, ancora al di sotto dei parametri ottimali, da parte dei servizi psichiatrici

²⁶¹ In questi termini il Dsm è pensato come luogo di coordinamento centrale, cabina di regia di un sistema complesso, che sappia contrapporre una sufficiente forza centripeta alle spinte centrifughe delle diverse agenzie che ad essa fanno capo. Il Dsm è stato perciò paragonato a un nodo di una rete, anzi di un macramè tessuto insieme ai pazienti, ai familiari, alle persone significative per i pazienti stessi, agli enti locali, associazioni, insieme la realtà e la cultura del territorio. Cfr. G.A. MICHELI, *Il vento in faccia. Storie passate e sfide presenti di una psichiatria senza manicomio*, cit., 57.

²⁶² M. COZZA, G.M. NAPOLITANO, *L’assistenza psichiatrica in Italia: la normativa e la diffusione dei servizi sul territorio*, Istituto Italiano di Medicina Sociale, Roma, 1996.

ospedalieri (dovute a carenza di posti letto, di personale e di spazi concessi nell'ambito di ospedali generali).

Di seguito, con il Progetto obiettivo nazionale sulla tutela della salute mentale 1998-2000 (d.P.R. 1 novembre 1999) si è tentato, individuando la salute mentale fra le tematiche ad elevata complessità per le quali era necessaria l'elaborazione di specifici atti di indirizzo, di colmare le lacune che connotavano il precedente progetto. Infatti, se da una parte si può affermare che, pur con differenti gradi di realizzazione, il modello dipartimentale era stato avviato e che la de-ospedalizzazione era un fatto quasi compiuto, dall'altra, la salute mentale, specie in età evolutiva (nelle forme domiciliari, ambulatoriali, semiresidenziali, residenziali e ospedalieri), continuava ad offrire servizi carenti, permanevano inoltre lo scarso coordinamento e la conflittualità tra le varie figure professionali e non si era riusciti ad implementare le reti informali di solidarietà creando una collaborazione con il terzo settore e le famiglie.

Il Progetto Obiettivo 1998-2000 ha perciò formulato ulteriori cinque «obiettivi di salute», tuttora attualissimi: a) promuovere la salute mentale nell'intero ciclo della vita, dall'età evolutiva all'anziano; b) perseguire la prevenzione, sia primaria che secondaria, del disagio giovanile; c) salvaguardare la qualità di vita del nucleo familiare del paziente; d) ridurre il numero ancora elevato di suicidi e tentati suicidi; e) ricostruire il tessuto affettivo, sociale e relazionale del paziente²⁶³.

Elemento caratterizzante del Progetto Obiettivo è rappresentato dalla programmazione dei progetti terapeutici e di risocializzazione, dall'incremento degli interventi della rete sociale e familiare, oltre che dalla limitazione della cronicità e delle pratiche assistenzialistiche²⁶⁴.

Il Progetto ha quindi indicato quali priorità, per i Dipartimenti, gli interventi di cura e riabilitazione dei disturbi mentali gravi, con alto rischio di cronicità ed emarginazione sociale. Tuttavia, l'implementazione nelle loro varie articolazioni assistenziali è

²⁶³ Per maggiori approfondimenti si rinvia A. BARBATO *et al.*, *Psychiatry in transition: outcomes of mental health policy shift in Italy*, in *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 1998, 32, 673-679; P. BOLLINI, *L'applicazione e l'impatto della riforma psichiatria in Italia. Le evidenze disponibili*, in *Epidemiologia e Psichiatria Sociale*, 1994, 3, 83-85.

²⁶⁴ G. VIANI, A. TIBERIO, *Manuale di legislazione sanitaria*, Milano, Franco Angeli, 2002, 169 ss.

avvenuta con velocità diverse nelle regioni italiane, dando luogo ad una notevole eterogeneità nella struttura dell'offerta²⁶⁵.

È interessante notare, sotto il profilo dei principi costituzionali adombrati nei summenzionati obiettivi, come ne emerga una forte impronta personalista rivolta a tutelare l'uomo concreto nei suoi aspetti esistenziali più profondi: in particolare il richiamo alla necessità di ricostruire il tessuto affettivo, sociale e relazionale del paziente intreccia tali tematiche con l'affermazione, anche in questo ambito, del principio di dignità, che si traduce in un efficace strumento di reazione all'isolamento del fenomeno giuridico in una visione astratta, tecnicista e neutralista, nella quale sfuma ogni senso di morale coinvolgimento e responsabilità.

Nel campo della salute mentale il riconoscimento della dignità come valore della persona può essere declinato in una duplice prospettiva plurale e soggettiva²⁶⁶: inteso come riconoscimento dell'inviolabilità (e autonomia) della stessa, e al contempo, in funzione del richiamo alla pari dignità sociale, come strumento per ridare spessore alla cittadinanza delle persone con infermità mentali, laddove, sancita la loro libertà formale (anche attraverso le previsioni della legge n. 833/1978), si rende necessario garantire e approntare i mezzi atti a rimuovere gli ostacoli che ne impediscono la piena realizzazione.

La positivizzazione del principio di dignità fa sì che la persona, considerata all'interno di una dimensione relazionale, venga iscritta in un orizzonte di irrinunciabile appartenenza all'umanità, intesa come tessuto di mutue relazioni fondate su di un imperativo di reciproco riconoscimento: essa viene dunque compresa come categoria del «prossimo», della comunanza con l'altro che è propria di ogni individuo, quale *als Mitmensch*, ossia come punto di riferimento di una relazione normativa con se stesso e con l'insieme della umanità. Citando Hofmann²⁶⁷, la dignità non può essere pensata svincolata da una comunità concreta di riconoscimento e significazione. In tale

²⁶⁵ G. DE GIROLAMO, A. BARBATO *et al.*, *PROGRES-Acute group. Characteristics and activities of acute psychiatric in-patient facilities: national survey in Italy*, in *Br J Psychiatry*, 2007, 191, 170-177; C. MUNIZZA, R. GONELLA *et al.*, *CMHC adherence to National Mental Health Plan standards in Italy: a survey 30 years after national reform law*, in *Psychiatr Serv.*, 2011, 9, 62, 1090-1093.

²⁶⁶ Il concetto di dignità, in quest'ultima accezione, socializza il rapporto di sé a sé, trasformandolo in un rapporto di sé con gli altri (l'umanità): così nel rapporto che l'individuo sviluppa con sé stesso (e con il proprio corpo) la dignità opera come sinonimo di libertà e autodeterminazione nella definizione di ciò che è degno o meno; mentre nel rapporto con i terzi tale concetto opera come dovere di rispettare l'autonomia e le determinazioni altrui. Sul punto si rinvia al IV capitolo.

²⁶⁷ H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993, 118, 353 ss.; trad. it. *La promessa della dignità umana*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1999, 620 ss.

prospettiva l'etica dei diritti discende, così, da un dovere originario, quello di riconoscere l'altro e i suoi diritti, nonché quello di esercitarli in modo da non far venir meno il rispetto di sé.

Tornando al Progetto obiettivo, vi è da segnalare inoltre come, per la prima volta ufficialmente, veniva affrontato in modo organico il problema della prevenzione e promozione della salute mentale, con interventi specifici e precoci sulle condizioni di disagio e disturbo mentale, realizzati anche attraverso lo strumento del «*patto della salute*» volto a coordinare ed integrare le agenzie formali ed informali in grado di contribuire alla costruzione di un progetto di salute mentale di comunità.

La fase di attuazione del secondo Progetto ha consentito di affrontare diversi problemi organizzativi e strutturali relativi all'offerta di prestazioni di cura ed assistenziali: ciò è avvenuto attraverso lo sviluppo, non sempre programmato, del settore residenziale, un notevole sforzo di qualificazione degli interventi ed il ruolo molto importante assunto dall'associazionismo, dalle pratiche di auto-mutuo aiuto con il coinvolgimento degli utenti e familiari nei momenti di programmazione, monitoraggio e verifica delle politiche e dei progetti²⁶⁸.

Un altro aspetto saliente è dato dalla previsione nel Progetto della necessità di implementare strumenti di buona pratica clinica (Ebp/Ebn)²⁶⁹, che tengano conto del recepimento di linee guida e delle migliori evidenze disponibili.

²⁶⁸ Così A. LORA, *An overview of the mental health system in Italy*, in *Annali Istituto Superiore di Sanità*, 2009, 45, 1, 5 «in Italia molte persone con disturbi mentali severi, che prima [della riforma] sarebbero stati ricoverati in manicomio, [sono] ora seguiti in strutture residenziali, il gap storico nel Sistema psichiatrico degli anni ottanta, cioè la mancanza di *community residential facilities* [è] stato colmato con un offerta di posti letto e un modello di gestione delle strutture residenziali di territorio ancora soggetto a forte variabilità regionale».

²⁶⁹ Il concetto di Ebn ha generato un notevole interesse per la stretta connessione con i problemi largamente riportati associati all'adozione e utilizzo nella pratica clinica dei risultati delle ricerche condotte in ambito sanitario. La medicina basata su prove di efficacia viene definita come il «coscienzioso e giudizioso utilizzo della migliore evidenza disponibile per prendere decisioni riguardo l'assistenza dei singoli pazienti. Comporta il combinare le evidenze sperimentali migliori disponibili con l'esperienza clinica e i valori dei pazienti» (D.L. SACKETT *et al.*, *Evidence-based medicine: what it is and what it isn't*, in *British Medical Journal*, 1996, 312, 71). Inoltre gli autori affermano che essa si struttura come un processo di integrazione fra l'abilità clinica del singolo operatore e la migliore evidenza clinica esterna che deriva da ricerca sistematica. Una delle conseguenze di questi sviluppi è la compilazione degli elenchi dei cosiddetti *Empirically Supported Treatments* (Est), cioè dei trattamenti psicoterapeutici supportati empiricamente o *evidence-based* (basati sulle evidenze), che sarebbero le uniche terapie che funzionano mentre tutte le altre non dovrebbero più essere praticate (non pare secondario dire che tra queste terapie dichiarate 'inutili' vi sarebbero quasi tutte le terapie psicoanalitiche). Ciò in quanto la psichiatria *evidence based* si fonda su una valutazione critica degli interventi diagnostici, farmacologici e psicoterapeutici alla luce dell'epidemiologia clinica e della revisione sistematica della letteratura disponibile.

Criteri e strumenti che presuppongono la messa in rete, studio e valutazione delle esperienze realizzate dai servizi di salute mentale, anche in relazione alla introduzione dei nuovi saperi e ai diversi modelli di applicazione²⁷⁰: l'approccio alla salute mentale mette infatti insieme competenze e conoscenze anche assai diverse fra loro, allargando il suo campo di interessi dagli aspetti medico-biologici, a quelli psicologici e psicosociali. La misura del benessere o della riduzione del disagio del paziente psichiatrico emerge dunque dall'azione combinata di pratiche professionali che focalizzano il loro intervento sull'azione di agenti chimici, ambienti e comportamenti sociali, moduli organizzativi e gestionali.

Dal 2000 le regioni hanno dimostrato un forte attivismo affrontando il discorso dell'organizzazione dell'assistenza psichiatrica attraverso la legislazione, la regolamentazione e programmazione regionale²⁷¹.

L'adozione dei Progetti Obiettivo ha costituito quindi un catalizzatore per l'approvazione da parte delle regioni di apposite discipline normative (leggi e regolamenti), piani attuativi e progetti obiettivo regionali, finalizzati a definire sia la dimensione organizzativa-gestionale che quella clinica²⁷². Le diverse regolamentazioni hanno poi introdotto la metodologia dei *percorsi clinici*, garantendo agli utenti una

²⁷⁰ Per quanto riguarda le malattie mentali, in questi anni vi è notoriamente un fervore nella ricerca biologica (cd. neuroscienze), in particolare articolandosi in: a) *ricerche sui neurotrasmettitori, ricettori e psicofarmaci*, che tendono a convalidare la concezione delle psicosi endogene come malattie a patogenesi sui *generis*, cioè correlata a specifiche, anche se tuttora non completamente chiarite, disfunzioni recettoriali e/o neurotrasmettitoriali; b) *individuazione di marker biologici*, ovvero variabili biologiche correlate a qualche situazione clinica, di cui possono fungere da indicatori attraverso cui una prima validazione di sindromi cliniche finora definite solo sintomatologicamente; c) *interazione geni/ambientale e plasticità del sistema nervoso*, ricerche che si fondano sulla proposta di modelli genetici più complessi di quelli tradizionali, per cui lo studio dell'interazione tra apprendimento e rete neuronale (plasticità neuronale) è in grado di prospettare un superamento della semplicistica dicotomia eredità/ambiente. L'idea che la malattia mentale sia espressione di un programma genetico non è affatto incompatibile con il peso di interferenze ambientali.

²⁷¹ In questo senso si vedano, a titolo d'esempio, le leggi regionali in materia sanitaria (Leggi reg. Emilia Romagna 2/2003 e 29/2004; Lombardia 31/1997), i Piani regionali per la salute mentale (Prsm 2004 della Lombardia; Piano Attuativo Salute Mentale 2009 dell'Emilia Romagna; Progetto Obiettivo Salute Mentale 2010 del Veneto). Nella programmazione di tutte le Regioni vi sono indicazioni sul ruolo dei Dipartimenti di salute mentale nel collegamento con i diversi soggetti presenti sul territorio: così principali interlocutori istituzionali del territorio sono i Dsm, Dss, i Piani di Zona, mentre in alcune regioni hanno un ruolo di coordinamento i Dsm (es. Lazio) o i Dss (es. Veneto, Emilia Romagna). In alcune regioni sono stati istituiti organismi *ad hoc* per rendere effettivo il coordinamento (es. Trentino: Comitati di Coordinamento locali per la psichiatria; Lombardia: Organismi di Coordinamento per la Salute Mentale; Liguria: Comitato dei Distretti Sociosanitari). Sul punto L. CANOVA, *Considerazioni sul percorso legislativo dell'assistenza psichiatrica (dalla legge 180 al progetto-obiettivo)*, in P.L. SCAPICCHIO, M. TRABUCCHI (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Il Mulino, Bologna, 1999, 84 ss.

²⁷² F. MARINO, *La tutela della salute mentale nelle leggi regionali e nei progetti-obiettivo nazionali*, in P.L. SCAPICCHIO, M. TRABUCCHI (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, cit., 33 ss.

valutazione approfondita delle loro esigenze e percorsi di cura differenziati e hanno identificato modelli clinico-organizzativi per governare il processo assistenziale²⁷³.

Tuttavia, a fronte di una parziale uniformità della disciplina di dettaglio, la complessità dell'assetto gestionale e organizzativo operante nelle diverse realtà regionali ha determinato una strutturazione diversificata dei servizi il che ha posto in evidenza l'esigenza di un governo del sistema in grado di considerare il ruolo, le funzioni e le competenze dei diversi soggetti e Enti coinvolti²⁷⁴.

Ancora a partire dal 2006 si è ritornati ad esaminare le tematiche connesse alla salute mentale in tutte le fasi della vita ed i sistemi di psichiatria di comunità, attraverso un complesso di iniziative ministeriali ed interregionali che si sono mosse nella logica della continuità e dell'innovazione ed hanno portato all'emanazione di atti d'intesa della Conferenza Stato-Regioni, raccomandazioni della Conferenza delle Regioni²⁷⁵ e Dpcm di particolare importanza: in questo senso si rammentano le Linee di indirizzo nazionale per la salute mentale 2008; il Dpcm 1 aprile 2008 sulla sanità penitenziaria e sul superamento degli Opg²⁷⁶; il Sistema informativo nazionale istituito con d.m. 15 ottobre 2010; il Piano nazionale autismo ed infine il Piano di Azioni nazionali per la salute mentale del 2013.

²⁷³ Si deve sottolineare come denominatore comune degli interventi nazionali e regionali, rispetto all'obiettivo di indicare i modelli e gli strumenti per sviluppare una nuova *policy* per la salute mentale, sia la consapevolezza che la risposta ai bisogni delle persone non può essere trovata solo nell'ambito sanitario, ma necessariamente deve coinvolgere anche l'ambito sociale e considerare l'aspetto esistenziale e relazionale della vita dell'uomo. In questa prospettiva diviene centrale il tema dell'*integrazione* e del *collegamento* tra i diversi soggetti, istituzionali e non istituzionali, coinvolti nella tutela della salute mentale: ad essi, nel rispetto dei reciproci ruoli e funzioni, in una logica di sussidiarietà, viene chiesto di partecipare a una "comunità per la salute mentale" assumendosi la propria parte di compiti e di responsabilità. Cfr. G. BIFFI, G. DE ISABELLA, *Nuove sfide per la salute mentale: innovazioni cliniche e organizzative*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012.

²⁷⁴ In tal senso è stato notato come, dopo il 1978, si sia verificato un processo di regionalizzazione della cura della salute mentale, creando 21 sistemi regionali di salute mentale, molto diversi in termini di organizzazione, rete di servizi, accessibilità, modalità di cura. Cfr. A. LORA, *An overview of the mental health system in Italy*, cit., 7 ss.; G. DE GIROLAMO, M. BASSI, G. NERI, M. RUGGERI, G. SANTONE, A. PICARDI, *The current state of mental health care in Italy: problems, perspectives, and lessons to learn*, in *Eur. Arch Psychiatry Clin Neurosci*, 2007, 257, 83 ss.

²⁷⁵ Sono da segnalare le «Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale (artt. 33-34-35 Legge 23 dicembre 1978, n. 833)» approvate dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome in data 29 aprile 2009; «Contenzione psichica in psichiatria: una strategia possibile di prevenzione» approvata dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome in data 29 luglio 2010; «Le strutture residenziali psichiatriche» approvata dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome in data 13 giugno 2013.

²⁷⁶ Normativa che ha trovato realizzazione, almeno formale, con la legge 17 febbraio 2012, n. 9 su cui A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, 343 ss.

Vi è infine da segnalare l'approvazione, nel gennaio 2013, da parte della Conferenza unificata Stato-Regioni ed Enti locali del «Piano di azioni nazionale per la salute mentale», che si fonda sulla necessità di lavorare per progetti di intervento specifici e differenziati sulla base della valutazione dei bisogni delle persone e della implementazione di percorsi di cura che sappiano intercettare le attuali domande di salute e contribuiscano a rinnovare l'organizzazione dei servizi, le modalità di lavoro delle *equipe*, i programmi clinici aggiornati offerti agli utenti. Il documento delinea un modello di approccio alle problematiche e ai bisogni emergenti nel settore della salute mentale che intende garantire: a) accessibilità, presa in carico, continuità delle cure e personalizzazione del progetto; b) percorsi a differente intensità assistenziale in rapporto ai bisogni di cura; c) servizi flessibili, orientati sui bisogni delle persone; d) Lea garantiti dalle aziende sanitarie nel loro complesso e non solo dal Dsm o dai servizi per i disturbi neuropsichici in infanzia e adolescenza; e) percorsi esigibili individualmente, anche quando inseriti in attività di gruppo o in attività comunitarie.

Ciò conferma la necessità che i percorsi di cura debbano essere realizzati da parte dei servizi specialistici per la salute mentale (Dsm e/o servizi per i disturbi neuropsichici dell'infanzia e dell'adolescenza) privilegiando una metodologia “dal basso”, per valorizzare le buone pratiche esistenti a livello locale, oltre che regionale, favorendo al contempo il confronto con le reti di sostegno formali ed informali.

L'analisi proposta tende a sottolineare il legame tra il sistema dei servizi di salute mentale e le norme che lo disciplinano che si mostrano come «un insieme di nodi interconnessi»²⁷⁷, una rete che si presta a rappresentare la forma organizzativa e valoriale nella quale si strutturano le relazioni tra istituzioni, territorio e cittadinanza (intesa anche come insieme degli utenti). Ciò presuppone una necessaria integrazione tra sanitario e sociale, ove tutti i servizi concorrono al miglioramento della qualità delle prestazioni e, dunque, dello stato di salute dei cittadini: in particolare in psichiatria, tale strategia consente di ridurre l'impatto dei fattori di vulnerabilità, garantendo alle persone con disabilità psichica la possibilità di utilizzare quelle abilità fisiche, psichiche e sociali indispensabili per operare in un contesto comunitario, anche attraverso forme di sostegno flessibile.

²⁷⁷ M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, Oxford, 1996, 232.

Come si è cercato di mostrare, le differenze tra i sistemi regionali – pur profonde²⁷⁸ – vengono ad essere mitigate dall'adozione di una forma organizzativa che privilegia i “coordinamenti orizzontali” e un orientamento processuale, attraverso il quale si compie appunto il passaggio dalla gerarchia alla rete.

In questa prospettiva che caratterizza di per sé i servizi territoriali, vi si può riconoscere una grande forza normativa che si inverte in un'intensa opera di smontaggio dell'architettura verticale delle istituzioni – almeno di quelle *ante* legge Basaglia – e al tempo stesso crea una mobilitazione di una grande quantità di energie pratiche e morali di trasformazione attorno al principio dell'auto-organizzazione, e alla riorganizzazione ‘orizzontale’, in cui sono riconoscibili processi istituenti.

Seppure non sia facile praticare e insieme governare queste dimensioni, tuttavia è la natura sottile della legislazione in materia psichiatrica, la sua finalità di decostruzione dell'istituzione, a renderla sistema normativo prospettico, che dà vita ad un «diritto omeostatico»²⁷⁹, capace di autoadattamento, di seguire il costante mutamento determinato dalla scienza e dalle relazioni sociali.

Questo carattere flessibile della normativa in materia rende possibile organizzare un efficace politica di salute mentale, tale da fornire risposte ai bisogni vecchi e nuovi che il contesto sociale propone e che, prevedibilmente, si proporranno nel prossimo futuro. Ma per fornire una risposta efficace è necessario che le regioni, gli enti locali e le forze sociali siano in grado di pianificare azioni e prassi da esercitare in modo coordinato e coerente facendo interagire il sistema di comunità con il sistema di cura. È solamente attraverso questa interazione che è possibile costruire uno dei pilastri del nuovo *welfare* di comunità basato sui concetti di personalizzazione ed integrazione.

2.8.6. I LEA e la salute mentale

²⁷⁸ La differenziazione nell'organizzazione della sanità che si è realizzata tra le regioni italiane merita di essere tenuta sotto controllo, in quanto potrebbe essere foriera di forme di produzione e riproduzione delle disuguaglianze di salute alternative ai tradizionali *cleavage* di stratificazione sociale. Esemplificativa a questo riguardo è l'implementazione dei *welfare* regionali (il processo di decentramento delle responsabilità) a cui si accompagnano razionamenti delle prestazioni sanitarie e svantaggi per i soggetti più deboli.

²⁷⁹ 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, 409.

Vi è uno stretto legame tra processo di regionalizzazione, adozione dei Progetti Obiettivo e definizione dei Livelli essenziali di assistenza (Lea), che viene ad involgere cambiamenti maggiori, incidenti sull'impalcatura istituzionale, sulle basi cognitive delle istituzioni, sulle grammatiche di giustizia e sui modi in cui le norme sociali sono istituite e praticate; e che inevitabilmente toccano anche il diritto nel suo insieme²⁸⁰.

Laddove, il concetto di livelli uniformi delle prestazioni formulato nella legge n. 833 del 1978 rispondeva all'obiettivo di rendere universale ed omogenea a livello territoriale l'assistenza differenziata offerta attraverso «livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini», indipendentemente dai vincoli di bilancio. La definizione esplicita delle garanzie che, tramite i livelli essenziali, il Sistema sanitario deve assicurare – in base ai criteri di rispetto della dignità umana, efficacia clinica ed appropriatezza d'uso ed economicità – rappresenta l'aspetto del d.lgs. n. 229/1999, che ha esercitato l'impatto più profondo sulle politiche sanitarie, delineando un modello che è stato poi ripreso nella riforma del Titolo V della Costituzione.

In virtù di tale impostazione i livelli di assistenza da garantire su tutto il territorio nazionale in modo uniforme furono qualificati come essenziali, in quanto compendianti servizi e prestazioni individuati, secondo criteri di necessità, efficacia e appropriatezza d'uso, contestualmente alla determinazione dell'ammontare delle risorse pubbliche destinate al settore sanitario. Questo criterio ha consentito una selezione «per sottrazione»²⁸¹ delle prestazioni da includere nei Lea, secondo un filtro articolato su tre livelli: i valori fondanti il Servizio sanitario (universalismo, dignità della persona ed equità); le evidenze scientifiche rispetto all'efficacia delle prestazioni e alla loro necessità clinica; l'appropriatezza della loro utilizzazione relativamente alle caratteristiche cliniche del singolo paziente e all'efficienza tecnica rispetto alle altre forme di assistenza disponibili²⁸².

La clausola dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (cd. Lep) di cui all'art. 117,

²⁸⁰ O. DE LEONARDIS, *Verso un equilibrio dei legami sociali ? Sguardi obliqui sulle metamorfosi della penalità*, *Studi sulla questione criminale*, 2009, 1, 15.

²⁸¹ C. CHARLES *et al.*, *Medical necessity in Canadian health policy: four meanings and...a funeral ?*, in *Milbank Q*, 1997, 75, 3, 365-394.

²⁸² F. TARONI, *Livelli essenziali di assistenza: sogno, miraggio o nemesi ?*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2001, 27 ss.

2° co., lett. m) della Costituzione²⁸³ rappresenta, proprio per il suo porsi all'incrocio tra poteri, valori e bisogni, uno strumento di analisi privilegiata dei cambiamenti che hanno interessato i diritti sociali, nel loro aspetto statico e dinamico, e il delicato rapporto tra i soggetti che, ai vari livelli, ne devono garantire la tutela e l'attuazione²⁸⁴.

Ad un secondo livello di analisi, tale clausola, in campo sanitario, delinea una relazione diretta con l'attuazione essenziale del diritto alla salute ex art. 32 cost., anche in connessione con il principio di uguaglianza, e si sostanzia nella legittimazione a «porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»²⁸⁵. In tal modo lo Stato resta garante dell'uniformità e della qualità dell'erogazione del servizio sanitario per tutti i cittadini della Repubblica e dei suoi contenuti essenziali a tutela del diritto alla salute.

Sotto il profilo ordinamentale, è bene rammentare che la determinazione dei Lep rappresenta un ambito attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato²⁸⁶, mentre la «tutela della salute» rientra nel novero delle materie oggetto di potestà concorrente Stato-regioni, elencate nell'art. 117, 3° co., Cost.²⁸⁷. Peraltro, come si è

²⁸³ Da rammentare che all'art. 120 Cost., al secondo comma, si riconoscono al Governo poteri sostitutivi in presenza di diverse circostanze, tra cui quella della «tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali».

²⁸⁴ A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1064 ss.; E. BALBONI, *Il concetto di 'livelli essenziali e uniformi' come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2001, 1109 ss.; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 107 ss.; anche G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Giuffrè, Milano, 2007, 15 ss.

²⁸⁵ M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *San. pubbl.*, 2002, 1025 ss.

²⁸⁶ Secondo quanto sancito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282/2002, «non si tratta di una 'materia' in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, cit.; altresì Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 322, in *Foro it.*, 2010, I, 1 ss.).

²⁸⁷ La questione è chiaramente molto più complessa: «a dieci anni dall'entrata in vigore della novella costituzionale del 2001 il modello relazionale dell'allocatione delle competenze normativo/legislative fra lo Stato e le Regioni nel campo della sanità è ben lungi dall'essere stabilizzato e, soprattutto pacificato, essendo invece sotto gli occhi di tutti i guasti di un contenzioso alluvionale che si focalizza principalmente attorno alle reciproche ragioni del dare e dell'avere. Il che è sicuramente anche causato da una certa ambigua 'leggerezza' delle norme costituzionali di riferimento, e forse in primo luogo proprio dall'istituto, certo affascinante e suggestivo, della chiamata in sussidiarietà in quanto foriero di una riscrittura per così dire continua e permanente (*rebus sic stantibus*, in relazione all'attualità degli interessi pubblici puntuali che debbono essere curati) dell'ordine delle competenze dei soggetti del sistema multilivello. Il quadro complessivo si caratterizza, in altre parole, per un'intrinseca, e quasi oggettiva,

sottolineato²⁸⁸, la peculiarità propria del contesto materiale dei Lep «consisterebbe nella definizione teleologica di ambiti valoriali, nell'enunciazione di finalità che attraversano orizzontalmente l'ordinamento, coinvolgendo interessi disparati o conglobando oggetti dispersi nell'ordine formale delle competenze. La trasversalità di questi ambiti riservati alla competenza esclusiva del legislatore statale sarebbe dotata di una forte capacità espansiva, tale da investire anche materie di competenza regionale, sia concorrente che residuale».

Anche in virtù di tale tendenza espansiva si è attribuita alla clausola dei livelli essenziali una funzione di unificazione nell'ambito del sistema istituzionale policentrico, atta ad comprendere la pluralità delle situazioni giuridiche soggettive che costituiscono il fascio dei diritti del moderno concetto di cittadinanza sociale.

Si comprende allora perché il legislatore ordinario²⁸⁹, in dialogo con gli strumenti di pianificazione nazionale²⁹⁰, abbia qualificato come essenziali quei livelli necessari (e cioè le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale e collettivo, a fronte delle risorse impiegate) e appropriati (rispetto sia alle specifiche esigenze di salute del cittadino, sia alle modalità di erogazione delle prestazioni), che dunque definiscono, in sanità, il tetto massimo, il livello massimo – non la soglia, cioè il livello minimo – delle garanzie offerte a tutti i consociati.

Sembra quindi che, attraverso la previsione costituzionale, si sia voluto chiarire come l'obiettivo prefissato con la definizione dei livelli essenziali non sia tanto quello di individuare i livelli minimi di assistenza o, addirittura, di individuare i soli servizi che devono essere forniti²⁹¹, ma piuttosto sia quello di assicurare una comune cittadinanza

relativizzazione dei poteri e delle attribuzioni, quasi in sintonia con le regole ordinatrici dei contemporanei modelli di *multilevel governance*». Cfr. R. FERRARA, *Rapporti Stato-Regioni in materia di sanità*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, Roma, 2012, 377 ss.; G. CARPANI, D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di "tutela della salute"*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, 126 ss.

²⁸⁸ E. PESARESI, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute»: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 1734; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, cit., 33 ss.

²⁸⁹ Art. 1, 7° co., d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i.

²⁹⁰ d.P.R. 23 luglio 1998, approvazione del Piano sanitario nazionale 1998-2000.

²⁹¹ Sulla distinzione tra approccio "minimalista" e "massimalista" adottato dalla dottrina nell'interpretazione della clausola si veda L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*

di diritti su tutto il territorio, a prescindere dal luogo di residenza. In altre parole, la previsione costituzionale sembra adattarsi alle necessità di un assetto istituzionale tendenzialmente federale, in cui, a fronte di “livelli” di differenziazione fisiologica, si garantiscono *standards* uniformi relativi alla soddisfazione di bisogni ritenuti particolarmente meritevoli di tutela a prescindere dall'appartenenza territoriale amministrativa, in quanto espressione di un'esigenza di uguaglianza tra i cittadini a cui il nostro ordinamento non può rimanere indifferente²⁹².

Da questa esigenza emerge un ultimo profilo che connota la previsione costituzionale dei livelli essenziali, ovvero la valenza vincolante degli stessi, nella misura in cui non costituiscono un mero orientamento programmatico, ma pongono vincoli precisi²⁹³ che circoscrivono l'ambito d'azione dei soggetti istituzionali deputati alla fornitura dei servizi a fronte dei quali si ergono diritti che possono essere immediatamente azionati, anche a prescindere dall'assetto organizzativo predisposto dalle amministrazioni²⁹⁴.

All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, venivano definiti dal governo, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano (accordo del 22 novembre 2001),

tra politiche legislative e Corte costituzionale, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 104 ss.

²⁹² In dottrina, si è parlato pertanto dei livelli essenziali come del «nuovo nome dell'uguaglianza» (E. BALBONI, *Livelli essenziali. Il nuovo nome dell'uguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 2003, 27 ss.). Per usare le parole della Corte costituzionale (Corte cost., 11 gennaio 2010, n. 10, in *Giur. cost.*, 2010, 257), si tratta di «un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto».

²⁹³ In sostanza si può sostenere che la nozione di essenzialità dei livelli delle prestazioni si componga di una parte essenziale ed una sfera accessoria, la quale sola può prestarsi a differenti qualificazioni e ricevere una differente intensità di tutela. In questa prospettiva, sembra che la determinazione dei livelli essenziali presupponga, prioritariamente, l'identificazione degli interessi che si intendono tutelare, indisponibili per il legislatore regionale, e successivamente la scelta in ordine alle modalità di tutela, profilo, quest'ultimo direttamente incidente sul versante del contenuto del diritto, pur se suscettibile di essere diversamente e più intensamente assicurato a livello locale. L'essenzialità consiste, allora, nella garanzia del riconoscimento di uguali condizioni di godimento dei diritti, pur senza pregiudicare la scelta di una differenziazione *in melius* nei diversi contesti regionali, nel rispetto della soglia stabilita dal livello centrale di governo, per tutto il territorio nazionale. Cfr. E. PESARESI, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute»: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, cit., 1743.

²⁹⁴ Sulla giustiziabilità dei Lep si veda S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 7-9; L. CUOCOLO, A. CANDIDO, *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, ivi, 23 ss.

attraverso il d.P.C.m 29 novembre 2001²⁹⁵, i livelli essenziali di appropriatezza delle prestazioni sanitarie e dei servizi che il Sistema Sanitario Nazionale si impegna a fornire a tutti i cittadini²⁹⁶.

Sulla base di quanto prescritto nel citato decreto il Servizio sanitario nazionale assicura i livelli di assistenza (LEA), ovvero le prestazioni, definite nelle loro caratteristiche tipologiche, quantitative e qualitative, che il servizio pubblico è tenuto a garantire su tutto il territorio nazionale, gratuitamente o in regime di compartecipazione.

Quindi nel d.P.C.m. del 2001 vengono elencate, negli allegati, le attività e le prestazioni incluse nei Livelli, le prestazioni escluse, le prestazioni che possono essere fornite dal Servizio sanitario nazionale solo a particolari condizioni, dovendosi precisare che «dell'offerta concreta fanno parte non solo la qualità e quantità delle prestazioni che debbono essere assicurate sul territorio, ma anche le soglie di accesso, dal punto di vista economico, dei cittadini alla loro fruizione» (così la sent. 187/2012²⁹⁷, riportando testualmente un inciso dalla sent. 203/2008). Ciò in quanto l'equivalenza delle precondizioni e delle modalità di accesso alla fruizione dei servizi, riflette un concetto di cittadinanza sottratto alle dinamiche e alle variabili dei processi di differenziazione, pur necessari, del contesto istituzionale pluralistico attuale.

Seppure «la regolamentazione dell'assetto organizzativo e gestorio degli enti preposti all'erogazione delle prestazioni stesse» non possa costituire un Lep²⁹⁸, vi è una forte

²⁹⁵ Si rammentano le limitate innovazioni apportate dal d.P.C.m. 28 novembre 2003 e 5 marzo 2007 con riferimento alle problematiche della non autosufficienza. Da ultimo, in base all'Intesa Stato-Regioni del 5 ottobre 2006 "Patto sulla salute" e alla legge 27 dicembre 2006, n. 296, i Lea sarebbero stati ridefiniti dal d.P.C.m. 23 aprile 2008 poi revocato nell'autunno 2008 per i rilievi sollevati dalla Corte dei Conti per la mancata copertura finanziaria di alcune prestazioni aggiuntive. Si è quindi in attesa dell'adozione di un d.P.C.m. attuativo dell'art. 5, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, che prevede l'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza con prioritario riferimento alla riformulazione dell'elenco delle malattie croniche, delle malattie rare, ed inoltre delle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da ludopatia.

²⁹⁶ Sui Lea si rinvia V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità, Trattato di Biodiritto*, cit., 445 ss.; R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e risorse disponibili. La sanità come paradigma*, in F. ROVERSI MONACO, C. BOTTARI (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, 79 ss.; N. LONGO, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Aracne, Roma, 2012; D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino, 2012.

²⁹⁷ Corte cost., 11 dicembre 2012, n. 187, in www.giurcost.org

²⁹⁸ Corte cost., 19 novembre 2007, n. 387, in www.giurcost.org; Corte cost., 10 giugno 2010 n. 207, in *Leg. p.a.*, 2010, 2, 399. Come ricorda la Corte non devono essere confusi «i livelli essenziali di assistenza, che attengono all'erogazione dei servizi in campo sanitario, e le strutture che strumentalmente vengono predisposte per la prestazione dei servizi stessi» (Corte cost., 1° aprile 2009, n. 99, in *Le Regioni*, 2009, 746).

correlazione tra i profili erogativi e quelli più prettamente organizzativi, nella misura in cui solo un'efficiente organizzazione è in grado di incidere positivamente sugli obiettivi preposti ed i compiti posti in essere a tutela degli utenti.

Vi è tuttavia da rilevare, in senso critico, come il d.P.C.m. sui Lea sia “nato già vecchio”, non rispecchiando le innovazioni apportate dalla concomitante modifica del Titolo V della Costituzione e pertanto risultando fortemente condizionato dall'impostazione che connotava il sistema sanitario pre-riforma. In secondo luogo, il decreto descrive i Lea prevedendo un'articolazione dell'assistenza sanitaria in livelli, aree (sanitaria collettiva, distrettuale ed ospedaliera), servizi, prestazioni e procedure²⁹⁹, ma nel definire l'elenco analitico delle prestazioni non ne indica in maniera adeguata i criteri di selezione e controllo da valutarsi in conformità ai principi di efficacia e di appropriatezza³⁰⁰. Inoltre la stessa definizione di *standard* nazionali (linee guida, *report* di HTA e *Horizon Scanning*), che avrebbero dovuto supportare tecnicamente la verifica dei LEA, soprattutto a livello di prestazioni, non è mai decollata³⁰¹.

Dato per scontato infine che i livelli essenziali di assistenza non possono essere considerati come un dato storicamente immutabile, richiedendosi, al contrario, continui aggiornamenti conformemente sia all'evolversi delle condizioni di salute e ai bisogni sanitari della popolazione che al miglioramento delle conoscenze scientifiche, sembra che il procedimento che ne doveva garantire il continuo e progressivo adeguamento non sia stato in grado di garantire la corrispondenza tra il rinnovamento del dato normativo e l'emergere di nuovi bisogni nella realtà sociale.

Nel contesto della salute mentale in particolare, la risposta data dai Lea non ha corrisposto, almeno in parte, alle esigenze determinate sia dalla trasformazione della domanda da parte dell'utenza, sia dalla limitazione delle possibilità di risposta da parte

²⁹⁹ Tenuto conto che, in quanto ascrivibili ad una pluralità di settori, i livelli di prestazione da determinare sfuggono ad una catalogazione omogenea ed i caratteri che li accomunano possono esprimersi solo in termini generali e sotto forma di “principi”.

³⁰⁰ Così, ad esempio, durante un ricovero ospedaliero appropriato, un'azienda sanitaria può erogare servizi, prestazioni e procedure inefficaci e inappropriate che consumano preziose risorse. Sul punto le notazioni critiche di C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, cit., 284-285; F. PIZZOLATO, *La procedura di determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 14.

³⁰¹ Lacune che nè il sistema di garanzia per il monitoraggio dell'assistenza sanitaria erogata nelle Regioni italiane, istituito con il d.lgs. n. 56/2000 (implementato dal d.m. 12 dicembre 2001), né Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei Livelli essenziali di assistenza, istituito presso il Ministero della salute (d.m. 25 novembre 2005) hanno potuto sinora colmare. Cfr. C. ZOCCHETTI, *I livelli di assistenza (LEA): prima parte di un racconto in 3 puntate*, in *Statistica e Società*, 2013, 2, 31 ss.

dei servizi psichiatrici pubblici³⁰². Carenze che si sono aggravate in corrispondenza con il processo di marginalità sociale crescente nella popolazione in generale, e in particolare tra i soggetti fragili, che costituisce un'emergenza per l'attività dei servizi i quali, strutturati sul modello organizzativo dei servizi di comunità, si trovano di fronte alla necessità di accogliere, oltre alla problematiche connesse alle classiche forme di disturbo psichico, anche la dimensione emotiva della sofferenza collegata alla perdita di disponibilità, di *status* e di ruolo³⁰³.

All'aumento della domanda, conseguente ai fenomeni di crescente indebolimento della capacità delle agenzie sociali di dare risposte, si è sovrapposta la riduzione delle risorse umane e materiali. Questo ha determinato una difficoltà reale da parte dei servizi a rispondere in modo integrato, complessivo e continuativo ai bisogni della popolazione, aprendo la strada, non di rado, ad interventi d'urgenza o di semplice consulenza di tipo 'cosmetico'.

A sua volta, la concomitante perdita (o inefficienza) di priorità non più corrispondenti al dato reale ha generato ulteriori criticità riguardo alla programmazione degli interventi che richiedono invece una logica integrata di tipo socio-sanitario.

Chiaramente il procrastinare ulteriormente una sistematica strategia di interventi dedicati a queste problematiche (anche in conseguenza della mancata revisione dei Lea) ha comportato non solo il venir meno delle garanzie d'erogazione dei dovuti livelli assistenziali di cura ad una fascia crescente della popolazione ma anche ad una dispendiosa mobilitazione delle poche risorse a disposizione, finalizzandole eminentemente al mero tamponamento delle emergenze che ne conseguono, *in primis* quelle riconducibili alla non adesione ai piani di cura che è particolarmente sviluppata nella fascia di utenza più marginale.

Tornando al dato normativo, si sottolinea come, nell'ambito del d.P.C.m. del 2001, l'attività sanitaria e socio-sanitaria a favore delle persone con problemi psichiatrici e delle loro famiglie sia stata iscritta, da un lato, nel contesto dell'assistenza territoriale, ambulatoriale e domiciliare, e dall'altro, nell'ambito dell'assistenza semi-residenziale o residenziale – in conformità a quanto già prescritto nel Progetto Obiettivo del 1998 –

³⁰² B. BENIGNI, *I LEA per la salute mentale*, in *Sistema Salute*, 2012, 2, 209 ss. che parla dei livelli essenziali come strumento insufficiente e con garanzie alquanto aleatorie.

³⁰³ Sul punto S. BAUMAN, *Salute e disuguaglianze*, in ID., *Cose che abbiamo in comune. 44 lettere dal mondo liquido*, Laterza, Bari-Roma, 2012, 91 ss.

prevedendosi corrispondentemente l'accesso a prestazioni ambulatoriali e riabilitative presso il domicilio o in strutture residenziali o semi-residenziali³⁰⁴.

È bene rammentare che il sistema di protezione sociale italiano si basa sull'interazione tra sfera sanitaria e assistenziale, nella misura in cui la risoluzione di determinate problematiche sociali (in senso lato come può essere il disturbo psichico) richiedono un approccio omnicomprensivo, sanitario ed assistenziale, in cui interventi e strategie dell'uno e dell'altro settore siano coordinati e si completino vicendevolmente³⁰⁵. La natura del bisogno, specie in relazione alla condizione di soggetti fragili, è determinata tenendo conto degli aspetti inerenti alle funzioni psicofisiche, alla natura delle attività del soggetto e relative limitazioni, alle modalità di partecipazione alla vita sociale e, infine, ai fattori di contesto ambientale e familiare che incidono sulla risposta al bisogno e sul suo superamento³⁰⁶.

Anche in questa prospettiva, nel contesto della salute mentale, si ritiene auspicabile, con riferimento ai Lea, il superamento del modello assistenziale per i disturbi mentali basato sul concetto di prestazioni, ripensando invece ad un approccio che individui una sequenza di processi o di livelli all'interno di ogni singolo progetto terapeutico e riabilitativo.

Attraverso i Lea è necessario che venga garantita una risposta personalizzata, affinché ciascun utente possa aggiungere al suo capitale sociale un *budget* di salute misurato

³⁰⁴ Il percorso territoriale di un paziente con difficoltà di funzionamento personale e sociale, con bisogni complessi, ivi comprese problematiche connesse a comorbidità somatica, e con necessità di interventi multi professionali, si sviluppa attraverso una presa in carico da parte del Centro di salute mentale (Csm) che elabora un Piano di trattamento individuale (Pti); nell'ambito di detto piano, dando comunque preferenza all'approccio domiciliare e/o ambulatoriale, può essere previsto l'invio e il temporaneo inserimento in una struttura residenziale psichiatrica per un trattamento riabilitativo con un supporto assistenziale variabile. L'inserimento in una struttura residenziale avviene esclusivamente a cura del Centro di Salute Mentale, tramite una procedura di consenso professionale per una buona pratica clinica, relativa a criteri di appropriatezza e condizioni che suggeriscono il ricorso ad un trattamento in regime residenziale, come processo attivo e non autorizzazione "passiva". Questa procedura si svolge, ove possibile, mediante la sottoscrizione di un "accordo/impegno di cura" tra Dsm e utente, con la partecipazione delle famiglie e il possibile coinvolgimento della rete sociale, al fine di consentire la volontarietà e l'adesione del paziente al trattamento.

³⁰⁵ F. FOGLIETTA, *La integrazione socio-sanitaria nei Lea*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 3, 8 ss.

³⁰⁶ I Piani di trattamento individuali (Pti) dei pazienti definiti dai Centri di Salute Mentale devono riferirsi a specifici criteri diagnostici, considerando altresì la gravità e complessità del quadro clinico, la compromissione del funzionamento personale e sociale del paziente, da stabilire sulla base di strumenti di valutazione standardizzati (ad es., HoNOS, BPRS, FPS, VADO), le risorse o potenzialità riabilitative, le resistenze al cambiamento, la stabilità clinica. Le risultanze di tali valutazioni orientano, da un lato, sull'intensità del trattamento riabilitativo e, dall'altro, sul livello assistenziale e tutelare da prevedere. L'obiettivo è quello di individuare una risposta appropriata ai bisogni specifici del paziente stabilendo una correlazione a due livelli, quello di intervento terapeutico riabilitativo e assistenziale necessario, in funzione di una prospettiva che guardi all'integrità esistenziale della persona.

sulla sua singolarità, sulla sua diversità, sul suo bisogno. In particolare, specie nella definizione di percorsi di cura ed assistenza di lungo periodo, si dovrà tener conto dell'intero percorso esistenziale della persona sofferente (intesa come globalità del processo di riproduzione sociale), rendendo accessibili sia interventi di tipo integrato (Servizi di salute mentale, Distretti sanitari e Servizi sociali) sia le risorse messe a disposizione dalla comunità (volontariato, cooperative, associazioni), che possano interagire in modo virtuoso con il contesto familiare, ambientale e sociale della persona³⁰⁷.

In questi termini il concetto di livello essenziale viene inteso come 'percorsi di presa in carico e di cura esigibili', e non come singole prestazioni, tenuto conto della particolare complessità, multifattorialità e necessità di trattamenti integrati per i disturbi psichiatrici maggiori, ma anche in relazione ai fattori di rischio biopsicosociale e agli interventi di riabilitazione ed inclusione sociale³⁰⁸.

I servizi devono essere centrati sulla persona, che deve essere coinvolta in tutte le fasi del processo diagnostico, terapeutico e riabilitativo, sulla base di un approccio centrato sul desiderio di guarigione, sulle potenzialità di ripresa e di integrazione sociale del paziente, in cui gli *standards* riferiti alle strutture e alle offerte di prestazioni assumono solo un ruolo marginale.

Vista in questi termini, l'assistenza psichiatrica al malato mentale è sicuramente un problema di salute mentale della collettività, non l'unico e forse neppure il prevalente, laddove ai servizi si affaccia infatti una utenza nuova, ugualmente sofferente anche se meno disabile e disfunzionale, e perciò stesso più esigente e capace di tutelare i propri diritti alla salute: sono indicativi di tale fenomeno l'aumento del disagio giovanile, delle depressioni e dei disturbi ansiosi nella infanzia, nella adolescenza, nella giovane età adulta, dei disturbi del comportamento alimentare, dei disturbi di personalità, di tutte le suddette condizioni complicate dall'uso di sostanze, dei disturbi propri dell'anziano; si segnalano inoltre per le loro particolari espressività i disturbi mentali nei migranti di

³⁰⁷ In questo senso, anche nel quadro dei Lea, si debbono definire *standards* che garantiscano prima di tutto l'accesso alle cure nel momento della crisi acuta o dell'urgenza psichiatrica, senza per questo ricorrere necessariamente al Tso, laddove possano intervenire servizi diffusi sul territorio a bassa soglia, capaci di muoversi verso la persona nel suo contesto domiciliare.

³⁰⁸ Si tratterà di operare una sorta di cambiamento di paradigma: non più e non solo *standard* riferiti a strutture e offerte (posti letto, rette, drg), ma un approccio centrato sulle persone e sui processi che costruiscono prestando attenzione alle potenzialità di ripresa e al desiderio di guarigione che ognuno porta con sé.

prima e seconda generazione³⁰⁹. Sono capitoli ancora da scrivere nell'approccio alla salute mentale di comunità.

In tale contesto sembra comunque rilevante segnalare il problema della salute mentale in età geriatrica che si porrà in prospettiva come un questione preponderante: l'aumento dell'aspettativa di vita ha favorito l'estendersi della morbidità psichiatrica a una fascia di popolazione sempre più ampia, così, se è vero ad esempio che entro il prossimo quinquennio il numero di anziani ultrasessantacinquenni costituirà il 15-20 % della popolazione generale, almeno il 70% di essi presenterà problemi psichiatrici o psicologici.

Proprio la consapevolezza che la frequenza delle demenze (in particolare l'Alzheimer) rischia di assumere, nell'immediato futuro, le caratteristiche di un fenomeno epidemico, soprattutto per la stretta relazione con il processo di invecchiamento della popolazione, ha convogliato su questa problematica una crescente attenzione dei responsabili della programmazione in sanità pubblica a livello nazionale nazionale³¹⁰.

Per affrontare la questione, al di là di quanto già previsto a livello nazionale, in molte regioni sono stati avviati servizi residenziali e domiciliari, integrativi dei Lea, finalizzati all'offerta di prestazioni psicogeriatriche di tipo multidisciplinare che si strutturano attraverso l'azione di competenze diverse e complementari, con compiti di

³⁰⁹ In particolare, con riferimento specifico ai rifugiati e richiedenti asilo, il decreto del Ministero dell'interno del 5 agosto 2010 ha previsto la possibilità di realizzare interventi di accoglienza specificatamente dedicati alla presa in carico di persone con disagio mentale, di carattere psicologico e psichiatrico. Cfr. SERVIZIO CENTRALE DEL SISTEMA DI PROTEZIONE PER RICHIEDENTI ASILO E RIFUGIATI, *Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza e di integrazione per richiedenti e titolari di protezione internazionale*, Roma, 2011, 64 ss.

³¹⁰ Negli ultimi anni un riconoscimento importante alla centralità della tematica della demenza è venuto dalla sua inclusione, per la prima volta, nella pianificazione definita dal Piano Nazionale della Prevenzione (PNP) 2010-2012, in cui i punti di attenzione per le demenze sono stati identificati nel governo clinico complessivo, nella promozione delle migliori pratiche basate su evidenze, nella individuazione dei percorsi assistenziali integrati. Una serie di "azioni di supporto centrali" alla programmazione regionale dovrebbero andare, come è nella tradizione della programmazione del PNP, ad integrare le specifiche attività locali. Cruciali sono, infatti, i Piani Regionali Prevenzione (PRP) che discendono in modo diretto dal quadro di riferimento nazionale, ma sono calibrati sulle esigenze e sulle priorità locali. Per affiancare questa progettualità ad ampio spettro, il Ministero ha previsto lo stanziamento di fondi vincolati per l'Assistenza ai pazienti affetti da Demenza, all'interno Obiettivi di Piano per le Regioni, sia per l'anno 2010 (Accordo Stato-Regioni dell'8/7/2010) che per il 2011 (Accordo Stato-Regioni del 20/4/2011). Si tratta di obiettivi strategici e prioritari sui quali si fa convergere una parte vincolata del Fondo sanitario nazionale. Si veda A. BIANCHETTI, M. TRABUCCHI, *Alzheimer*, Il Mulino, Bologna, 2010; T. DI FIANDRA, *Le politiche per le demenze in Italia e in Europa*, in AA.VV., *Home Care. Le cure domiciliari nella medicina della complessità*, Atti del IV Congresso europeo, Milano, 2012, 66 ss.

identificazione della patologia, di verifica dell'ipotesi diagnostica, di consulenza e collegamento operativo e di progettazione di piani di intervento³¹¹.

Quanto all'approccio ai nuovi bisogni che emergono nella società, si nota con favore la previsione dell'art. 5 del d.lg. 13 settembre 2012, n. 158, che prevede l'inserimento nei Lea (il cui aggiornamento è in fase di approvazione) delle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione della ludopatia. In attuazione del dettato normativo, il provvedimento include esplicitamente le persone affette da questo tipo di dipendenza tra coloro cui sono rivolti i servizi territoriali per le dipendenze (Sert, Centri diurni, ecc.) già attivi nelle Asl, e modifica la definizione del sotto-livello di assistenza, attualmente riportata nel dPCM del 2001 come «Attività riabilitativa sanitaria e sociosanitaria rivolta alle persone dipendenti da sostanze stupefacenti o psicotrope o da alcool», riformulandola come «Assistenza socio sanitaria alle persone con dipendenze patologiche o comportamenti di abuso di sostanze», innovando in conformità ai criteri delle scienze psichiatriche relativi alle moderne dipendenze e, al contempo, affermando in tal modo il principio per cui le persone affette da ludopatia hanno diritto ad accedere al Servizio sanitario per ricevere le prestazioni di cui hanno bisogno al pari dei soggetti con altre forme di dipendenze patologiche³¹².

Per completare il quadro si può notare che, come per altri ambiti dell'assistenza sanitaria, anche per la salute mentale negli anni recenti sono stati ridefiniti i domini concettuali che sottendono alla continuità delle cure, da intendere non solo come continuità relazionale tra operatore e paziente ma anche e soprattutto come coordinamento tra *setting* assistenziali (ospedale-territorio), operatori e prestazioni. Fa parte del concetto di continuità assistenziale anche la continuità informativa (*informational continuity*), che consiste nella registrazione e trasmissione delle informazioni che riguardano i pazienti come presupposto per un corretto coordinamento e integrazione dei servizi offerti da parte di diversi operatori in diversi *setting* assistenziali. Sicchè, anche di queste innovazioni si dovrà tener conto nella definizione dei livelli essenziali, nella misura in cui solo strutturando i servizi e le prestazioni

³¹¹ Per riferimenti A. GOLINI, A. ROSINA (a cura di), *Il secolo degli anziani*, Il Mulino, Bologna, 2013, 21 ss.; G.A. MICHELI (a cura di), *La questione anziana. Ridisegnare le coordinate di una società che invecchia*, Franco Angeli, Milano, 2004, 22 ss.

³¹² Sul punto R. BIANCHETTI, *I giocatori compulsivi*, in P. CENDON, S. ROSSI (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, II, Aracne, Roma, 2013, 859 ss.

attraverso una rete di percorsi integrati si potrà permettere al paziente di progredire in maniera evolutiva a seconda dei propri bisogni di assistenza.

2.8.7. Programma costituzionale e modello italiano della salute mentale

Perché in Italia³¹³ è stata possibile l'abolizione dell'istituzione manicomiale ?

La domanda comporta risposte complesse che involgono profili sociologici, storici, economici ed anche strettamente attinenti alle scienze psichiatriche, tuttavia, senza voler negare la rilevanza di tali fattori, l'analisi giuridica sinora condotta porta a rinvenire le radici profonde di tale scelta nel dato e nella cultura costituzionale del nostro paese.

È significativo, in tal senso, che la legge n. 180/1978 costituisca uno dei pochi atti legislativi della storia repubblicana che dispone la soppressione in modo perentorio di un'istituzione, vietandone, in modo altrettanto categorico, la rinascita anche sotto altra forma³¹⁴. Tale previsione esprime pertanto molto più di quel che emerge dall'analisi del semplice dato letterale.

Se il linguaggio «è più che segno soltanto grazie alla sua forza significativa quando possiede ciò che intende nel modo più preciso e stretto»³¹⁵, allora anche il diritto è molto più di ciò che si esprime nell'ordinamento giuridico, aprendosi, attraverso l'affermazione di principi categorici, ad un orizzonte assiologico che investe la giustizia come valore, come tensione al dover essere, che una cultura criticamente intesa in senso emancipativo ha il dovere di contrapporre all'esistente.

La cultura costituzionale è infatti strutturalmente polemica³¹⁶ non solo verso il potere che controlla, ma, attraverso le disposizioni contenute nelle Carte fondamentali, la polemica si rivolge contro il passato «nella parte dei diritti dell'uomo e del cittadino» così come «contro il presente, contro la società presente» nell'affermazione dell'eguaglianza³¹⁷.

³¹³ Unica nazione al mondo, oltre allo stato del Vermont, ad aver abolito e vietato la creazione di istituti psichiatrici.

³¹⁴ D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, cit., 95.

³¹⁵ TH. W. ADORNO, *Dialettica negativa*, Einaudi, Torino, 1970, 100.

³¹⁶ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.

³¹⁷ P. CALAMADREI, *Discorso sulla Costituzione*, in G. VASSALLI (a cura di), *Piero Calamandrei e la Costituzione*, M&B, Roma, 1997, 155.

In questo contesto di principio si inserisce il divieto di re-istituire l'istituzione – con i suoi recinti, le sue porte chiuse, i suoi malati-oggetto – che rappresenta una condanna del passato, dando credito, al contempo, ad una scommessa sul futuro.

Tuttavia tale previsione non si spiegherebbe, o almeno non se ne comprenderebbe l'impatto sull'ordinamento, se non fosse stata accompagnata dalla cancellazione del presupposto della pericolosità che, nella lettera e nella pratica applicazione della legge del 1904, aveva determinato l'assimilazione tra le esigenze di tutela della salute mentale e la protezione dell'ordine pubblico. L'immagine del malato di mente quale soggetto portatore di un disturbo e al contempo di un rischio ha consolidato stereotipi contribuendo a costituire la base argomentativa dei discorsi che a loro volta influenzano i processi decisionali delle *policies* pubbliche.

Per comprendere la portata delle principi costituzionali sulla condizione dei sofferenti psichici, un'analisi critica non può trascurare l'impatto simbolico delle regole giuridiche, la loro capacità di veicolare narrazioni che rafforzano o sminuiscono la posizione di individui o di gruppi all'interno della società. Così se le norme del 1904 furono costruite sulla contraddizione tra la pretesa terapeutica e la funzione custodialistica repressiva, in quanto il fine non era la comprensione e la cura del fenomeno, ma il suo controllo, il suo incanalamento entro binari e schemi rigidamente prefissati; al contrario la legge del 1978 ha rappresentato una svolta, traducendo sul piano normativo principi, esperienze e pratiche che già da oltre un decennio stavano mutando il corso dell'esistenza di migliaia di malati.

In questo senso «la soppressione dell'ospedale psichiatrico e la necessaria lotta perché esso non venga sostituito nella sua funzione di controllo sociale si [può spiegare] una volta acquisito il presupposto che l'infermo di mente non sia da considerarsi “pericoloso per sé o per altri”, e nemmeno offra, più di qualunque altra persona, “pubblico scandalo”»³¹⁸. Infatti l'aver identificato nel malato di mente un soggetto di per sé astrattamente pericoloso ha rappresentato un ostacolo alla comprensione della realtà, confinando il diritto in una dimensione che gli fa progressivamente perdere la capacità di cogliere la complessità dell'esistenza. Solo cancellando quest'ultimo connotato attribuito al folle si sarebbe potuto giustificare anche lo smontaggio, formale e

³¹⁸ D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, cit., 96. In questi termini sono chiarissime le espressioni della giurisprudenza costituzionale, in particolare Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139, in *Cass. pen.*, 1982, 1699 ss.

materiale, del manicomio; laddove, senza tale evoluzione, la contraddizione sarebbe riemersa in modo esasperante, costringendo il legislatore a tornare sui suoi passi.

L'oblio della pericolosità ha prodotto una trasformazione dell'apparato istituzionale psichiatrico, che, superando l'ambiguità del doppio mandato sociale che gli era stato affidato a inizio del secolo scorso, ha progettato luoghi e pratiche capaci di gestire la sofferenza mentale storicizzata, in quanto parte dell'esistenza, e contestualizzata, in quanto parte di un corpo sociale. Qui riemerge la persona, non solo per dar rilievo alle condizioni materiali dell'esistenza, ma per ridefinire il suo stesso statuto, che impegna la Repubblica a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana». Se dunque il destino di socializzazione della persona, che trova espressione nella matrice personalista della Carta fondamentale, consente di attribuire valore alla materialità dei rapporti in cui ciascuno è collocato ed alle relazioni sociali che lo caratterizzano, il manicomio, in quanto potente dispositivo di esclusione, si rivelava inadeguato al nuovo contesto, nel quale viene bandita ogni forma di espropriazione della soggettività e negazione della complessiva autonomia dell'esistere.

La scissione determinatasi tra tutela della salute e interesse all'ordine pubblico³¹⁹ ha inoltre consentito al diritto alla salute di riprendere la sua piena espansione, traducendosi in strumento di libertà per il malato, non più soggetto a dispositivi escludenti (interdizione automatica e iscrizione nel casellario giudiziale), e, assieme, un mezzo di attribuzione dei diritti sociali, ovvero del diritto all'accesso alle cure e alle forme di riabilitazione e reinserimento sociale.

Tale principio si è tradotto, sul piano della coscienza collettiva, nel riconoscimento a tutti di un pari pregio, a prescindere dalla condizione individuale, e, su quello della vita oggettiva dell'ordinamento, nella costruzione e salvaguardia di una sfera pubblica in grado di accogliere le differenze in un contesto di pari dignità.

Non pare dunque estremo, alla luce dell'analisi delineata, sostenere la natura costituzionalmente necessaria della disposizione (art. 7, 6° co., legge n. 180/1978) con

³¹⁹ Profilo quest'ultimo ancora non superato che si cerca di misconoscere o di nascondere, ma che riemerge in occasione di fatti di sangue che vedono coinvolte persone affette da sofferenza psichica. Cfr. M. PARAVINI, *Il folle che delinque: rapsodia al margine*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 2011, 3, 145-154; P. LALLI, *Itinerari dello stigma: pericolosità del folle o rappresentazioni pericolose?*, *ivi*, 2011, 1, 11-32; L. LORETTU, G. NIVOLI, *La pericolosità sociale psichiatrica tra attualità e criticità*, *ivi*, 2011, 1, 43-53; E. MONTANARI, *Il nodo della pericolosità tra psichiatria e diritto in Italia*, *ivi*, 2013, 1, 79-94.

cui si è sancito l'ostracismo della struttura manicomiale nell'ordinamento italiano, nella misura in cui sono gli stessi principi sanciti nella Carta fondamentale a «confligge[re] con l'idea che vi siano luoghi, spazi, ambiti di regole che si caratterizzano per separatezza e autonomia, che siano al di fuori o oltre il dettato costituzionale»³²⁰.

Lo stesso valore-persona, espresso negli art. 2 e 3 Cost., laddove circoscrive, attraverso il limite posto nel secondo comma dell'art. 32 Cost., l'intervento coattivo a fini esclusivamente sanitari funzionalizzandolo al rispetto della dignità, esclude la pensabilità di un intervento sull'individuo che si sviluppi in termini di pura coattività o in vista di finalità custodialistiche. Vi è infine da rilevare come l'affermazione della regola della volontarietà, delinea necessariamente il ricovero obbligatorio come *extrema ratio* a cui accedere una volta esperiti tutti gli altri possibili interventi terapeutici domiciliari ed ambulatoriali, che, dopo la riforma, sono divenuti il fulcro del sistema assistenziale psichiatrico³²¹.

Il malato di mente, oggetto di una legislazione separata, oggi non esiste più. Esiste, semmai, la malattia mentale che deve essere affrontata come gli altri problemi di salute. Esistono le persone, portatrici di sofferenza mentale, che sono cittadini al pari degli altri, fruendo dei relativi diritti e dovendo ottemperare ai rispettivi doveri, la cui considerazione sociale passa attraverso l'attribuzione di alcune qualità, come dignità e umanità, da considerarsi inviolabili, in quanto espressione della materialità dell'esistenza.

Se la salute mentale è dunque un problema complesso e pluridimensionale, esso non può essere affrontato in un luogo o attraverso dispositivi escludenti; si tratta altresì di prendere atto del processo plurale e partecipato che sottende tale percorso, in cui il paziente e la sua comunità di affetti sono chiamati a prendere la parola, esercitando libertà e responsabilità.

2.8.8. Uno sguardo comparato: il modello inglese

³²⁰ D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, cit., 138; l'Autore che rammenta come tra le mura degli ospedali psichiatrici si venisse a creare quello stato di anomia, cioè di non vigenza delle norme costituzionali, che preludeva alla perdita dei diritti, tanto più grave perché non reversibile se non in casi eccezionali.

³²¹ R. PICCIONE, *Il futuro dei servizi di salute mentale in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2004, 19 ss.; R. CARLI, R.M. PANICCIA, *La cultura dei servizi di salute mentale in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2011, 88 ss.

Il modello inglese ha rappresentato, nei suoi aspetti progressivi come in quelli regressivi, un punto di riferimento per la definizione delle politiche sanitarie nel contesto europeo³²².

Già con la pubblicazione, nel 1942, del rapporto «Social Insurance and Allied Services»³²³, la Gran Bretagna propose un modello alternativo a quello di marca continentale, che prevedeva una serie di programmi, finanziati dallo Stato, volti a realizzare l'obiettivo della «liberazione dal bisogno» della popolazione per mezzo dell'implementazione di tre progetti strategici, costituiti da un sistema di provvidenze destinate alle famiglie, dalla creazione del servizio sanitario nazionale e da una politica di piena occupazione. Tali presupposti, connotati da universalismo, uniformità e unitarietà, rappresentavano una netta cesura rispetto al sistema fondato sul principio assicurativo o a quello paternalistico della beneficenza pubblica, anticipando le direttive fondanti il nuovo concetto di «cittadinanza sociale»³²⁴.

L'istituzione del servizio sanitario nazionale (*National Health Service - Nhs*) nel 1948 si realizzò attraverso una radicale riforma delle istituzioni e delle organizzazioni deputate a erogare l'assistenza sanitaria³²⁵, il che determinò la strutturazione di un sistema fortemente centralizzato a “cerchi concentrici”³²⁶. Il sistema è stato in grado di garantire l'universalità delle prestazioni attraverso un filtro a tre livelli: in esso un ruolo fondamentale era giocato dalla medicina generale territorializzata, in grado di assicurare l'assistenza primaria; in funzione complementare vi erano i servizi di comunità, soggetti alla responsabilità delle autorità locali, in grado di fornire specifiche prestazioni di

³²² D.J. HUNTER, L. MARKS, K.E. SMITH, *The Public Health System in England*, The Policy Press, Bristol, 2010, 50 ss.

³²³ W.H. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services. Report by the Sir William Beveridge*, Hmso, London, 1942. Sul punto D. FRASER, *The Evolution of the British Welfare*, MacMillan, London, 2002; J. BALDOCK, N. MANNING, S. VICKERSTAFF (eds.), *Social Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2003; K. JOHNES, *The Making of Social Policy in Britain: From the Poor Law to the New Labour*, Athlon Press, London, 2000.

³²⁴ T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., 15 ss.

³²⁵ In attuazione della riforma gli ospedali privati e quelli municipali, nonché tutte le attività dei medici di famiglia – colonna portante del sistema, i quali mantennero la qualifica di liberi professionisti, seppur convenzionati col Nhs – furono sottoposte alla gestione ed al controllo dello Stato.

³²⁶ Da rammentare che gli operatori locali competenti ad erogare i servizi di assistenza primaria e territoriale / domiciliare rispondevano direttamente al livello di governo centrale, mentre le strutture ospedaliere competenti ad erogare l'assistenza specialistica si coordinavano con il governo centrale per il tramite di un livello di governo intermedio (pur se in sostanza articolazione di quello centrale), costituito dalle *Regional Health Authorities* (Rha).

natura preventiva o di profilassi (dalle vaccinazioni ai servizi di ostetricia) ed infine a completare il quadro presidiavano l'ambito specialistico gli ospedali generali³²⁷.

L'area della salute mentale non era stata integrata nell'originaria proposta di istituzione del Nhs, il che determinò una amministrazione frammentata del settore, suddivisa tra *Hospital Authorities* e *Local Authorities*. Seppure l'esperienza delle comunità terapeutiche avesse avuto inizio già alla fine degli anni trenta e la rete dei servizi ambulatoriali fosse molto radicata in un contesto di risposta sociale al bisogno geloso della propria autonomia, si deve notare come anche, nel Regno Unito, la centralità dell'ospedale psichiatrico costituiva una regola non scritta³²⁸.

È solo nel 1954 che si pose ufficialmente, anche a livello governativo, la questione della modernizzazione del settore dei servizi per la salute mentale; ed, in particolare, nella relazione della Commissione reale (*Royal Commission on the Law related to Mental Illness*) incaricata di elaborare delle proposte in merito, vennero dettagliati i principi volti allo sviluppo di un modello orientato al *Community Mental Health*, ovvero ad una visione comunitaria che, nel ritracciare un'eziologia multifattoriale della patologia mentale, ne rinveniva la risposta attraverso servizi con competenze multidisciplinari in grado di operare a livello territoriale. Tuttavia, deludendo le attese, il *Mental Health Act* del 1959, pur ispirato dalle proposte della Commissione, non riuscì a determinare quella svolta verso un'assistenza prevalentemente territoriale, limitandosi ad introdurre una serie di garanzie quanto al ricovero coatto dei pazienti³²⁹.

³²⁷ M.A. RUDOLF KLEIN, *The Troubled Transformation of Britain's National Health Service*, in *The new England journal of medicine*, 2006, 409 ss.; M. HURST, *National Health Service and local authority responsibilities for continuing NHS healthcare and social care services*, in *Journal of Personal Injury Law*, 2005, 247 ss.; G.F. FERRARI, *La sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 936 ss.

³²⁸ Le esperienze volte a prevenire l'ospedalizzazione dei pazienti e mirate a spostare il fulcro dell'intervento psichiatrico sul territorio prevedevano dunque più alternative che, tuttavia, non potevano prescindere dall'esistenza e dal funzionamento dell'ospedale. Sul punto S. RAMON, *Psychiatry in Britain: meaning and policy*, Croom Helm, London, 1985, 100 ss.; T. BUTLER, *Mental Health, Social Policy and the Law*, MacMillan, London, 1985, 13 ss.; A. ROGERS, D. PILGRIM, *Mental Health Policy in Britain: a critical introduction*, MacMillan, London, 1996, 70 ss.; C. BROOKER, J. REPPER, *Mental Health: From Policy to Practice*, Churchill Livingstone, London, 2008, 14 ss.

³²⁹ P. BARHAM, *Closing the Asylum. The Mental Patient in Modern Society*, Sage Publications, London, 1997, 23 ss.; tuttavia come ricorda H. KILLASPY, *From the Asylum to community care: learning from experience*, in *British Medical Bulletin*, 2006, 79-80, 248-249 «The 1959 Mental Health Act was the first mental health legislation to clarify the reasons why an individual might need to be admitted to hospital and treated against their will, and the distinction between voluntary and involuntary treatments became clearer. The work of Goffman and Wing and Brown on institutionalization of psychiatric patients and the poor standards of care and quality of life fuelled a political and social movement to close down the Victorian asylums. In 1961, Enoch Powell gave his renowned "water tower" speech in support of the

Tra il 1963 e il 1975 maturava anche in Inghilterra quella crisi che avrebbe investito l'approccio psichiatrico tradizionale in tutto il mondo occidentale, tuttavia l'esperienza di de-istituzionalizzazione anglosassone, a differenza di quella italiana, rimase sempre marginale, caratterizzandosi per posizioni radicali incapaci di aprire prospettive di dialogo costruttivo con la società e la politica³³⁰.

Nel 1971, un documento governativo *Hospital Services for the Mentally Ill* proponeva l'abolizione completa del sistema manicomiale, trasferendo la responsabilità della cura ed assistenza dei malati di mente agli ospedali distrettuali in stretta collaborazione con i medici di base e i servizi sociali. Il modello adottato negli ospedali distrettuali per l'organizzazione dei servizi psichiatrici non era differente da quella degli altri reparti, vale a dire, offerta di degenza e di strutture ambulatoriali all'interno dell'edificio ospedaliero. Gli ambulatori, quindi, sono divenuti parte integrante del servizio psichiatrico, dimostrandosi una risorsa sia per la valutazione e il *follow-up*.

Accanto a questi sviluppi in ambito ospedalieri, l'obiettivo era quello di delocalizzare l'accesso agli altri servizi (alloggi assistiti, servizi diurni e infermieristici) direttamente sul territorio, per non allontanare i pazienti dalle loro comunità.

Si è dovuta attendere la pubblicazione del *White Paper «Better Services for the Mentally Ill»* del 1975, per vedere la formulazione concreta da parte governativa di un progetto di salute mentale comunitaria, accompagnato dall'affermazione della necessità di una graduale dismissione degli ospedali psichiatrici. Il documento analizzava con particolare attenzione le varie esperienze distrettuali in un'ottica centrata sulla risposta ai bisogni del paziente, focalizzando l'attenzione sugli aspetti organizzativi dell'intervento terapeutico e sul coordinamento tra i diversi servizi presenti sul territorio. Vi è da notare come l'istituzione, a partire dalla metà degli anni sessanta, delle GGHunit, ovvero di reparti ospedalieri rivolti al trattamento della fase acuta della malattia, avesse generato un circolo vizioso: il paziente, dimesso in tempi brevi, non trovando un'adeguata rete di sostegno nelle strutture territoriali, tale da consentirgli di riacquistare la contrattualità e le abilità necessarie per affrontare le difficoltà quotidiane, si trovava costretto ad essere nuovamente e ripetutamente ricoverato. Questo fenomeno

dissolution of the asylums, and in 1962, the Hospital Plan for England and Wales predicted the closure of half of all mental health beds by 1975».

³³⁰ R. CHIAPPAROLI, S. MANDIROLA, *Italia-Inghilterra: psichiatria a confronto. Politiche, leggi, pratiche*, Centro di documentazione di Pistoia, Pistoia, 2005, 62 ss.

della cd. porta girevole (*revolving door*) portava all'emersione di nuove forme di cronicità intermittente causate dalle disfunzioni dell'organizzazione sanitaria e dall'inadeguatezza delle risposte offerte al problema del disagio psichico³³¹.

In questo orizzonte si poneva l'approvazione del *Mental Health Act* del 1983 che veniva a rafforzare le garanzie e i diritti dei ricoverati per problemi psichiatrici³³², prevedendo inoltre, sul piano assistenziale, l'obbligo – condiviso tra le *Health Authorities* e le *Local Authorities* – di organizzare e finanziare servizi di *aftercare*, volti al sostegno e al reinserimento dei pazienti dimessi dagli ospedali psichiatrici.

Se volessimo delineare un primo parallelismo tra la realtà italiana e quella inglese, potremmo rintracciarlo nella difficoltà e nel ritardo del processo di riorganizzazione dei servizi per la salute mentale, inclusivo della progressiva dismissione degli ospedali psichiatrici³³³. Si evidenzia peraltro come anche in un contesto, come quello britannico, in cui le esperienze comunitarie risultavano più radicate, la centralità dell'istituzione ospedaliera abbia faticato ad essere abbandonata in assenza di direttive centrali volte ad organizzare servizi in grado di prestare assistenza e sostenere le fragilità nel quotidiano. Gli ulteriori sviluppi dell'organizzazione dei servizi psichiatrici non può essere analizzata separatamente dalla più generale riforma del settore sanitario, considerando, in particolare, l'impatto del *NHS and Community Care Act* del 1990 che ha impresso un cambiamento radicale nei meccanismi interni di funzionamento del servizio sanitario. L'impianto liberistico della riforma era orientato alla creazione di un mercato interno³³⁴ attraverso l'artificiosa separazione fra operatori del settore (finanziatori – *Primary Care Trusts* – e fornitori – *NHS Trusts, Foundation Trusts e Independent Hospitals* – di cure primarie e secondarie³³⁵), al fine di ampliare la libertà di scelta degli utenti, incentivando la concorrenza e dunque la qualità delle prestazioni e il controllo sulla

³³¹ R. PICCIONE *et al.*, *La nuova cronicità: aspetti preventivi*, in V. PASTORE, G. BIONDI, M. FORMICHINI (a cura di), *Questioni attuali in psichiatria*, Edizioni del Cerro, Pisa, 1992, 135 ss.

³³² Appare interessante, in termini di confronto con la legge n. 180/1978, la ri-attribuzione del diritto di voto, operata dal *Mental Health Act*, solamente a favore dei pazienti ricoverati in via informale, ossia volontaria, laddove ne rimanevano comunque i pazienti internati in via obbligatoria. Sulle garanzie giurisdizionali si tornerà nel successivo capitolo.

³³³ Da notare che, solo nel 1986, si concluse la chiusura del primo ospedale psichiatrico inglese.

³³⁴ L'uso della espressione *quasi-markets* in relazione alle riforme sanitarie inglesi dei primi anni novanta risale a J. LE GRAND, *Quasi-markets and Social Policy*, in *The Economic Journal*, 1991, 101, 1256 ss.

³³⁵ Secondo il meccanismo del quasi-mercato, i *Primary Care Trust* avrebbero commissionato servizi sulla base dei volumi di attività necessari a soddisfare le priorità di intervento richieste, concludendo con i fornitori i cd. *Service Legal Agreements*. Particolare è la disciplina per i *Foundation Trusts*, i cui contratti sono vincolanti poiché specificano il numero di casi da trattare, gli *standards* di qualità da raggiungere il prezzo da applicare al trattamento delle varie patologie, così come stabilito dal tariffario nazionale.

spesa. In virtù di tale sistema, le *Local Authorities* sarebbero state costrette a ridurre gli investimenti volti a finanziare direttamente e a fornire servizi di assistenza, indirizzando le risorse all'acquisto di prestazioni fornire da soggetti pubblici o privati, in base al criterio della migliore offerta.

In questo contesto di mercato interno si introdusse anche l'innovazione del *fundholding*: a gruppi di *General Practitioners* (GPs), su base volontaria, veniva assegnato un fondo per finanziare l'assistenza farmaceutica e acquistare, in sostituzione della funzione di acquisto svolta dalle *District Health Authorities* (DHA) e secondo una gamma di servizi variabili a scelta del gruppo di GPs, l'assistenza specialistica e di comunità.

Lo scopo era di rendere meno burocratico e più efficiente l'intero sistema separando le responsabilità ed introducendo forme di contrattazione fra soggetti diversi, nella certezza che la competizione avrebbe portato benefici all'intero sistema ed ai pazienti.

Nel separare le funzioni di finanziamento, di gestione e di erogazione dei servizi sanitari, la riforma ha ridefinito il ruolo delle *District Health Authorities*, che, sin dagli anni ottanta, costituivano la struttura di controllo della gestione sanitaria regionale. La legge thatcheriana ne ha circoscritto il compito al monitoraggio della domanda, assegnando a tali soggetti la funzione di centrali di committenza e di mediatori nella composizione della domanda con l'offerta di prestazioni per i pazienti residenti nel territorio di riferimento³³⁶.

La riforma del 1990 ha avuto un effetto contraddittorio, complessificando e, al contempo, semplificando lo sviluppo dei programmi volti alla chiusura degli ospedali psichiatrici e alla costituzione di un'efficiente rete di servizi comunitari. La complessità è stata determinata dalla necessità per i committenti così come per i fornitori dei servizi di delineare le migliori soluzioni presenti sul mercato al costo minore, mentre la semplificazione ha costituito il portato dell'attribuzione del potere decisionale in merito agli obiettivi in capo esclusivamente ai committenti del servizio³³⁷.

La nuova strutturazione del sistema ha consentito la creazione di *team* multidisciplinari sia a livello di assistenza primaria, affidata ai medici di base, a cui, nel settore

³³⁶ F. TOTH, *Le riforme sanitarie in Europa: tra continuità e cambiamento*, in Riv. it. pol. pubb., 2009, 2, 69 ss.; M. D'ANGELOSANTE, *Il mercato dei servizi sanitari nell'Unione europea: dalla concorrenza tra operatori a quella tra sistemi ?*, in *Dereito*, 2012, 21, 173 ss.

³³⁷ J. CARRIER, I. KENDALL, *Evolution of Policy*, in J. LEFF (ed.), *Care in the Community: Illusion or Reality ?*, John Wiley & Sons, Chichester, 1997, 15; T. BUTLER, *Changing Mental Health Services. The Politics and Policy*, Chapman & Hall, London, 1993, 102 ss.

psichiatrico, si affiancano psicologi, *counsellor* o infermieri psichiatrici per far fronte ai problemi meno gravi; sia a livello di assistenza secondaria in cui dominano i *Community Mental Health Team* (CMHT) che sono divenuti i servizi a cui vengono indirizzati i pazienti che transitano nella *primary care*³³⁸. Finanziati dalle *Health Authorities* riguardo le prestazioni mediche erogate e dai *Local Authorities* riguardo le prestazioni di assistenza sociale, i CMHT sono divenuti i maggiori erogatori di servizi nel settore della salute mentale. Rispetto alla realtà italiana dei Centri di salute mentale, la struttura dei *Community Mental Health Team* è variabile sia quanto al numero dei professionisti sia per le competenze che vi sono coinvolte. È nell'ambito della cooperazione tra i vari professionisti che viene predisposto il *Care Programme Approach*, ovvero un programma personalizzato di assistenza per ogni singolo paziente, che rappresenta una modalità flessibile di costruzione della rete dei servizi territoriali volta a minimizzare il rischio di “dispersione” della sofferenza.

La formazione dei CMHT, sovrapponendosi ai servizi imposti dalla *section 117* del *Mental Health Act* del 1983 a favore dei pazienti dimessi dall'ospedale psichiatrico, ha rafforzato lo sviluppo dei servizi in grado di garantire la continuità assistenziale al paziente, impedendo che quest'ultimo sia sradicato dal suo contesto sociale.

È bene segnalare tuttavia come i risultati delle ricerche condotte per valutare gli esiti della riforma del 1990 abbiano mostrato una crescita dei costi amministrativi legati all'attività di contrattazione, a scapito dell'efficienza complessiva del servizio oltre ad una maggiore difficoltà da parte delle autorità sanitarie a mantenere un controllo strategico del sistema, a causa della sua eccessiva frammentazione³³⁹.

Anche per tali motivi, dal 1997, con la vittoria dei laburisti, ha avuto inizio una lunga stagione di cambiamenti e di riforme del Sistema sanitario nazionale, che hanno segnato, almeno in una prima fase, una netta discontinuità rispetto al passato con l'obiettivo di confermare il ruolo centrale del Governo centrale e del settore pubblico in campo sanitario, puntando alla sostituzione del mercato interno con un sistema fortemente integrato ed al forte sviluppo dell'assistenza primaria.

³³⁸ R. CHIAPPAROLI, S. MANDIROLA, *Italia-Inghilterra: psichiatria a confronto. Politiche, leggi, pratiche*, cit., 79.

³³⁹ S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, Franco Angeli, Milano, 2006, 125 ss.

Il mercato interno non venne cancellato ma razionalizzato, attraverso la previsione di un sistema fondato su accordi di servizio.

A livello di assistenza primaria, la struttura del *Fundholding*, che a metà degli anni novanta erogava servizi a circa la metà dei pazienti inglesi, venne abolita con il *National Health Service Act* del 1998, in quanto giudicata non in grado di rispondere ai bisogni della popolazione, essendo fonte di elevati costi amministrativi e di transazione. L'abolizione ha dato il via ad una complessa trasformazione dei soggetti acquirenti culminata nel 2002 con la costituzione dei *Primary Care Trust*, evoluzione delle Dha, che si configurano come aziende produttrici di servizi sanitari nelle quali i medici di medicina generale e gli altri gruppi professionali dell'assistenza primaria vengono ad assumere funzioni di responsabilità.

Il secondo mandato del governo laburista, dal 2001, ha visto un'inversione di rotta e la prevalenza dei programmi volti alla riduzione del ruolo del sistema pubblico nella gestione operativa a favore di una funzione forte nella regolazione e nella garanzia di qualità ed efficienza, privilegiando l'obiettivo di diversificare e aumentare l'offerta dei servizi anche con l'ingresso dei privati sia nell'erogazione che nel governo delle strutture ospedaliere³⁴⁰.

Nel sistema britannico il ruolo del settore privato che era inizialmente concepito in senso esclusivamente integrativo e subordinato rispetto a quello pubblico, è divenuto sempre più rilevante, ponendo i produttori privati in diretta competizione con quelli pubblici per l'erogazione dei servizi, in condizioni di parità rispetto agli ospedali pubblici, trasformati in strutture aziendali (*Trust*)³⁴¹.

Nel *Mental Health National Plan* del 2000 lo sviluppo della salute mentale viene identificato come una delle priorità del governo. Tuttavia ciò non ha comportato rilevanti modifiche nella struttura od organizzazione dei servizi, nella misura in cui scopo principale del programma è stato quello di dettare indirizzi e definire obiettivi per il rafforzamento dell'assistenza comunitaria attraverso lo sviluppo di *team* funzionali specializzati operativi sul territorio all'interno della comunità. Si tratta di un

³⁴⁰ J.N. HALL, *Mental Health Delivery Systems in Great Britain*, in R.P. OLSON (ed.), *Mental Health Systems Compared: Great Britain, Norway, Canada and United States*, Thomas Publisher, Springfield, 2006, 24 ss.; A. GROUNDS, *Reforming the mental Health Act*, in *The British Journal of Psychiatry*, 2001, 179, 387-389.

³⁴¹ L'acquisto delle prestazioni dal settore privato non è più gestito centralmente dal Ministero, come accadeva in passato, ma è affidato in misura crescente agli acquirenti sul territorio, i *Primary Care Trust* (Pct), che possono stipulare contratti con i produttori privati come con quelli pubblici.

servizi di prevenzione a risposta rapida che intervengono anche a livello domiciliare per la risoluzione delle crisi (*crisis resolution teams*) fornendo cure e trattamenti al paziente per ridurre il numero di ricoveri e prevenire un peggioramento della condizione clinica³⁴².

Con la pubblicazione nel marzo 2005 del *Creating a Patient-led NHS - Delivering the NHS Improvement Plan*, la creazione del mercato sanitario ha avuto un'ulteriore consacrazione, laddove, richiamandosi alle parole d'ordine evocative della centralità del paziente e libertà di scelta dell'utente, il governo laburista ha consentito un rilevante intervento di *provider privati* (*Independent Treatment Centres*) nell'erogazione delle prestazioni sanitarie e la trasformazione degli ospedali in fondazioni (*Foundation Hospitals*), aperte ai capitali privati.

Il governo britannico ha dunque intrapreso una strada volta a trasformare l'NHS da servizio universalistico in un ente assicurativo che fornisce le risorse e i finanziamenti per l'acquisto sul mercato di una vasta gamma di modelli di prestazioni e servizi sanitari rispetto ai quali il settore privato diverrà il maggior erogatore.

Per concludere, solo un accenno alla recente riforma introdotta dal governo Cameron che, sotto la spinta delle esigenze di sostenibilità finanziaria, ha approvato una riforma, *Health and Social Care Act 2012*, che, pur conservando il principio del finanziamento pubblico del sistema sanitario, ha operato un'ampia apertura alla privatizzazione dei servizi sanitari, trasferendo la competenza sui servizi preventivi alle municipalità³⁴³.

Operando un confronto tra l'esperienza inglese e quella italiana se possono trarre alcune indicazioni rilevanti: in primo luogo, si potrebbe sottolineare come la scelta radicale della legge n. 180 del 1978 sia stata determinata dalla sostanziale cristallizzazione del sistema che non era stato in grado di riformarsi attraverso progressivi interventi normativi, come invece è avvenuto nel contesto anglosassone, ove le successive revisioni del *Mental Health Act* sono state accompagnate dai programmi ed indirizzi da parte del governo volti a realizzare un rinnovamento nel settore psichiatrico.

³⁴² Secondo J. JENKINS, *Cosa è cambiato nella salute mentale*, in www.souquonline.it sul territorio inglese sono attivi 343 team che si occupano di 100.000 persone. I team di presa in carico intensiva sul territorio (*assertive outreach teams*) forniscono supporto intensivo a quei malati che rischiano maggiormente di rinunciare ai servizi, focalizzando l'assistenza su un approccio alla guarigione.

³⁴³ A. OLIVER, *Reflecting on the UK government's Health and Social Care Act 2012: introduction*, in *Health Economics, in Policy and Law*, 2013, 8, 2, 235-236; J. LE GRAND, Z. COOPER, *Framing Health Reform*, *ivi*, 251-257; A.C.L. DAVIES, *This time, it's for real: the Health and Social Act 2012*, in *The Modern Law Review*, 2013, 76, 3, 564-588; V. CHICO, T. HERVEY *et al.*, *Markets and Vulnerable Patients: Health Law After the 2012 Act*, in *Medical Law Review*, 2013, 22, 2, 157-161.

Questo aspetto riformista, che «preferisce il poco al tutto, il realizzabile all'utopico, il gradualismo delle trasformazioni a una sempre rinviata trasformazione radicale del "sistema"»³⁴⁴, costituisce un tratto caratteristico del modello anglosassone e ci dà ragione della capacità dei governi che si sono succeduti di strutturare politiche di lungo periodo volte al perseguimento di precisi obbiettivi³⁴⁵.

Tale indirizzo si spiega anche per il diverso approccio al problema della salute mentale, che, in Gran Bretagna, è stato considerato sin dalle prime leggi di riforma come una questione da affrontare nel contesto della strutturazione del Servizio sanitario nazionale, prevedendo inoltre, già nel Mental Health Act del 1959, ampie forme di garanzia e di controllo rispetto all'applicazione dei trattamenti sanitari obbligatori, mentre in Italia è stato il frutto dell'affermazione dei principi e delle libertà costituzionali, che si sono espressi anche attraverso le pratiche e le esperienze di de-istituzionalizzazione degli anni sessanta e settanta.

Se quindi nell'esperienza italiana si è potuto riflettere su un cambio di paradigma, dalla logica asilare a quella di comunità, il contesto anglosassone appare nettamente più sfumato, anche grazie al precoce sviluppo di esperimenti alternativi al ricovero manicomiale, quali l'*Open Door Policy* e le comunità terapeutiche realizzate da Jones Maxwell negli anni quaranta.

In secondo luogo, si può notare che, mentre in Italia la creazione di servizi territoriali ha corrisposto all'esigenza di umanizzare l'approccio dei servizi alla problematica della salute mentale, al contrario, in Inghilterra, specie a seguito del *National Health System Act* del 1990, la spinta verso la dismissione degli ospedali psichiatrici e la creazione di una efficiente rete di servizi territoriali è stata determinata principalmente dalla volontà del governo conservatore di introdurre forme di concorrenza nel settore sanitario.

Ciò è anche il portato della diversa concezione del diritto alla salute che, nell'esperienza costituzionale italiana, è venuto a declinarsi come fattispecie complessa e comprensiva,

³⁴⁴ F. CAFFÈ, *La solitudine del riformista*, in *Il Manifesto*, 29 gennaio 1982, ora in ID., *La solitudine del riformista*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990.

³⁴⁵ È bene sottolineare che il processo di dismissione degli ospedali psichiatrici sia ancora in corso, anche se la gran parte delle strutture sono state chiuse o riconvertite in servizi aperti a favore della comunità. Sul punto D.H. BENNET, J.M. YATES, *Closure of large psychiatric hospitals in England*, in *Psychiatry Prax*, 1995, 22, 2, 55-57; A. AMLIN, P. OAKES, *Reflections on deinstitutionalization the United Kingdom*, in *Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities*, 2008, 5, 1, 47-55 secondo cui «In 1960, there were 65,000 people with intellectual disabilities living in state-operated institutions in England and Wales. By 2003 this number had fallen to 1,500 and deinstitutionalization is close to completion in the UK».

laddove, nell'ordinamento inglese, fa riferimento al *right to health care*, piuttosto che ad un *right to health*, intendendo riferirsi – in termini restrittivi – ad un diritto all'eccesso alle prestazioni sanitarie, il solo ad essere concretamente azionabile da parte del singolo e tutelabile da parte dei pubblici poteri³⁴⁶. Il che non significa negare che vi sia una dimensione assoluta di tale diritto³⁴⁷, pur diversamente configurato, ma che esso appare strutturalmente condizionato e oggetto di bilanciamento rispetto ad altri interessi contrapposti.

Seppure la Gran Bretagna non abbia ancora completato l'abolizione dei manicomi, come invece è successo in Italia, il sistema nel suo complesso si è dimostrato maggiormente adattivo ad un processo di de-istituzionalizzazione realizzato in termini di *soft law*, non solo grazie alle maggiori risorse destinate all'assistenza psichiatrica, ma anche per il diretto coinvolgimento delle comunità locali, dei pazienti e dei loro familiari nei servizi, oltre alla maggiore flessibilità normativa dell'ordinamento che ha saputo aggiornarsi, modificando la struttura dei servizi di psichiatria, in funzione delle domande sociali emergenti³⁴⁸.

2.9. Oltre il diritto alla salute (anche mentale) verso un diritto alle capacità

L'analisi sviluppata in questo capitolo è stata volta a mostrare e dimostrare il cammino percorso dal diritto alla salute, che da espressione dell'igiene e della salute pubblica si è sviluppata in un concetto che si modella su personali e insindacabili aspettative di vita, coinvolgendo l'idea che un individuo ha di sé stesso.

A questa evoluzione ha contribuito il rilievo assunto dalla componente mentale della salute che apre infatti il concetto agli «aspetti interiori della vita sentiti e vissuti dal

³⁴⁶ Su tale distinzione V.A. LEARY, *The Right to Health in International Human Rights Law*, in *Health and Human Rights*, 1994, 1, 24-56; K. HESSLER, A.E. BUCHANAN, *Specifying the Content of the Human Right to Health Care*, in R. RHODES et al. (eds.), *Medicine and Social Justice: Essays on the Distribution of Health Care*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 84-85 hanno sottolineato che «*right to health care* implies, on its face, a right to certain services; by contrast, a *right to health* seems to imply a right to be healthy, which is an impossible standard». Sugli effetti della distinzione si rinvia all'analisi di L. BUSATTA, *Il diritto alla salute a geometria variabile*, Tesi di dottorato in Studi giuridici comparati ed europei, Università di Trento, 2011, 97 ss.

³⁴⁷ C. FABRE, *Social Rights under the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 39 Secondo cui «the right to health care comprises a right to primary health care, a right not to pay for health care treatment if paying for it would bring us below the poverty threshold, and a set of procedural rights in health care».

³⁴⁸ W.S. CHOW, S. PRIEBE, *Understanding psychiatric institutionalization: a conceptual review*, in *BMC Psychiatry*, 2013, 13, 169-183.

soggetto»³⁴⁹, ossia ad eventi che non appartengono immediatamente alla sfera dell'osservabile, ma possono farvi ingresso solo attraverso la comunicazione, l'interpretazione e l'empatia; eventi che si rappresentano solo parzialmente nel linguaggio della scienza medica, in particolare di quella psichiatrica, essendo traducibili entro il linguaggio della relazione³⁵⁰.

L'espansione del diritto alla salute, che non si converte in una trasfigurazione dello stesso ma in una ridefinizione delle sue potenzialità comprensive, può essere meglio colta attraverso la lente dell'«approccio delle capacità», nella declinazione datane nella riflessione di Martha Nussbaum³⁵¹.

Il *capability approach*, teorizzato dall'economista Amartya Sen e sviluppato da Martha Nussbaum, propone una visione della giustizia alternativa alle teorie contrattualistiche del benessere e al *welfarismo*. La valutazione del benessere individuale, secondo l'approccio delle capacità, può realizzarsi solo in un orizzonte di uno spazio multidimensionale, che va oltre la produzione e il possesso di beni, per includere la rete di relazioni umane che circonda un individuo, il livello di autonomia individuale, la salute, il sistema di istruzione, il grado di democraticità delle istituzioni politiche e sociali, intesi come complesso di fattori che vengono ad influire sull'andamento di una vita umana. L'approccio delle capacità si rivolge quindi alle reali opportunità e alle concrete libertà di cui le persone godono, riflettendo sulle possibilità che un individuo ha di scegliere tra una molteplicità di funzionamenti o stati di essere e fare³⁵².

In questa prospettiva, una vita di qualità non è necessariamente tale per la quantità di risorse di cui l'individuo dispone, ma lo diviene in ragione dei funzionamenti di valore e

³⁴⁹ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., 5.

³⁵⁰ H.G. GADAMER, *Dove si nasconde la salute*¹, Raffaello Cortina, Milano, 1994, spec. 28 ss., 103 ss.; P. DELL'ACQUA, *Persone, malattia mentale e guarigione*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 783 per cui «la condizione di benessere mentale può essere definita come capacità di stabilire relazioni appropriate e soddisfacenti e di adottare comportamenti adeguati a far fronte ai diversi cambiamenti – biologici, ambientali, relazionali, istituzionali – che si succedono nel corso della vita. Se una persona riduce, compromette o perde queste capacità, si sviluppano condizioni tali da assumere le caratteristiche del disturbo mentale».

³⁵¹ M.C. NUSSBAUM, *Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution*, in P. PATZIG (ed.), *Aristoteles' «Politik». Akten des XI Symposium Aristotelicum*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987, 152-86, ID., *Non-relative Virtues: An Aristotelian Approach*, in M.C. NUSSBAUM, A. SEN (eds.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993, trad. it. *Virtù non-relative: un approccio aristotelico*, in M. MANGINI (a cura di), *L'etica delle virtù e i suoi critici*, La Città del Sole, Napoli, 1996, 17 ss.

³⁵² A. SEN, *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1992, trad. it. *La disegualianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1994, 64.

della capacità di acquisire tali funzionamenti che, nel corso dell'esistenza, arricchiscono la persona.

Nella teorizzazione seniana, i funzionamenti sono quei comportamenti e stati di essere che rappresentano gli scopi per il conseguimento dei quali vengono utilizzate le risorse: in termini graduali, essi possono includere attività come muoversi o nutrirsi e stati come l'essere ben istruito o in buona salute, mentre ad un livello di maggiore complessità si esplicano nel «partecipare alla vita della comunità» o nell'«apparire in pubblico senza vergogna»³⁵³. I funzionamenti si configurano come risultati che tutti gli individui hanno ragione di desiderare in quanto condizione per migliorare la qualità della propria vita (*well being*), qualsiasi sia il progetto perseguito da ciascuno. In questi termini, la nozione di funzionamento assume un significato descrittivo ed un valenza prescrittiva, indicando quest'ultimo profilo i modi appropriati di fare o essere di un individuo³⁵⁴.

Le capacità designano, invece, le opportunità di un individuo di acquisire funzionamenti, ampliando di conseguenza la propria 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 funzionamento tra cui essa può scegliere»³⁵⁵. Così, considerando il noto esempio dell'affamato, nella prospettiva delle capacità diventa perfettamente lecito digiunare, sia per motivi religiosi che per protesta politica, costituendo entrambe scelte rispetto ad un funzionamento di base, mentre ciò che non è accettabile è che l'individuo sia privato della capacità di accedere a tale funzionamento, venendo condannato a morire di fame.

È bene sottolineare che capacità e funzionamenti, che sono distribuiti in maniera differente tra i diversi individui, dipendono da una serie di fattori di conversione, aventi natura personale (intelligenza, sesso, eventuali disabilità), sociale (l'accesso all'istruzione, la qualità del sistema sanitario, le condizioni di sicurezza e ordine pubblico), ambientale (risorse idriche, livello di inquinamento ambientale) e relazionale (la presenza di discriminazioni o di fattori di stigmatizzazione legati a determinate condizioni). Tali condizioni possono facilitare o impedire l'*enactement* delle

³⁵³ A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, trad. it. *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000, 75 ss.

³⁵⁴ I. CARTER, *Funzionamenti e capacità. Una critica liberale alle teorie di Sen e Nussbaum*, in *Riv. filosofia*, 2001, 1, 55.

³⁵⁵ I. CARTER, *La libertà eguale*, Feltrinelli, Milano, 2005, 190-191.

opportunità individuali in fattori di capacitazione, espandendo o limitando le opportunità individuali.

Secondo Sen, specie nella programmazione delle politiche sociali, l'attenzione dovrebbe essere rivolta non tanto ai panieri di risorse che si è in grado di mettere a disposizione né ai livelli di utilità delle persone, ma piuttosto a ciò che gli individui fanno (funzionamenti) e potrebbero essere in grado di fare (capacità), avendo accesso a determinati beni. La giustizia in un sistema sociale e il benessere individuale vengono dunque valutati sulla base delle libertà sostanziali che gli individui possono agire. Fine delle politiche pubbliche non deve essere esclusivamente quello redistributivo, quanto la creazione di spazi di libertà eguale affinché gli individui possano perseguire obiettivi di valore, ovvero lo sviluppo delle capacità di scegliere la vita a cui ciascuno dà valore³⁵⁶.

La possibilità di scegliere tra funzionamenti, considerando il contesto di vita e la rilevanza che certe capacità possono avere rispetto ad altre, non riduce la valenza dell'approccio relativizzandolo, laddove un punto di forza del paradigma delle capacità è dato proprio dall'accento che esso pone sulle libertà sostanziali che ogni individuo desidera perseguire ed esprimere.

Le libertà sono da intendersi quindi come la cifra da cui scaturisce il discorso sulle capacità volto a rendere effettive scelte di valore, nella misura in cui è l'insieme delle capacità di una persona – che riflette la sua libertà di condurre differenti tipi di vita – a determinare il gradiente di qualità di vita della persona stessa³⁵⁷.

Uno dei limiti della costruzione teorica di Sen è dato dalla mancata specificazione di una lista di *capabilities* rilevanti per le politiche sociali, scelta che viene giustificata

³⁵⁶ L'approccio delle capacità pone l'accento sulla qualità della vita piuttosto che sul welfare, sul benessere inteso come soddisfazione delle preferenze, e vede una componente fondamentale del *well-being* di una persona nelle sue opportunità e capacità, ovvero nella sua reale libertà. Il concetto di *capability*, infatti, indica sia i poteri interni di un soggetto, le sue abilità, quanto le sue opportunità esterne, l'assenza di ostacoli e la presenza di situazioni favorevoli al suo agire. La persona è considerata principalmente come un agente morale che attribuisce un valore in sé al fatto di poter scegliere in che modo vivere la propria vita. Per cui, per valutare il benessere di una persona, è necessario verificare che cosa essa è veramente in grado di fare, ovvero la sua «capacità di funzionare». Cfr. B. CASALINI, L. CINI (a cura di) *Giustizia, uguaglianza e differenza: una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, Firenze University Press, Firenze, 2012, 71 ss.; S.F. MAGNI, *Etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, Il Mulino, Bologna, 2006, 10 ss.; A. PETTINI, *Benessere ed equità. Il contributo di Amartya Sen*, Olschki editore, Firenze, 1993, 93 ss.

³⁵⁷ In particolare, secondo Sen, la qualità di vita è «un indice dei funzionamenti della persona» stessa, e più propriamente dei suoi funzionamenti di valore. Cfr. A. SEN, *The Idea of Justice*, Allen Lane, London, 2009, trad. it. *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, 264-265.

richiamando la necessità che su tali tematiche si sviluppi un dibattito pubblico che veda coinvolti tutti i soggetti le cui opportunità siano influenzate dalle decisioni collettive³⁵⁸.

La riflessione di Martha Nussbaum prende le mosse dall'elaborazione dei concetti di capacità e funzionamenti, proponendo altresì una concezione dell'essere umano come animale sociale la cui fioritura e dignità dipendono dal soddisfacimento di bisogni fondamentali. Vi sono infatti alcune facoltà umane in relazione alle quali vi è un'esigenza morale che siano sviluppate, per quanto gli individui non dispongono, senza adeguato sostegno materiale, delle opportunità per realizzare tali funzioni umane. L'ispirazione di tale costruzione è duplice: da un parte, l'opera aristotelica³⁵⁹ da cui viene ripresa l'opinione dell'esistenza di alcune funzioni che sono essenziali per qualificare la natura umana, dall'altra, la teoria del bisogno in Marx³⁶⁰, dalla quale si trae un'immagine dell'uomo come essere «bisognoso della totalità delle attività umane»³⁶¹. In ciò si esprime l'ambivalenza dell'essere umano che si caratterizza tanto per la capacità razionale di compiere scelte autonome quanto per una condizione naturale e sociale di bisogno³⁶².

È la stessa natura umana che rende necessario riconsiderare l'ideale kantiano del cittadino concepito come soggetto autonomo ed indipendente per sostituirla con

³⁵⁸ A. SEN, *L'idea di giustizia*, cit., 251.

³⁵⁹ ARISTOTELE, *Metafisica*, Bompiani, Milano, 2000, 12, 1019a17-1019a22.

³⁶⁰ K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, in K. MARX, F. ENGELS, *Opere*, III, Editori Riuniti, Roma, 1976, 334.

³⁶¹ Per illustrare l'utilità del pensiero marxista nel cogliere la specificità dell'approccio delle capacità, Martha Nussbaum richiama il proletariato descritto da Marx nei *Manoscritti economico-filosofici del 1844*: «Questo proletariato svolge un lavoro ripetitivo in una grande industria sulla quale egli stesso non ha nessun controllo. Egli non è certo un benestante: piuttosto va considerato un individuo che ha dei bisogni. Tuttavia il bisogno materiale rappresenta soltanto una parte del suo problema. L'altra componente è costituita dal fatto che, non avendo né libertà di scelta né controllo sulla sua attività lavorativa egli è "alienato", cioè è incapace di fare un uso autenticamente umano tanto del cibo di cui dispone quanto dei suoi sensi in generale: "si sente nulla più che una bestia nelle sue funzioni umane". Al fine di valutare la sua situazione (...) chi adotta un approccio aristotelico si domanda, e lo fa in un modo assai comprensivo: che cosa questo proletario è capace di fare e di essere? Quali sono le sue scelte? Quali sono le sue relazioni con il lavoro che svolge e con gli altri individui? Che cosa riesce a immaginarsi e di che cosa riesce a godere? Di che cosa si nutre e come fa uso dei suoi sensi? Come le condizioni istituzionali della sua vita e quelle legate al suo lavoro ostacolano o promuovono la sua realizzazione come essere umano?». Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Aristotelian Social Democracy*, in R.B. DOUGLASS, G.R. MARA, H.S. RICHARDSON (eds.), *Liberalism and the Good*, Routledge, London, 1990, trad. it. *Una concezione aristotelica della socialdemocrazia*, in ID., *Capacità personale e democrazia sociale*, Diabasis, Reggio Emilia, 2003, 123-125.

³⁶² Ne emerge un'immagine dell'essere umano «concepito come un essere dignitosamente libero che sceglie la sua vita in cooperazione o mutua collaborazione con gli altri, piuttosto che essere passivamente scelto e comandato da altri come si comandano animali in greggi e mandrie». Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, trad. it. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001, 92.

l'immagine più complessa di un uomo che alterna stati di autonomia ad altri di dipendenza³⁶³, condizione che porta a porre l'accento sulle capacità umane, senza negare la rilevanza dell'imperfezione e del bisogno³⁶⁴.

La Nussbaum elabora una complessa articolazione del concetto di capacità: a partire dalle capacità di base, strumenti elementari naturalmente posseduti da ogni individuo, la persona – in assenza di condizionamenti circostanziali (capacità esterne) – può sviluppare altre capacità più complesse come quelle interne. Le capacità interne possono accrescersi in relazione al contesto ambientale o sociale che assume un carattere determinante nel consentirne la piena acquisizione. Così «una donna che non ha subito mutilazione genitale ha la capacità interna per provare piacere sessuale (...) Una donna che non è mutilata, ma che è vedova dall'infanzia e a cui è stato proibito di risposarsi ha la capacità interna, ma non la capacità combinata di espressione sessuale»³⁶⁵.

Le capacità combinate, a loro volta, rappresentano una sintesi tra capacità interne ed esterne, concretando quelle libertà sostanziali che rendono gli individui titolari della capacità di *agency*, ossia dell'effettiva possibilità di dar forma a obiettivi, impegni e valori. Le capacità combinate sono possibili in funzione delle capacità interne che l'individuo è in grado di far valere in un dato contesto³⁶⁶: in questi termini, la capacità di partecipare alla vita sociale presuppone, oltre a una capacità interna, garantita, ad esempio, da un'adeguata educazione, la presenza di circostanze esterne favorevoli, come l'assenza di proibizioni alla libera associazione, un sistema sociale stabile, la qualità della democrazia e così via³⁶⁷. Tutte queste forme di capacità possono dunque essere viste come archetipi di libertà³⁶⁸.

³⁶³ «I principi più fondamentali della società non tengono conto di questi bisogni asimmetrici, né queste teorie incoraggiano a pensare che le persone dipendenti da tali bisogni possano occupare il posto di cittadini degni di eguale rispetto. Il fatto stesso che le loro necessità siano considerate marginali ed influenti rispetto alla costituzione delle istituzioni fondamentali della società incoraggia una netta divisione tra le persone inconsuetamente disabili e le persone comunemente disabili (o, come i soggetti "normali" amano chiamarli, gli individui "abili")». Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2004, trad. it. *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2005, 393.

³⁶⁴ Per Ricoeur (P. RICOEUR, *Filosofia della volontà*, Marietti, Genova, 1990) è sbagliato far corrispondere il bisogno a un mero stato di privazione e di abbandono, in quanto esso include il riferimento a ciò che, come slancio, tende al suo completamento.

³⁶⁵ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 103.

³⁶⁶ M.C. NUSSBAUM, *Capacità personale e democrazia sociale*, Diabasis, Reggio Emilia, 2003, 64 ss.

³⁶⁷ S.F. MAGNI, *L'etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, cit., 21.

³⁶⁸ M.C. NUSSBAUM, *Nature, Function and Capability. Aristotle on Political Distribution*, cit., 165 ss.

L'approccio delle capacità incorpora relazioni, vincoli e opportunità sociali che possono condizionare la vita individuale e quindi, tenendo conto che i fattori sociali e ambientali influenzano la conversione delle capacità in funzionamenti, non sarebbe ragionevole polarizzare l'attenzione sulle capacità acquisite dalle persone senza considerare le reali opportunità che hanno a disposizione per concretarle.

Diversamente da Sen, per il quale «le capacità sono definite in modo derivato rispetto ai funzionamenti»³⁶⁹, la selezione delle esperienze umane fondamentali in termini di capacità compiuta dalla Nussbaum permette di spostare l'attenzione dai funzionamenti alla capacità di funzionare, e quindi non solo di concentrarsi sui fini, ma anche sulle persone come punti d'origine di quei fini, e cioè come agenti razionali – anche eventualmente capaci di funzionare male³⁷⁰.

Per chiarire il punto, se si pensa alle persone «come punti di origine dei fini», o come «originatori di fini»³⁷¹, non appare coerente indirizzare l'attenzione sui funzionamenti che queste possono conseguire. Una politica che si fondasse su tale scopo, ovvero che cercasse di far funzionare bene le persone, le ridurrebbe a strumenti e quindi a mezzi per fini a loro estrinseci.

Allo Stato e agli apparati istituzionali è attribuito il compito di predisporre tutte le condizioni atte a far sì che le persone siano in grado di esercitare i funzionamenti che sono propri degli esseri umani, non che li esercitino effettivamente né, tanto meno, che li esercitino secondo modalità predeterminate. Un programma sociale che mirasse direttamente «a produrre gente che funziona in certi modi» sarebbe paternalista o frutto di tendenze organiciste, laddove, in una società liberale, si tratta di porre in grado le persone «di funzionare in tali modi – gente che ha sia la formazione sia le risorse per funzionare in tali modi, nel caso in cui dovessero scegliere di farlo. [Ma alla fine] la scelta spetta a loro»³⁷².

³⁶⁹ A. SEN, *The Standard of Living*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, trad. it. *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, Marsilio, Venezia, 1993, 109.

³⁷⁰ E. GREBLO, *Dai diritti alle capacità. L'universalismo contestuale di Martha Nussbaum*, in *Filos. pol.*, 2002, 2, 261-262; sul rapporto tra capacità e funzionamenti e sul loro uso liberale vedi I. CARTER, *La libertà eguale*, cit., 195 ss., specie 202-204.

³⁷¹ C. TAYLOR, *Kant's Theory of Freedom*, in Z. PELCZYNSKI, J. GRAY (eds.), *Conceptions of Liberty in Political Philosophy*, Athlone Press, London, 1984, 114.

³⁷² M.C. NUSSBAUM, *Una concezione aristotelica della socialdemocrazia*, cit., 125 ss.; ID., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge, 2006, trad. it. *Le nuove frontiere della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2007, 97 ss. L'Autrice ritiene che l'azione politica debba andare nella direzione delle capacità ovvero delle opportunità di scelta che il soggetto è in grado di compiere e non attestarsi nella dimensione dei funzionamenti, in quanto «una volta che il campo di azione

Sono infatti le capacità, ovvero le possibilità che la persona ha di acquisire funzionamenti e che quindi riflettono la libertà di scelta, a fornire un criterio normativo per giudicare la qualità della vita degli individui, in quanto una vita buona «è, *inter alia*, una vita di libertà»³⁷³.

Tuttavia la tutela della possibilità di scelta non si concreta nella sola difesa formale delle libertà fondamentali, avendo le stesse presupposti materiali, la cui mancanza riduce la scelta a pura apparenza. Lo Stato che intende garantire con efficacia tali diritti deve impegnarsi nella distribuzione della ricchezza, nell'accesso all'impiego, nel godimento dei diritti nella sanità e nell'educazione, ovvero nella garanzia dei diritti sociali.

Colmando i limiti dell'elaborazione di Sen, la Nussbaum sostiene che la semplice idea delle capacità come spazio di confronto interpersonale sia inadeguata ad articolare una visione della giustizia sociale che abbia una reale forza critica, essendo invece necessario redigere una lista delle capacità fondamentali, tali da garantire ad ogni essere umano una prospettiva di vita degna³⁷⁴. La lista delle capacità elaborata dalla Nussbaum (entro cui sono segnalati beni come vita, integrità fisica, salute e controllo del proprio ambiente, ecc.; mentre spiccano per importanza sulle altre, poiché «organizzano e pervadono tutte le altre», la «ragion pratica» e l'«appartenenza»)³⁷⁵ aspira ad essere parte di un progetto di riforma politica che, essendo oggetto di «consenso per intersezione» tra persone con diverse concezioni globali del bene, dovrebbe influire a livello normativo consentendo l'introduzione di nuove garanzie costituzionali³⁷⁶.

Nella lista sono rappresentate una serie di capacità combinate, che consentono di porre in rilievo l'importanza delle circostanze materiali e sociali, sia nella formazione delle

della persona è stato predisposto in modo completo, in campi che vanno dalla vita e dalla salute della persona alla sua completa partecipazione alle attività sociali, la scelta di funzionare o non funzionare dovrebbe essere lasciata al singolo individuo». Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, cit., 392.

³⁷³ Così anche A. SEN, *Well-being, Agency and Freedom*, in *Journal of Philosophy*, 1985, 82, 202.

³⁷⁴ Per M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 208 «l'enfasi sulla unicità [della lista] ci rammenta la continuità fra le persone cosiddette normali e le persone con menomazioni: tutti gli individui hanno disabilità alle quali deve indirizzarsi il sistema educativo – possibilmente in modo individualizzato – e tutti con le cure adatte possono riuscire a svolgere le funzioni centrali della lista».

³⁷⁵ Si veda in M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 94. Si tratta di una lista universalistica, aperta e rivedibile di capacità umane fondamentali che viene proposta come base per l'elaborazione di principi costituzionali fondamentali, rivendicabili da tutti i cittadini, perché possa dirsi garantito quel livello minimo essenziale di rispetto della dignità umana.

³⁷⁶ L'approccio delle capacità deve essere impiegato in modo più esigente, ossia «come base di principi politici fondamentali che dovrebbero sostenere le garanzie costituzionali» (M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 90). È sulla base della distribuzione delle capacità, ossia della facoltà di optare per il genere di vita che ciascuno considera più opportuno, che si può basare un giudizio di merito circa l'equità di un determinato assetto sociale e politico.

capacità interne (dal sapere parlare, al sapere giocare, alle capacità di relazione), sia nella loro espressione una volta formate. La possibilità di realizzare una vita fiorente che sia espressione di capacità realizzate, è considerata quindi non solo espressione della realizzazione di bisogni ma anche della capacità di formulare bisogni, di interrogare la propria esistenza, scoprendo quali siano le dimensioni di vita da promuovere³⁷⁷.

Nello stilare la lista delle capacità, l'obiettivo della Nussbaum è inoltre la definizione di una loro soglia minima, soglia che rende una vita umana degna di essere vissuta. Tuttavia è bene precisare che il tracciare una soglia, definendo la dignità o meno di un'esistenza, non ha intenti discriminatori, ma, al contrario, consente di far emergere «la situazione di quelle persone che sistematicamente si trovino al di sotto della soglia di una qualunque delle aree fondamentali, [condizione] che dovrebbe essere vista come ingiusta e tragica, bisognosa di attenzione urgente»³⁷⁸, minimizzando il rischio dell'esclusione dal godimento delle capacità fondamentali.

In tal senso, il *capability approach* si dimostra in grado di porre le domande in ordine alle concrete opportunità che una persona disabile ha a disposizione e di indicare i *functionings* necessari per affrontare un proprio percorso di vita di qualità. Lungo il solco tracciato dall'etica femminista,³⁷⁹ la riflessione sulla vulnerabilità, la cura e la dipendenza costituisce per la Nussbaum un invito a fare i conti con le nostre paure e a disegnare un diritto e delle istituzioni, capaci di sintonizzarsi sui bisogni e sui desideri di corpi e menti incarnate e vulnerabili, legate inevitabilmente da relazioni di dipendenza³⁸⁰.

³⁷⁷ G. SANTAGATI, *La filosofia pratica di Amartya Sen e Martha Nussbaum. «Deprivation of capabilities» e il caso delle mutilazioni genitali femminili*, Tesi di dottorato in Scienze umane, Università di Catania, 2012, 99. In questi termini l'approccio delle capacità consente di correggere il fenomeno delle preferenze adattive, che induce persone svantaggiate o deprivate in modo permanente a scendere a patti con la loro condizione per la necessità di sopravvivere, negandosi conseguentemente aspettative, desideri e – soprattutto – diritti in grado di modificare la loro situazione.

³⁷⁸ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 91 che pone in evidenza come anche i bambini, gli anziani e persone portatrici di infermità mentali sono cittadini, a cui ogni società decente deve dedicarsi ai loro bisogni di cura, di istruzione, di rispetto di sé, di attività e di amicizia.

³⁷⁹ Per un quadro sull'etica della cura B. CASALINI, *Etica della cura, dipendenza e disabilità*, in *Associazione internazionale delle filosofe, Annuario 2013-2014*, IAPh, Roma, 2014, 450-482, a cui si rinvia per riferimenti bibliografici.

³⁸⁰ «La corporeità, la sessualità, la dipendenza e la vulnerabilità sono le dimensioni rimosse del soggetto a partire dalle quali si sono costruite tanto la politica moderna quanto i confini dentro i quali si è mossa, a cominciare dal confine che ha separato il pubblico dal privato. Questa rimozione è servita a sostenere l'immagine del soggetto "sovrano", autonomo, autosufficiente e indipendente; e, al tempo, stesso, a

Inteso in questi termini l'approccio delle capacità definisce una nuova prospettiva, più comprensiva, nell'osservazione della costellazione di situazioni giuridiche che vengono a comporre il diritto alla salute, rendendo concreto quel vago concetto di benessere che costituisce oggi il sinonimo normativo di salute. Se infatti il diritto viene a garantire le concrete opportunità dell'individuo di acquisire un determinato *stock* di capacità, convertibili in funzionamenti, quale presupposto di una condizione di benessere, allora lo stesso concetto giuridico di tutela della salute viene ad essere espressione di sintesi di quell'insieme di capacità che consentono la piena "fioritura" della persona (ovvero *from cure to care*).

L'approccio delle capacità non concepisce peraltro i diritti soggettivi come diritti negativi, volti a garantire il margine di scelta entro il quale le persone sono affrancate da costrizioni esterne, ma come forme di libertà positiva, che sono funzionali all'espressione della libera autodeterminazione di ognuno nel condurre l'esistenza. Sicchè la garanzia dei diritti in termini di capacità si concentra sul "valore d'uso" dei diritti, ovvero sulla predisposizione di mezzi e sull'abbattimento di ostacoli, in assenza dei quali le disposizioni giuridiche sarebbero vuote espressioni verbali. «In breve, pensare in termini di capacità ci dà un punto di riferimento per capire davvero cosa significa garantire un diritto: chiarisce che comporta interventi contro la discriminazione e un supporto istituzionale, non semplicemente l'assenza di ostacoli»³⁸¹.

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"³⁸², 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) la messa a punto «di un quadro delle

stigmatizzare la dipendenza, associandola più alla dimensione del dominio e della gerarchia che alla metafora della rete, sulla quale piuttosto richiamerà la nostra attenzione l'etica della cura. Se la vulnerabilità e la dipendenza sono tratti universali, nelle società moderne siamo viepiù abituati a pensarli come propri di particolari gruppi: anziani fragili, bambini e disabili. La dipendenza evoca così lo scacco, la sconfitta, la mancanza, la perdita dell'autonomia e della libertà». Cfr. B. CASALINI, L. CINI (a cura di) *Giustizia, uguaglianza e differenza: una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, cit., 164; in particolare M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2010, 27-51.

³⁸¹ M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 306; E. GREBLO, *Capacità e diritti umani*, in *Etica & Politica*, 2013, 1, 574 ss.

³⁸² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit, 37.

capacità inteso come spazio più idoneo all'interno del quale valutare la qualità della vita»³⁸³.

Come riflesso di tale concezione il diritto si struttura in funzione della persona che esprime una determinata rivendicazione e non in relazione all'oggetto della rivendicazione stessa, sia esso una libertà o un servizio. «Vale a dire che il diritto non viene definito come diritto a una risorsa, per esempio all'accesso alle cure sanitarie, ma come diritto alla possibilità dell'individuo di essere in buona salute, una possibilità che dipende dal possesso delle informazioni e delle condizioni economiche e sociali necessarie per usufruire di queste e altre risorse»³⁸⁴.

Se le persone sono punti di origine dei fini, diviene inevitabile ricentrare il fulcro dei diritti sull'implementazione delle opportunità individuali, il che non significa disconoscere i condizionamenti esterni, ma prospettare una rapporto diretto tra soggetto e diritto rivendicato, quale attributo proprio dell'individuo che può esprimersi in termini di acquisizione di capacità.

La stessa Nussbaum, definendo i diritti come capacità combinate, ha inteso porre in evidenza il rilievo che l'attuazione di determinate politiche sociali può esplicare sul terreno delle capacità al fine di ampliare l'ambito della libertà positiva. La definizione dei diritti come capacità combinate ne rende più esigente la concreta affermazione: così il diritto formale alla partecipazione politica non appare garantito solamente perché sancito a livello costituzionale, ma diviene tale in presenza di quelle specifiche condizioni giuridiche, politiche e sociali che rendono le persone effettivamente capaci di esercizio politico³⁸⁵. Definire la garanzia dei diritti in termini di capacità permette di dichiararne l'esistenza solo quando le capacità rilevanti per il relativo funzionamento sono concretamente effettive.

³⁸³ M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità liberarsi dalla dittatura del Pil*, Il Mulino, Bologna, 2012, 25.

³⁸⁴ T. MCCOWAN, *Human Rights, capabilities and the normative basis of 'Education for All'*, in *Theory and Research in Education*, 2011, 9, 3, 283 ss., specie 292; E. GREBLO, *Capacità e diritti umani*, cit., 565-566

³⁸⁵ E. GREBLO, *Dai diritti alle capacità. L'universalismo contestuale di Martha Nussbaum*, cit., 268. In questi termini i diritti sociali costituiscono uno strumento volto a tutelare le condizioni di vita che servono a garantire le eguali opportunità di esercizio sia dei diritti civili, che di quelli politici. Così ad esempio, lo sviluppo di talenti e capacità dipende da un'equa distribuzione dell'istruzione, aperta a tutti i cittadini a prescindere dalle condizioni sociali, dal genere o dal reddito, e ciò, a sua volta, condiziona la libertà di parola e di espressione, dal momento che gli analfabeti o coloro che sono privi di un adeguato livello di istruzione non hanno le stesse opportunità sostanziali di espressione politica di cui godono le persone istruite.

Utilizzare tale approccio significa dunque richiedere al decisore pubblico e ai soggetti coinvolti³⁸⁶ a vario titolo un cambiamento culturale importante, in quanto le persone con sofferenza psichica, le loro famiglie, le associazioni non figurano più solo come dei destinatari passivi di politiche e servizi, ma divengono soggetti attivi del cambiamento³⁸⁷.

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 agite³⁸⁸.

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 fioritura.

L'inclusione, in casi come questi, non implica unicamente l'estensione dei diritti di cittadinanza, ma comporta l'attribuzione di un significato sostantivo a quella appartenenza piena alla cittadinanza che deriva dalla possibilità di tradurre il concetto di eguaglianza in termini di libertà, in quanto l'estensione a tutti di eguali diritti e di un adeguato livello di libertà individuale nel perseguire e realizzare un modello di vita

³⁸⁶ 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.

³⁸⁷ «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 unirli anziché dividere ed isolare» Cfr. F. ONGARO BASAGLIA, *Salute/Malattia. Le Parole della medicina*, a cura di M.G. GIANNICCHEDDA, AlphaBeta Verlag, Merano, 2012, 27 ss.

³⁸⁸ Sui fattori di conversione A. 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». Cfr. O. DE LEONARDIS, T. EMMENEGGER, *Le istituzioni della contraddizione*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 2005, 3, 27-28.

scelto, comprende tanto la possibilità di perseguire una propria concezione di benessere individuale (*well-being*), quanto di realizzare obiettivi e valori relativi alla propria comunità di appartenenza (*agency*).

Ciò sembrerebbe favorire la traduzione delle capacità nel lessico dei diritti, dal momento che vi è un legame significativo tra libertà, bisogni e diritti, poiché questi ultimi non servono unicamente a soddisfare i bisogni, ma sono determinanti anche per la loro definizione, formulazione ed espressione³⁸⁹. In questo senso, “capacità” allude non solo a ciò che viene riconosciuto e attribuito ma *anche a ciò che ognuno è “effettivamente” in grado di fare per realizzare la propria dignità di persona e cambiare in meglio la propria vita*³⁹⁰.

2.9.1. L’amministrazione di sostegno come strumento per la fioritura della personalità

L’approccio delle capacità non solo pone l’accento sulla necessità di conservare in capo alla persona con disabilità intellettive o problemi psichiatrici il diritto a scegliere in ordine alla propria esistenza, ma si presume di assicurarne una partecipazione egualitaria alla vita sociale attraverso appositi istituti di sostegno come la *guardianship* o la *surrogacy*. Come sottolinea la Nussbaum «la custodia non diventa una questione di gestione della “incompetenza” di una persona, ma un modo per facilitarne l’accesso a tutte le capacità centrali. La norma dovrebbe essere sempre quella di porre la persona stessa nella posizione di scegliere i funzionamenti rilevanti: laddove questo non sia possibile, temporaneamente o permanentemente, il genere di custodia verso cui tendere sarà quello concepito specificatamente per assistere la persona quando ce ne sia bisogno, invitandola a partecipare il più possibile al processo decisionale e alla scelta»³⁹¹.

Si tratta di un invito a considerare il diritto dal basso³⁹², partendo dalla condizione concreta delle persone senza costringerle entro categorie astratte, il che offre l’occasione di chiamarle per nome, riconoscendo al contempo una protezione efficace non solo ai malati di mente, tradizionalmente presi in considerazione dalla normativa civilistica, ma

³⁸⁹ J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1996, trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino, 1992, 149.

³⁹⁰ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 19 ss.

³⁹¹ M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 216-217.

³⁹² P. CENDON, *Il diritto dal basso*, in www.personaedanno.it, 2006

a tutte le persone che siano in una situazione di debolezza: portatori di *handicap*, ma anche anziani, minori, tossicodipendenti, persone disagiate.

In questa prospettiva si muove la disciplina dell'amministrazione di sostegno la cui finalità è quella di realizzare un equilibrio tra le opposte esigenze di libertà e di protezione della persona: assicurare cioè al soggetto fragile la libertà che è possibile e indispensabile, e – quanto alla protezione – dargli in più quella che è necessaria e limitare invece quella che è superflua, dannosa o ingiusta.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto con legge 9 gennaio 2004, n. 6, nasce da oltre un decennio di riflessioni e studi multidisciplinari³⁹³, ponendosi quale obiettivo quello di superare le rilevanti contraddizioni ancora persistenti nel nostro ordinamento con riguardo alla capacità della persona e alla tutela dei soggetti deboli. La disciplina è infatti stata pensata ed elaborata in un'ottica di promozionalità dei diritti di tali soggetti, non restringendo il campo d'intervento ai soli infermi di mente, anzi provando ad intervenire su una vasta gamma di disagi esistenziali di ordine più complesso.

Il percorso culturale che ha portato all'approvazione della normativa in oggetto ha avuto il suo inizio alla fine degli anni settanta³⁹⁴ con l'approvazione della legge n. 180/1978, che ha proposto un nuovo modo di intendere la patologia psichica, liberando i malati di mente dai manicomi³⁹⁵ e reinserendoli nel loro ambiente familiare e sociale.

Tuttavia, soppressi i manicomi, il legislatore non è riuscito (o non ha voluto) liberare i malati psichici anche dall'altra “camicia di forza” – quella legale, caratterizzata

³⁹³ Per alcuni riferimenti P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in ID. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 36 ss.; G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, cit.; G. CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 2, 126; G. FERRANDO, P. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Utet, Torino, 2006.

³⁹⁴ R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in P. RESCIGNO (dir. da), *Trattato di diritto privato*, 4, III, Utet, Torino, 1997, 756 secondo cui «Il quadro effervescente e inquieto di quegli anni, pervaso da istanze umanitarie e libertarie, dalla forte tonalità utopica, [ha] fomenta[to] infatti l'emergere di un dibattito che [ha] assu[nto] 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».

³⁹⁵ P. CENDON, *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Quaderni di Familia, Giuffrè, Milano, 2002, 36 secondo cui «La n. 180 del 1978, rovesciando completamente l'ottica di gestione del problema della sofferenza psichica, apre le porte dei manicomi e fa uscire i malati di mente, li reintroduce nella famiglia, nel quartiere, nelle strade. Da quel momento si è reso indispensabile domandarsi se il malato di mente abbia uno statuto giuridico coerente con il tipo di scommessa liberatoria che è stata fatta sul terreno psichiatrico».

dall'impossibilità di esercitare alcuni diritti e libertà – in cui continuavano a rimanere ristretti a causa dell'immutato regime delle incapacità³⁹⁶.

In tal senso la dottrina ha evidenziato come la legge n. 180/1978 abbia rappresentato una premessa fondamentale di civilizzazione del sistema delle tutele che ha trovato il suo completamento (provvisorio e perfettibile³⁹⁷) con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, nella misura in cui tale istituto ha fatto emergere l'esigenza di portare a termine la riforma iniziata con l'abolizione della segregazione fisica inflitta all'infermo di mente attraverso l'abrogazione della «segregazione civile» inflitta dal diritto privato attraverso i vetusti istituti dell'interdizione e inabilitazione³⁹⁸.

Alla luce dell'evoluzione legislativa in materia di infermità mentale e di tutela delle persone incapaci, si può dunque comprendere la portata innovativa che caratterizza l'amministrazione di sostegno, istituto che differisce dai precedenti sia in considerazione delle diverse modalità con le quali concretamente attua la tutela, sia per una mutata visione di fondo dell'assistenza alla persona non autonoma, riflessa nella novità dei principi che la informano.

³⁹⁶ Il superamento della segregazione comporta il reinserimento nella cittadinanza attiva e nel traffico giuridico, come nota P. CENDON, *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 34: «Quale interesse può in effetti suscitare, nello studioso del diritto civile un tema come l'infermità di mente fintantoché l'ospedale psichiatrico esiste ancora, e rimane anzi la sola risposta escogitata per gestire i problemi del disagio mentale ? (...) Tutto invece cambia sostanzialmente con l'approvazione di una legge che, come la 180/78, smantella l'ospedale psichiatrico, e immette o trattiene l'infermo nel suo ambiente sociale. Da quel momento, infatti, anche i soggetti sofferenti di disturbi psichici si trovano ormai ad operare in un tessuto quotidiano che è intrecciato di rapporti patrimoniali grandi e piccoli, di problemi continui di lavoro, di iniziative economiche da assumere o da fronteggiare, di contatti familiari e associativi, di possibili danni da risarcire». Così anche C.M. MAZZONI, *Libertà e salvaguardia nella disciplina dell'infermità mentale*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, cit., 489, riferendosi alla legge n. 180/1978 afferma che: «Il giurista si trova all'improvviso, di colpo, obbligato a trattare un argomento che aveva da sempre poco approfondito. (...) La legge obbliga il giurista ad occuparsi dell'infermo di mente, la legge. Introduce, come mai era avvenuto da secoli, l'infermo di mente nella società civile, costringendolo a rapporti sociali con tutti gli altri soggetti della comunità. Essa obbliga a rivedere per intero il rapporto tra infermo di mente e società».

³⁹⁷ «In altre parole, l'attuazione delle norme costituzionali è sempre parziale ed è sempre provvisoria, esprime una tensione che non può mai riuscire del tutto soddisfatta, che non può mai risolversi in una vicenda normativa in sé conclusa, perché se ciò avvenisse vorrebbe dire che la Costituzione è morta, che ha esaurito la sua spinta propulsiva». Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 36.

³⁹⁸ In tal senso P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 118-119 per cui: «Le critiche da muovere al sistema accolto nel codice civile del 1942, e tuttora in vigore, sono allora soprattutto le seguenti: a) l'interdizione costituisce una risposta eccessivamente severa frutto di concezioni ormai superate in sede psichiatrica (...) che finisce per comprimere o per annullare alcuni tra i diritti fondamentali della persona; b) l'inabilitazione rappresenta anch'essa un istituto di stampo punitivo e appare comunque di scarsa utilità (...) soprattutto perché il suo intervento non risolve i problemi che si pongono nell'ipotesi in cui sia necessario assicurare in favore del disabile il compimento di atti che quest'ultimo – nello specifico frangente – non possa o non voglia effettuare».

È da notare, preliminarmente, come la legge n. 6/2004 sia andata a modificare la rubrica del titolo XII del libro primo del codice civile: alla precedente dizione «*Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*» si è sostituito il più incisivo riferimento «*Delle misure di protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia*». Questa novella non è irrilevante, rappresentando il segno di un ripensamento, prima sociale e poi giuridico, della figura del soggetto debole, che si è concretato nell'allargamento dello spettro soggettivo di applicazione delle misure di protezione e nel riferimento esplicito alla 'persona', quale soggetto di tutela, anziché alla malattia (infermità mentale), che ne rappresenta solo uno degli aspetti³⁹⁹.

Tale esigenza di ricentrare gli strumenti di protezione sulla persona emerge anche dalla lettera dell'art. 1 della legge che ne esplicita la «finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Viene in tal modo superata la logica totalizzante propria dell'interdizione, che privava il soggetto della capacità di agire, quale strumento attraverso cui l'individuo si afferma nei rapporti sociali nella veste di soggetto autonomo, per assumere, invece, come fine primario la capacità dell'ordinamento di farsi flessibile, morbido e accogliente rispetto alle caleidoscopiche realtà in cui si esprime il disagio e la debolezza umana.

Con perfetta sintesi, l'amministrazione di sostegno è stata pertanto descritta come «una forma di tutela ampia, non meramente patrimoniale⁴⁰⁰, ma spiccatamente personale; propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata e non astratta, modulabile e non standardizzata, «frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli

³⁹⁹ In tal senso emerge il carattere innovativo dell'amministrazione di sostegno che, superando il riferimento all'incapacità nell'enunciazione dei presupposti per l'applicazione della misura, pone quale condizione subordinata la sussistenza di una malattia o di una menomazione, le quali vengono in rilievo nella misura in cui cagionano una impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

⁴⁰⁰ Trib. Modena, ord. 24 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 714 per cui «mentre le misure tradizionali tutelavano più che altro i creditori (e perciò, *lato sensu*, la sicurezza dei traffici giuridici), ovvero la famiglia dell'infermo, in tale secondo caso, impedendo la dilapidazione del patrimonio dell'inabile; la disciplina normativa era quindi rivolta a tutelare il patrimonio del soggetto; viceversa, l'amministrazione di sostegno tende a spostare la prospettiva e l'attenzione, da ragioni di conservazione del patrimonio della persona, alla tutela ed alla protezione di quest'ultima».

orientata ai fini costituzionali di promozione di *pieno sviluppo della persona umana*»⁴⁰¹.

La disciplina degli artt. 404 e ss. c.c., infatti, nell'infrangere la monoliticità di un impianto normativo che sopravviveva in maniera anacronistica, delinea una protezione *ad acta* nell'ambito di un più ampio processo volto a garantire, attraverso il rifiuto dei concetti di alienazione, di incapacità e di pericolosità sociale, la piena protezione – temporanea o permanente – dei diritti dei soggetti deboli e il loro recupero nella vita di relazione; e ciò mediante la valorizzazione dei residui spazi di autonomia della persona, alla quale viene consentito di esprimere al massimo le possibilità di autodeterminazione⁴⁰².

L'attuazione di tale disegno è garantita attraverso un approccio gradualistico nell'applicazione delle misure di protezione – in forza del quale il giudice deve scegliere tra gli strumenti di protezione offerti dall'ordinamento quello che realizzi la funzione di protezione apportando la minore limitazione possibile della capacità del soggetto interessato – e conformando la decisione del giudice al principio di flessibilità della risposta protettiva⁴⁰³, per cui allo stesso è attribuito il potere di definire l'oggetto dell'amministrazione di sostegno in considerazione degli specifici bisogni dell'interessato.

Si profila dunque, attraverso tale istituto, una logica d'intervento ispirata ad un modello di *mild law*, la cui peculiarità è rappresentata dall'integrazione virtuosa tra i principi costituzionali (eguaglianza-dignità-libertà) che connotano lo statuto di ogni individuo, il coinvolgimento operativo di diversi attori sociali ed istituzionali, nonché la

⁴⁰¹ E. MONSERRAT PAPPALETERE, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 37 ss.

⁴⁰² Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Famiglia*, 2006, II, 361, che tende, con un'interpretativa di rigetto, a massimizzare l'autodeterminazione del beneficiario della misura di sostegno, non solo con riguardo allo svolgimento delle attività di amministrazione, ma anche in sede di applicazione della misura di sostegno. A conferma si richiama la giurisprudenza consolidata (Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, in *Giur. civ. mass.*, 2006) da cui traspare come la finalità dell'istituto in oggetto sia quella di assicurare «la massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto in difficoltà, attraverso il superamento concettuale del momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente posto a suo carico, del compimento di una serie, più o meno ampia, di attività, in correlazione al grado di incapacità, a favore di una effettiva protezione della sua persona, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo».

⁴⁰³ Il carattere individualizzato della risposta protettiva, speculare alla peculiarità delle specifiche esigenze di protezione di ciascuno, si completa nella previsione per cui al beneficiario dell'amministrazione di sostegno non si applichino gli ulteriori effetti, limitazioni o decadenze che contribuiscono a delineare il regime giuridico dell'*incapace*, con ciò sancendo anche formalmente il superamento del paradigma bipolare (capacità/incapacità).

‘responsabilizzazione’ dello stesso soggetto destinatario di queste nuove ed inclusive forme di tutela non passivizzanti, volte a mantenere il rapporto di integrazione tra la persona, la sua famiglia e l’ambiente di vita⁴⁰⁴.

L’attenzione del legislatore, quindi, si concentra sui bisogni concreti della persona non autosufficiente, al fine di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono lo sviluppo sul piano esistenziale e l’effettività di esercizio dei diritti. In questo senso la ‘cura’ è assunta dall’ordinamento come ‘cifra’ dell’intervento di tutela della persona, come nuovo ‘diritto’ dell’individuo in difficoltà, senza che ciò si traduca in una ‘minorazione’ del soggetto debole. Il progetto di cura (o meglio del “prendersi cura”) ha infatti la funzione «di mettere l’altro nelle condizioni di provvedere da sé ai propri bisogni, rendendolo capace sia di azioni cognitive, come individuare e stabilire criteri di priorità, sia di azioni concrete per soddisfare bisogni e realizzare obiettivi»⁴⁰⁵.

Si può sostenere quindi che con la legge n. 6/2004 si sia cercato di trovare (specie attraverso una delega alla valutazione in concreto del giudice tutelare) un nuovo punto di equilibrio tra le istanze di libertà e di protezione, tale «da assicurare – all’infermo tutta la libertà che è possibile e indispensabile, e – quanto alla protezione – dargli in più tutta quella che è necessaria, [togliendogli invece] quella che è superflua, dannosa o ingiusta»⁴⁰⁶. Sicchè, in tale prospettiva, l’amministrazione di sostegno concreta un procedimento idoneo a garantire assistenza a chi sia nell’impossibilità di gestire autonomamente i propri interessi, con il fine ultimo di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione della sua personalità⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ F. AMATO, *L’amministrazione di sostegno: la ‘flessibilità’ della protezione delle persone non autonome. La procedura, la gestione, i rapporti con gli altri istituti*, in *Quest. giust.*, 2005, 2, 265 ss.; G. SAVORANI, *Le mobili frontiere dell’amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Pol. dir.*, 2006, 129 ss.

⁴⁰⁵ V. IORI, L. MORTARI, *Per una città solidale. Le risorse informali nel lavoro sociale*, Unicopli, Milano, 2005, 31 ss.

⁴⁰⁶ P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, cit., 118. In questo senso Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, cit., 361; Corte cost., 19 gennaio 2007, n. 4, in *Giur. cost.*, 2007, 3, 2277 ss.; Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, in *Corr. giur.*, 2006, 1519, la quale, nel sancire il carattere residuale dell’interdizione – misura da applicare solo in mancanza di altro e diverso strumento idoneo a garantire adeguata tutela al soggetto debole – indica quale profilo di differenziazione tra amministrazione di sostegno e interdizione la maggiore capacità della prima di «adeguarsi alle esigenze del soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità relativa alla procedura applicativa»; Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2009, n. 9628, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 10, 1, 963.

⁴⁰⁷ A. CIOCCA, M.R. MARELLA, *I beneficiari dell’amministrazione di sostegno*, in G. FERRANDO, L. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, cit., 105, secondo cui il perseguimento di tale fine che presuppone il raggiungimento di un equilibrio tra il «prendersi cura dell’altro, e, ove ciò sia possibile, il favorire l’autonomia e l’assunzione di responsabilità

Il nuovo istituto, dunque, sostituendo l'ottica custodialistica con quella promozionale, si pone nel solco degli interventi normativi volti a dare concreta attuazione alla Carta costituzionale⁴⁰⁸. Ed infatti, in questa prospettiva intrisa di personalismo, l'amministrazione di sostegno sembra rivolta a «consentire ai soggetti non autosufficienti [di vivere in] condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana»⁴⁰⁹, il che giustifica la predisposizione da parte dello Stato di forme di assistenza per coloro che, affetti da infermità o da menomazione psichico-fisica, sono impossibilitati a provvedere adeguatamente ai propri interessi.

di quest'ultimo nella costruzione della sua propria [identità], in modo da far emergere l'unicità e la genialità di ciascuno»

⁴⁰⁸ Dentro ai nuovi articoli sull'amministrazione di sostegno incontriamo, in effetti, verbi e sostantivi in larga parte estranei al testo primigenio del codice civile. Per certi versi formule bizzarre – termini alquanto sociologizzanti, più o meno avvolgenti ed eretici. Espressioni come: «richieste», «interessi ed esigenze di protezione della persona», «aspirazioni», «con la minore limitazione possibile», «espletamento delle funzioni della vita quotidiana». Oppure: «bisogni», «interventi di sostegno temporaneo o permanente», «responsabili dei servizi sanitari e sociali», «necessario per assicurare la loro adeguata protezione». E ancora: «condizioni di vita personale e sociale», «atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana», «autonomia», «interessi morali e patrimoniali del minore o del beneficiario». Cfr. P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005, 29.

⁴⁰⁹ Corte cost., 22 giugno 1989, n. 346, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1767.

CAPITOLO TERZO

LA SALUTE MENTALE E L'ECCEDENZA DELLA LIBERTÀ

SOMMARIO: 3.1. Non di sola salute vive l'uomo – 3.2. La libertà personale nella Costituzione italiana – 3.2.1. L'autodeterminazione come condizione della salute e strumento di libertà – 3.3. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori nell'art. 32 Cost. – 3.3.1. La disciplina legislativa degli accertamenti e dei trattamenti sanitari obbligatori – 3.3.2. Le condizioni del trattamento coattivo nei confronti del sofferente psichico – 3.3.2.1. Il dissenso come presupposto del trattamento – 3.3.2.2. L'urgenza terapeutica come condizione legittimante – 3.3.2.3. La mancanza di alternative extra-ospedaliere – 3.4. I trattamenti sanitari obbligatori: fin dove la libertà può cedere il passo alla salute ? – 3.5. Approccio delle capacità e finalità costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio – 3.5.1. *Per chi viaggia in direzione ostinata e contraria*: i malati di mente e i tossicodipendenti – 3.6. Il nodo della pericolosità: un crittotipo insuperabile ? – 3.7. La procedura: quando la forma è condizione sostanziale di libertà – 3.7.1. Il ruolo dei medici e il loro mandato – 3.7.2. Il sindaco, garante o esecutore ? – 3.7.3. Il *munus* del giudice tutelare: una garanzia difficile – 3.7.4. Note minime sulle garanzie amministrative e giurisdizionali – 3.8. L'anomia del trattamento extra-ospedaliero: alla ricerca delle garanzie – 3.9. La libertà è terapeutica ? Ipotesi tra gli artt. 13 e 32 Cost. – 3.10. Uno sguardo all'Inghilterra: per una riforma della procedura

3.1. Non di sola salute vive l'uomo

Nel connotarsi quale mondo soggettivo, la persona si sviluppa attraverso un processo dinamico di cui l'esistenza biografica è testimonianza unica e imprescindibile; una condizione che però è soggetta anche a regressione, data la vulnerabilità che la caratterizza. Anche a seguito dell'emergere della materialità dell'esistenza, la considerazione giuridica della persona passa dunque attraverso l'attribuzione alla stessa di qualità e diritti, inviolabili o assistiti da un vincolo che ne impone l'assoluto rispetto, i quali costituiscono un argine alla fragilità della condizione individuale.

In questa prospettiva, il riferimento alla persona implica l'esplorazione di un territorio che è fecondo solo nella misura in cui si apre al diritto oltre schemi già predeterminati in maniera rigida: difatti la persona umana, assunta come valore esistenziale e giuridico,

racchiude in sé l'attuazione di fini irriducibili, non precostituibili, capaci di cogliere la direzione degli eventi¹.

La salute, quale diritto fondamentale, sembra dunque presentarsi come una chiave di lettura utile, specie ai fini giuridici, per vagliare la posizione della persona in un contesto che è in continua evoluzione, comportando la necessità di ridefinire il criterio, la misura del riconoscimento di uno *status* è tutt'altro che una passiva trascrizione nell'ordine giuridico di un dato biologico. La salute è entità mobile, suscettibile di conservazione e ripristino, così come di incremento e di promozione, tale quindi da costituire un valido tramite per la realizzazione dell'istanza fondamentale del pieno sviluppo della personalità umana.

La salute, nella sua articolata natura², tra dimensione mentale e fisica è infatti oggetto di una costruzione che risponde a bisogni individuali, a pratiche sociali, a modelli culturali, agli obbiettivi della ricerca scientifica. Così i diversi modi in cui si è realizzata la costruzione della relazione tra persona e salute non hanno seguito tragitti lineari, venendo a definire il bene salute come centro di riferimento di una molteplicità di interessi, rappresentazioni e connessioni, che hanno generato un processo di complessificazione.

Complessità dunque come multidimensione del pensiero che corrisponde ad una multidimensionalità dei processi, dei fatti e della stessa individualità empirico-sociale che trova ragione nel mutamento di orizzonti e livelli, ma anche nella inquietudine del sapere positivo che presiede all'organizzazione delle sfere di azione individuale e collettiva³.

La salute, come abbiamo già ricordato, costituisce uno dei vettori lungo i quali si è scritta la storia dei diritti sociali⁴, ma tale qualificazione non la completa, né la esaurisce, in quanto la vastità, l'indeterminatezza e la metaforicità del concetto di «salute» fanno sì che «non si po[ssa] definire il contenuto del diritto (o, meglio, l'ampiezza della tutela assicurata dalla Repubblica) senza considerare i mezzi

¹ D. MESSINETTI, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 552 ss.

² G. PRODI, *Salute/Malattia*, in *Enc. Einaudi*, XXII, Einaudi, Torino, 1981, 394 ss.; C. BOORSE, *Health as a theoretical concept*, in *Philosophy of science*, 1977, 44, 542-573.

³ P. BARCELLONA, *Complessità e questione democratica*, in *Dir. dem.*, 1987, 1-2, 7 ss.

⁴ Tanto da assegnare alla salute il ruolo di «"principe" dei diritti sociali», soppiantando in questo ruolo il diritto al lavoro nel frattempo divenuto tristemente «démodé». Così M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, cit., 312 ss.

concretamente predisposti per tale tutela»⁵ oltre alle sue diverse dimensioni, «naturale e personale»⁶, relazionale⁷ ed anche promozionale⁸.

Tale prospettiva consente di ampliare lo sguardo al valore di libertà che è racchiuso nel diritto alla salute, sul cui equilibrio vengono inevitabilmente ad influire il concreto contenuto delle libertà riconosciute agli individui, l'atteggiarsi dei rapporti con l'autorità, il grado di socialità nel contesto comunitario.

Una prima definizione del diritto alla salute come diritto di libertà ne fa emergere il profilo difensivo, concretantesi nella pretesa – a contenuto negativo – a che i poteri pubblici come gli altri consociati si astengano da ogni condotta che possa ledere le condizioni di equilibrio psicofisico della persona⁹. Tale diritto di non interferenza nella sfera giuridica di un individuo e il correlato dovere di non interferire da parte di terzi si declina poi in funzione del profilo statico o dinamico della salute¹⁰, vietando di incidere sulla condizione di integrità psico-fisica di una persona in un dato tempo, così come sulle componenti che ne determinano uno stato di benessere, di per sé transeunte e mutevole.

Quella che viene a delinearsi è l'affermazione di una sfera di sovranità entro cui, in assenza di specifica previsione normativa, tutto ciò che è incompatibile con la piena libertà della persona si prospetta come illegittimo, se opera di poteri pubblici, o illecito, se causato da privati. Se pure il valore primario riconosciuto dall'ordinamento costituzionale comporta che alla salute, quale attributo essenziale della persona, debba concedersi una tutela ampia e penetrante, ciò non significa escludere forme di garanzia ultra-individuale idonee a giustificare la prevalenza dell'interesse alla conservazione del bene a fronte della libertà su di esso riconosciuta all'individuo.

In questi termini, in dottrina, si inteso individuare una serie di elementi qualificanti la salute quale diritto di libertà, volti a limitare la «possibilità giuridica [del soggetto] di determinare, secondo la propria volontà, le vicende relative al diritto medesimo proprio

⁵ A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 657.

⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 26.

⁷ M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., 9.

⁸ Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 337 ss.

⁹ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 28; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., 5; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 37.

¹⁰ Riprendo i concetti da D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 110-111; M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e cd. atti di disposizione del corpo*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, cit., 81.

per consentire una più penetrante tutela della sua posizione soggettiva»¹¹ in linea con le finalità di garanzia del profilo soggettivo oltre che collettivo del bene in questione. Si tratta, in particolare, dell'intrasmissibilità, imprescrittibilità, irrinunciabilità e indisponibilità¹².

I primi due tratti qualificanti non pongono particolari problemi analitici, stante la loro coerenza con la intrinseca connessione del bene salute rispetto alla persona: in questi termini un diritto, in cui si riflette la personalità, non può essere ceduto, né può essere trasmesso in via ereditaria attenendo unicamente ed esclusivamente a quella persona che ne è l'incarnazione, allo stesso modo quel diritto non può estinguersi o il suo titolare decadere dalla facoltà di azionarlo per la semplice inerzia del suo esercizio protratta nel tempo. Più complessa può apparire la giustificazione del requisito dell'irrinunciabilità del diritto alla salute, in quanto se lo si intendesse in senso strettamente letterale, ciò comporterebbe la configurabilità di una sorta di «dovere alla salute»¹³ che verrebbe a svuotare di significato la stessa previsione del secondo comma dell'art. 32 Cost. Se, invece, facendo propria una concezione espansiva del diritto stesso, lo si declinasse sia nella sua versione positiva, che nel suo «risvolto negativo»¹⁴, ossia il diritto ad essere ammalato o a rinunciare alle cure¹⁵, allora il tratto dell'irrinunciabilità costituirebbe una

¹¹ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 32-50; con riferimento alla libertà personale già S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1953, 12 ss.; anche A. PACE, *Libertà personale* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 306.

¹² Sono caratteri attribuiti ai diritti di libertà in quanto diritti della personalità, su cui P. PERLIGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*², diretto da A. Cicu, F. Messineo e continuato da L. Mengoni, IV, Giuffrè, Milano, 1982, 50-56; C.M. BIANCA, *Diritto civile*², I, *La norme giuridica - I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002, 139-147.

¹³ Pur con sfumature diverse ne negano la configurabilità B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 34-36 e 62-71; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 39 ss.; G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 254 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 781-782; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, 3216.

¹⁴ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 312.

¹⁵ A. D'ALOIA, *Eutanasia*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Utet, Torino, 2012, 317 secondo cui «si può decidere di accettare un percorso terapeutico; il corollario è che si può rifiutare o rinunciare ad una cura, e questo al di là delle conseguenze negative che possono derivare da una decisione astensiva o sospensiva. In altri termini, la libertà (il diritto) di rifiutare le cure proposte non dipende dalla gravità o dalla irreversibilità degli effetti di tale decisione. Si può scegliere di non curarsi anche se questo determina il "lasciarsi morire", eliminando il contrasto tecnico-scientifico al progredire inesorabile della malattia»; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3, 545 ss.; G. FERRANDO, *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Fam. dir.*, 2008, 10, 923 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, comma 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, 89 ss.

indiscutibile garanzia dell' "inespropriabilità" del diritto di scelta in ordine anche alle forme e ai tempi di conclusione dell'esistenza.

La qualifica dell'indisponibilità riferita al diritto alla salute appare altrettanto controversa: essa infatti pone in tensione il rapporto tra la salute quale diritto fondamentale dell'individuo e quale interesse della collettività, aspetti che devono trovare un ragionevole bilanciamento in funzione della finalità verso cui è indirizzata la connotazione della salute quale diritto indisponibile.

Tale finalità può essere rinvenuta nell'impostazione generale del testo costituzionale che riconosce la persona come valore fondamentale, valore-limite anche alla stessa imposizione per legge di trattamenti sanitari obbligatori. La persona pertanto non può essere funzionalizzata in vista di interessi, anche di rilievo collettivo, che le siano del tutto estranei, né la sua qualità di soggetto morale può essere coartata imponendole trattamenti in assenza del suo consenso espresso.

Coerentemente con questi parametri, si ha conferma – come già accennato – che la libertà nel campo della salute è il *principio*, derogabile solo entro i ristretti ambiti in cui può essere imposto un trattamento sanitario per legge

Il requisito dell'indisponibilità non può essere quindi inteso in senso assoluto, cancellando il connotato di libertà che vi è nella salute, ma va guardato in termini relativi: l'indisponibilità infatti non riguarda esclusivamente la salute intesa in senso biologico – come assenza di malattia –, ma quale parte della biografia della persona, come complesso di scelte, desideri, aspettative, investimenti, sulle quali ogni individuo ha il diritto di decidere personalmente, progettando in piena autonomia qualsiasi aspetto della propria esistenza, compresa la fine¹⁶.

La valorizzazione, in un'ottica costituzionalmente orientata, del legame tra corpo e identità personale ha determinato, infatti, una profonda erosione del tradizionale concetto di indisponibilità, la cui matrice privatistica ne tradiva l'inadeguatezza rispetto alla gestione di situazioni giuridiche inerenti il profilo costituzionale, il che ha determinato un sensibile ampliamento della sfera di libertà dell'individuo nelle scelte inerenti la propria sfera corporea, in attuazione dei principi di autonomia e dignità¹⁷.

¹⁶ R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Torino, 1994, 98.

¹⁷ G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 770; G. VENUTI, *Integrità della persona e multiethnicità*, in *Famiglia*, 2003, 601 ss.

Definito tale aspetto, si deve sottolineare come il contenuto minimo da attribuire al requisito dell'indisponibilità, anche alla luce delle coordinate costituzionali sopra esplicate, debba essere rinvenuto nel divieto di disporre in via negoziale del proprio diritto alla salute nella sfera delle relazioni intersoggettive¹⁸. La constatazione della crescente "commercializzazione" dei beni fondamentali dell'individuo, se non vuole risolversi in una semplice registrazione (e quindi legittimazione) dell'esistente, si deve infatti necessariamente accompagnare ad una riflessione sullo statuto della persona nel più ampio contesto delle forme molteplici dei rapporti sociali¹⁹.

La riconduzione della salute, quale diritto di libertà, entro la categoria dei diritti della personalità assume indubbiamente, dal punto di vista giuridico, un valore unitario, tale da correlare la previsione costituzionale dell'art. 32 Cost. ai principi personalistico e pluralistico volti a creare uno spazio entro il quale il soggetto possa esercitare le proprie libertà e dunque le proprie opzioni morali²⁰.

A risultati analoghi sembra giungere un diverso percorso di analisi²¹ che pone in rilievo la distinzione tra diritti di libertà, situati nel lecito materiale, e poteri che, invece, incidono nel campo del possibile giuridico. Mentre i primi si concretano in attività materiali, rispetto alle quali l'ordinamento esprime una valutazione, accompagnando alla violazione dei limiti posti all'espressione delle libertà la sanzione dei comportamenti illeciti, nel caso dei secondi, l'esercizio del potere è idoneo a produrre effetti giuridici conformi alla volontà del soggetto agente, effetti che vengono meno nel caso di esercizio arbitrario del potere stesso²². Ulteriore elemento distintivo è rinvenibile nel fatto che, mentre la libertà di disposizione non ha oggetto ma un contenuto, ovvero la pretesa che i terzi si astengano dal porre ostacoli al godimento della libertà stessa, al contrario il potere «si esercita su un oggetto» che, nel caso della disposizione del proprio corpo, si concreta unicamente nelle parti di esso, ancorché attaccate alle altre e suscettibili di una successiva separazione²³.

¹⁸ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 38.

¹⁹ G. RESTA, *Contratto e diritti della personalità*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, Giuffrè, Milano, 2006, 10 ss.

²⁰ P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, Torino, 2012, 55 ss.

²¹ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 132 ss.

²² P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991, 244-245.

²³ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 125.

A ciò consegue che un soggetto titolare di una libertà costituzionale non è di per sé investito del corrispondente potere che lo legittimi a porre in essere negozi giuridici che incidano sulle sfere giuridiche individuali, sebbene spesso quest'ultimo sia a servizio del primo.

In questa prospettiva il divieto agli atti di disposizione sul corpo, iscritto nell'art. 5 c.c., rappresenta un limite all'esercizio di un potere, non al godimento di una libertà, che invece rimane indisponibile. «L'indisponibilità riferita alla libertà di salute [comporta] insuscettibilità del diritto di essere oggetto di atti di disposizione e non ammette deroghe; l'indisponibilità come divieto di disporre negozialmente di parti del proprio corpo (non del proprio diritto) è riferita al potere di disposizione che incontra il bene della salute come limite al suo esercizio»²⁴.

Per l'effetto, al potere – già disciplinato dall'art. 5 c.c. – non si è sostituita, ma si è affiancata una libertà, alla luce della quale è necessario ridefinire l'ambito di esercizio del potere. In questi termini la legge potrà sanzionare un esercizio del potere di disposizione negoziale del proprio corpo che non tenda al rispetto della garanzia costituzionale dei diritti di libertà coinvolti, ma non può sancire l'illiceità della condotta, attiva od omissiva, che sia tutelata dalla Costituzione in quanto esercizio di una libertà²⁵.

Vi è da rilevare come l'inquadramento della salute tra i diritti della personalità non trovi un'opinione unanime in dottrina, laddove vi è chi, sottolineando la differenza tra la persona (*Mensch*) intesa nella sua corporalità e la personalità (*Person*) come indicatore degli attributi della persona²⁶, ha ricondotto alla categoria «diritti della personalità» i soli profili afferenti alla: «a) identità e identificazione del soggetto nei suoi diversi aspetti oggettivi e soggettivi; b) auto-percezione che il soggetto ha di se stesso e la percezione che del soggetto dà il resto della comunità»²⁷. Ponendo, all'opposto, nella

²⁴ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 145, nota 73.

²⁵ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 143 ritiene quindi in conclusione che «quando gli atti di disposizione sono orientati a conservare, curare o proteggere il bene della propria salute, e cioè sono espressione di un potere strumentale rispetto al godimento in senso attivo della propria libertà di salute, essi sono sottratti alla discrezionalità del legislatore ordinario. Quando il potere negoziale sia invece esercitato con finalità diverse (...) esso può (o deve) essere vietato o limitato dal legislatore, per tutelare il fondamentale ed omogeneo interesse della collettività».

²⁶ G.F. PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, I, Leipzig, 1847, 52.

²⁷ V. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, 434; A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*⁵, Il Mulino, Bologna, 1997, 223 ss.; G. PINO, *Giudizi di valore e dottrine*

categoria dei «diritti della persona» l'insieme degli interessi e dei profili di tutela attinenti all'integrità psicofisica dell'individuo che integrano l'ambito della tutela del diritto alla salute. Ciò al fine di evitare l'attrazione nell'area dei diritti della personalità²⁸ dell'intera problematica delle libertà costituzionali, ponendo le premesse per la creazione di una categoria ipertrofica ed eterogenea, difficilmente inquadrabile nelle categorie della disciplina costituzionalistica.

Da quest'ultimo punto di vista, appare più corretta la riconduzione della salute entro la categoria dei «diritti inviolabili» o «fondamentali»²⁹, piuttosto che nell'ambito dei «diritti della personalità», non solo per ragioni dogmatiche, ma anche per la divaricazione, nella terminologia legislativa, degli ambiti semantici nell'uso delle due categorie: in questi termini, infatti, il riferimento ai diritti inviolabili o fondamentali si evidenzia specie nelle fattispecie normative, le quali sottendono un tipico problema di conflitto tra gli interessi del singolo e le posizioni autoritative del potere pubblico³⁰. Così, ad esempio, le norme in materia di immigrazione (art. 2, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286; art. 21, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 39), estradizione (art. 698, 1° co., c.p.p.), mandato d'arresto europeo (artt. 1 e 2, legge 22 aprile 2005, n. 69) sono volte a evocare, attraverso il requisito della fundamentalità o inviolabilità, delle tutele forti per posizioni integranti i cd. diritti umani.

civilistiche. Il caso dei diritti della personalità, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2002, 2, 136-137 per cui «nella categoria dei diritti della personalità ricadrebbero figure quali, ad esempio, il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, alla reputazione, all'identità personale, all'identità sessuale, alla riservatezza, il diritto morale di autore, il diritto all'oblio, il diritto allo sfruttamento economico della propria notorietà, il diritto sui propri dati».

²⁸ Categoria che, a causa di una progressiva perdita di legittimità dell'intero impianto dogmatico dei diritti della personalità e del crescente scollamento tra teoria e prassi, affronta una vera e propria « crisi d'identità ». Cfr. T. HASSLER, *La crise d'identité des droits de la personnalité*, in *Pet. Aff.*, 2004, 244, 3 ss.

²⁹ Senza operare confusioni terminologiche si ritiene di aderire alla tesi che identifica la fundamentalità con l'inviolabilità (in tal senso, A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. dir.*, 1976, 295; ID., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, negli *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Giuffrè, Milano, 1996, 63 ss.; P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*², Giappichelli, Torino, 2005), pur a fronte di autorevole dottrina (P.F. GROSSI, *Inviolabilità*, in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 712 ss., specie 727 ss.; ID., *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*², Cedam, Padova, 2008, 1 ss.) che ritiene che attraverso il carattere dell'inviolabilità la Costituzione abbia inteso conferire ad alcune posizioni giuridiche una maggior protezione e stabilità nei confronti dell'esercizio del potere di revisione costituzionale. Vi è la tesi infine la tesi per cui la fundamentalità di un diritto ne presupporrebbe l'universalità, limitandone la qualificazione ai soli diritti classici di libertà (così L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in ID. (cur.), *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 6; ID., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 1-2, 41 ss.).

³⁰ Sul punto le osservazioni di G. RESTA, *I diritti della personalità*, in G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. SACCO (dir. da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2006, 371 ss.; E. DREYER, *Du caractère fondamental de certains droits*, in *Rise of the Roman Jurist*, 2006, 551 ss.

Anche questo elemento suggerisce di tenere ferma, ai fini di un'ordinata tassonomia, la tradizionale distinzione tra le suddette categorie e rimarcare la specificità e l'autonomia concettuale dei diritti fondamentali³¹.

Valorizzare il profilo della salute come diritto di libertà, in questi termini, non assume il carattere di operazione puramente terminologica, poichè la relazione che ne è alla base, ossia il valore unitario e inscindibile della persona in quanto tale, si delinea più efficacemente nei significati che il concetto di libertà include: confine (*noli me tangere*), sovranità, integrità, decisione, ovvero il patrimonio di tutti i diritti *erga omnes* in grado, per l'ampiezza e per i legami semantici che li distinguono, di riferirsi all'intero spettro della corporeità.

Ad integrare la libertà, così declinata, vi sono poi le forme di procedimentalizzazione della manifestazione di volontà del singolo, quale contesto all'interno del quale le decisioni della persona possono dirsi effettivamente libere. L'intervento esterno di tipo regolativo non si traduce infatti in una compressione della sfera giuridica dell'individuo, ma ne costruisce le condizioni per la sua piena espressione.

La centralità assunta dai diritti fondamentali apre uno scenario nuovo nel quale la posizione giuridica dei titolari delle relative garanzie diventa complessa, entrano in gioco infatti non solo la pretesa di essere curati ed il dovere di curare, ma anche la pretesa di partecipare, nel contesto dell'alleanza terapeutica, all'individuazione della cura e delle terapie a cui essere sottoposti, il diritto di non subire trattamenti per cui non si è prestato il consenso o rispetto ai quali si è espresso dissenso, il diritto a non essere discriminati nelle modalità di somministrazione dei trattamenti stessi.

La dimensione essenzialmente individuale della salute si riverbera in una manifestazione della propria identità personale, dell'autonomia morale di ciascun soggetto, essendo parte del nucleo più intimo ed irriducibile della libertà personale.

Sicchè «il diritto alla salute, anche nella sua versione “negativa” (ma forse sarebbe meglio dire “difensiva” rispetto a comportamenti coercitivi o non rispettosi della volontà individuale del malato) viene così a costituire una proiezione specifica della libertà personale e della sfera dei diritti inviolabili della persona»³².

³¹ Sul punto rinvio a quanto già esposto nel capitolo II, sez. I, sul carattere fondamentale del diritto alla salute.

³² A. D'ALOIA, *Eutanasia*, cit., 308.

3.2. La libertà personale nella Costituzione italiana

In linguistica si è soliti distinguere tra significante, ovvero il segno grafico, e significato che racchiude la traccia cognitiva di un concetto. Abbiamo già accennato all'evoluzione del significato del concetto di salute attraverso un processo interpretativo che, nel manipolare l'esperienza, ha prodotto e trasformato i fatti attraverso le idee³³.

Il diritto è peraltro «un grande contenitore nel quale [si] riversa[no] tutte le semantiche influenti che il linguaggio del tempo sedimenta, allargando e restringendo, enfatizzando o dissolvendo caratteri particolari dell'esperienza giuridica. In ogni caso però (...) la vita del diritto si costituisce sempre come “irriducibile” dell'esperienza. C'è sempre qualche altra cosa che deve intervenire a raccontare la storia dell'esperienza del diritto»³⁴.

Nel campo della salute mentale, laddove esso si incrocia con il diritto, vi è un'inflazione di significati, tanti quanti i linguaggi che cercano di darne un senso. Soltanto in questa prospettiva si può comprendere l'eccedenza che tale fenomeno mostra e che si riversa nell'orizzonte di aspettative rappresentato dalla libertà.

Senza operare opinabili gerarchizzazioni tra diritti e libertà fondamentali³⁵, pare tuttavia indubbio come la libertà personale, iscritta nell'art. 13 Cost., costituisca un presidio condizionante ogni altra libertà, nella misura in cui l'affermazione dell'*habeas corpus*, sottraendo l'individuo all'arbitrio del potere, rimanda alle radici stesse dell'esistenza³⁶.

Peraltro la stessa dichiarazione della inviolabilità della libertà personale, trascorrendo da enunciazione ottativa a concreta regola guida, tende a sottrarre al potere sovrano l'esclusiva titolarità delle valutazioni inerenti il bilanciamento tra *power* e *liberty*, prefigurando uno scenario articolato che impone di considerare sia i processi di

³³ M. BERTUCCELLI PAPI, *Che cosa è la pragmatica*, Bompiani, Milano, 1997, 10.

³⁴ E. RESTA, *Diritto vivente*, cit., 27; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 143.

³⁵ R. BIN, «Al cuor non si comanda». *Valori, regole, argomenti e «il caso» nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale. Atti del Seminario (Messina, 7-8 maggio 1993)*, Giappichelli, Torino, 1994, 326 s.

³⁶ S. RODOTÀ, *Variazioni sulla libertà personale*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, 363; anche Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, 2142 ss. che lo definisce «un diritto inviolabile (...) rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita e all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona».

maturazione della coscienza sociale che le dinamiche che si sviluppano nelle sedi istituzionali³⁷.

Questa riflessione non può arrestarsi alle affermazioni di principio, essendo necessario contestualizzare la portata della libertà entro l'ambito istituzionale, valutando la latitudine e l'effettività della garanzia costituzionale per come si è venuta a definire nel circuito tra giudice costituzionale e comunità degli interpreti³⁸.

È tuttavia necessario tener conto che la nozione costituzionale di libertà personale non solo non risulta facilmente desumibile dalla mera esegesi testuale dell'art. 13 Cost., ma si presenta di ardua precisazione per il fatto di riferirsi ad una cd. «libertà-situazione»³⁹, la cui molteplicità di possibili manifestazioni non è di immediata riconduzione entro una schematizzazione esaustiva. «Ciò comporta un duplice ordine di conseguenze. Innanzitutto l'esigenza di correggere la tendenza a definire in termini eccessivamente rigidi ed onnicomprensivi quella nozione sulla base dei soli dati testuali disponibili, evitando così il rischio di una sua cristallizzazione astratta, insuscettibile di recepire i significati diversi e aggiuntivi che le possono derivare dagli sviluppi concreti che l'ordinamento assicura al quadro complessivo dei principi costituzionali correlati alla tutela della libertà in esame. In secondo luogo, l'esigenza di tener conto proprio di tali sviluppi complessivi, cercando di cogliere, al di là del dato meramente testuale, il senso dei conflitti di interesse reali di cui esso rappresenta un momento di composizione attorno a determinate soluzioni normative»⁴⁰.

Vi è un dato di partenza che rappresenta, se si vuole, anche un punto di arrivo nella riflessione della giurisprudenza costituzionale sul tema, ovvero quello per cui la libertà personale costituisce primariamente una garanzia di tutela avverso le tradizionali forme di limitazione che si esplicano in misure di coercizione fisica o, meglio, di coazione della persona⁴¹.

³⁷ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 3 ss.

³⁸ Per un quadro d'insieme M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 321 ss.; ID., *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2000, 2-3, 235 ss.

³⁹ G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 2.

⁴⁰ P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1994, 234 ss., specie 237.

⁴¹ Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2, in *Giur. cost.*, 1956, 561; Corte cost., 15 luglio 1959, n. 49, *ivi*, 1959, 779; Corte cost., 30 giugno 1960, n. 45, *ivi*, 1960, 689; Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68, *ivi*, 1964, 727. In dottrina E. BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad.*, 1951, IV, 272; S. GALEOTTI, *La libertà personale*, cit., 10 ss.; ID., *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 859 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, 30; A. PACE, *Libertà personale*, cit., 295 ss.; G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*

L'art. 13 Cost. dunque verrebbe ad assicurare alla persona la «possibilità di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico» contro «qualunque azione di altri uomini che deliberatamente, operando sul nostro corpo, immobilizzandolo, manomettendolo, chiudendolo in una cella e così via, toglie alla nostra volontà la possibilità di disporre a suo talento»⁴². Accogliendo questo orientamento, in ossequio al brocardo secondo cui «il diritto quando comanda, non coercisce, quando coercisce non comanda»⁴³, sarebbero escluse dall'ambito di applicazione della disposizione costituzionale tutte le forme di coercizione morale che non incidono direttamente sulla sfera fisica della persona⁴⁴.

Sembra utile soffermarsi sul punto chiarendo, nel solco di autorevole dottrina, come le garanzie previste nell'art. 13 Cost. siano volte a tutelare la «la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all'altrui volere, conseguenti a una situazione di coazione fisica», laddove, diversamente l'art. 23 Cost., al quale viene affidato il patrocinio della libertà individuale, involga «la libertà del singolo di autodeterminarsi nei limiti degli obblighi e dei divieti di carattere personale o patrimoniale imposti dalle pubbliche autorità “in base alla legge”»⁴⁵.

Si viene in coerenza con tale distinzione di funzioni ad escludere dalla disciplina dell'art. 13 tutte quelle misure che siano meramente obbligatorie, le quali, proprio in quanto tali, sono non coercitive, ovvero in cui la realizzazione del comportamento imposto è rimessa alla «“collaborazione” più o meno “spontanea” del destinatario del provvedimento»⁴⁶.

della Costituzione, cit., 4 ss., in particolare 51. Per una riflessione ampia P. CARETTI, *La disciplina della libertà personale nei più recenti sviluppi legislativi*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Barile*, Cedam, Padova, 1990, 235 ss.; G.U. RESCIGNO, *Libertà e potere*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Esi, Napoli, 2012, 901 ss.

⁴² S. GALEOTTI, *La libertà personale*, cit., 10 e 12.

⁴³ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., 31, nota 71. L'Autore, pur riconducendo entro l'alveo dell'art. 13 Cost., le sole coazioni fisiche riteneva che le garanzie poste dalla disposizione fossero strumentalmente rivolte all'attuazione delle finalità previste negli artt. 25, 30 e 32 Cost. In questa prospettiva dunque l'art. 13 verrebbe declassato a norma servente delle altre citate, le quali verrebbero ad esaurire le finalità pubbliche legittimamente perseguibili dall'intervento limitativo dello Stato. *Contra* A. PACE, *Libertà personale*, cit., 301 che critica la forzatura data dalla conversione con mezzi interpretativi della riserva assoluta di legge del 2° comma dell'art. 13 Cost. in riserva “rinforzata”, pur in mancanza di un'espressa o implicita espressione in tal senso desumibile dal tessuto costituzionale.

⁴⁴ Venivano dunque escluse dalla sfera di garanzia dell'art. 13 Cost. istituti quali il confino, l'ammonizione, la libertà vigilata, il mandato di comparizione, l'ordine di rimpatrio con foglio obbligatorio di via, non accompagnato dalla traduzione (Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2, cit.), l'obbligo di prestazione d'opera per la costruzione e sistemazione delle strade (Corte cost., 23 marzo 1960, n. 12, in *Giur. cost.*, 1960, 537) o ancora l'obbligo per il fallito di non allontanarsi dalla propria residenza (Corte cost., 16 marzo 1962, n. 20, *ivi*, 1962, 207; conf. Corte cost., 25 giugno 1980, n. 103, *ivi*, 1980, I, 788).

⁴⁵ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, 174 ss.

⁴⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 179.

Dunque il discrimine per individuare le misure riconducibili alla disciplina dell'art. 13 Cost. sia dato dalla coercitività delle stesse, a prescindere dal *nomen juris*. Coercitività che non si avrà sol perchè la mancata ottemperanza di un obbligo o di un divieto siano presidiati da sanzione penale detentiva o da sanzione che incida comunque su un diritto inviolabile⁴⁷, in quanto alla violazione non consegue inevitabilmente ed automaticamente l'applicazione giudiziale della misura coercitiva, che invece si colloca in ambiti, tempi e modalità diversi da quelli della trasgressione⁴⁸.

In via ulteriore la tesi dell'automaticità verrebbe ad anticipare, sul piano puramente astratto, gli effetti di un atto – l'eventuale sentenza di condanna – che si pone come logicamente distinto dall'atto trasgressivo.

Ulteriore esempio è dato dagli oneri che sono considerati imposizioni lecite rispetto alle quali il consenso della persona può dirsi implicito; tuttavia, a bene vedere, «una restrizione personale può dirsi effettuata con il consenso del titolare, unicamente quando l'interessato resta effettivamente libero di sottrarsi ad essa, rinunciando (senza pregiudizio per l'esercizio di altri suoi diritti) alla realizzazione del previsto vantaggio»⁴⁹, in caso contrario si impone come misura coercitiva.

Dunque solo la coercizione, implicando una condizione di soggezione, determinerebbe privazione della libertà personale, laddove i doveri e gli obblighi, pur non ammettendo alcuna libertà quanto alla condotta da tenere, comporterebbero comunque uno spazio di libertà quanto alle forme e alle modalità di adempiervi, pur nei limiti consentiti dalle norme di legge.

È tuttavia lo stesso dettato letterale del secondo comma dell'art. 13 Cost. a porre evidenti problemi interpretativi rispetto alla compattezza della tesi sopra esposta, laddove esclude l'ammissibilità, salvo il rispetto della duplice riserva di legge e di giurisdizione, di detenzione, ispezione, perquisizione personale o di «qualsiasi altra restrizione della libertà personale». Quest'ultima espressione sembra prefigurare una sorta di clausola generale, in grado di ampliare il raggio delle garanzie della disposizione anche a misure limitative che concretino divieti, obblighi o forme di condizionamento non coattivo.

⁴⁷ A. CERRI, *Libertà. II. Libertà personale – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1991, 5.

⁴⁸ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 181; D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano, 2007, 188.

⁴⁹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 181.

Contro tale apertura si è osservato che «l'uso del termine “altra” implica corrispondenza tra le figure in partenza e le altre cui viene estesa la disciplina giuridica dettata per le prime: in mancanza di elementi in contrario, si deve supporre la omogeneità strutturale tra le fattispecie enumerate in una elencazione e quindi anche tra quelle innominate, cui rinvia la formula di chiusura dell'elencazione stessa»⁵⁰.

Si potrebbe obiettare che il riferimento a «qualsiasi altra restrizione» implichi il rinvio alle altre forme, diverse e distinte da quelle enumerate⁵¹, in cui si può esplicitare una restrizione della libertà personale. Inoltre, l'uso del criterio dell'omogeneità strutturale pone ulteriori problemi per la differenza che sussiste tra gli istituti nominati, ovvero la detenzione, quale figura che racchiude le pene restrittive della libertà personale, e l'ispezione e la perquisizione che, invece, si configurano come mezzi di ricerca della prova tipici. La coazione è dunque elemento di intersezione strutturale tra istituti di per sé disomogenei o lo diviene in quanto emerge, come comune, nella concreta prassi applicativa degli stessi ?

Questo dubbio sembrerebbe trovare conferma in quelle sentenze del giudice costituzionale⁵² nelle quali la Corte, per verificare la sussistenza di una restrizione della libertà personale, si è costruito un giudizio di omologazione, volto a verificare caso per caso, se la misura censurata concretizzasse quell'«assoggettamento fisico o morale di una persona al potere dell'organo di polizia, tale da costituire una restrizione della libertà personale equiparabile all'arresto».

Come è stato evidenziato, facendo accedere al giudizio tale criterio si è, da un lato, ufficializzata «la concezione ampia di libertà personale comprensiva cioè dell'autodeterminazione “morale”, e non solo “fisica”, del singolo; dall'altro, si [è introdotto] il vaglio di carattere “quantitativo” delle presunte fattispecie limitative che,

⁵⁰ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., 33; S. GALEOTTI, *La libertà personale*, cit., 102 ss.; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 396 ss.; A. PACE, *Libertà personale*, cit., 297.

⁵¹ L'uso dell'aggettivo “qualsiasi”, che di per sé ha valore indefinito, trova una limitazione non nella elencazione precedente, quanto nel sostantivo “restrizione”, ovvero ci si riferisce a tutte le altre forme di restrizione che interessano la libertà personale, definendo un sottogruppo per sottrazione rispetto alle forme nominate.

⁵² *Ex pluris* Corte cost., 27 marzo 1962, n. 30, in *Giur. cost.*, 1962, 246 su cui V. ANDRIOLI, *Libertà personale e rilievi segnaletici*, ivi, 1962, 541 ss.; R.G. DE FRANCO, *Ancora in tema di rilievi segnaletici di P.S.*, ivi, 1962, 242; S. GALEOTTI, *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, cit., 855 ss. che rileva criticamente l'emergere di criteri differenti di carattere quantitativo, sottolineando comunque come «anche la somma più pesante di obblighi, non equivale (...) alla più lieve delle misure coercitive»; Corte cost, 30 maggio 1963, n. 74, ivi, 1963, 620. Per un'applicazione più recente Corte cost., 12 giugno 1996, n. 193, in *Cass. pen.*, 1996, 3246.

oltre a stemperare la operatività del criterio “morale”, [veniva ad] intacca[re] lo stesso zoccolo fisico-coercitivo della libertà personale»⁵³.

L’apertura al profilo morale della libertà sembrava quindi rendere possibile che anche la semplice imposizione di un obbligo, dovere od onere alla libertà di determinazione del singolo si presentasse come lesiva della libertà personale, qualora, avuto riguardo agli effetti di tali limitazioni, si potesse ritenere che il vincolo alla sfera psichica di autodeterminazione della persona fosse idoneo a trascendere in lesione delle libere manifestazioni fisiche della persona.

Tuttavia l’ambiguità ed elasticità dei parametri adottati in sentenza per discernere i «rilievi-ispezione»⁵⁴ dai «rilievi prestazioni imposte»⁵⁵, faceva emergere la debolezza argomentativa del ragionamento che giungeva a disquisire sul dettaglio materiale, a fronte della propria impotenza nel dettare se non principi, almeno regole discreitive chiaramente definite. In ogni caso, l’adozione di un criterio quantitativo non è parsa soddisfacente, da un lato, perché la nozione di libertà personale andava delineata *a priori* e non qualificata attraverso l’individuazione dei provvedimenti da considerare restrittivi della stessa, dall’altro, non si può che rammentare come il riferimento a mere ponderazioni quantitative lasciasse un ampio margine di discrezionalità all’interprete, tale da deformare la logica del sistema della garanzia delle libertà.

Il limite del semplice criterio coattivo era peraltro già emerso, nella prima giurisprudenza costituzionale⁵⁶, la quale facendo propria una nozione estensiva della libertà personale, includente anche la libertà morale⁵⁷, aveva censurato quelle limitazioni che si traducono in una «sorta di degradazione giuridica» dell’individuo.

⁵³ R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Giappichelli, Torino, 1989, 44-45; D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L’art. 23 Cost. come norma di chiusura*, cit., 176-178.

⁵⁴ Corte cost., 27 marzo 1962, n. 30, cit., secondo cui tali rilievi si concretavano «nel caso in cui debbano essere compiuti su parti del corpo non esposte normalmente alla vista altrui, e specialmente nel caso in cui ciò possa importare un mancato riguardo all’intimità o al pudore della persona».

⁵⁵ Corte cost., 27 marzo 1962, n. 30, cit., secondo cui i rilievi esterni «non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possano talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona per descriverne o fotografarne o misurare gli aspetti nelle parti normalmente esposte all’altrui vista o richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali».

⁵⁶ Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11, in *Giur. cost.*, 1956, 616.

⁵⁷ P.F. GROSSI, *Problematica della buona condotta nell’ordinamento italiano*, in *Arch. giur.*, 1959, 103 ss.; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, II, Utet, Torino, 1960, 1629 ss.; P.F. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell’imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205 ss.; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova, 1967, 161 ss.; A. CERRI, *Libertà. II. Libertà personale – Dir. cost.*, cit., 6 per cui «il concetto di libertà personale, così delineato, mi sembra

Tale pronuncia aveva tra l'altro trovato il sostegno di autorevole dottrina, la quale, nel constatare un successivo arresto che aveva confermato la legittimità dell'ordine di rimpatrio obbligatorio⁵⁸ non rinvenendo in esso alcuna forma di degradazione, propugnava «l'assunzione di un concetto di libertà personale (...) estesa fino a comprendere anche la salvaguardia delle altre forme di limitazione alla disponibilità della persona stessa, le quali richiedano non già solo valutazioni di esigenze oggettive di sicurezza o di sanità, ma anche apprezzamenti discrezionali relativi alle qualità morali dei soggetti cui esse si indirizzano, e tali, quando si concretino in un accertamento di minorata socialità dei medesimi, da influenzare la loro capacità generale, la loro dignità». In virtù di tale elaborazione, l'art. 13 Cost. sarebbe stato volto a garantire non solo le coazioni fisiche in senso stretto, ma anche ordini, obblighi e ingiunzioni che, pur facendo difetto dell'esecuzione in forma coattiva, comportassero un giudizio di disvalore sulla personalità morale dell'individuo⁵⁹.

Ciò presupponeva la necessità di attribuire al concetto di «degradazione giuridica» un significato rigoroso, tale da porre sotto giudizio la stessa situazione da cui era sorta la condizione di inferiorità, ovvero la qualifica presupposta che giustificava gli obblighi imposti alla persona, tali da proiettarla in uno stato socialmente degradato.

Si può comprendere, anche alla luce della ricostruzione del paradigma custodialistico della legge del 1904, come una simile interpretazione non potesse che favorire il tortuoso cammino di civilizzazione delle procedure che conducevano all'internamento definitivo del paziente psichiatrico, privandolo non solo della dignità, ma anche della capacità d'agire⁶⁰.

riassorba le principali esigenze che sono alla radice della dottrina della c.d. "libertà morale", perchè in definitiva gli obblighi veramente assorbenti della reale autonomia della persona (...) vengono a rientrare nella garanzia».

⁵⁸ Corte cost., 30 giugno 1960, n. 45, cit., in dottrina C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689 ss.; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*⁸, II, Cedam, Padova, 1969, 955 che, a supporto della più ampia ricostruzione della libertà personale, richiama la proibizione di violenze fisiche e morali di cui al quarto comma dell'art. 13 Cost.

⁵⁹ Criticamente si può sottolineare come tale tesi escludesse dalla garanzie dell'art. 13 Cost. le coercizioni morali non aventi riflessi sulla dignità sulla persona, anche se assimilabili alle coercizioni fisiche, e, al contrario, poteva legittimare, attraverso il ricorso all'art. 13, «compressioni di situazioni giuridiche soggettive diverse solo perché collegate ad una "nota di indegnità"». Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., 70 ss.; D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, cit., 181.

⁶⁰ Si richiamano le osservazioni di A. QUARANTA, *Situazione giuridica e tutela dell'ammalato mentale*, in *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978*, Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980, cit., 46 ss.

Tale tesi è stata sviluppata ulteriormente da Augusto Barbera⁶¹, che, negando rilievo di valore costituzionale alla sola libertà fisica, ne sottolineava la funzione strumentale rispetto al valore della persona umana. In questa prospettiva i principi «non esauriscono la loro efficacia nell'applicabilità ai rapporti che ne formano l'oggetto»⁶², ma esplicano la loro funzione costruttiva in modo dinamico, in rapporto a tutto l'ordinamento. L'assumere l'incidenza sulla dignità sociale, quale sfera inviolabile della personalità, come criterio sintomatico⁶³ dell'influsso di una limitazione della libertà fisica sulla situazione giuridica soggettiva propria della libertà personale, comporta che «il valore tutelato dalla fattispecie ex art. 13 Cost. va[da] individuato nel libero sviluppo della persona attraverso il godimento della libertà fisica e che la “pretesa alla libertà personale” vada definita come pretesa a che non vengano posti limiti (...) alla libertà fisica, se non con le garanzie ex artt. 13 e 111 Cost., che abbiano come presupposto una valutazione negativa della personalità morale del colpito o, comunque, come effetto un'incidenza sulla dignità sociale del colpito»⁶⁴.

La dichiarazione della inviolabilità della libertà personale non può essere riguardata come una monade, un concetto irrelato, ma deve essere inscritta nel complesso sistema costituzionale di impronta personalista, il che impedisce di escludere che dimensioni essenziali dell'esperienza umana, compendiabili nel concetto di dignità, possano essere escluse dal processo di integrazione contenutistica delle formule protettive dettate nell'art. 13 Cost.⁶⁵.

Pur nella sua compattezza teorica, questa ricostruzione ha evidenziato due limiti principali: un eccessivo uso sistematico del dettato costituzionale, che, nel porre la dignità sociale al centro del sistema di tutela della libertà personale, ha focalizzato il discorso su un elemento estraneo al dettato letterale dell'art. 13 Cost.⁶⁶, al contempo la

⁶¹ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 52, 98 ss. il quale ritiene che debba essere mantenuta chiara la distinzione tra libertà fisica e lo sviluppo della persona attraverso il godimento della stessa; ID., *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, 117 ss.

⁶² V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 17.

⁶³ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 99 precisa che «la valutazione dell'incidenza sulla personalità morale e sulla pari dignità sociale sarà (...) ed agirà (...) come sintomo (...) del progredire di una limitazione della “libertà fisica” del colpito in restrizione della sua libertà personale». In giurisprudenza Corte cost., 16 luglio 1970, n. 144, in *Giur. cost.*, 1970, 1664.

⁶⁴ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 120.

⁶⁵ R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, cit., 67-69.

⁶⁶ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 511; A. PACE, *Libertà personale*, cit., 290.

rilevanza assunta dal sintomo della dignità può condurre alla «gravissima conclusione di ritenere che misure incidenti sulla libertà fisica ma non ritenute socialmente degradanti – come ad esempio i rilievi dattiloscopici o l'internamento in luoghi di cura – potrebbero venire sottratte ai meccanismi di tutela dell'art. 13 Cost.»⁶⁷.

Nonostante le critiche, il concetto di degradazione e quello di dignità sono entrati a far parte dell'armamentario della giurisprudenza costituzionale in materia di libertà personale. Così nella sentenza n. 68 del 1964 si è sancito che «per aversi restrizione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. (...) deve verificarsi una degradazione giuridica dell'individuo nel senso dell'avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*»⁶⁸. Vi è da sottolineare che formulazioni simili danno luogo a giudizi controvertibili: da un lato, realizzano una sorta di soluzione *bricolage* che viene a stratificare le diverse tesi emerse nella giurisprudenza costituzionale, senza determinare criteri direttivi specifici idonei a segnalare la sfera di pertinenza delle garanzie dell'art. 13 Cost., dall'altro, consentono tuttavia di accompagnare a criteri quantitativi, anche valutazioni qualitative tali da rendere effettivo quello scrutinio di equiparazione tra coercizioni morali (obblighi, oneri, divieti, minacce o intimidazioni) e quelle fisiche⁶⁹.

Particolare interesse assume, nel contesto di questo orientamento della giurisprudenza costituzionale, la sentenza n. 105 del 2001, chiamata a valutare della legittimità costituzionale delle norme che prevedono il trattenimento dello straniero presso gli allora “centri di permanenza temporanea e assistenza” nell'ambito della procedura di espulsione amministrativa disposta dal prefetto. Facendo leva sulla clausola residuale dell'art. 13 Cost., ovvero alle «altre restrizioni della libertà personale», che consente di ampliare oltre l'ambito penalistico-detentivo l'area di operatività della garanzia costituzionale, la Corte ha riconosciuto che «il trattenimento dello straniero presso i

⁶⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 171 ss.

⁶⁸ Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68, in *Giur. cost.*, 1964, I, 715; Corte cost., 7 dicembre 1994, n. 419, *ivi*, 1994, 3702; Corte cost., 31 maggio 1995, n. 210, in *Cons. St.*, 1995, II, 806.

⁶⁹ Così anche A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino 2007, 104. secondo cui «gli obblighi e i divieti che incidono sulla libertà morale (o di autodeterminazione) non costituiscono l'oggetto della disciplina dell'art. 13, bensì dell'art. 23 Cost.(...). Conseguentemente l'interprete non può non concludere nel senso che l'art 13 disciplini solo misure coercitive, il che appunto confermerebbe che il bene protetto in via di principio da tale disposizione è la libertà della persona fisica. La quale però può dirsi pregiudicata oltre che da misure fisicamente coercitive, da menomazioni o mortificazioni della dignità o del prestigio della persona, equiparabili *quoad effectum* alle anzidette misure fisicamente coercitive».

centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 Cost. (...) Si determina [infatti] nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»⁷⁰.

Per la Corte costituzionale ciò che rileva è dunque la natura del provvedimento, la sua capacità di incidere su di una definita sfera fisica di autodeterminazione del soggetto, non già le finalità della misura, che possono essere – o sembrino – le più nobili e condivisibili⁷¹. In via ulteriore emerge dalla motivazione una sorta di assimilazione tra la mortificazione della dignità umana e la condizione deteriore di assoggettamento fisico all'altrui potere come se l'una fosse intrinseca a tale condizione e non l'effetto di quest'ultima⁷². Ciò prospetta lo sviluppo di una valutazione in concreto, caso per caso, che tenga conto della durata della restrizione, della sua ripetizione nel tempo, delle condizioni in cui concretamente sia realizzata, al fine di operare un giudizio sulla base dell'elaborazione di *standard* a carattere generale.

Si può quindi ritenere che, mantenendo una nozione aperta di libertà personale, ovvero comprensiva del dato fisico e di quello morale, sia possibile estendere le garanzie di cui all'art. 13 Cost. anche alle forme di coercizione morale, nell'ipotesi in cui le stesse si traducano in una limitazione tale da vincolare o addirittura obliterare la stessa facoltà di autodeterminazione del singolo rispetto al proprio essere fisico.

In questo senso si muove una lettura comprensiva che rintraccia nei principi costituzionali, in particolare quelli che compongono il valore del libero sviluppo della personalità (artt. 2 e 3, 2° co., Cost.), la dimensione complessa del significato dei diritti enumerati nella Carta fondamentale, a partire dalla libertà personale, intesa come

⁷⁰ Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Giur. cost.*, 2001, 3, 1680; Corte cost., 25 luglio 2001, n. 298, *ivi*, 2001, 2449; Corte cost., 6 dicembre 2001, n. 388, *ivi*, 2001, 3842.

⁷¹ Così E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, 4, 2709 ss. Ai nostri fini rileva la considerazione della riconduzione della misura limitativa della libertà personale entro la disciplina dell'art. 13 Cost., anche quando il vincolo non sia disgiunto da finalità assistenziali.

⁷² Sul punto le suggestive riflessioni di A. PUGIOTTO, «*Purchè se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Dir. soc.*, 2009, 483 ss.

«libertà psicofisica, [ovvero] libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità»⁷³.

La libertà della persona, nell'espressione delle sue infinite virtualità, diviene matrice dei singoli diritti personali, sia di quelli enumerati che dei "nuovi diritti", indipendentemente dalla loro analitica previsione costituzionale⁷⁴. A questo riguardo viene proposta una tematizzazione assiomatica dei diversi aspetti della persona declinati nella triade identità-integrità-interiorità, di cui ogni elemento risulta condizione dell'altro: così non vi può essere interiorità senza integrità; a sua volta, quest'ultima è condizione necessaria dell'identità, laddove tutte dipendono dalla libertà personale⁷⁵.

Fondamentale in tale processo espansivo è il riconoscimento dell'inviolabilità, quale tratto qualificante della libertà personale, ma più in generale, integrante quel «patrimonio irretrattabile della persona umana, intesa come totalità [riferibile] al principio supremo della libertà-dignità»⁷⁶.

In questa prospettiva, si ritiene riduttivo considerare la libertà personale solo in senso strettamente fisico, laddove essa assume, anche nel contesto giuridico, una dimensione ampia quale «libertà della mente e del corpo»⁷⁷. Da ciò consegue peraltro il rilievo assunto da entrambi i risvolti della libertà: ossia alla «libertà positiva come autodeterminazione o autorealizzazione (autonomia) del singolo (che in tal modo si fa persona) in tutte le direzioni possibili (civili, etico-sociali, economiche, politiche)» e, al contempo, alla presupposta e implicita «dimensione negativa delle libertà, l'indipendenza dell'individuo da costrizioni, intrusioni o impedimenti che lo renderebbero (anche) incapace di qualsiasi autodeterminazione o autorealizzazione»⁷⁸.

Questa visione espansa della libertà personale, essendo diretta alla garanzia del «libero sviluppo della persona», nonché per consentire lo svolgimento dell'«essere della

⁷³ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 12.

⁷⁴ La libertà personale diviene generatrice di una serie di diritti, da quello all'immagine, al riconoscimento dell'identità sessuale, al diritto alla vita, sino all'integrità psichica, alla privacy e all'onore. In questo contesto la libertà di coscienza assume un ruolo centrale, di diritto autonomo, in quanto in essa si esprime l'aspetto della personalità in cui si manifesta più intensamente il valore della dignità umana, base del riconoscimento dei diritti inviolabili. Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 12-39.

⁷⁵ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 12 e 16.

⁷⁶ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 107 contra A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., 105 per cui si farebbe dell'inviolabilità un uso fortemente enfatico, in quanto non sarebbe attribuibile ad esso una forza superiore al principio cui si riferisce.

⁷⁷ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 11.

⁷⁸ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 10.

personalità»⁷⁹, riconosce quale condizione prima per il godimento dei diritti fondamentali «l'autorelazione del singolo con sé come unità psico-fisica»⁸⁰, il che porta ad affiancare «all'esigenza di tutela dell'integrità fisica (...) un'analoga esigenza di tutela dell'integrità psichica o spirituale: all'*habeas corpus*, l'*habeas mentem* e (per le forme di intrusione più sofisticate) l'*habeas data*»⁸¹.

Espandere i significati, e quindi le garanzie, della libertà personale non significa cedere all'ipertrofia o descrivere l'art. 13 Cost. come una sorta di formula filosofica che può assumere qualsiasi colorazione, ma comporta delineare, in modo rigoroso, una sua ricostruzione che non impedisca di ricomprendervi quelle situazioni esistenziali che danno senso alla parola libertà⁸².

In questa prospettiva, l'apprezzamento della sfera psico-fisica della persona, quale momento di esplicazione della personalità dell'individuo, viene quindi a configurarsi come elemento unificante e ragione giustificativa della lettura evolutiva dell'art. 13 Cost., sulla base del quale si è postulato il passaggio dal potere alla libertà di disporre del proprio corpo, da intendersi come libertà di decidere e di autodeterminarsi⁸³ sia in senso attivo che passivo⁸⁴.

⁷⁹ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 191; anche V. CRISAFULLI, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. pen.*, 1955, II, 117 per cui «la disciplina della libertà personale non si esaurisce per intero nella sola disposizione dell'art. 13, essendo viceversa integrata da altre disposizioni del testo costituzionale, le quali tutte si riannodano, infatti, al medesimo principio della prima parte dell'art. 13, specificandone la portata in direzione e ad effetti determinati».

⁸⁰ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 11.

⁸¹ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 19-20 che nota «Se storicamente e tradizionalmente, la libertà è stata intesa nel solo senso di libertà (e integrità) del corpo, poiché le prime o più esteriormente riconoscibili minacce e costrizioni della persona sono rappresentate dalla violenza fisica nelle sue varie morfologie, è persino troppo ovvio che la garanzia dell'integrità fisica (l'*habeas corpus*) si sia venuta conquistando attraverso un tormentato, secolare e glorioso processo storico. L'evoluzione storico-sociale-tecnologica negli ultimi due secoli (...) ha rivelato peraltro come anche l'integrità psichica – e forse più di quella fisica ormai meglio tutelata nell'effettività – possa essere e sia seriamente minacciata con mezzi più o meno sofisticati». Sul punto G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, cit., 1682 ss.; S. RODOTÀ, *Il corpo giuridificato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 63 ss.

⁸² P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Id.*, *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Sansoni, Firenze, 2004, 21 ss., specie 52 per cui «anche la libertà è come l'equilibrio atomico: basta che sia infranta in una persona, cioè in un atomo della società, perché da questa frattura infinitesima si sprigiona e si diffonda una forza distruttiva capace di sovvertire il mondo».

⁸³ In giurisprudenza la Corte costituzionale fa rientrare la libertà di disporre del proprio corpo all'interno della previsione costituzionale sulla libertà personale, sostenendo che il valore di inviolabilità della persona è «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». (Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 417, in *Foro it.*, 1991, I, 14). Quest'ultima sentenza nel definire il ruolo dell'art. 13 Cost. in relazione ad atti di disposizione del corpo umano ha preparato l'indispensabile terreno interpretativo e culturale per

3.2.1. L'autodeterminazione come condizione della salute e strumento di libertà

L'autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più estremo ed intenso di emersione della libertà di scelta di ciascuno, intesa come libertà esistenziale che si conforma alla struttura morale della persona, alla rappresentazione della sua umanità, all'immagine che ha di sé e che ne definisce l'identità⁸⁵.

In un contesto in cui è venuto a mutare il senso dell'appello al diritto e le stesse forme di regolamentazione giuridica, ciascuno è libero di scegliere il principio normativo della propria vita, nella misura in cui, essendo caduti tutti i vincoli della necessità (vincoli metafisici, religiosi, naturali e logici), residua solo la categoria della possibilità⁸⁶. Dunque il diritto – come forma di disciplinamento del pensiero possibilista e conduttore del pluralismo sociale – si rende duttile, plasmandosi in conformità alle singolari situazioni esistenziali delle persone, le quali, attraverso un atto di volontà, oltrepassano la soglia, escono dall'ombra, chiedendo all'ordinamento risposta rispetto a istanze di tutela e di riconoscimento di sfere giuridiche connesse ai beni della vita.

Questa svolta antropologica si è riverberata inevitabilmente sullo spazio e la forma dei diritti legati al corpo, alla salute e alla vita, modificandone le categorie, adeguandole a

il successivo aggancio del consenso informato all'area dei diritti di rilievo costituzionale. In dottrina A. MUSUMECI, *Dal «potere» alla «libertà» di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.*, 1991, 626 ss.

⁸⁴ R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *Foro it.*, 1991, I, 17 ss.

⁸⁵ Come nota F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008, 140 «si tratta di un'identità che appare strettamente connessa con la libertà – dal momento che, come segnala la Corte Suprema americana, al cuore della libertà vi è il diritto di definire il proprio concetto di esistenza, del significato dell'universo e del mistero della vita umana – e all'interno della quale la “salute” viene a modellarsi su scelte individuali che riflettono l'idea che il soggetto ha di sé, sia nel presente che nella proiezione futura». Sul tema G. PINO, *L'identità personale*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto, Trattato di Biodiritto*, cit., 308 ss.

⁸⁶ Siamo in un'epoca di “diritto senza verità”, nel senso che non c'è verità, né tecnica né teologica né politica, capace di vincolare e guidare la mia scelta. Non vi è più la necessità di valori trascendenti, o di culture costrittive e inviolabili, ma la scelta fra plurime possibilità, ciascuna delle quali costituisce principio di normatività e criterio di giudizio del mondo; un mondo che è il mondo determinato dalle nostre scelte, non guardato da lontano, ma vissuto nella responsabilità della decisione. Cfr. N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., 11 ss. In senso critico C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale ?*, cit., 53 ss.; A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 269 ss.; ID., *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento dei valori o un nuovo dogma della volontà*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 457 ss.

quel nuovo lessico⁸⁷, in cui la vita materiale, da fatto “naturale” ed ineluttabile, diviene sempre più processo, governato dalla tecnica e dall’artificialità⁸⁸, nell’ambito del quale ciascuno è “sovrano”⁸⁹ nelle decisioni che lo riguardano.

Sicché l’inedita saldatura tra volontà ed esistenza può essere compresa e scandagliata solo principiando da una impostazione che tenga conto dei principi costituzionali che delineano la figura dell’*homo dignus*⁹⁰. Si viene a delimitare, in tal modo, un campo di tensioni legittimo e regolato, luogo di riflessività per un diritto che si propone come conduttore del pluralismo, ovvero quale spazio di composizione delle contraddizioni emergenti nella società.

In tale prospettiva dinamica, il discorso sull’autodeterminazione si sviluppa a partire dall’analisi del diritto alla salute, garantito dall’art. 32 Cost., che è composto da un insieme variegato di posizioni giuridiche soggettive⁹¹ che ne esaltano la natura complessa.

Complessità che si esprime anche attraverso il paradigma del diritto fondamentale, che si relaziona, da un lato, con la tutela generale della personalità (art. 2 Cost.), con i diritti fondamentali di eguaglianza, dignità (art. 3 Cost.) e libertà personale (art. 13 Cost.), dall’altro, con le norme che garantiscono le concrete estrinsecazioni sociali della persona, esprimendo in via prevalente la somma degli ottativi del soggetto ovvero delle pretese non aprioristicamente determinabili la cui soddisfazione è presupposto fattuale

⁸⁷ Ancora S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 263 nota che «La persona costituzionalizzata fonda la regola giuridica su di una antropologia diversa da quella dei codici civili, la cui caratteristica era proprio quella di disciplinare l’insieme delle relazioni personali e sociali “in relazione alla proprietà” (...) Basta questo per rendersi conto della improprietà dei tentativi di adoperare quei riferimenti e quelle categorie giuridiche per delineare il quadro istituzionale in cui si colloca il diritto all’autodeterminazione, che riguarda la vita, di per sé irriducibile alla logica del mercato».

⁸⁸ Sulla artificialità come minimo comune denominatore della tecnica e del diritto insiste N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 60 e 67. Per la simbiosi tra diritto ed aspetto tecnologico della scienza moderna in nome della “volontà di dominio” e per l’essenza nichilistica del diritto moderno A. CARRINO, *Esperienza giuridica e nichilismo*, in *Dir. dem.*, 1987, 291 ss.

⁸⁹ Sul tema della sovranità sul corpo 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».

⁹⁰ S. RODOTÀ, *Homo dignus*, in ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., 179 ss.

⁹¹ Sul punto si rinvia alle riflessioni sviluppate nel II capitolo.

del miglioramento degli *standards* qualitativi dell'esistenza, essenziali per il libero svolgimento della personalità dell'individuo stesso⁹².

Entro questo legame si può scorgere un percorso parallelo tra lo sviluppo del diritto alla salute e l'evoluzione del contenuto delle garanzie insite nella proclamazione dell'inviolabilità della libertà personale che sfocia nell'affermazione della regola della volontarietà dei trattamenti sanitari, laddove l'eccezione è altresì rappresentata dall'obbligatorietà degli stessi eventualmente disposti nei casi e nel rispetto delle guarentigie previste dalla legge⁹³.

Si torna così a richiamare la centralità della persona, alla cui struttura morale si deve adeguare il contenuto dei diritti, aprendosi agli aspetti interiori della vita come sentiti e vissuti dalla persona⁹⁴.

Presupposto, affinché la persona possa prendere una decisione consapevole, è che la strutturale «asimmetria informativa» propria della relazione tra medico e paziente sia tendenzialmente superata, o quantomeno ridotta, attraverso un flusso informativo volto a fornire strumenti conoscitivi comprensibili per il paziente. Da ciò, la configurazione di un vero e proprio diritto del paziente a ricevere dal medico informazioni che riguardino il proprio stato di salute⁹⁵, le possibili terapie ritenute adeguate in presenza di determinate patologie, le conseguenze derivanti o derivabili dalla sottoposizione ad un percorso diagnostico-terapeutico, le alternative offerte dalla scienza medica⁹⁶. Si tratta – come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁷ – di un diritto a «ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso

⁹² M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 65.

⁹³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 385 ss.; A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 1, 193-194; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, comma 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, cit., 89 ss.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, cit., 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*, cit., 77 ss.

⁹⁶ Sui criteri che devono connotare l'informazione G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1957, 949 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 57-58; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 166 ss.

⁹⁷ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, 1, 1328; conf. Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 11, 1200.

terapeutico (...), nonché delle eventuali terapie alternative» diverso e propedeutico rispetto alla libertà di cura, sebbene trovi fondamento costituzionale nel medesimo art. 32 Cost.⁹⁸.

Il consenso della persona, divenuto «regola della vita»⁹⁹, consente quindi una disponibilità di sé che incide sull'intero arco dell'esistenza, prospettandosi come norma fondamentale del governo della vita¹⁰⁰.

Prima di procedere nell'analisi, pare necessario precisare che i discorsi attorno al consenso informato e all'autodeterminazione se, in termini di principio, riflettono costruzioni logicamente compatte e consequenziali, calate nella materialità dell'esistenza, specie delle persone con sofferenza psichica, fanno dubitare dei confini troppo nettamente disegnati, preferendosi un approccio che, senza disconoscere i principi, sappia far propria un'ermeneutica ricca ed aperta, capace di considerare l'intero linguaggio della persona dalle parole agli atteggiamenti¹⁰¹.

Affrontando ora il problema dell'inquadramento dogmatico dell'istituto del consenso/dissenso ai trattamenti sanitari, si può notare come, nella prospettiva di una

⁹⁸ In tal senso 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*, cit., 4976 secondo cui nell'art. 32 Cost. trovano sede «il diritto alla salute come diritto di libertà, o più precisamente la libertà di cura come libertà di acconsentire alle cure (o rifiutare le stesse), e dunque la regola della volontarietà dei trattamenti sanitari; dall'altro lato, il diritto alla salute come diritto a ricevere informazioni sulle cure, cioè il diritto ad essere informato sulle cure (ma più in generale su tutti i trattamenti, anche non curativi in senso stretto), dunque di ricevere le informazioni necessarie alla formazione del consenso (o dissenso) all'interno dell'alleanza terapeutica col medico».

⁹⁹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 250. Il consenso informato, pur fondamentale, non sfugge a fratture tra teoria e pratica come rileva E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 366; A. D'ALOIA, *Biodiritto oltre lo Stato*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013, 68.

¹⁰⁰ In tal modo, come nota G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto, Trattato di Biodiritto*, cit., 362 «Il principio del consenso, in quanto caratterizza la tutela costituzionale della persona e l'accompagna in qualsiasi momento della sua vita, entra a far parte di quel bagaglio di meccanismi giuridici che, in quanto determinano la collocazione degli individui all'interno dell'organizzazione sociale, possono dirsi costitutivi della cittadinanza».

¹⁰¹ P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e volere*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 55. Come infatti sottolinea B. BARBISAN, *Paradossi e finzioni del «diritto a morire» nella giurisprudenza statunitense a partire dal caso Quinlan*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 262 «La massimizzazione di quella autonomia che la finzione iper-razionalista attribuirebbe come priorità a ciascun individuo poco si combina con le forme di dipendenza che spesso accompagnano i momenti di maggiore fragilità fisica ed emotiva delle persone. Forse sarebbe opportuno riflettere con senso di responsabilità sulla qualità dello stare insieme dentro cui vorremmo abitare: in che misura una forma ideologizzata di autonomia può indurre forzatamente gli individui a non pesare sugli altri, fino a convincersi che solo l'autosufficienza dia senso al vivere? Quanto una simile accezione di autonomia erode il debolissimo filato che tiene insieme una comunità capace di solidarietà ed empatia? Quanto l'esercizio individuale e privatissimo di un diritto come quello a morire solleva la comunità dalle responsabilità di cui dovrebbe farsi carico nei confronti dei più deboli?».

valorizzazione ed espansione della salute¹⁰², quale diritto di libertà¹⁰³, un primo orientamento dottrinale¹⁰⁴ abbia escluso che il consenso rappresenti il contenuto di un diritto autonomo, distinto o distinguibile da quello alla salute¹⁰⁵. Nella fattispecie complessa etichettata come «diritto alla salute», infatti, la dimensione di libertà si esplica e svolge attraverso l'espressione di un consenso – e quindi, specularmente, di un eventuale dissenso – ai percorsi terapeutici proposti dal medico; consenso che è corollario necessario della regola della volontarietà, la quale permea di sé le disposizioni dell'art. 32 Cost.

Una diversa ricostruzione teorica¹⁰⁶ tende a delineare il principio del consenso, come integrante la dignità del malato¹⁰⁷ e vincolante per la legittimità e liceità dell'intervento

¹⁰² P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., 4 per cui «Il diritto alla salute come diritto fondamentale esige un contenuto adeguato all'idea di persona come unità di tutti quegli aspetti che il pensiero, nel suo ragionare per distinzioni ed opposti, osserva e cataloga come "componenti" della persona; in particolare, corpo e psiche. Il problema sta nella concatenazione di due aspetti evolutivi dell'idea di salute: a) quello per cui essa si espande agli aspetti psichici, o mentali, del benessere, e b) quello per cui il benessere si centra sulla soggettività, sull'esperienza che ciascuno ha del proprio stato fisico, mentale e – se di altri si tratta rispetto al mentale – spirituale. (...) Se invece il concetto di salute si apre agli aspetti interiori della vita come sentiti e vissuti dal soggetto, l'impostazione del rapporto è sovvertita. Salute diviene un concetto che esprime anzitutto una percezione di sé come soggetto integro. Ciò non significa che lo standard sia irrilevante, e che la competenza medica sia fuori causa, ma solo che la valutazione dello stato del paziente in termini di salute è necessariamente dialettica, e la conclusione è possibile solo come sintesi, finché la tesi medica e l'antitesi dell'autopercezione si prestino ad essere superate e riprese in una soluzione concorde: al di là regna la libertà del paziente, che si può esprimere nel rifiuto della proposta terapeutica, ed aprire il problema di una prosecuzione del rapporto su basi discordanti con la coscienza del curante». Anche G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, cit., 48; C.M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, cit., 1011 ss.,

¹⁰³ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 111 rileva che «la libertà di salute è allora la pretesa a che tutti si astengano dal limitare o condizionare la propria condizione psicofisica attuale ed il suo divenire, senza la frapposizione di ostacoli nelle scelte che riguardano il se e il come godere della propria salute».

¹⁰⁴ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 167; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 31 ss. sul diritto alla salute come diritto di libertà; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., spec. 36 ss., 109 ss., 155 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 Cost., cit.*, 665-666; R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, cit., 4963-64 per cui «Il consenso informato, infatti, ben può essere spiegato come punto di sintesi fra le diverse posizioni giuridiche soggettive tutelate dall'art. 32 Cost., commi 1 e 2, e in particolare fra il diritto alla salute come diritto a prestazione e il suo risvolto negativo di libertà della scelta terapeutica, senza necessariamente richiamare l'art. 13 Cost. La Corte costituzionale, in altre parole, aveva a disposizione, per sottolineare il ruolo di sintesi di diritti differenti proprio del consenso informato, soluzioni assai meno impegnative dell'affermazione di un autonomo diritto all'autodeterminazione»; anche C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost., cit.*, 329; P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, cit., 65.

¹⁰⁵ 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*, cit., 4973.

¹⁰⁶ Tra i molti G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, cit., 949; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974, 37 ss.; A. MUSUMECI, *Dal «potere» alla «libertà» di disporre del proprio corpo*, cit., 626 ss.; G.

medico, attraverso un'interpretazione sistematica che correla l'affermazione del riconoscimento dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.) alla valorizzazione del profilo «attivo»¹⁰⁸ della libertà personale (art. 13, 1° co., Cost.), inquadrandone la sfera di influenza entro lo spazio descritto dalla combinazione fra il diritto fondamentale alla salute e il generale divieto di imposizione di trattamenti sanitari (art. 32, 2° co., Cost.). Dal contestuale disposto di tali previsioni emerge l'istituto del consenso informato che si connota per la sua «funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute»¹⁰⁹. Si viene in tal modo a stabilizzare una prospettiva che, avendo progressivamente superato la logica che assorbiva la scelta esclusivamente entro il circuito dell'art. 32 Cost., riconosce l'autonomia morale ed etica

FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, cit., 51 per cui «il riferimento al principio di libertà personale è perciò più ampio del riferimento al diritto alla salute, sia con riguardo al suo ambito di applicazione, in quanto si estende ben oltre i confini del rapporto terapeutico, si pur latamente inteso, per abbracciare l'autodeterminazione del singolo in ogni scelta personale; sia con riguardo allo scopo, poiché nell'art. 32 Cost. il consenso del paziente è valorizzato in vista della tutela della salute, nell'art. 13 Cost., invece, l'autodeterminazione viene tutelata in sé stessa, indipendentemente da qualsiasi finalismo specifico»; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, cit., 545 ss.; C. MAINARDIS, *Art. 13 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 111, per il quale «il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari, anche quando si tratti di terapie salvavita, fa parte dei diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di autodeterminazione riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.»; A. PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, Esi, Napoli, 2008, 23.

¹⁰⁷ Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Riv. pen.*, 2000, 881 per cui «quello della dignità della persona umana è valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo»; in particolare il diritto ai trattamenti sanitari è tutelato come diritto fondamentale nel suo «nucleo irrinunciabile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (conf. Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Dir. trib.*, 2006, 1, 316; Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, 1; Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252, in *Giur. cost.*, 2001, 4). In dottrina P.F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 2008, 31-32; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Il, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, cit., 100 ss.

¹⁰⁸ Si propone la ricostruzione di R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 4, 571 secondo cui «la libertà di autodeterminarsi in ordine ad attività e comportamenti che riguardano e coinvolgono il proprio corpo può quindi ritenersi trovare tutela nella Costituzione e, con riferimento più specificatamente al suo contenuto, può distinguersi, al suo interno, un aspetto «attivo», che sta a significare il diritto del singolo di decidere liberamente e volontariamente in ordine ad attività che coinvolgono in qualche misura il suo corpo, ed uno «passivo» della stessa libertà, concernente il diritto del soggetto a non subire, contro la sua volontà, atti o interventi sul proprio corpo ad opera di terzi e di opporsi quindi a che altri decidano circa l'effettuazione di interventi o di trattamenti sul proprio corpo». L'Autore rintraccia la disciplina dell'aspetto «passivo» nell'art. 32, 2° co., Cost.

¹⁰⁹ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, cit. su cui R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, cit., 4953 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*, cit., 4970 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, cit., 186 ss.; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, cit., 45 ss.

dell'individuo, nei termini di un diritto alla libera determinazione in ordine alle decisioni sul corpo¹¹⁰.

Si afferma in tal senso un diritto all'autodeterminazione che, aderendo ad una concezione espansiva dell'interpretazione dell'art. 13 Cost.¹¹¹, 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»¹¹², declinati nei termini di un'affermazione della sovranità della persona su sé stessa.

L'affermazione dell'autodeterminazione consente di meglio articolare il discorso delle libertà, lasciandone intravedere una maggiore duttilità e una portata applicativa più ampia¹¹³ volta a porre l'accento sul profilo attivo della scelta, piuttosto che su quello negativo del rifiuto di trattamento, attraendo, per usare i termini classici, la questione dalla tradizionale sfera della *libertà dal dominio altrui* a quella della *libertà di scegliere*, che si sviluppa entro il tracciato del combinato disposto tra gli artt. 2, 13 e 32 Cost.¹¹⁴.

¹¹⁰ Come nota 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, cit.*, 84 ss. «con il riconoscimento del consenso informato come diritto costituzionalmente garantito si compie un passo decisivo verso una ricostruzione del diritto alla salute come parte del più generale diritto all'autodeterminazione della persona: la scelta del trattamento sanitario è rimessa al paziente, e rispetto a questa il ruolo del medico e in generale del personale medico è un ruolo servente e strumentale, perché il bene che mediante tale relazione viene tutelato è un bene disponibile soltanto da parte dell'interessato, e non da parte di terzi». Sul punto anche P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale 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.*, 143 ss.; *contra* A. BARBERA, *La laicità come metodo*, in L. MAZAS (a cura di), *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d'oggi*, Donzelli, Roma, 2011, 83.

¹¹¹ Così si esprime, in motivazione, Cass. pen., 4 dicembre 2008, n. 45126, in *Guida dir.*, 2009, 3, 95, per la quale – in un caso di consenso incompleto, tale da aver impedito al paziente di rivolgersi ad un altro specialista in grado di optare per un differente metodo operatorio – «il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonchè alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.». Per R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana, cit.*, 27 ss. «in ogni caso l'interprete attuale della Costituzione ha l'obbligo di dare forma compiuta ad un vero e proprio diritto alla libertà morale».

¹¹² F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, cit.*, 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 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»; si vedano anche le interessanti riflessioni sulla libertà «liberale» di G. GEMMA, *Non diritti «insaziabili», ma micro-diritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Dir. soc.*, 2013, 2, 207 ss.

¹¹³ R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative, cit.*, 4956 e 4960.

¹¹⁴ R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative, cit.*, 4963-4964; G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto, Trattato di Biodiritto, cit.*, 367. Accade così che l'art. 13 Cost., fuoriuscito dalle ristrette prospettive che ne caratterizzavano la portata precettiva,

Il tema può essere analizzato e valutato anche dal punto di vista della distribuzione dei poteri, e dunque soprattutto come costruzione di uno spazio giuridico tale da assicurare alla persona il potere di governo di sé, il suo «pieno sviluppo» in un contesto sociale connotato dall'eguale dignità di cui all'art. 3 Cost.¹¹⁵. Al contempo l'espansione di libertà è espansione di potere: la libertà consiste sempre in un potere, in una sfera di decisioni ed azioni riservata al singolo. Tante libertà, altrettanti poteri, destinati a soddisfare interessi dell'individuo e a tradurre all'esterno le scelte della sua volontà¹¹⁶.

Al contempo, con movimento pendolare, il progressivo evolversi della libertà da una originaria dimensione negativa ad una più propriamente positiva porta tuttavia con sé, per una strana eterogenesi dei fini, la conversione della libertà individuale in libertà funzionale. Si finisce così per risolvere la libertà in sicurezza sociale, ove solo si consideri che il soddisfacimento ultimo dell'autodeterminazione passa necessariamente attraverso l'organizzazione pubblica delle prestazioni¹¹⁷. Se dunque la titolarità e l'esercizio del diritto rimangono attributo della sfera individuale, tuttavia non dovrebbe andare perso il discorso pubblico intorno alle responsabilità, ai servizi, ai doveri della comunità – ovvero il discorso pubblico intorno ai valori condivisi della comunità che abitiamo e a quella delle persone che vogliamo essere.

In conclusione, l'autodeterminazione, pur nascendo nella *penumbra* dei diritti e delle libertà espressamente garantite dalla Costituzione, viene a investire aspetti centrali della vita del diritto, rivelando l'intreccio tra libertà, salute e dignità. Essa non si staglia come

acquisisce la dimensione di principio massimo di libertà, chiamato ad operare in ogni frangente in cui si esprime la persona umana: sicchè anche la scelta relativa a trattamenti di natura sanitaria non può più essere interpretata come facoltà funzionalmente collegata alla (sola) tutela del diritto alla salute, ma diviene espressione del generale diritto di libertà dell'individuo.

¹¹⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 253.

¹¹⁶ Come sottolinea P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, cit., 10, secondo cui «sul piano della libertà personale che la Costituzione edifica la piramide rovesciata entro cui sono progressivamente collocati tutti i diritti della sfera individuale e pubblica».

¹¹⁷ M. CECCHETTI, L. BUFFONI, *Le fonti nazionali*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto, Trattato di Biodiritto*, cit., 813. In questi termini «non si deve trascurare la presenza, accanto ai due soggetti così individuati, anche dei soggetti titolari di potestà decisionali pubbliche (legislative ed amministrative) per la tutela dell'interesse collettivo alla salute che svolgono, ai fini della scelta terapeutica, un ruolo fondamentale definendo, con le proprie azioni e determinazioni, il contesto dei mezzi che rendono effettiva la possibilità di intraprendere percorsi terapeutici e di agire decisioni in ordine ad essi (...) il soggetto pubblico non partecipa direttamente alle specifiche decisioni individuali, tuttavia, assumendo determinazioni che hanno effetti e ricadute collettive, definisce la cornice entro la quale si svolge e può compiersi ogni manifestazione dell'autonomia individuale». Così B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Plus, Pisa, 2011, 173-174.

principio solitario, ma viene ad integrare principi fondamentali già consolidati, facendo corpo con essi, promuovendone la reinterpretazione in una logica unitaria.

Non si tratta dunque di assicurare la libertà al singolo di «poter fare quello che vuole»¹¹⁸ all'interno della sua sfera privata, ma di favorire l'esercizio più effettivo possibile della sua autonomia, ovvero l'acquisizione di capacità quali opportunità di funzionamento¹¹⁹.

È questo il quadro in cui prende corpo la formula della costruzione della sfera privata come luogo dell'autodeterminazione, il cui nucleo costitutivo è rappresentato dal radicamento della persona all'interno di una complessa rete di relazioni e di convenzioni sociali e dalla conseguente riattribuzione – necessaria, in questo contesto, all'individuo – di una serie di poteri che assicurino il controllo sul proprio corpo e sui propri comportamenti (opinioni, preferenze ed informazioni personali).

In questo contesto, il diritto interviene non soltanto per garantire il riconoscimento e la tutela di diritti che proteggono uno spazio di intimità che circonda l'individuo, né solo per garantirgli la libertà di realizzare, attraverso le relazioni che si intrattengono con gli altri, le condizioni per lo sviluppo della propria personalità, ma soprattutto per consentire agli individui – attraverso la garanzia dello Stato pluralista – di sottrarsi alla omologazione dei comportamenti e delle personalità individuali e resistere all'imposizione di identità dall'esterno¹²⁰.

3.3. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori nell'art. 32, 2° co., Cost.

Lo statuto costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori trova sede nell'art. 32 Cost., nella misura in cui se il secondo comma ne detta la disciplina, definendone i limiti, è nel primo che si incontra la direttiva che ne finalizza l'applicazione¹²¹.

¹¹⁸ Sul punto, in senso critico rispetto alle posizioni tradizionaliste, le riflessioni di G. GEMMA, *Non diritti "insaziabili", ma micro-diritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, cit., 221 ss.

¹¹⁹ Le capacità necessarie ad un autentico funzionamento umano vanno perseguite per ciascuna persona individualmente, in quanto l'approccio delle capacità tratta «ogni persona come fine, come fonte di iniziative, valida in se stessa, con progetti propri e con una vita propria da vivere, degna di tutto il sostegno necessario per ottenere pari opportunità e agire a sua volta». Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 78.

¹²⁰ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto, Trattato di Biodiritto*, cit., 396.

¹²¹ L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 107 che rileva come l'art. 32 sia «una disposizione che si inquadra nello spirito generale informatore della Costituzione, e, pertanto, si collega ad altre norme della Costituzione medesima: essa costituisce, da un lato, il presupposto, o almeno uno dei presupposti, di alcune disposizioni e si trova a sua volta, insieme alle stesse, in un rapporto di derivazione logica rispetto alle

In linea di principio, la qualificazione del diritto alla salute come diritto fondamentale, comprensivo a sua volta di un diritto di libertà, ovvero di una pretesa a che i terzi si astengano da qualsiasi ingerenza che leda o limiti la salute (*noli me tangere*) o l'espressione della libera determinazione delle relative scelte, rappresenta un sicuro riferimento nel delineare i fondamentali del predetto principio.

Se ne può avere ulteriore conferma dalla lettura del primo comma dell'art. 32 Cost., dal quale si possono infatti ricavare elementi che consentono di rinvenire il principio della volontarietà dei trattamenti poi dettagliato nel comma secondo¹²². In primo luogo nella formulazione della disposizione, il diritto alla salute – che viene espressamente e in modo peculiare definito come fondamentale – assume un ruolo nettamente prioritario rispetto all'interesse della collettività, che per suo tramite certamente si realizza. In secondo luogo se la salute è condizione strutturale dell'essere umano, l'accettazione integrale delle scelte relative chiama in causa un atto di libertà che determina scelte personalissime ed eticamente impegnative. Se dunque si pretendesse che tali scelte fossero dettate dall'ordinamento giuridico, al fine di creare una solidarietà forzata, e accompagnate dalla minaccia di una sanzione, si perverrebbe all'esito contraddittorio di separare la salute dalla libertà. Tale dissociazione, mettendo in contrapposizione libertà e salute, priverebbe lo statuto della persona – come sancito negli artt. 2 e 3 Cost. – di una sua qualità fondativa, determinando una contraddizione logica rispetto alle matrici personalistiche e pluraliste della nostra Carta costituzionale.

Tale conformazione della salute si riflette nel correlato interesse collettivo di cui è completamento, che è rivolto all'acquisizione di uno stato di benessere generale riguardante il complesso della popolazione¹²³, al di là quindi della condizione individuale di ciascuno. L'interesse collettivo si declina, a sua volta, in un duplice aspetto, ovvero come insieme di prestazioni sanitarie – anche preventive – atte a

altre più generali nelle quali può dirsi implicitamente contenuta; in particolare agli artt. 1-4 dei “principi fondamentali” dai quali emerge il rilievo dato alla personalità individuale e l'impegno che investe lo Stato nella sua interezza di favorirne lo sviluppo anche attraverso la predisposizione delle condizioni necessarie, tra le quali indubbiamente è la salute».

¹²² D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2° co., cit., 167 ss.; ID., *Tutela della salute e libertà individuale, in Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità. Atti del Convegno di studi, Roma 1 dicembre 1982*, Jovene, Napoli, 1983, 20 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 30 ss.

¹²³ La tutela della salute ha anche implicazioni collettive, nascenti dall'esigenza di combattere forme di morbidità epidemiche e di garantire, in generale, la salubrità, anche attraverso la limitazione della libertà dei singoli.

garantire la salute pubblica e destinate alla generalità della popolazione¹²⁴, sia come riflesso del «dovere dell'individuo di non ledere né mettere in pericolo con il proprio comportamento la salute altrui, secondo il principio per cui il proprio diritto trova limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del diritto degli altri»¹²⁵.

L'interesse collettivo, inserito nel contesto costituzionale, trova a sua volta un limite intrinseco nella finalizzazione alla piena realizzazione di tali valori, affermandosi come esperienza di legame e tessuto di solidarietà sociali che danno sostanza assiologica al rapporto giuridico. In questi termini, laddove l'ordinamento afferma la prevalenza dell'interesse collettivo, esso si traduce in una forma di solidarietà che nasce dalla ponderazione tra le sfere di libertà del singolo e delle formazioni sociali, realizzando meccanismi di bilanciamento che mirano a promuovere le ragioni della comunità e, al suo interno, dei soggetti più deboli.

La solidarietà è dunque all'origine dell'imposizione legislativa di limiti alla salute, intesa come esplicazione di libertà, non al fine di obliterarne la valenza prioritaria di quest'ultima, ma piuttosto per modellarne forme che siano socialmente compatibili ed «empatiche» con il destino degli altri e della comunità¹²⁶.

In tal modo il diritto trova nella socialità della persona una preziosa risorsa d'ordine, connessa al moto di riconoscimento che l'individuo compie in favore dell'altro da sé¹²⁷, al fine dell'assunzione di un comune destino di responsabilità.

¹²⁴ G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, cit., 256 ss.

¹²⁵ Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Foro it.*, 1995, I, 1451; Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, cit., rileva che «la tutela della salute (...) implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo. L'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse».

¹²⁶ U. ALLEGRETTI, *I principi della Rivoluzione nella dialettica della modernità*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Principi dell'89 e Costituzione democratica*, Cedam, Padova, 1991, 64-67.

¹²⁷ F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, cit., 60 ss.; G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, 506 secondo cui «la pluralità dei diritti non può reggersi solo come una dinamica meccanicistica: i diritti si alimentano della solidarietà e quindi della socialità o della fraternità, altrimenti non sopravvivono».

L'interesse collettivo dunque non è semplice negazione di libertà, nè si traduce in un dovere ad essere sano¹²⁸, ma si concreta in un impegno alla cura che comporta l'assunzione di responsabilità per le istituzioni a tutelare il benessere della collettività e al contempo, per quanto possibile, preservare e ricostruire le opportunità di svolgimento ed espansione della personalità dell'individuo¹²⁹.

Del resto l'interesse collettivo, che legittima il trattamento obbligatorio, costituisce solo un vincolo esterno, mai interno, al diritto individuale alla salute, connotandosi come «barriera che ne circoscrive l'ampiezza senza tuttavia condizionarne il godimento»¹³⁰.

Tali direttive trovano specificazione nel secondo comma della stessa disposizione, che si caratterizza per la formulazione in negativo volta ad esaltarne la funzione di garanzia dell'integrità della persona verso il potere autoritativo dello Stato e la sua invadenza pervicace nella sfera dell'esistenza.

Dalla disposizione emerge prepotente il tema del potere e dei suoi limiti che, proprio perché annodato alla dimensione corporea e vitale, non si riduce alla verticalità del rapporto Stato/individuo, ma fa emergere la disseminazione delle influenze, il ruolo attivo dei nodi plurali della rete sociale i quali imprimono specifiche direzioni all'agire conforme dell'individuo¹³¹.

In questi termini quell'insistente negazione, propria di altre disposizioni costituzionali volte ad interdire il ritorno al passato¹³², si traduce in affermazione di libertà, ovvero nella prescrizione circa «se e quali limiti incontri nel vigente ordinamento italiano la libertà del singolo individuo di rifiutare un determinato trattamento sanitario»¹³³.

Come si era peraltro osservato già in sede di Assemblea costituente, quello dei limiti ai trattamenti sanitari obbligatori è sempre stato «un problema di libertà individuale che

¹²⁸ Sul punto le ampie riflessioni di R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, *Libertà e autonomie nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1982, 85 ss.; già C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 437; D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2° co., cit., 172 s.; contra P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972, 201 ss.

¹²⁹ In questo senso le sentenze della Corte costituzionale sull'indennizzo da vaccinazioni obbligatorie Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2328; Corte cost., 26 ottobre 1998, n. 27, in *Danno resp.*, 1998, 429; Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 4; Corte cost., 26 novembre 2002, n. 476, *ivi*, 2003, I, 330; Corte cost., 27 ottobre 2006, n. 342, *ivi*, 2006, I, 3273.

¹³⁰ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 163.

¹³¹ L. BAZZICALUPO, *Governo della vita. Il corpo come oggetto e soggetto politico*, in *Ragion pratica*, 2004, 273 ss.

¹³² Si pensi all'art. 13, 4° co. che punisce le violenze fisiche e morali sulle persone detenute; l'art. 22 che vieta di privare l'individuo della capacità giuridica, cittadinanza e nome per motivi politici; l'art. 25 che vieta di distogliere dal giudice naturale precostituito per legge.

¹³³ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 557.

non può non essere garantito dalla Costituzione (...) impedendo, per conseguenza, che disposizioni del genere possano essere prese dall'autorità senza l'intervento della legge»¹³⁴. Sicchè, in tali termini, la regola generale della volontarietà può incontrare la sua eccezione nei casi in cui la legge disponga l'obbligatorietà del trattamento al fine di tutelare un interesse della collettività attinente al bene-salute¹³⁵.

Cercando ora di scomporre la disposizione, se ne potranno mettere in rilievo gli elementi costitutivi, in modo da dare risposta alla questione dell'esatto tracciato del limite alla libertà personale in materia di salute.

In primo luogo viene in rilievo l'uso del termine «trattamento sanitario» che va inteso in senso ampio, comprensivo quindi della fase preventiva, diagnostica, di cura e riabilitazione¹³⁶. Non costituisce tratto discrezionale la maggiore o minore incidenza del tipo di trattamento sull'integrità del soggetto, né che sia istantanea (visite o vaccinazioni) o comporti un ricovero di lunga degenza, ancor meno che si tratti di un intervento chirurgico, di un accertamento diagnostico o di un trattamento farmacologico, nella misura in cui le garanzie dell'art. 32 Cost. sono predisposte in funzione della finalità terapeutica del trattamento.

A sua volta affinché il legislatore possa disporre trattamenti sanitari obbligatori è necessario che siano integrate alcune condizioni indicate nel disposto costituzionale che attengono al contenuto e alla finalità dei trattamenti stessi.

Il testo costituzionale si riferisce ad un «determinato trattamento», ovvero richiede perlomeno l'indicazione della categoria o tipologia di trattamenti di cui la legge può stabilire l'obbligatorietà.

¹³⁴ Cfr. Intervento Moro, Assemblea costituente, seduta plenaria del 28 gennaio 1947, cit. Sul dibattito in Assemblea costituente V. POCAR, *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in *Sociologia dir.*, 2009, 3, 159 ss.

¹³⁵ L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 109; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 57 ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 782 ss.

¹³⁶ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 176 e 182; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo (Profili costituzionali)*, in *Dir. soc.*, 1978, 508; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, 900 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 30; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., 303; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, XXV, Utet, Torino, 1999, 337 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 172 s.; diversamente E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5960 che differenzia i trattamenti dagli accertamenti sanitari obbligatori, in quanto questi ultimi non vengono a modificare lo stato di salute della persona, trovando la loro *ratio* anche in altri diritti ed interessi costituzionali diversi dalla salute. In giurisprudenza Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, cit., ha ricompreso nella nozione di trattamento sanitario anche prelievi ed analisi.

Tale prescrizione risponde a due fondamentali esigenze: quella di circoscrivere la discrezionalità prima del legislatore nella definizione dei trattamenti e quindi dell'amministrazione nella loro attuazione ed inoltre quella di presidiare alla libertà dell'individuo, il quale dovrà esser messo in condizione di conoscere, in quali casi e a quali condizioni, potrà essere eventualmente sottoposto a misure, pur di carattere sanitario che vengono ad incidere sulla sua sfera giuridica. La determinatezza – che costituisce presidio della libertà e dell'uguaglianza – finisce con il divenire un modo di essere della norma risultante dagli enunciati costituzionali, dalla loro attuazione legislativa, dall'interpretazione e dalla prassi dei medesimi.

In questa prospettiva, la mancanza di determinatezza nella definizione dei trattamenti determinerebbe l'apertura di una frattura fra realtà empirica e dettato normativo, generando condizioni di incertezza non sostenibili specie per i valori in gioco.

La violazione del criterio di determinatezza dà luogo a conseguenze particolarmente gravi: esso, infatti, non si limita a ripercuotersi negativamente sulla tenuta concettuale del meccanismo stesso che determina l'imposizione di determinati trattamenti, ma fa venir meno la giustificazione dell'istituto da un punto di vista logico-razionale.

Sarebbe pertanto incostituzionale una legge che, anziché determinare i trattamenti imposti, si limitasse a sancire l'obbligo di curare genericamente determinate patologie o addirittura quello di sottoporsi alle cure consigliate dai sanitari¹³⁷.

Una analoga funzione di garanzia svolge il criterio implicito della generalità dei trattamenti obbligatori che pertanto potranno vedere come soggetti passivi tutta la popolazione senza distinzioni ovvero, in ragione di parametri generali ed astratti connessi alla patologia, una determinata categoria di soggetti¹³⁸.

Le modalità con cui viene data attuazione al trattamento obbligatorio, proprio in ragione del carattere eccezionale che lo connota, devono conformarsi ai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Evidentemente l'applicazione del principio di ragionevolezza ha lo scopo di assicurare l'uso di mezzi proporzionati rispetto al fine da

¹³⁷ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 561 sostiene che la norma costituzionale possa dirsi soddisfatta anche attraverso l'inquadramento del trattamento entro una certa tipologia, chiaramente prefigurata da risultare prevista in modo sufficientemente preciso a livello legislativo; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 385; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 174.

¹³⁸ In dottrina C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 440-441; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 177; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo (profili costituzionali)*, cit., 514; in giurisprudenza Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, cit.

perseguire¹³⁹. Il concetto di ragionevolezza include dunque, sicuramente, quello di adeguatezza dei mezzi utilizzati, nella misura in cui la «minor possibile incidenza su un diritto costituzionale del privato è diventata una componente essenziale della moderna dialettica autorità/libertà»¹⁴⁰. La proporzionalità, a sua volta, non esaurisce i contenuti della ragionevolezza pur rappresentandone una importantissima manifestazione¹⁴¹.

L'ingresso di tali principi si giustifica anche in funzione del necessario bilanciamento tra diritto individuale ed interesse collettivo che è alla base dell'adozione del trattamento: i diritti fondamentali della persona umana, ancorché primari o espressione di principi supremi, sono soggetti alla relativizzazione derivante dal bilanciamento con altri diritti o interessi di rango costituzionale, incidenti sulla peculiare fisionomia della realtà nella quale sono chiamati a operare. I limiti o la compressione di un diritto o di un interesse costituzionale devono essere "proporzionati" in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale. Entro questi binari i diritti e gli interessi costituzionali sono suscettibili di essere bilanciati secondo plurime soluzioni, nelle quali, tuttavia, c'è sempre una graduazione secondo il valore dei beni in conflitto.

In concreto ciò si traduce in due corollari in forza dei quali, da un lato, i trattamenti obbligatori non possono comportare effetti negativi per la salute di chi vi è soggetto, salvo il limite delle conseguenze tollerabili in ragione della loro «temporaneità e scarsa entità»¹⁴², dall'altro, la limitazione a cui è soggetta la libertà di autodeterminazione di ciascuno sulla propria salute varierà per intensità e proporzione rispetto alla soddisfazione delle esigenze collettive, determinando quindi un gradiente diversificato nell'attuazione dei predetti trattamenti¹⁴³.

Diviene fondamentale, sotto diversi profili¹⁴⁴, analizzare le finalità che alla luce del disposto costituzionale rendono legittimo lo stato di eccezione determinato

¹³⁹ P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993, XI.

¹⁴⁰ Così F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Esi, Napoli, 2011, 51.

¹⁴¹ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit., 44, che osserva ulteriormente che la proporzionalità non è un principio assoluto ma un concetto di relazione.

¹⁴² Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit.

¹⁴³ A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 Cost.*, cit., 667.

¹⁴⁴ La finalità che viene a connotare il trattamento sanitario obbligatorio viene a influire sull'analisi della disputa relativa al fondamento costituzionale dell'istituto, alla tipologia di trattamento e alla sua riconducibilità all'idealtipo tracciato nell'art. 32, 2° co., Cost. su cui *infra*

dall'imposizione, in mancanza o contro la volontà dell'interessato, del trattamento sanitario.

La finalità di carattere generale perseguita dal trattamento può essere, come si desume anche dalla lettera del disposto, esclusivamente il perseguimento della salute o di scopi di carattere strettamente sanitario. L'art. 32 Cost. si muove nel contesto di tale sfera, aggregando e disaggregando il diritto dell'individuo e l'interesse della collettività alla salute, senza che sia legittimo il perseguimento di altre finalità di diverso ordine (la sicurezza pubblica o le esigenze di giustizia).

Il bilanciamento nei rapporti di forza, inevitabilmente asimmetrici, tra individuo e collettività ha condotto ad una lettura consolidata, in dottrina¹⁴⁵ e nella giurisprudenza costituzionale¹⁴⁶, dell'art. 32 Cost. che 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 – direttamente, concretamente e attualmente – l'interesse collettivo alla salute, ovvero l'interesse di altre persone. Per cui l'imposizione del trattamento dovrà trovare adeguata giustificazione nella necessità di

¹⁴⁵ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 439 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 110 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 174 ss.; G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, cit., 256; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 903 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, cit., 549 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 30 ss. e 63-69; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, cit., 313 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 55; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 386; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., 9-10; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 90 ss.; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 456 ss.

¹⁴⁶ 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.; Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, cit. che richiede la necessaria correlazione dei trattamenti con l'esigenza di tutelare la salute dei terzi; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258, cit., che pone tre condizioni di legittimità del trattamento sanitario obbligatorio, ovvero che sia diretto «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quell'autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»; in secondo luogo è necessario che «esso non incida negativamente sullo stato di salute di chi vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiono normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili», infine nell'ipotesi di danno alla salute di chi vi sia sottoposto si deve prevedere «la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato».

tutelare gli interessi collettivi, imponendo ai singoli l'adempimento di quei doveri inderogabili di solidarietà sanciti nell'art. 2 Cost¹⁴⁷.

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 natura¹⁴⁸: 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 – necessaria per partecipare alla vita collettiva tramite il proprio lavoro, per sopperire ai bisogni della famiglia o dei figli o per qualsiasi altro nobile fine altruistico –, il trattamento sanitario obbligatorio si risolverebbe inevitabilmente in uno strumento di attuazione del presunto dovere alla salute, con conseguente negazione della dimensione della salute come libertà. Come si è autorevolmente sostenuto¹⁴⁹ «tutti i diritti e le libertà fondamentali (...) sono orientati verso la realizzazione di quel modello di società fondata sulla solidarietà e sulla piena partecipazione di tutti alla vita del paese (artt. 2, 3 e 4) cui si informa la nostra Costituzione. Se la nozione, dal lato attivo, di quei diritti e libertà può e deve essere ricostruita in vista di quel modello, non è vero però il contrario. Dal lato passivo, giustificare limitazioni a quelle libertà e a quei diritti (...) tradurre un diritto in soggezione avvalendosi del richiamo all'interesse generale, significherebbe in realtà modificare il modello stesso: poiché è evidentemente un modello di società diverso da quello (...) in cui l'ordine, la partecipazione (fittizia) alla vita del paese ed il benessere stesso dei cittadini si realizza con l'imposizione»¹⁵⁰.

Al contempo, avrebbe effetti corrosivi sull'impostazione personalistica del nostro ordinamento, una norma che consentisse l'imposizione di trattamenti sanitari nel solo

¹⁴⁷ P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, cit., 64.

¹⁴⁸ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 169 e 172 ss.

¹⁴⁹ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 175.

¹⁵⁰ Il che non esclude che attraverso l'educazione, la prevenzione o un sistema di sanzioni e *benefit* si possa stimolare nel singolo l'attenzione alla cura della propria salute. In senso diverso, ovvero della legittimità del trattamento per gli infermi di mente nell'esclusivo interesse dell'individuo si veda C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 1990, 191-191; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1984, 368.

interesse della collettività alla salute, in quanto, in tal caso, il singolo diverrebbe strumento o mezzo per la realizzazione di interessi ad esso ultranei, trasformando in senso funzionale il diritto che esso vanta¹⁵¹. L'indirizzo esclusivo a fini di interesse collettivo potrebbe aprire la strada a provvedimenti improntati a finalità di stampo eugenetico o di sperimentazione sulla persona, alimentando quella rete di potere biopolitico che abbraccia l'interesse sociale alla salute e il sistema economico/produttivo che vi si riferisce come ultimativa e non discutibile fonte di legittimazione¹⁵².

Parzialmente differente, sarebbe tuttavia la situazione, qualora il trattamento sanitario imposto risultasse indifferente, ovvero non generasse benefici o danni alla persona, pur perseguendo un rilevante interesse pubblico; in questa ipotesi si potrà ammettere l'adozione del provvedimento restrittivo sulla base di una valutazione esigente delle finalità che renda conto della specifica qualificazione del vantaggio assicurato alla salute della collettività, nel contesto di una «rigorosa ponderazione» degli interessi coinvolti¹⁵³.

Strettamente connesso a tale aspetto è quello della natura della riserva di legge prevista nell'articolo in commento, su cui la dottrina appare divisa: l'orientamento maggioritario ritiene che si tratti di un'ipotesi di riserva relativa¹⁵⁴, ovvero che possa essere soddisfatta anche attraverso una disciplina, disposta con legge o con atto avente forza di legge, che si limiti a dettare le norme di principio e i criteri direttivi della materia riservata, lasciando a fonti subordinate l'integrazione e il dettaglio della disciplina, entro un margine di discrezionalità che può essere più o meno ampio. Tale opinione viene ad

¹⁵¹ Il diritto alla salute si volgerebbe da diritto individualistico in diritto funzionale, ovvero «attribuito al singolo nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto». Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 8.

¹⁵² A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina, Milano, 2001, 21 ss.

¹⁵³ B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, cit., 36 s. Il caso è quello della imposizione di analisi sulla sieropositività in capo a soggetti che svolgono attività che possono esporre terzi al rischio di contagio su cui Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, cit.

¹⁵⁴ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 900; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 313 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 55; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 558; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost., cit., 10*; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 54 s.

essere giustificata sulla base del dato testuale che non differirebbe da quello di formule simili utilizzate in altre disposizioni costituzionali qualificate come riserve relative¹⁵⁵, ma soprattutto in virtù della prassi legislativa¹⁵⁶.

Vi peraltro da rilevare come le tematiche attinenti alla salute si caratterizzino per il progressivo e rapido accrescimento delle conoscenze nel rispettivo campo di pertinenza, il che necessariamente ne sottrae la disciplina alla possibilità di una anticipata e compiuta specificazione da parte della legge. In questi termini la connotazione della riserva come relativa viene incontro all'esigenza di prevedere forme di normazione flessibile.

Tuttavia vi è da rilevare come la distinzione tra riserva relativa ed assoluta poggi su fragili e controvertibili basi testuali¹⁵⁷, il che ha portato parte della dottrina¹⁵⁸, in forza del dato letterale e di argomentazioni sistematiche, a prospettare il carattere assoluto della predetta riserva. L'argomento letterale deriva dal raffronto tra la riserva prevista dalla disposizione in commento e quella prevista dall'art. 23 Cost., notoriamente di carattere relativo: ebbene, mentre quest'ultima sancisce che l'imposizione di prestazioni personali e patrimoniali deve essere disposta «in base alla legge», presupponendo quindi un'ulteriore disciplina ad opera di fonti subordinate, diversamente l'art. 32, al secondo comma, laddove vieta il trattamento obbligatorio «se non per disposizione di legge», definisce espressamente la forma che deve assumere la disciplina in materia,

¹⁵⁵ Peraltro la distinzione tra riserva assoluta e relativa è applicata in modo ondivago nella stessa giurisprudenza costituzionale; non è singolare che la Corte costituzionale abbia provveduto a degradare a riserve, riserve che prima erano considerate assolute. Così Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *Cons. St.*, 1998, II, 1622 per cui «il carattere della riserva di legge, chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia che essa legge ha operato, dipende dalle specifiche norme costituzionali che prevedono le varie riserve, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica». Sul punto R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, 1216 ss.; L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, Roma, 1990, 6 ss.

¹⁵⁶ E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 5961 che riporta l'esempio della delegificazione a mezzo dell'art. 93, legge 23 dicembre 2000, n. 388 che ha disposto l'abrogazione della disciplina legislativa delle vaccinazioni obbligatorie antitubercolare (artt. 10, 1° co., e 22, 1° co., legge 14 dicembre 1970, n. 1088) ed anti-lue (art. 7, legge 25 luglio 1956, n. 837), autorizzando i regolamenti governativi a definire presupposti e modalità delle vaccinazioni antitetanica e antitubercolare, il tutto senza indicare le norme generali regolatrici della materia.

¹⁵⁷ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in P. SCHLESINGER (dir. da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010, 137.

¹⁵⁸ L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 108-109; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 385; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, 87 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 28; P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*², cit., 402-403; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 192 ss.

non ammettendo rinvii o integrazioni. L'argomento di ordine sistematico fa leva ancora sul raffronto tra le due disposizioni "gemelle", artt. 23 e 32, 2° co., per ricavarne in virtù del principio di specialità – prestazioni personali/trattamenti sanitari – la necessità di una disciplina di maggiore garanzia, anche per salvaguardare in maniera adeguata il limite del rispetto della persona umana¹⁵⁹.

Senza voler prendere partito sul punto, si può asserire con certezza che, anche dopo la riforma del Titolo V, quella prevista dall'art. 32 Cost. sia una riserva di legge statale, poiché, trattando di limitazioni alle libertà personali e ai diritti civili e sociali, entra in gioco il limite di omogeneità dei livelli essenziali delle prestazioni, escludendo conseguentemente che la materia possa essere disciplinata – se non in via di attuazione o a fini puramente esecutivi – con legge regionale¹⁶⁰. Peraltro, toccando aspetti inerenti principi fondamentali, la cui «nozione (...) non ha e non può avere carattere di rigidità»¹⁶¹, la relativa sfera di operatività sembra dipendere dagli aspetti peculiari che può presentare ogni singola realtà normativa: dunque, al ricorrere di una finalità di disciplina uniforme sul territorio nazionale anche norme non strutturalmente di principio possono qualificarsi come limite al libero dispiegarsi della potestà legislativa regionale concorrente¹⁶².

La tendenza a tenere in considerazione soprattutto l'incidenza dell'esigenza unitaria sottesa alla materia afferente la «tutela della salute» pare dimostrata dalle numerose ipotesi in cui la Corte costituzionale ha inteso salvaguardare valori ritenuti non

¹⁵⁹ Sul punto le riflessioni di D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 192-197.

¹⁶⁰ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 880 s. e 902; più complessa l'analisi di G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 79 ss. ante riforma del 2001 e di D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 198-200 post riforma. In generale sul punto A. MUSUMECI, *Gli orientamenti legislativi regionali in materia di tutela dei diritti del malato*, in *Pol. dir.*, 1990, 329.

¹⁶¹ Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 50, in *Giur. cost.*, 2005, 395 ss. con nota di S. SCAGLIARINI, *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma della Consulta*, ibidem, 486 ss.; anche Corte cost., 27 luglio 2005, n. 336, ivi, 2005, 3165 ss.

¹⁶² C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione regionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 4981 ss. che cita Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282, cit. da cui si desume che la sostanza del diritto, per la tutela del quale si vuole mantenere un certo grado di uniformità affidando le scelte al livello nazionale, sembra coprire uno spazio assai più ampio di un mero «nucleo essenziale», sicché la competenza regionale può influire solo "a valle" della conformazione dei diritti della personalità dei cittadini, oltre cioè la soglia degli interessi non frazionabili. In dottrina si richiamano anche R. BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 2002, 6, 1445 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico scientifica*, cit., 1450 ss.

frazionabili in discipline regionali diversificate, venendo così a confermare la perimetrazione dell'ambito sottratto alla discrezionalità legislativa delle regioni.

Un'eccezione può essere rinvenuta nel caso delle regioni ad autonomia speciale, qualora, ai sensi dei rispettivi statuti, risultino titolari di competenze legislative in materia, potendo in tal caso, integrare con propria disciplina quella statale¹⁶³.

La riserva di legge è infine rinforzata nei contenuti poiché la disciplina della natura, forme e modalità dei trattamenti sanitari obbligatori non deve violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Si tratta di un limite funzionale all'attività legislativa, tale da giustificare ed orientare la tipologia, il grado di incidenza, le modalità dei trattamenti obbligatori¹⁶⁴.

Sebbene l'intenzione originale dei costituenti fosse quella di bandire quei trattamenti degradanti, quali la sterilizzazione eugenetica o la sperimentazione sugli esseri umani¹⁶⁵, che avevano drammaticamente segnato la prima parte del «secolo breve», si deve constatare come la formula del rispetto della persona umana, già di per sé elastica e «assorbente», si sia caricata di significati ulteriori e di finalità a volte contrastanti.

Per comprendere la pluralità di sensi che essa ha assunto, si possono classificare le diverse interpretazioni del limite previsto dal comma secondo dell'art. 32 Cost., distinguendo tra quelle finalistiche, assiologiche o deontiche.

Partendo da quest'ultimo approccio, esso presuppone una definizione sostanziale di persona, che si forma in un contesto sociale e relazionale, a partire dall'altro e in relazione al suo tendere verso l'altro. L'essere costitutivo della persona è dunque rappresentato dall'appartenenza ad uno spazio comunitario, prima ancora che riconoscersi, nella sua singolarità, come soggetto individuale.

In questa prospettiva il diritto, in quanto organizzazione dei rapporti sociali, ha la sua origine e trova una prima forma nella naturale socialità delle persone. «In quanto

¹⁶³ Sul punto, Corte cost., 27 novembre 1980, n. 154, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1448, con nota di A. ANZON, *Trattamenti sanitari obbligatori e competenza regionale*. Competenza che si è risolta, nel caso della Sardegna, con l'adozione di apposite linee guida in merito all'applicazione dei trattamenti sanitari Deliberazione n. 16/13 del 29 marzo 2011.

¹⁶⁴ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit. 442.

¹⁶⁵ C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 440; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 562 che tuttavia sottolinea come «nel contesto complessivo della Costituzione, non è escluso che nel limite del rispetto della persona umana possa includersi, con interpretazione estensiva, ma non arbitraria, anche il rispetto della libertà di coscienza e fede religiosa, garantiti dall'art. 19 Cost., quale diritto – anche storicamente – inerente alla persona»; L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 111-113.

riflesso e insieme strumento di conformazione della socialità umana, il diritto muove in modo stabile e strutturale dal punto di vista della persona, e cioè dall'uomo già strutturalmente relazionato, e dunque accoglie come originaria e fondativa l'istanza dell'altro e della sua irriducibile alterità. Il rapporto che si instaura tra l'io e le altre individualità non prende la forma del limite sopraggiunto, imposto o consentito, e anche la libertà non si manifesta più, nella sua essenza, come indipendenza»¹⁶⁶. La legge si pone dunque come imposizione o riconoscimento del limite alla pretesa totalizzante dell'io e della sua libertà, concettualizzando quest'ultima nella sua dimensione costitutiva di debito rispetto alla cura ricevuta da altri da sé.

In questo contesto la clausola del rispetto della persona umana si trasfigura nel valore super-costituzionale¹⁶⁷ della dignità, inteso in termini oggettivi, prefigurando una proiezione della componente deontica dei diritti fondamentali nella dimensione comunitaria. Il rispetto della persona viene dunque garantito, ma in una torsione funzionalista, solo tutelandone la qualità di soggetto sociale, ovvero la sua utilità intrinseca non solo materiale, ma anche spirituale.

L'autonomia dell'individuo, pur sancita, è stretta nel legame di interdipendenza con la solidarietà, per venire infine dissolta nell'affermazione dell'obbligo di rispettare i propri doveri. Ovvero «il dovere di tenerci in vita e di prenderci cura di noi stessi perché siamo una risorsa in ogni tempo spendibile a beneficio della collettività. Non v'è per ciascun essere umano modo migliore di prendersi cura di sé di quello di fare del senso quotidiano della propria esistenza un servizio per la collettività, un dono. Prendersi cura di sé, dunque, è già (e anche) solidarietà, il primo dei modi di essere partecipi delle esperienze di vita del consorzio sociale al quale apparteniamo. È proprio riguardando all'autodeterminazione dal punto di vista della solidarietà che si coglie emblematicamente il modo di essere della Costituzione come “sistema”»¹⁶⁸.

¹⁶⁶ F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, cit., 32 s.; ID., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, 99 ss.

¹⁶⁷ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 2014, 4, 1-15.

¹⁶⁸ Senza voler travisare il pensiero dell'Autore, questa mi pare la prospettiva che emerge da una pluralità di interventi tra cui: A. RUGGERI, *Dignità versus vita ?*, Relazione al convegno su *Del diritto alla vita*, Messina 24-25 marzo 2011, in *Rivista Aic*, 2011, 1, 12, ora in ID., *Itinerari per una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, Studi dell'anno 2011, Giappichelli, Torino, 2012, 127 ss.; ID., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it, nonché in M. GENSABELLA FURNARI, A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e*

L'approccio assiologico, pur con sfumature differenti¹⁶⁹, inquadra il limite del rispetto della persona umana, in un contesto armonico in cui i principi del personalismo e del pluralismo si intrecciano nel riconoscimento della primazia della «struttura morale del[la persona], con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare: in una parola, con la sua dignità»¹⁷⁰.

Non si tratta di un limite ontologico, ma di un vincolo che si traduce in una pretesa – o meglio in un diritto – al rispetto, il quale deve essere storicizzato, rinvenendone il contenuto nei valori espressi dalla persona, previsti e garantiti dalla Costituzione.

Se la regola è quella della volontarietà dei trattamenti e l'eccezione si rinviene nell'obbligatorietà degli stessi, imposti solamente per legge, ovvero con un atto sovrano, allora il limite del rispetto della persona umana si caratterizza come dispositivo

giuridici (*Atti di due incontri di studio, Messina 3 aprile e 15-16 ottobre 2009*), Giappichelli, Torino 2010, 307 ss.; ID., *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, Relazione all'incontro di studio "G. Mor" su *Sanità e salute alla prova del regionalismo*, Milano 3-4 dicembre 2009, in www.forumcostituzionale.it, nonché in *San. pubbl. e priv.*, 2010, 3, 5 ss.; nella stessa prospettiva I. NICOTRA GUERRERA, «Vita» e sistema dei valori nella Costituzione, Giuffrè, Milano, 1997, 147 ss.; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, 18 ss.; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, cit., 53 ss.; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento dei valori o un nuovo dogma della volontà*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 457-504; ID., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad.cost.*, 2010, 2, 269 ss.

¹⁶⁹ L. CARLASSARE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 113 la formula sembra escludere la legittimità di quei trattamenti che costituiscono espressione di una "pianificazione" dell'elemento umano in vista di una sua miglior utilizzazione; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 562; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione*, cit., 314 s.; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., 10 per cui rispetto della persona è rispetto della libertà di scelta del singolo, non essendovi nella Costituzione un'immagine preconfezionata della personalità umana da imporre all'individuo; L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, 4, 601 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, 132 ss.; A. MUSUMECI, *Costituzione e Bioetica*, Aracne, Roma, 2005, 22 ss.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 267 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 238 ss.; ID., *Uno statuto costituzionale 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., 143 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, cit., 88 ss.

¹⁷⁰ C. CASONARO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, cit., 548; S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, cit., 374-381 per il quale «La dignità (...) è percezione personale del proprio benessere, del rispetto di sé, della permanenza di senso nella propria vita, nell'ambito dei rapporti interpersonali in cui il singolo è coinvolto. La dignità è dunque concepibile solo come connessa al perdurare della propria persona nella sua unicità e irripetibilità (...): solo la singola persona potrà valutare se questo orizzonte di senso – per essa e solo per essa – resti aperto in ipotesi di perdita di consapevole capacità di relazione con il mondo o di prosecuzione artificiale delle funzioni vitali».

anti-maggioritario che – come si desume dalla metafora della clausola di Ulisse¹⁷¹ – costituisce non solo l'espressione di un'auto-limitazione del potere sovrano, ma anche il segno dell'indirizzo complessivo del sistema dei valori costituzionali¹⁷².

Il limite del «rispetto della persona umana» rappresenta dunque una scelta di valore, nella misura in cui curarsi o non curarsi è essenzialmente un problema di libertà, o meglio di libera espressione di sé da parte del soggetto, del proprio modo di intendere la vita, il rapporto con la malattia e con il proprio corpo, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le rispettive determinazioni volitive¹⁷³.

L'interpretazione finalistica del vincolo infine ne sottolinea il legame con la funzione del trattamento obbligatorio, ovvero al contempo la tutela della salute collettiva e di quella dell'individuo¹⁷⁴. In questi termini il rispetto della persona umana, attualizzato alla luce della coscienza sociale, conforma le ipotesi di trattamento obbligatorio in funzione dell'obiettivo-salute: così la sterilizzazione, quando volta a fini profilattici e non certo eugenetici, si pone come modalità di esplicazione della personalità individuale, non lesiva della dignità umana.

In questa prospettiva dunque il richiamo al rispetto della persona costituisce una formula riassuntiva dei diritti riconosciuti al paziente coatto e dei rispettivi doveri verso

¹⁷¹ J. ELSTER, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, precommitment and constraints*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, trad. it. *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁷² Come risulta evidente in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010, 396-397 nella cui concezione solo i diritti e non gli interessi collettivi sono ragioni escludenti rispetto alle “preferenze esterne” (cioè relative al valore degli altrui desideri e piani di vita) in chiave anti-utilitarista ed antimaggioritaria.

¹⁷³ Così «quello che è dovuto da ciascuno è lo stesso diritto», che si rivendica per sé, «a vivere e fiorire secondo il proprio cuore e la propria fede». Cfr. R. DE MONTICELLI, *La libertà di divenire se stessi*, in D. MONTI (a cura di), *Che cosa vuol dire morire*, Einaudi, Torino, 2010, 92. Ancora l'Autrice rileva come la persona sia molto più che un membro di una comunità, in quanto, seppure venire al mondo e esservi accolti costituisca una condizione necessaria per lo sviluppo della persona, essa non è sufficiente. È attraverso l'individuazione che il soggetto diviene persona, strutturando un autonomo modo di sentire, vivere e giudicare il mondo.

¹⁷⁴ Così B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 29-30 e 37 individua nel fine il momento centrale nell'interpretazione del principio del rispetto della persona umana; così anche C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 442 ss.; D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2° co., cit., 176 che, nel rispetto della finalità, ritiene si possa semmai discutere sull'adeguatezza del mezzo rispetto al fine, con riguardo sia al tipo di trattamento che ai modi di imposizione o di applicazione materiale. Tale valutazione dovrà tener conto della gravità della patologia, della varietà e diversa efficacia dei mezzi di cura e di prevenzione disponibili.

lo stesso che devono onorare le pubbliche autorità così come il personale sanitario responsabile del trattamento¹⁷⁵.

3.3.1. La disciplina legislativa degli accertamenti e dei trattamenti sanitari obbligatori

I trattamenti sanitari obbligatori trovano una disciplina negli artt. 33, 34 e 35 della legge n. 833 del 1978 (come trasfusi *ex art.* 1 legge 180/1978)¹⁷⁶, oltre che nell'ambito di frastagliate discipline speciali. Mentre gli artt. 33 e 34 delineano rispettivamente la disciplina quadro dei trattamenti sanitari volontari e obbligatori e quella dei suddetti trattamenti relativamente alle malattie mentali, l'art. 35 detta la disciplina del procedimento per l'applicazione dei trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di ricovero ospedaliero e i relativi strumenti di garanzia amministrativa e giurisdizionale.

Il legislatore della riforma ha collocato in modo strategico tali disposizioni, dotando la legge di una profonda sistematicità, laddove nel tratteggiare una disciplina di carattere complessivo, ha proceduto dal generale al particolare: così ai principi e valori a cui si ispira la legge (art. 1) seguono obiettivi e programmazione (artt. 2 e 3), allo stesso modo alla regolamentazione delle funzioni, ovvero delle attività autoritative del Servizio sanitario nazionale (art. 32), si accompagna la disciplina delle attività autoritative, ossia di quei provvedimenti che, nell'interesse della salute, si impongono al cittadino (art. 33).

In questi termini, l'art. 33 della legge scandisce i principi generali che regolano la materia dei trattamenti obbligatori, strutturando la disposizione "a incastro", nella misura in cui la previsione del potere di adottare accertamenti e trattamenti sanitari

¹⁷⁵ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 200-204.

¹⁷⁶ Per un commento all'articolo A. PIZZI, *Malattie e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 3 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Art. 1*, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 177 ss.; E. FERRARI, *Art. 33*, in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 338 ss.; G.L. FONTANA, *Art. 35*, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1260 ss.; N. CIPRIANI, *I trattamenti sanitari obbligatori nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *San. pubbl.*, 1982, 149 ss.; G. ALPA, *Commento e confronti con la situazione italiana*, in *Pol. dir.*, 1980, 141 ss.; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 55 ss.; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 91 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 337 ss.; E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1561 ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Trattamenti sanitari obbligatori (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1999, 335 ss.

obbligatorî¹⁷⁷ viene circondata da una serie di garanzie esterne (il principio di volontarietà e la riserva di legge) e da vincoli interni incidenti sulle forme e modalità della sua applicazione (rispetto della dignità *ex art. 32 Cost.*, dei diritti civili e politici, oltre alla libertà di cura)¹⁷⁸.

Secondo la lettura più accreditata¹⁷⁹, le disposizioni contenute negli artt. 33, 2° co., e 34, 2° co., della legge n. 833/1978 non sono semplici premesse alla disciplina del trattamento obbligatorio prevista nel quarto comma dell'art. 34, ma definiscono discipline autonome e determinate: una di carattere generale, inerente l'imposizione di un qualsiasi trattamento sanitario, operando per rinvio alle discipline speciali ed, una di carattere speciale, dettata esclusivamente per le persone affette da infermità mentale.

A sua volta entrambe le disposizioni prevedono un sistema graduale che da luogo ad una preminenza dell'intervento domiciliare o territoriale (servizi o presidi territoriali extraospedalieri), in linea con la filosofia della psichiatria di comunità, e, solo ove necessario, dispone l'attuazione del trattamento in sede di degenza nel contesto delle strutture ospedaliere dipartimentali. Gradualità connessa alla qualità, in termini di maggiore o minore restrizione della libertà personale, dei trattamenti imposti, che trova conferma negli ulteriori accorgimenti garantistici – introdotti dalla legge n. 833/1978 – laddove si prescrive, riferendosi già alla fase attuativa, che le misure debbano essere accompagnate «da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato» ed inoltre, in funzione preventiva, che l'azienda sanitaria «oper[i] per ridurre il ricorso ai suddetti trattamenti (...), sviluppando le iniziative di prevenzione e di educazione sanitaria ed i rapporti organici tra servizi e comunità» (art. 33, 5° co.).

In questo contesto pare utile introdurre la distinzione, di origine dottrinale¹⁸⁰, tra trattamenti e accertamenti obbligatori e coattivi, tralasciando per il momento di discutere la matrice e la fondatezza di tale tesi.

Si possono definire obbligatori quegli accertamenti e trattamenti con finalità sanitaria, la cui obbligatorietà è disposta dalla legge ed è tale in quanto «variamente sanzionata e

¹⁷⁷ La scelta del legislatore ordinario di declinare la nozione costituzionale di trattamento sanitario ricomprendendovi anche gli accertamenti conferma l'interpretazione lata del concetto riferibile ad ogni atto medico, diagnostico o terapeutico.

¹⁷⁸ Si rinvia alle riflessioni già sviluppate nel II capitolo, par. 2.8.3.

¹⁷⁹ E. FERRARI, Art. 33, in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 343-344.

¹⁸⁰ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 890 ss.;

resa concretamente operante (ammende, esclusione dalle scuole, impossibilità di svolgere certe professioni, ecc.)»¹⁸¹.

Diversamente, i trattamenti e gli accertamenti coattivi vengono imposti e attuati mediante l'uso della forza, ovvero attribuendo all'autorità sanitaria il potere di provvedervi attraverso mezzi costringenti che incidano e limitino la sfera fisica della persona, senza escludere dunque come *extrema ratio* anche l'uso della violenza, la quale – nella misura in cui sia proporzionata – risulterebbe scriminata in quanto posta in essere nell'esercizio di un dovere *ex art.* 51 o per stato di necessità *ex art.* 54 c.p.

Nell'ordinamento italiano la forma coattiva dell'accertamento e trattamento sanitario ha assunto carattere recessivo¹⁸², persistendo – con una percentuale significativa di applicazione – solamente nel caso della malattia mentale.

Tornando alla disciplina dell'art. 33 della legge n. 833/1978 si può constatare come la regolamentazione generale in esso prevista illustri lo schema, l'ossatura, del procedimento che conduce all'adozione di accertamenti e trattamenti obbligatori, affidandone la competenza provvedimentale di tipo ordinatorio al sindaco, nella sua qualità di autorità sanitaria, previa proposta motivata da parte di un medico.

Rinviando l'approfondimento degli aspetti più controversi della disciplina all'analisi del trattamento delle malattie mentali, è possibile valutare la regolamentazione a partire dalle sue lacune e indeterminanze.

Tra i tanti dubbi che la disposizione può sollevare, vi è però una certezza, costituita dall'amministrativizzazione di un procedimento che nella storia del nostro ordinamento ha quasi sempre vissuto una doppia natura, prospettandosi in forma bifasica, ovvero tra un momento provvedimentale di natura amministrativa (o nei casi più gravi, assumendo natura di misura penale di prevenzione) e una seconda fase affidata alla garanzia dell'autorità giurisdizionale¹⁸³.

¹⁸¹ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 887-888; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, cit., 10-11.

¹⁸² Si consideri che i trattamenti coattivi precedentemente previsti per la tubercolosi e la lebbra (artt. 280 e 286 T.u. sanitario r.d. 27 luglio 1934, n. 1265), per le malattie veneree (art. 6-7 legge 27 luglio 1956, n. 837) per la tossicodipendenza (art. 100 legge 22 dicembre 1975, n. 685) hanno subito un processo di progressiva abrogazione per desuetudine o di trasformazione in trattamenti meramente obbligatori. Cfr. G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 155 ss.

¹⁸³ Sul punto si veda la ricostruzione storico-normativa riportata in R. CANOSA, *Storia del manicomio in Italia dall'Unità ad oggi*, cit., 57 ss.; M. MORELLO, *I malati di mente dalla legislazione preunitaria alla legge Basaglia*, cit., 31 ss.

Tale scelta si giustifica con la volontà del legislatore di “normalizzare” il procedimento, eliminando quel tratto di specialità che connotava il provvedimento e quindi il procedimento inerente a tali questioni; la posizione del malato, specie quando si sviluppava entro il circuito giudiziario, veniva infatti ad essere definita come tale attraverso un processo di tipo inquisitorio, che si chiudeva con un accertamento del tribunale che “condannava” o “assolveva” dall’accusa di anormalità mentale, determinando comunque una qualche forma di stigmatizzazione del malato¹⁸⁴.

La sostanziale amministrativizzazione del procedimento ha conferito la responsabilità al sindaco, espressione della comunità di appartenenza del paziente e organo democraticamente eletto, il che costituisce un evidente cambio di passo rispetto alla disciplina del 1904 ove, specie nel ricovero coatto, il potere era riservato all’autorità di pubblica sicurezza.

Questa opzione è il portato della legge n. 833 del 1978 che ha attribuito ai comuni tutte le funzioni amministrative in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera che non fossero espressamente riservate allo Stato ed alle regioni e dopo aver precisato che restano ferme le attribuzioni di ciascun sindaco quale autorità sanitaria locale (art. 13, 1° e 2° co.). Appare interessante il doppio ruolo rivestito dal sindaco che, in quanto espressione della sua comunità è in grado di meglio comprendere le dinamiche sociali, e al contempo, per la veste giuridica riconosciutagli e per i compiti che gli sono stati assegnati, assume in tale specifica materia la qualità di ufficiale di governo, vale a dire di organo diretto dello Stato e non già del comune¹⁸⁵, il che garantisce un certo grado di autonomia rispetto agli interessi locali.

A differenza che nei trattamenti in materia di salute mentale, le garanzie assicurate si racchiudono tutte nel contesto del procedimento amministrativo che si apre con l’atto di impulso da parte di un sanitario. La mancanza di un requisito di specializzazione del medico proponente, o perlomeno della sua qualifica di dipendente dell’azienda sanitaria locale¹⁸⁶, costituisce un elemento ambivalente: se, da un lato, consente che la proposta

¹⁸⁴ G. PECORELLA, *Intervento, in Libertà e salute: la nuova legislazione psichiatrica, La Questione criminale*, 1979, 398 ss. per cui il paziente «non sarà più valutato soltanto come bisognoso di trattamento dal tecnico e cioè dal medico, ma sarà valutato come bisognoso di trattamento dal giudice: avrà quindi una etichetta sociale che si porterà dietro per sempre».

¹⁸⁵ In questi termini anche Cass. civ., sez. I, 16 aprile 2004, n. 7244, in *Giur. civ. mass.*, 2004.

¹⁸⁶ Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2011, n. 16368, in *Ced Cassazione*, 2011 per cui «Integra il reato di falso ideologico in atto pubblico (art. 479 c.p.), la condotta di colui che, in qualità di medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, attesti falsamente la sussistenza di turbe comportamentali e psichiche tali

possa essere formulata anche dal “medico di famiglia” con il tradizionale buon senso che ha da sempre connotato tale ruolo, dall’altro, autorizza un ampio margine di discrezionalità nei confronti del quale non sembra sia accordata adeguata tutela.

È pur vero che la proposta del sanitario deve essere motivata, essendo necessaria la produzione di una certificazione e di documentazione diagnostica atta a comprovare la patologia in relazione alla quale può essere disposto un trattamento sanitario obbligatorio. Inoltre, anche se non letteralmente prescritto, l’atto introduttivo presuppone la sussistenza di una condizione di necessità dello stesso.

A sua volta l’ordinanza sindacale dovrà contenere, quale condizione legittimante, il riferimento alla proposta medica, al comprovato stato patologico e infine alla necessità terapeutica prescritta in astratto a termine di legge. Tali elementi determinano il luogo del trattamento, che, ai sensi dell’art. 33, 4° co., può essere realizzato in stato di degenza ospedaliera in strutture pubbliche o convenzionate ovvero, in alternativa – ma con priorità in presenza della possibilità di scelta – in modalità *open door* nei servizi e presidi territoriali.

È prevista infatti una forma di azione popolare¹⁸⁷ da proporre direttamente al sindaco, in mancanza però di termini perentori espressi, la cui legittimazione è attribuita a chiunque senza necessità della sussistenza di un interesse specifico, al fine di ottenere la revoca o la modifica del provvedimento impositivo. Tale azione, sostitutiva di quella dell’interessato inerte, trova giustificazione e senso avendo riguardo alle condizioni in cui versa il soggetto sottoposto agli effetti dell’ordinanza sindacale, che, nella gran parte dei casi, non avrebbe la capacità e le risorse per procedere in autonomia.

Si ritiene che a tale ricorso siano applicabili le disposizioni previste per il ricorso in opposizione o, diversamente, quelle relative al ricorso gerarchico¹⁸⁸, essendo ammessa

da richiedere un trattamento sanitario obbligatorio, trattandosi di pubblico ufficiale che concorre a formare la volontà della P.A. in materia sanitaria, esercitando per conto di quest’ultima poteri certificativi»; Cass. pen., sez. V., 18 dicembre 2007, n. 4451, *Ced Cassazione*, 2007.

¹⁸⁷ La disposizione mira ad estendere la legittimazione attiva a ricorrere al sindaco in via di opposizione per introdurre una sorte di azione popolare, intesa come azione esperibile da soggetti non titolari di posizioni di diritto soggettivo o interesse legittimo, in deroga al principio generale per cui per proporre una domanda o per contraddire alla stessa occorre avervi interesse. Con riferimento alle azioni popolari in materia edilizia si vedano le osservazioni di E. GUICCIARDI, *La decisione del “chiunque”*, in *Giur. it.*, 1970, 3, 193 ss.; in generale C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, S. Arcangelo di Romagna, 2012, 273 ss.

¹⁸⁸ Così A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 122., per cui, data la funzione di pronuncia giustiziale delle revoca, la decisione del ricorso sarà soggetta, anche in mancanza di previsione specifica, al regime dei provvedimenti amministrativi, per cui non sarebbero possibili la revoca o l’annullamento d’ufficio, bensì l’annullamento per via di revocazione su istanza degli aventi diritto.

la contestazione sia di motivi di legittimità che di merito¹⁸⁹. Su tale richiesta il sindaco decide entro dieci giorni ed i relativi provvedimenti sono adottati seguendo lo stesso procedimento che ha portato all'emissione dell'atto revocato o modificato.

In tal modo si è espressamente regolata una forma di ricorso avverso la volontà decisoria della pubblica amministrazione, in relazione alla quale, considerando la natura del provvedimento e la sua incidenza su interessi fondamentali dell'individuo, la legittimazione all'azione è stata attribuita a chiunque, senza ulteriore specificazione della titolarità di un particolare interesse¹⁹⁰. In questa prospettiva si struttura, come detto, un'azione popolare, fondata su un interesse personale non qualificato, che potranno vantare i familiari del malati, i soci, i compagni di lavoro o gli iscritti alla stessa organizzazione sindacale o politica, non in virtù del tipo di relazione esistente tra questi soggetti e l'obbligato, bensì nella loro qualità di cittadini che agiscono in luogo (e a tutela degli interessi) della comunità.

L'attore popolare, secondo un orientamento consolidato¹⁹¹, interviene in difesa di un interesse proprio, seppure collettivo, non di carattere individuale, ma certamente personale, in quanto proprio del singolo come componente della comunità.

Le previsioni dell'art. 33 della legge n. 833/1978 sono andate incontro a due diverse letture, a seconda che la si ritenesse integrante una disciplina sostanziale della materia, oppure che semplicemente proponesse una normativa a carattere esclusivamente procedurale.

Questa prima interpretazione espone l'analizzata disciplina a rilevanti dubbi di conformità rispetto al dato costituzionale per contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 32, 2° co., Cost. per l'assoluta mancanza di determinatezza della previsione, oltre che con il più generale principio di legalità da cui discende «non soltanto che gli obblighi che possono gravare sul cittadino devono essere individuati con precisione, ma anche che la legge deve disciplinare il relativo presupposto, e cioè la situazione al verificarsi della quale nascono quegli "obblighi"»¹⁹². In sostanza, anche se la disposizione richiama espressamente l'art. 32 Cost., tale riferimento pare vuoto di

¹⁸⁹ Si rammenta che l'ambito proprio della revoca consiste nella diversa valutazione attuale degli interessi considerati, e non già in un rimedio amministrativo di autotutela volto all'eliminazione di un provvedimento invalido (Trib. Camerino, decr. 29 aprile 1983, in *Foro it.*, 1983, 2008).

¹⁹⁰ G. CAMPESE, *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2008, 472.

¹⁹¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, *La giustizia amministrativa*, Jovene, Napoli, 1989, 1320 ss.

¹⁹² E. FERRARI, E. COLOMBINI, *Il Servizio Sanitario Nazionale*, Giuffrè, Milano, 1979, 345 ss.

senso, essendo carente nel dettato normativo l'individuazione della fattispecie da cui si possano desumere le condizioni per l'applicazione del trattamento¹⁹³. Sancire infatti l'obbligatorietà di ogni trattamento sanitario che sia disposto con provvedimento sindacale costituisce, secondo questa impostazione, un'elusione del dettato costituzionale sia, in termini negativi, per il mancato rispetto della riserva di legge che in termini positivi affidando all'autorità amministrativa determinazioni riservate alla legge ordinaria¹⁹⁴.

Tuttavia è il presupposto su cui si incardina tale ricostruzione ad essere erroneo, nella misura in cui non tiene conto dell'espresso riferimento contenuto nel secondo comma dell'art. 33 della legge, laddove si prevede che i trattamenti possano essere disposti solo «nei casi di cui alla presente legge e in quelli previsti da leggi dello Stato», facendo rinvio, in un caso, agli artt. 34-35 della medesima legge e, nell'altro, alle discipline di cura obbligatoria delle malattie infettive e diffuse. L'art. 33 dunque non prefigura una disciplina sostanziale istitutiva di trattamenti di carattere obbligatorio, ma si limita a dettare una regolamentazione di carattere procedurale, facendo rinvio alle suddette disposizioni per l'individuazione di presupposti e condizioni per il trattamento.

Se, sotto questo profilo, la disciplina non pare sollevare dubbi di costituzionalità, vi è altresì un problema di struttura del procedimento prescelto che si espone a rilevanti eccezioni. Dato per presupposto che il trattamento sanitario obbligatorio viene, in maniera più o meno incisiva, a limitare la libertà personale lascia perplessi la scelta del legislatore di ricondurre in via esclusiva entro il circuito sanitario-amministrativo l'adozione di un provvedimento che comunque incide su interessi rilevanti della persona, senza prevedere alcun controllo di garanzia di tipo giurisdizionale. A tale constatazione è connesso il problema dell'omissione normativa in merito alle forme e modalità di esecuzione del provvedimento in caso di inottemperanza da parte del destinatario, all'eventuale applicazione di sanzioni dirette o indirette e dunque alla loro incidenza sulla sfera della persona.

¹⁹³ D. VINCENZI AMATO, *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 171 ss.; C. CASTRONOVO, *La 180, la Costituzione e il dopo*, ibidem, 194 ss.

¹⁹⁴ In questi termini i concetti di accertamento e trattamento risulterebbero indeterminati, sarebbero del tutto carenti i presupposti che legittimerebbero l'adozione del provvedimento e infine le tipologie e le forme di attuazione dello stesso rimarrebbero indefinite.

Tale previsione costituisce un evidente passo indietro¹⁹⁵ rispetto alla formulazione dell'art. 48 del disegno di legge governativo di istituzione del Servizio sanitario nazionale che prevedeva espressamente l'attribuzione di una delegazione legislativa al governo per la definizione di una disciplina complessiva della materia dei trattamenti obbligatori per scopi sanitari, indicando tra i principi e i criteri direttivi l'unificazione e la razionalizzazione delle varie tipologie di procedimenti, oltre alla regola del controllo giurisdizionale sulle diverse fasi del procedimento.

Vi è tuttavia da dire che il rinvio mobile alla fonti normative specifiche consente di integrare la disposizione quadro arricchendola, di volta in volta, degli strumenti di garanzia ritenuti più adeguati anche in ragione delle forme di intervento sanitario da attuare.

3.3.2. Le condizioni del trattamento coattivo nei confronti del sofferente psichico

Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale sono regolati dagli artt. 34 e 35 della legge 833/1978, laddove nel primo si rinviengono presupposti e condizioni della misure, mentre nel secondo è prescritta la disciplina del procedimento relativo ai trattamenti coattivi effettuati in condizioni di degenza ospedaliera, oltre alle relative garanzie giurisdizionali¹⁹⁶.

¹⁹⁵ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 892-893; L. BRUSCUGLIA, Art. 1, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978*, n. 180, cit., 188 ss.

¹⁹⁶ Sul punto A. PIZZI, *Malattie mentali e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978*, n. 180, cit., 10 ss.; E. FERRARI, Artt. 33-34, in F.A. ROVERSI MONACO (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978*, n. 833, cit., 338 ss.; G.L. FONTANA, Art. 35, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978*, n. 833, cit., 1260 ss.; A. REALDON, *Malati di mente e ricovero coatto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 911 ss.; A.M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica*, ivi, 1981, 115 ss.; ID., *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 83 ss.; E. PALERMO FABRIS, *Brevi note sulla natura giuridica del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio per persona affetta da malattia mentale*, in *Riv. med. leg.*, 1981, 337 ss.; G. VISINTINI, *La nuova disciplina sui trattamenti sanitari obbligatori per malattie mentali. Riflessi sulla nozione di incapacità di intendere e volere*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 4, 817 ss.; ID., *La riforma in tema di assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, cit., 445 ss.; 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., 842 ss.

La disposizione è articolata in maniera tale da porre in rilievo l'opzione accolta dal legislatore a favore della strutturazione dipartimentale dei servizi (art. 34, 1° co.), rivolti a interventi preventivi, curativi e riabilitativi sul territorio¹⁹⁷.

La norma utilizza termini parzialmente diversi rispetto all'art. 33, riferendosi ai «servizi e presidi territoriali extraospedalieri» (art. 34, 3° e 5° co.), tuttavia le espressioni utilizzate si possono considerare equivalenti, riferendosi a strutture integrate nel contesto dell'unità sanitaria locale ed organizzate in forma dipartimentale.

L'art. 34 opera un rinvio al secondo comma della disposizione precedente, recependo limiti e garanzie – da applicarsi anche ai trattamenti obbligatori disposti su persone affette da malattia mentale – previsti in quest'ultima, il che conferma la funzione di norma generale dell'art. 33, di cui l'art. 34 costituisce una *specie*.

Il comma terzo della disposizione prevede che «di norma» gli interventi di prevenzione, cura e riabilitazione vengano effettuati nei servizi e presidi territoriali, ovvero in ambiente extraospedaliero, il che conferma la filosofia di fondo che aveva caratterizzato l'adozione della legge n. 180/1978, optando per un progressivo superamento di un sistema della salute mentale incentrato sul ruolo delle strutture ospedaliere.

Definire un sistema organizzato di servizi «territoriali ed extraospedalieri» significava “partire dal basso” là dove devono essere affrontati i problemi che si manifestano, nella complessità del reale che li ha determinati e condizionati, attraverso l'utilizzo di tutte le risorse del territorio.

Tale formulazione pone altresì in luce il differente approccio al disturbo mentale, non più oggetto di intervento solo nel momento della sua espressione più tragica, ma da affrontare, integrandolo nell'ambito di una strategia globale di attenzione alla salute e al benessere della persona e della popolazione. Per attuare tale obiettivo, il legislatore ha inteso prefigurare strutture in grado di rispondere alle esigenze dei malati in una dimensione orizzontale e di prossimità dell'assistenza sanitaria.

In questa prospettiva, i servizi di psichiatria si sono dunque sviluppati sotto la spinta a costituirsi come nodo di interconnessione tra la domanda e l'offerta di cure e prestazioni inerenti la salute mentale, organizzandosi sulla base di bisogni sempre più ampi e

¹⁹⁷ In senso critico sulla strutturazione dei servizi di salute mentale che rischiamo di riprodurre sul piano territoriale le dinamiche di rapporto proprie dei manicomi vedi R. PICCIONE, *Il futuro dei servizi di salute mentale in Italia*, cit., 118.

diversificati, al fine di dotarsi di strumenti per leggere bisogni, costruire consenso, reperire risorse, gestire percorsi di cura ed assistenza direttamente nel territorio.

Dare priorità ai servizi territoriali significa dare una *chance* alla libertà del paziente, graduando le forme di intervento e di correlata coazione, in ragione delle circostanze concrete, quali le caratteristiche della patologia, l'intensità della sua manifestazione, le alternative terapeutiche e, non ultimo, il contesto socio-assistenziale di riferimento.

La libertà di cura rappresenta comunque un obiettivo primario, in quanto è «una dimensione cruciale della medicina e, in generale, di una società democratica, e certamente non può configurarsi un consenso responsabile avulso da una dimensione di libertà, benché non sia facile analizzare la complessa e varia modulazione in cui avviene la scelta della cura, particolarmente in pazienti che abbiano condizioni di grave prostrazione e siano contrassegnate dall'angoscia, dall'inquietudine, dalla disperazione o anche da una consapevolezza intermittente»¹⁹⁸.

Non meno rilevante appare la previsione di chiusura del quinto comma dell'art. 34, che, nello stabilire che il ricovero debba essere attuato in specifici servizi psichiatrici (Spdc) presso gli ospedali generali, ma strutturalmente connessi – nella forma dipartimentale – ai presidi e servizi extraospedalieri, risponde a due esigenze differenti, ma connesse tra loro: da un lato, «sottolinea la specificità della malattia solo sotto il profilo degli interventi sanitari richiesti e il naturale allineamento, quanto all'ordinamento interno dei servizi psichiatrici a fianco dei servizi speciali obbligatori degli ospedali generali. [Di contro respinge] e sotto il profilo dell'avvicinamento alla malattia e [sotto quello] delle strutture interessate per l'intervento, una politica generale di trattamento che non sia giustificato dalla particolarità sanitaria della sofferenza umana»¹⁹⁹.

Tale previsione è inoltre volta a consentire un effettiva continuità terapeutica a favore del paziente, in maniera tale che l'eventuale trattamento coattivo rappresenti solo un episodio isolato ed eccezionale nella storia clinica della persona. Solo nella misura in cui i servizi territoriali saranno in grado di fare rete con le altre agenzie sociali (comuni, medici di base, servizi sociali e volontariato) si potrà arginare quel fenomeno di

¹⁹⁸ R. CILIBERTI, L. ALFANO, *Il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari tra esigenze di controllo e istanze di libertà*, Abstract della comunicazione al XIII Congresso Nazionale della Società Italiana di Psichiatria Forense, Alghero, 28-30 maggio 2010, 64-66.

¹⁹⁹ L. BRUSCUGLIA, Art. 6, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180, cit.*, 205. Ciò al fine di abolire l'artificioso isolamento della psichiatria rispetto alle altre branche della medicina.

cronicizzazione che determina un'esistenza a metà, connotata da un eterno ritorno nelle condizioni tali da determinare un trattamento coattivo.

In conformità al regime generale degli accertamenti e trattamenti obbligatori, il trattamento obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera è disposto con provvedimento del sindaco su motivata proposta di un medico che sia stata convalidata da altro medico afferente all'azienda sanitaria locale.

Tale proposta presuppone l'accertamento di tre condizioni, che devono sussistere cumulativamente ai fini della validità della stessa, ovvero: a) l'esistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici; b) la mancanza di consenso a sottoporsi a tali interventi da parte della persona; c) non sussistano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere. Tenuto conto dell'ordine dato a tali condizioni nella formulazione della disposizione, ritengo che sia più utile affrontare prima di tutto il nodo del dissenso alle cure, che rappresenta una sorta di precondizione²⁰⁰.

3.3.2.1. Il dissenso come presupposto del trattamento

Se il consenso costituisce la regola che legittima gli interventi sanitari, è nella logica del meccanismo normativo dei trattamenti obbligatori che il dissenso della persona che deve esservi sottoposta ne rappresenti il presupposto. Se infatti a fronte di uno stato di alterazione dovuto ad un disturbo mentale, che rendesse necessario un urgente trattamento terapeutico, il paziente esprimesse il proprio consenso, in modo sufficientemente consapevole e non vi si opponesse, si rientrerebbe nel campo dei trattamenti volontari, che, a seconda delle circostanze, potrebbero essere attuati in sede ospedaliera o presso i presidi territoriali.

I dilemmi intorno al consenso/dissenso, in situazioni così fragili, non possono peraltro essere racchiusi o riassunti in una formula o nell'espressione di un momento, ma

²⁰⁰ Questa scelta è volta a differenziare l'analisi del giurista da quella del clinico, il quale certamente e con ragione potrebbe rivendicare come prioritario l'accertamento di una malattia mentale in stato di acuzie per legittimare la scelta del trattamento sanitario obbligatorio. Ma ciò ridurrebbe una pluralità di condizioni ad un dato unitario.

devono essere scandagliati declinandone le varie espressioni, quale esito di dinamiche complesse²⁰¹.

Complessità che fa emergere alcune domande, ovvero: ha senso richiedere un consenso informato in psichiatria? Che valore ha tale consenso a fronte di un trattamento coattivo che comunque verrà imposto? Il consenso è una formula che maschera l'accertamento dell'incapacità del paziente? L'incapacità del paziente psichiatrico deve essere intesa come dispositivo incapacitante o forma di espressione graduale della *competence*? Se il paziente esprime un rifiuto competente alle cure allora ciò che legittima il trattamento è solo la gravità delle manifestazioni dello stato patologico che lo affligge?

Forse le domande sono troppe e inevitabilmente, embricandosi fra di loro, toccano piani diversi del discorso e conoscenze differenti da quelle della scienza giuridica, per questo ci si propone, con metodo topico, di tentare una risposta ad alcuni degli aspetti problematici che vengono a sollevare.

Prima però sia consentita una breve digressione sul tema del consenso informato, necessaria premessa per adattarne le forme al particolare rapporto che si instaura tra medico e paziente in ambito psichiatrico.

L'affermazione del consenso informato, quale espressione dell'autonomia dell'individuo, ha consentito di superare il tradizionale modello di relazione terapeutica basato sul paternalismo²⁰², inteso come rapporto asimmetrico di potere tra paziente e medico. Quest'ultimo si presenta come l'unico soggetto in grado di assumere decisioni, mentre al malato non resta altro che il ruolo di destinatario, o forse ancora meglio, di oggetto passivo, di interventi rispetto ai quali non era richiesta una sua partecipazione consapevole²⁰³. In questa prospettiva non si configurava nemmeno una relazione

²⁰¹ Sul punto G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 255-269.

²⁰² A.E. BUCHANAN, *Medical Paternalism*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1978, 7, 370 ss.; J. F. CHILDRESS, *Who Should Decide? Paternalism in Health Care*, Oxford University Press, New York, 1982.

²⁰³ In questi termini la tradizionale impostazione della medicina legale F. PALMIERI, *Medicina forense*, I, Napoli, 1964, 67 per cui riguardo «il consenso del paziente, la conclusione del contratto tra cliente e medico si traduce in pratica in un sintetico e tacito conferimento di un incarico, i cui limiti sono di solito determinati in maniera molto vaga, essendo la volontà del paziente generalmente diretta in modo scheletrico ed univoco ad una sola meta: la guarigione. Il resto viene sottinteso, rimandato al discrezionale giudizio ed alla valutazione del professionista, il che è, d'altronde logico, perché solo il medico possiede le nozioni tecniche per il compimento di quanto gli viene affidato, mentre il cliente è, di solito, un incompetente. E' insito quindi nella natura fiduciaria del rapporto questo abbandono del cliente al professionista»; V. CHIODI, *Della responsabilità professionale del medico*, in *Manuale di medicina legale*, Vallardi, Torino, 1970, 90 per cui «Il medico ha non soltanto il diritto, ma addirittura il dovere di intervenire anche contro la volontà del paziente. Piegandosi di fronte alle resistenze del paziente, il

terapeutica a base dialogica, ma si imponeva un modello autoritario e monologante, in cui il medico, quale depositario della conoscenza, surrogava, con le sue scelte, la volontà del malato²⁰⁴.

Nell'ambito di tale concezione, dovere del medico era quello di fare il bene del paziente (principio di beneficenza), che, spogliato della sua autonomia, aveva esclusivamente il dovere di accettarlo²⁰⁵. Tale condizione che, tradizionalmente, è stata giustificata in base a una disparità di conoscenze relativamente alla scienza medica, si è tradotta in una vera e propria asimmetria dello *status* morale dei due protagonisti del rapporto terapeutico, che, riducendo il paziente in una condizione di incapacità morale, lo privava della libertà di scelta²⁰⁶.

Nel modello liberale, contrariamente, il valore dell'autonomia è assolutamente centrale, in quanto libertà significa libertà di scelta, cioè autonomia individuale. In tal senso il rapporto medico-paziente non viene più inteso come relazione asimmetrica fondata su un unico pilastro, bensì come rapporto simmetrico in cui agiscono due centri di valutazione e decisione²⁰⁷: si struttura in tal modo un processo circolare di partecipazione che inizia con l'informazione, tendenzialmente dal medico al paziente, e termina con la scelta di quest'ultimo, in direzione inversa, dal paziente al medico²⁰⁸.

medico verrebbe meno al suo preciso compito professionale, che è quello di proteggere anzitutto la vita e l'incolumità del malato sottoposto alle sue cure».

²⁰⁴ V. PUGLIESE, *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica*, Cedam, Padova, 2009, 103; S. LEONE, *Nuovo manuale di bioetica*, Città Nuova, Roma, 2007, 39 ss.; S. SPINSANTI, *Chi decide sul mio corpo? Nuovi rapporti tra medico e paziente*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 1999, 63 ss.

²⁰⁵ M.C. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali e ambientali*, Bruno Mondadori, Milano, 2004, 10; P. BORSELLINO, *Bioetica. Tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999, 70 ss.

²⁰⁶ E. LECALDANO (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 59-60 e 214-215; D. GRAZIA, *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 1993, 89 ss.; si rammenta come per ovviare alla rigidità di tale modello alcuni Autori (C.L. TEN, *Paternalism and morality*, in *Ratio*, 1971, 13, 60; J. FEINBERG, *Legal paternalism*, in *Can. J. Phil.*, 1971, 1, 106) abbiano coniato l'espressione paternalismo forte contrapposta a paternalismo debole, il quale rappresenterebbe una "concessione" in deroga ai rigidi criteri dell'autonomia, rendendo possibile ottenere un consenso vicario per un soggetto mentalmente incapace di decisione, il quale rifiuti, contro il suo interesse, una cura utile e necessaria.

²⁰⁷ P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, cit., 115; T. L. BEAUCHAMP, *Principi della bioetica: autonomia, beneficiabilità, giustizia*, in G. RUSSO (a cura di), *Bioetica fondamentale e generale*, Sei, Torino, 1995, 84; in senso contrario sostengono l'attualità del modello paternalistico F. D'AGOSTINO, L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, La Scuola, Brescia, 2007, 12-15; F. VIOLA, *La volontà del malato e l'etica del medico: il problema del conflitto*, in *Ragion Pratica*, 1994, 2, 215 ss. per cui l'etica generale del medico deve orientare e modellare quella particolare del paziente.

²⁰⁸ Sul valore essenzialmente morale della libertà di scelta del paziente insiste C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, cit., 546 per cui «Il passaggio dal paternalismo medico al principio del consenso, oltre che prestarsi ad una lettura

La scelta del paziente non è un esito, ma l'inizio, o meglio il presupposto del rapporto. La scelta è il principio, è l'atto con cui l'individuo si costituisce come soggettività autonoma, meritevole di rispetto e tolleranza²⁰⁹. Così, in un panorama di forte pluralismo morale, in un'epoca nella quale «nessuno può pretendere di aspirare al monopolio della verità, appare naturale optare per una concezione morale basata sul valore delle scelte individuali»²¹⁰.

Tali principi ridisegnano la relazione terapeutica come rapporto tra soggetti aventi pari dignità, in cui il consenso informato appare strumentale all'effettività dell'autonomia del malato. Tuttavia, se il paternalismo deteriore, antico e recente, deve essere ripudiato e combattuto, è da ritenere invece che dalla tradizione della medicina debbano essere recuperati proprio quello spirito e quella pratica che si richiamano al fraterno «prendersi cura, nel senso pieno dell'espressione, del paziente da parte del medico, nel quale si scorge l'eredità positiva del paternalismo»²¹¹.

È bene chiarire che i modelli di relazione medico-paziente sopra illustrati sono solo *idealtipi*, che non costituiscono quindi la rappresentazione fedele di un dato reale, ma un'idealizzazione costruita mediante l'accentuazione di determinati elementi della realtà empirica. Per tale motivo nella letteratura bioetica, pur nel riconoscimento unanime del

di taglio storico, può anche trovare una spiegazione nella natura stessa della scelta da effettuare. Decisioni sulle cure cui essere sottoposti o meno, si pensi soprattutto a quelle da assumere nelle fasi finali della vita o in riferimento a trattamenti di sostegno vitale, si devono basare su un presupposto informativo di carattere tecnico, ma nella loro essenza paiono scelte di natura morale. Se le percentuali di successo, le alternative, le controindicazioni, gli effetti collaterali, le statistiche di rischio costituiscono variabili informative immancabili per una decisione consapevole (il consenso, in questo senso, non deve sostituire la solitudine del "medico paternalista" con un'altra solitudine: quella del malato), nella sua essenza la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare a chi potrà sopravvivergli: in una parola – potremmo dire – con la sua dignità. Pare così ragionevole che la volontà da cui far dipendere la scelta (morale) su un determinato trattamento debba essere quella del soggetto (agente morale) cui il trattamento stesso è rivolto».

²⁰⁹ U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, 72 ss. per cui «Un'etica razionale, un principio etico fondante validità di proposizioni direttive in un sistema etico, ma non valido, seppur giustificati con argomentazioni o rafforzati con sanzioni, hanno la prima radice in una scelta esistenziale. [...] I valori che già furono iscritti nei cieli e garantiti da Dio sono caduti nel volere umano. Il concetto etico supremo è quello di libertà».

²¹⁰ R. DWORKIN, S. MAFFETTONE, *I fondamenti del liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 123.

²¹¹ In questo senso E.D. PELLEGRINO, D.C. THOMASMA, *For the Patient's Good. A Restoration of Beneficence in Medical Ethics*, Oxford University Press, New York, 1988, trad. it *Per il bene del paziente. Tradizione e innovazione nell'etica medica*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 1992, 40 ss. per cui la relazione medico-paziente si deve svolgere sotto il segno della fiducia, che presuppone nel medico una ben coltivata attitudine morale che lo abiliti a una particolare sensibilità nei confronti delle richieste del paziente, dei suoi valori e delle sue opzioni fondamentali. Nell'insieme la relazione terapeutica viene a caratterizzarsi per il principio guida della beneficenza nella fiducia (*beneficence in trust*).

ruolo pregnante dell'autonomia, si sono prospettati modelli intermedi, equidistanti sia dal paternalismo, che trascura il diritto dell'individuo a dar forma alla propria esistenza, sia da un modello «estremo» di autonomia che non tiene conto della complessità e fragilità della condizione umana.

In questo senso alcuni autori²¹², dopo aver riformulato le modalità e i termini dell'interazione tra medico e paziente, hanno proposto come via intermedia il c.d. «modello deliberativo», che si caratterizza per l'instaurazione di un'articolata relazione comunicativa, non limitata all'informazione a senso unico, all'interno della quale il medico non mira tanto a persuadere, quanto piuttosto, a favorire la crescita e ad aumentare la capacità di assumere decisioni autonome da parte del malato, di fronte al quale il sanitario si pone come uomo, prima ancora che come professionista²¹³. La relazione terapeutica, infatti, non appare suscettibile di essere spiegata attraverso lo schema del rapporto tra macchina difettosa ed il tecnico che la ripara, in quanto all'idea tradizionale di salute – nel senso di assenza di patologia nel corpo-macchina – si è sostituita una concezione più ampia espressiva del benessere del valore-uomo e rappresentativa dell'armonia con l'immagine di Sé.

Tutto ciò si può riassumere nella formula della «centralità del paziente»²¹⁴ che fonda un costante e reciproco condizionamento tra ruoli e funzioni nella relazione con il medico,

²¹² E. J. EMANUEL, L.L. EMANUEL, *Four models of the physician-patient relationship*, in *Journal of American Medical Association*, 1992, 267, 2221-2226, descrivono quattro modelli della relazione medico-paziente: quello paternalistico, chiamato anche genitoriale o sacerdotale, la cui applicabilità viene delimitata ai soli casi di emergenza in cui il paziente non è in grado di assumere autonome decisioni; quello informativo, chiamato anche scientifico o ingegneristico, in cui l'interazione col paziente serve al medico per fornirgli tutte le informazioni relative alla diagnosi, alle terapie e ai rischi; dopodiché, con l'assenso fondamentale del paziente, egli eseguirà gli interventi selezionati che saranno stati richiesti; nel terzo modello, quello interpretativo, il ruolo del medico è quello di un consulente filosofico che aiuta il paziente a riflettere sui valori e a dare un significato alle proprie scelte così che, oltre a ricevere le informazioni sui rischi e i benefici dei singoli interventi, il paziente può optare per interventi che meglio realizzino specifici valori. Infine vi è quello propugnato dagli Autori, ossia il modello deliberativo.

²¹³ In questa stessa linea di pensiero R.J. BOTHELO, *A negotiation model for the doctor-patient relationship*, in *Fam. Pract.*, 1992, 9, 210-216; J.F. MIDDLETON, *The exceptional potential of the consultation revisited*, in *J.R. Coll. Gen. Pract.*, 1989, 39, 383-386.

²¹⁴ Come nota R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 12 «la maturata esigenza di un consenso al trattamento medico intacca tale equilibrio, così sbilanciato: la capacità del consenso di rappresentare condizione di legittimità dell'atto terapeutico sottrae passività al ruolo del malato. Ancor più, la necessità che il consenso sia "informato" rafforza la visione di un processo realmente partecipativo del paziente alle decisioni che coinvolgono il suo corpo e la sua salute, con ciò venendo meno l'idea di una sterile formalizzazione del rapporto nel quale l'adesione del malato al trattamento sia relegata a mera condizione di rimozione dell'illiceità penale del fatto».

la quale è, a sua volta, focalizzata sulla ricerca della *verità del corpo*²¹⁵ come dimensione intima involgente la dignità dell'individuo.

Trascorrendo dai principi generali alla realtà concreta si deve rilevare come il consenso informato in psichiatria non consenta soluzioni astratte, dovendosi prestare particolare attenzione alla condizione singolare della persona con sofferenza psichica, il che rende più problematica un'immediata applicazione del “modello liberale” al rapporto medico paziente nel contesto psichiatrico.

Il consenso, oltre a costituire un indispensabile premessa di legittimità della prestazione sanitaria, rappresenta, specie in psichiatria, il punto di arrivo di un proficuo percorso terapeutico, in cui l'alleanza col paziente è uno degli obiettivi primari che il sanitario deve salvaguardare.

Si tratta di una relazione che viene a crearsi nel tempo attraverso l'incontro con la persona prima che con la sua malattia, il che consente di riconoscere gli aspetti multifattoriali (relazionale/psicologico, influenza dei fattori di contesto). Per questa via, si prospetta un ridimensionamento della lettura psicopatologica del rifiuto delle cure in termini puramente oppositivi, consentendone una lettura in una cornice onnicomprensiva del rapporto tra psicopatologia e persona.

Se è pur vero che il trattamento sanitario coattivo è disposto in condizioni di urgenza, situazione che, non sempre, consente al medico di mettere in campo tutte le opzioni e le virtualità terapeutiche che la pratica psichiatrica gli mette a disposizione, tuttavia i pazienti, che vi vengono sottoposti, sono spesso “recidivi”²¹⁶ e quindi la loro storia clinica è ben nota al medico di famiglia come agli operatori dei servizi territoriali di riferimento, il che consentirebbe – nell'ambito di quella continuità terapeutica indicata anche nella legge n. 833/1978 – una maggior attenzione ed uno sforzo volto a rendere effettivo il principio del consenso informato. Consenso – è bene riconoscerlo – che sarà il più delle volte negoziato e parziale, laddove il dissenso non è sempre l'opposto del consenso, essendovi varie forme di assenso più o meno condizionato che si pongono in equilibrio tra beneficiabilità ed autonomia.

Con ciò non si vuol sostenere, semplicisticamente, che il consenso informato sia una sorta di “formula magica”, capace di cancellare le complessità e i problemi connessi al

²¹⁵ G. CANGUILHEM, *Sulla medicina*, Einaudi, Torino, 2002, 31.

²¹⁶ Come mostrano i dati tratti dal Rapporto annuale sull'attività di ricovero ospedaliero relativi alle Schede di dimissione ospedaliera (Sdo) del 2012, pubblicato a gennaio 2014 dal Ministero della salute.

disturbo mentale, ma se inteso e praticato come processo educativo e di comprensione più che come semplice trasferimento di informazioni, esso può rappresentare un efficace strumento di prevenzione dell'*extrema ratio* costituita dal trattamento coattivo²¹⁷.

In questi termini, la previsione a livello normativo della condizione del dissenso ai fini del trattamento sanitario obbligatorio non costituisce un paradosso²¹⁸, ma rafforza il principio del consenso quale presupposto indispensabile della libertà della persona e presidio fondamentale della sua identità, ch  non   dato intendersi come un soggetto potrebbe essere libero – di decidere, di agire, di scegliere, di esprimersi, in sostanza di vivere compiutamente, appunto essendo e *rimanendo* se stesso – qualora non gli si riconoscesse la basilare prerogativa consistente nel non vedere violata la propria integrit  e individualit ²¹⁹. Il persistente ruolo del consenso, anche in un contesto di coazione, si desume anche dalla semplice richiamo all'art. 33, 5  co., legge n. 833/1978 che ha imposto di accompagnare ai trattamenti coattivi tutte le iniziative necessarie ad assicurare il consenso e la partecipazione del paziente.

Vi   peraltro da sottolineare come la natura obbligatoria della misura sanitaria non esima in linea generale il medico dal dovere di fornire al paziente quelle informazioni che costituiscono il presupposto di un consenso informato²²⁰. Infatti, anche se il paziente viene comunque costretto a sottoporsi al trattamento, l'informazione sulle modalit , rischi e benefici della misura rappresenta un dovere, anche deontologico²²¹, per il medico e un correlato diritto per il malato.

Come si desume dall'esperienza clinica, infatti anche il soggetto psicotico, pur presentando compromissioni del proprio livello di funzionamento, conserva spazi di

²¹⁷ Ci  costituirebbe peraltro una scelta diretta a dare attuazione al principio della volontariet  dei trattamenti sancito sia a livello costituzionale, cos  come nella legge n. 833/1978.

²¹⁸ Pu  infatti sembrare paradossale attribuire rilevanza formale al dissenso in un contesto in cui il dissenso   gi  implicito nella struttura e finalit  dell'istituto.

²¹⁹ M. AZZALINI, *I malati*, in P. CENDON, S. ROSSI (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, cit., 18.

²²⁰ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 191 ss., specie 267.

²²¹ Il contenuto del dovere di informazione gravante sul medico analiticamente descritto dall'art. 33 del Codice di deontologia medica del 2014, nel quale si afferma, tra l'altro, che   dovere del medico «garanti[re] alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esaustiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostiche-terapeutiche e sui prevedibili rischi e complicanze, nonch  sui comportamenti che il paziente dovr  osservare nel processo di cura» e comunicare al paziente tali contenuti «adeguando] la comunicazione alla capacit  di comprensione della persona assistita o al suo rappresentante legale, corrispondendo ad ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilit  e reattivit  emotiva dei medesimi (...)».

responsabilità e di autodeterminazione che devono essere valorizzati nel rapporto con il sanitario²²².

Peraltro il diritto del paziente all'informazione – che è un diritto strutturalmente relativo, da non confondere nella libertà di cura, pur essendo strumentale al godimento di quest'ultima – trova anch'esso fondamento costituzionale nell' art. 32 Cost., venendo a qualificare, o meglio a rendere effettiva, la relazione medico/paziente quale momento essenziale del «rapporto di cura»²²³. A tale conclusione si perviene sia considerando la stretta relazione tra il diritto di ricevere le informazioni e quello ad essere curato, sia facendo leva sull'interpretazione espansiva della nozione di salute che la Repubblica ha il dovere di tutelare ai sensi del comma primo dell'art. 32.

A riguardo, peraltro, è evidente come l'informazione non possa risolversi in una dottrina di scienza del medico al paziente, di norma incapace di comprenderla, bensì come questa debba essere resa con un linguaggio chiaro ed efficace, in ogni caso adeguato alle condizioni e al livello intellettuale e culturale del malato²²⁴.

Come è stato notato con grande efficacia, «le parole essenziali al tema della relazione [medico/paziente] – salute, sofferenza, cura, guarigione, vita buona, vita cattiva, miglioramento, peggioramento, successo, insuccesso, necessità, scelta – sono caricate dei significati propri alla medicina nella sua forma enunciativa. Ma questi significati, pur così importanti anche per la persona ammalata, possono “in certe situazioni che l'uomo vive (...) non avere forza né valore” rispetto a ciò, che lo stato della vita porta la persona a considerare come *sua* possibile salute, *suo* stare bene o stare meglio, *sua* necessità o scelta. Il medico può farsi mediatore tra i due orizzonti (...), ma per farlo deve accettare che la relazione parli due lingue, non una sola; e che la sua competenza

²²² U. FORNARI, S. CODA, *Il consenso nella pratica psichiatrico-forense*, in U. FORNARI, S. CODA, M. IORIO (a cura di), *La valutazione della capacità decisionale in psichiatria di consultazione*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2003, 147 ss.

²²³ Rinvia il fondamento del diritto all'informazione in materia sanitaria nell'art. 32 Cost. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 27; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 42-43; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, comma 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 91 per cui il diritto del paziente all'informazione si presenta come «diritto implicito nel diritto alla salute e nel diritto di rifiutare una prestazione sanitaria», sottolineando però come «il diritto ad una adeguata informazione preventiva da parte del medico vada molto oltre il caso specifico del diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, e riguardi tutti i momenti significativi attraverso i quali si realizza il diritto fondamentale alla salute dell'art. 32, comma 1».

²²⁴ G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, cit., 962; A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, Napoli, 1983, 214 ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 388 ss.

gli dia, di fronte alla persona scientificamente incompetente, non la potestà di scegliere, che non ha, ma il compito di ascoltarla nella lingua dell'esperienza per tradurne i propositi nella lingua della scienza e riproporli al malato»²²⁵.

Nell'ambito del dibattito nord-americano in merito all'individuazione del livello informativo adeguato si è proposta una tripartizione tra *standard* professionale, che impone di comunicare al paziente ciò che la comunità scientifica ritiene essenziale in un dato periodo storico, *standard* medio che si rivolge ad un modello di paziente "ragionevole", a cui si ritiene di comunicare ciò che una persona media potrebbe comprendere della procedura medica che lo riguarderà, infine *standard* soggettivo, in forza del quale l'informazione deve essere calibrata tenendo conto della persona del paziente, ossia dei suoi bisogni, esigenze, competenze e paure²²⁶. Valorizzando il dovere informativo come presupposto dell'esercizio consapevole dell'auto-determinazione, espressiva a sua volta dell'identità di ogni singolo individuo, la più recente giurisprudenza, così come il codice deontologico medico, ha adottato quest'ultimo criterio come linea guida per giudicare dell'adempimento da parte del medico all'obbligo informativo che lo grava.

Peraltro, non si può non scorgere, dietro all'affermata esigenza di una comunicazione «misurata» come un abito in rapporto alle caratteristiche del singolo paziente, un ulteriore richiamo alla dimensione peculiare e irripetibile dell'individuo, che deve essere considerato, anche in rapporto alle forme della comunicazione ai fini dell'acquisizione del consenso, non come una sorta di paziente *standard*, ma tenendo conto delle sue condizioni personali.

Quanto al contenuto, l'informazione deve basarsi sullo stato delle migliori conoscenze scientifiche ed avere ad oggetto il rapporto costi/benefici del trattamento che il medico intende eseguire sul paziente²²⁷: per cui i contenuti dell'obbligo si diversificano in

²²⁵ P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, cit., 145.

²²⁶ R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 215 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 129 ss.; M. BOBBIO, *Il malato immaginario*, Einaudi, Torino, 2010, 13 ss. per cui il diffondersi del principio etico che privilegia il risanamento della salute dell'ammalato e l'attenzione crescente degli operatori sanitari per i profili di responsabilità professionale ha impoverito il rapporto relazionale medico-paziente, impedendo di vedere quest'ultimo come un individuo cresciuto in una storia unica e non riproducibile, plasmato da paure e idiosincrasie e con un'aspettativa del tutto personale verso il futuro.

²²⁷ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 120 ss.

funzione dei diversi nodi decisionali dell'agire medico e soprattutto dei livelli di rischio associati alle decisioni da intraprendere²²⁸.

Il consenso deve essere quindi necessariamente specifico, ossia relativo a ciascun trattamento, dovendosi escludere l'idea ambigua di un assenso generico sotteso al rapporto fiduciario nella comune *routine* diagnostico-terapeutica²²⁹.

Nel contesto della psichiatria, rifiutare la comunicazione con il paziente – sia essa volta ad informare o a persuadere della necessità del trattamento – significherebbe negare lo statuto stesso del ruolo terapeutico dello psichiatra²³⁰. È chiaro tuttavia che il dialogo che il sanitario potrà instaurare con il paziente sarà direttamente condizionato dalle forme di manifestazione e dalla gravità della patologia psichiatrica, per cui si potrà passare dal grado zero, costituito del semplice accertamento del livello di competenza della persona, al più strutturato tentativo di instaurare un rapporto volto ad una condivisione del percorso di cura.

Non sarà invece ammissibile, come dimostrato da ricerche cliniche²³¹, che un gran numero di ricoverati in ambiente psichiatrico, anche con regime di trattamento sanitario obbligatorio, non sappia, neppure approssimativamente, né la ragione del ricovero né la prognosi della malattia o le ragioni mediche per le quali assume la terapia, pur conoscendone il nome e la posologia.

In psichiatria, si ritiene che il trattamento sanitario obbligatorio costituisca l'esito del fallimento di qualsiasi tentativo volto ad ottenere il consenso alle cure da parte del

²²⁸ F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in Dig. priv., sez. civ., XVII, 1998, 177 ss.; A. LA NOTTE, *L'obbligo di informazione: adempimento di un 'dovere burocratico'?*, in Danno resp., 2006, 537 ss.

²²⁹ G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, cit., 127 per cui «alla fase dell'anestesia deve essere dedicata un'autonoma attività di informazione, in particolare circa le sue modalità, conseguenze, rischi, oltre all'eventuale possibilità di ricorrere a trattamenti anestesilogici con un diverso rapporto rischi/benefici. Infatti poiché il rapporto rischi/benefici dell'anestesia è differente da quello della conseguente operazione, è necessario che l'anestesista ed il chirurgo svolgano autonome attività d'informazione e di acquisizione del consenso, ciascuno per la propria competenza».

²³⁰ P. DELL'ACQUA, *Persone, malattia mentale e guarigione*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 786 sottolinea come sia «attraverso una partecipata posizione di ascolto, l'immedesimazione, l'empatia, il mettersi nei panni dell'altro apparentemente incomprensibile, che si può arrivare a comprendere»; E. BORGNA, *Noi siamo un colloquio. Gli orizzonti della conoscenza e della cura in psichiatria*, cit., 42 ss.

²³¹ R. CATANESI, M. SACCO et al., *Assenso o consenso informato? Indagine sui ricoverati nel Spdc del Policlinico di Bari*, in U. FORNARI, S. CODA, M. IORIO (a cura di), *La valutazione della capacità decisionale in psichiatria di consultazione*, cit., 105-121; R. CATANESI et al., *La valutazione del consenso informato alle cure quale variabile del trattamento psichiatrico*, in Riv. psichiatria, 2010, 45, 3, 170-177.

paziente²³². Tuttavia le cause di tale fallimento vengono spesso ricondotte alle condizioni del paziente, ovvero alla sua incapacità di intendere e volere, che non ha consentito l'applicazione di un provvedimento, meno estremo e limitante, del trattamento coatto in regime di degenza ospedaliera.

L'art. 34 della legge n. 833/78 non prevede alcun richiamo specifico alla necessità di valutare la capacità decisionale del paziente rispetto al trattamento, lasciando così un'ampia potestà al medico che propone ed a quello che convalida la proposta di trattamento coatto, di valutare l'impatto delle «alterazioni psichiche» manifestatesi sulla capacità decisionale dell'infermo²³³.

L'incapacità non è quindi un surrogato del dissenso, né può essere assimilato ad esso, in quanto, in tal caso, si cadrebbe inevitabilmente in un paralogismo del seguente tenore: tutti i cittadini con alterazioni psichiche hanno diritto ad esprimere il consenso/dissenso informato, ma proprio perché vittime delle alterazioni non sono ritenuti in grado di comprendere e/o di esprimersi in ordine alle scelte terapeutiche²³⁴.

Assumere in termini aprioristici l'insorgenza di uno stato di incapacità solamente sulla base della diagnosi psichiatrica è da considerare una pratica fuorviante e potenzialmente foriera di gravi errori valutativi, nonché di possibili discriminazioni²³⁵.

Un discorso giuridico aperto al paradigma di altri saperi impone di valutare l'esperienza mentale e psichica, mettendo in dubbio gli scenari troppo nettamente delineati, per dare preferenza alla compresenza in un unico spettro di differenti stati di coscienza.

²³² U. FORNARI, *Quale "consenso informato" in psichiatria*, in ID. (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Centro Scientifico Editore, Torino, 1997, 1-20; CONSENSUS CONFERENCE DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI PSICOPATOLOGIA, *Il consenso al trattamento in psichiatria*, in *Giorn. it. psicopatol.*, 1998, 2, 5-14; P.F. PELOSO, *Il consenso nei trattamenti urgenti*, in U. FORNARI (a cura di), *Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2001, 51-64. In generale E. BORGNA, *Noi siamo un colloquio. Gli orizzonti della conoscenza e della cura in psichiatria*, cit., 203 ss.

²³³ Sebbene l'attuale cornice giuridica non rimandi, né obblighi, ad una specifica valutazione della capacità di prestare consenso del paziente da sottoporsi a tso, si può ragionevolmente ipotizzare che, nella pratica clinica quotidiana, il medico chiamato a proporre o convalidare un tso effettui, nella propria mente, una valutazione di questo tipo, sebbene con modalità non standardizzate e probabilmente con metodi molto variabili. Cfr. G. MANDARELLI, R. TATARELLI et al., *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, in *Nooç*, 2012, 1, 49.

²³⁴ Riprendo la considerazione da L. COLAIANNI, «Per incapacità di intendere e volere». *Il consenso informato della psichiatria*, cit., 52-53 che si richiama a Philip Jourdain che nel 1913 riformulò il paradosso di Buridano, ponendo semplicemente due affermazioni: «la frase seguente è falsa, la frase precedente è vera».

²³⁵ G. MANDARELLI, R. TATARELLI et al., *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, cit., 52; W.T. CARPENTER JR, J.M. GOLD, A.C. LAHTI et al., *Decisional capacity for informed consent in schizophrenia research*, in *Arch Gen Psychiatry*, 2000, 57, 533-538; D.V. JESTE, C.A. DEPP, B.W. PALMER, *Magnitude of impairment in decisional capacity in people with schizophrenia compared to normal subjects: an overview*, in *Schizophr. Bull.*, 2006, 32, 121-128.

Nel caso di pazienti psichiatrici, la presenza di alterazioni cognitive, affettive o psicopatologiche può determinare un potenziale impatto sulle competenze decisionali, sino all'estremo della cancellazione della capacità, lasciando tuttavia aperto il problema di una corretta valutazione delle stesse.

Le ricerche cliniche indicano che, con gradi diversificati, i disturbi mentali possono influire su abilità, quali la capacità di comprensione, cognizione, giudizio, previsione, critica e ragionamento logico, che rappresentano i presupposti per una scelta razionale, nell'ambito di un processo di libero *decision making* in relazione ai trattamenti sanitari²³⁶. È bene tuttavia sottolineare come siano le stesse evidenze scientifiche ad indicare che i pazienti, anche affetti da patologie gravi, presentano nella maggioranza dei casi una buona capacità decisionale²³⁷. Peraltro la condizione di incapacità presenta un notevole gradi di fluttuazione nel tempo, parimenti passibile di miglioramento o peggioramento, mostrando un quadro a rapida evoluzione.

Quando si percorrono territori aperti alla sofferenza e spesso generati dalla sofferenza, diviene necessario – per salvaguardare la dignità della persona – rendere possibile alla libertà, espressa nella decisione, di farsi strada «nella confusione, nella paura, nel dolore, nella debolezza fisica che agita e annebbia la mente, nella fragilità delle barriere che ci separano da angeli e dèmoni interiori»²³⁸.

In questo contesto un istituto rigido, come la capacità di intendere e volere, mostra tutta la sua inadeguatezza²³⁹: la capacità, così intesa, offre infatti una risposta manichea ad un quesito che implica la considerazione di questioni complesse.

²³⁶ P.S. APPELBAUM, *Assessment of patients' competence to consent to treatment*, in *N Engl J Med*, 2007, 357, 1834-1840; S. RAFFARD, G. FOND et al., *Cognitive insight as an indicator of competence to consent to treatment in schizophrenia*, in *Schizophrenia Research*, 2013, 144, 1-3, 118-121; L.L. SESSUMS et al., *Does This Patient Have Medical Decision-Making Capacity ?*, in *Jama*, 2011, 306, 4, 420-427; S.Y.M. KIM et al., *Variability of Judgments of Capacity: Experience of Capacity Evaluators in a Study of Research Consent Capacity*, in *Psychosomatics*, 2011, 52, 4, 346-353; G.S. OWEN et. al., *Decision-making capacity for treatment in psychiatric and medical in-patients: cross-sectional, comparative study*, in *The British Journal of Psychiatry*, 2013, 203, 461-467; in generale T. GRISSO, P.S. APPELBAUM, *Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals*, Oxford University Press, New York, 1998.

²³⁷ D. OKAI et al., *Mental capacity in psychiatric patients: systematic review*, in *British Journal Psychiatry*, 2007, 191, 291-297.

²³⁸ P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e volere*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 57-58.

²³⁹ In questa prospettiva S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, cit., 373-374 secondo cui «Spaccato in due da una distinzione senza appello tra capaci e incapaci, il mondo del diritto confinava questi ultimi in una indistinta area di esclusione, riteneva davvero rilevanti solo le attività a contenuto economico, misurava su queste la capacità e legittimava al loro esercizio esclusivamente soggetti forti. (...) Ha imposto una riduzione della dimensione giuridica davvero

Come ha scritto Paolo Zatti, il diritto «se vuole farsi umanistico, deve lasciare il proprio secolare paradigma e dare rilevanza a connotati molteplici e differenziati della *relazione* in cui la decisione si colloca: deve guardare al *processo*, non all'atto, garantire e valutare le *condizioni del processo*, non dell'atto; deve imparare a parlare di debolezza e forza del consenso, non solo di validità ed invalidità; di resistenza della volontà e non solo di sua manifestazione; di atteggiamenti e non solo di comportamenti materiali e di dichiarazioni; di fragilità e non solo di incapacità di volere; di confusione e di angoscia che convivono (...) con l'uso di una ragione che ne è dolorosa testimone e prigioniera»²⁴⁰.

Si deve dar quindi ragione alla scelta del legislatore di non indicare l'incapacità tra le condizioni che consentono l'imposizione del trattamento coattivo, né nella prassi si può, in alcun modo consentire, che tale accertamento diventi un "uscita d'emergenza" dal più complesso e faticoso tentativo di recuperare il paziente al consenso o di accoglierne le manifestazioni di dissenso.

In questo senso, l'aver costruito l'impianto dell'istituto del trattamento coattivo sul binomio necessità/rifiuto delle cure, rappresenta l'espressione concreta e obiettivabile del principio generale che informa la riforma sanitaria, per cui il rispetto della libertà di decisione non è diverso dal rispetto della persona e trova espressione nel corretto ed effettivo svolgimento del rapporto relazionale tra medico e paziente²⁴¹.

rilevante alle sole attività accompagnate dall'attributo della patrimonialità, con una esclusione oggettiva di tutto ciò che appartiene alle relazioni irriducibili al puro dato economico. E la negazione della capacità nell'ambito patrimoniale ha trascinato con sé una sostanziale negazione di capacità in altri momenti dell'attività umana, come quelli riguardanti gli atti di natura personale e quelli legati alla vita quotidiana. (...) Si realizzava così una espropriazione della soggettività ed una negazione della complessiva autonomia dell'esistere. Si condannavano alla marginalità tutte le decisioni a contenuto non patrimoniale. Si costruiva, in sostanza, un paradigma chiuso di normalità giuridica».

²⁴⁰ P. ZATTI, *Oltre la capacità di intendere e volere*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 59. Già A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, 8 s. poneva in luce come la capacità implicasse possibilità di misura e di graduazione.

²⁴¹ Tuttavia si deve notare, in termini di possibile alternativa *de jure condendo*, come l'introduzione dell'istituto delle direttive anticipate in materia psichiatrica, definite anche "contratto di Ulisse", potrebbe rappresentare uno strumento molto utile per consentire ai medici di rispettare le volontà del paziente pur nel perseguimento degli obiettivi di cura e riabilitazione. Sul punto R. DRESSER, *Ulysses and the psychiatrists: a legal and policy analysis of the voluntary commitment contract*, in *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, 1982-1983, 16, 777-854; P.S. APPELBAUM, *Advance directives for psychiatric treatment*, in *Hospital and Community Psychiatry*, 1991, 42, 983-984; D.S. SREBNIK, J. Q. LA FOND, *Advance Directives for Mental Health Treatment*, in *Psychiatric Service*, 1999, 50, 7, 919-925; G. WIDDERSHOVEN, R. BERGHMANS, *Advance directives in psychiatric care: a narrative approach*, in *Journal of Medical Ethics*, 2001, 27, 92-97; J.M. ATKINSON et al., *Models of advance directives in mental health care: stakeholder views*, in *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 2004, 39, 8, 673-680; L. BRUSCUGLIA, *Sul cosiddetto testamento psichiatrico*, in G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 100 ss.

Tale opzione di valore rappresenta, peraltro, uno dei motivi che impediscono di accettare semplicemente il rifiuto al trattamento, lasciando spazio ad una piena libertà di scelta: è entro questo paradigma infatti che si delineano i modelli di presa in carico e di prevenzione della cronicizzazione e dei fenomeni di emarginazione, la costruzione della relazione terapeutica, anche quando faticosa e ambivalente, le responsabilità in ordine alla tutela della salute fisica (non solo mentale) e il lavoro di e per la tutela del paziente e del suo contesto di riferimento.

Stabilito che la capacità è strumento troppo rozzo per affrontare condizioni articolate²⁴², sembra comunque utile considerare il livello di competenza del paziente anche al fine di calibrare non solo l'intervento terapeutico, ma anche le possibili alternative per meglio tutelare i suoi diritti.

Pare allora più utile introdurre, anche nel discorso giuridico, il diverso concetto, elaborato nella letteratura angloamericana, di *competence*, traducibile nell'«abilità ad eseguire un compito», il che sottende un approccio contestuale e funzionale alla definizione della relativa nozione²⁴³. Si tratta di un concetto sistematico la cui definizione comprende una serie di abilità (*informability*, *cognitive capability* e *deciding*) che strutturano il livello di base idoneo a articolare la capacità di prendere decisioni. Chiaramente l'accoglimento di un tale modello porta a qualificare la *competence to consent* come un concetto flessibile, plastico, suscettibile di variazioni in ordine alle condizioni situazionali in cui il paziente si trova ad assumere una decisione. Così, come si desume dall'esperienze clinica, anche il soggetto psicotico, pur presentando compromissioni del proprio livello di funzionamento, conserva spazi di responsabilità e di autodeterminazione che possono essere valorizzati in termini di *competence*²⁴⁴. Essere pazienti capaci, in questi termini, significa comprendere il

²⁴² 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. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 17 ss.

²⁴³ Nella letteratura B.C. WHITE, *Competence to consent*, Georgetown University Press, Washington, 1994, 15 ss.; A.E. BUCHANAN, D.W. BROCK, *Deciding for others. The ethics of surrogate decision making*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, 18 ss.; T.L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1979, trad. it. *Principi di etica biomedicale*, Le Lettere, Firenze, 1999, 140 ss. Per ulteriori riferimenti e per l'analisi delle diverse teorie si rinvia a E. SALVATERRA, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa. Capacità e competence*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 341 ss.

²⁴⁴ U. FORNARI, S. CODA, *Il consenso nella pratica psichiatrico-forense*, in U. FORNARI, S. CODA, M. IORIO (a cura di), *La valutazione della capacità decisionale in psichiatria di consultazione*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2003, 147 ss.; si veda anche COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA,

problema medico-sanitario che viene prospettato, elaborare le informazioni ricevute, bilanciando vantaggi e svantaggi contestualizzati al fine di esprimere una scelta razionale sulla proposta terapeutica.

Puntare l'attenzione sulle reali capacità decisionali del paziente consente una possibile interpretazione razionale, e non meramente incapacitante, dell'accostamento tra il trattamento sanitario obbligatorio ed il consenso informato, superando quindi la dicotomia capacità/incapacità, per descrivere in modo più adeguato la condizione del paziente come un *continuum* assenza-presenza da valutare in termini di costrutto multidimensionale.

L'adozione di un approccio diverso da quello che si è cercato di prospettare, comporta inevitabilmente la riduzione all'irrelevanza del requisito del dissenso che, risultando privo di effettività giuridica, perde anche il suo valore semantico, con la conseguenza di essere assorbito (e dunque negato) nell'orbita della necessità.

3.3.2.2. L'urgenza terapeutica come condizione legittimante

La prima condizione, posta nell'art. 34 della legge n. 833/1978, per procedere al trattamento coatto è data dalla sussistenza di «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici». Per comprenderne il senso, al di là del suo significato letterale, si può procedere scomponendo la disposizione per valutarne le diverse componenti concettuali.

È bene premettere che la disposizione pone a carico dei sanitari l'onere di dimostrare la necessità del trattamento sanitario obbligatorio, ove, al contrario, molte altre discipline di legge straniere danno tale condizione per presunta o la pongono come definitoria della malattia mentale²⁴⁵.

Si tratta di un profilo di estremo rilievo nella misura in cui determina una responsabilizzazione dei sanitari, i quali sono tenuti non solo ad accertare una patologia

Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici, 24 novembre 2000, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Editoria, Roma, 2000, 30-35.

²⁴⁵ Così nell'ordinamento inglese ove il *Mental Health Act* prevede la possibilità del ricovero coatto al verificarsi di alcune condizioni, tra cui la presenza di un *mental disorder* di una certa gravità e la necessità di proteggere, attraverso il ricovero, il soggetto stesso o altre persone; nello stesso senso si può ricordare la *Unterbringungsgesetz* del 2 dicembre 1991 vigente, pur con modifiche, nel *Land* del Baden-Württemberg o la *PsychKG* del 17 dicembre 1999 in vigore nel Nord Reno-Vestfalia. Per ulteriori riferimenti A. FIORITTI (a cura di), *Leggi e salute mentale. Panorama europeo delle legislazioni di interesse psichiatrico*, cit., 12 ss.

psichiatrica, ma anche ad indicare gli elementi che suffragano la necessità di sottoporre a trattamenti (in particolare di tipo farmacologico) il soggetto sofferente.

Tale onere si giustifica anche alla luce della finalità propriamente sanitaria che l'art. 32 Cost. assegna al trattamento obbligatorio, alla luce della quale il semplice stato patologico non sarebbe di per sé sufficiente a legittimare una limitazione della libertà personale, dovendo, nel contesto di un ragionevole bilanciamento tra diritti individuali ed interessi collettivi, sussistere anche un nesso funzionale tra malattia e trattamento.

Così ragionando, il solo accertamento dell'alterazione psichica non correlata ad un bisogno terapeutico trasformerebbe il trattamento in uno strumento volto a finalità di "normalizzazione", come, del pari, centrare l'attenzione sulla necessità del trattamento, senza valutare la particolare condizione in cui versa il paziente, renderebbe il trattamento fine a se stesso.

Vi è peraltro da rilevare come il carattere della necessità terapeutica venga a compensare la lacuna della mancata definizione delle patologie psichiche – non altrimenti individuabili in base al dettato normativo – di cui debbono soffrire le persone che vengono ad essere sottoposte a trattamento coattivo. Sicché la qualificazione, ai fini del trattamento, delle alterazioni psichiche dipende dal fatto che si dimostrino bisognose di un intervento terapeutico.

Certamente la genericità con la quale vengono indicati i presupposti psicopatologici del trattamento coattivo lascia spazio a una varietà di interpretazioni e di valutazioni che riflettono peraltro la difficoltà di definire in maniera chiara e univoca la malattia mentale, determinando una inevitabile discrezionalità nella fase attuativa da parte dei sanitari. La variabilità del numero di sintomi necessari per la diagnosi (modifica della soglia diagnostica), l'inclusione di nuovi sintomi e l'eliminazione di altri e infine l'inserimento di nuove categorie diagnostiche che modifica il numero di disturbi considerati (*coverage* di un sistema diagnostico), complicano ulteriormente un quadro già problematico.

Si deve tuttavia constatare come l'uso del concetto di «alterazione psichica» da parte del legislatore abbia determinato effetti ambivalenti. La critica all'eccessiva genericità della nozione si scontra infatti con la versatilità dei fenomeni psichiatrici, i quali impongono valutazioni specifiche che tengano conto dell'interazione tra molteplici fattori (biologici, psicologici ed ambientali). In questi termini una norma contenente

l'indicazione di astratte categorie nosografiche, comunque di dubbia attendibilità scientifica²⁴⁶, avrebbe eccessivamente irrigidito gli spazi di intervento e di tutela nel contesto sanitario, ciò non vuol dire che sia da escludere la previsione, nel contesto di regolamenti esecutivi o di linee guida nazionali, dell'indicazione di specifiche dimensioni psicopatologiche o del loro possibile impatto in termini comportamentali tali da giustificare il trattamento terapeutico.

Vi è tuttavia una controindicazione nella scelta del legislatore di adottare la nozione di alterazione psichica, senza operare ulteriori precisazioni, ovvero che, data l'alta variabilità di quadri clinici con caratteristiche differenziate, si possa ingenerare nella prassi un fenomeno di estensione di uno strumento legislativo originariamente pensato per la gestione delle fasi acute delle psicosi classiche (schizofrenia, paranoia, disturbi psicotici dell'umore) a uno strumento di compressione della libertà per periodi prevedibilmente non brevi in molte altre situazioni (dai disturbi del comportamento alimentare al gioco d'azzardo patologico, l'alcoolismo o le altre tossicodipendenze, per arrivare ai gravi disordini della personalità), nelle quali sarebbe più difficile enucleare una condizione propriamente "acuta"²⁴⁷.

Ma è la necessità a costituire l'elemento ordinante e conformativo del trattamento: ordinante in quanto la sua dimensione prescrittiva impone delle scelte e indica la difficile via per una soluzione del conflitto insito nel trattamento coattivo; conformativo nella misura in cui le forme e le modalità del trattamento vengono ad essere condizionati dall'urgenza a cui si cerca di dare soluzione.

Ed è proprio la complessità dell'intersezione tra relazioni verticali e orizzontali che si determina in una situazione di urgenza²⁴⁸ a far emergere l'autonoma rilevanza e la distinzione dei piani come chiave di lettura per interpretare la situazione venutasi a creare evitando qualsivoglia automatismo e valorizzando il tessuto dei principi fondamentali coinvolti.

In questi termini la disposizione viene a delimitare i termini dell'influenza dell'uso del concetto di urgenza, laddove essa qualifica la natura e tipologia degli interventi

²⁴⁶ Si rinvia alle riflessioni sviluppate nel II capitolo, sez. II, §. 2.7.1.

²⁴⁷ Così letteralmente L. FERRANNINI, P.F. PELOSO, *I trattamenti senza consenso in psichiatria e in medicina tra norme, culture e pratiche. Appunti per una discussione*, in *Noos*, 2012, 1, 27-42, specie 33.

²⁴⁸ Senza voler richiamare impropriamente le teorizzazioni schmittiane sullo stato d'eccezione, è evidente che la necessità di intervenire con urgenza modifica in maniera radicale i rapporti e le relazioni di potere come di comunicazione tra i soggetti della relazione terapeutica, ridefinendone i ruoli.

terapeutici e solo secondariamente le espressioni della condizione patologica in cui si trova il paziente.

Non si tratta di un gioco di parole, nella misura in cui tale delimitazione consente di evitare l'espansione incontrollata della prassi dell'attuazione del trattamento sanitario in stato di necessità, su cui si tornerà a breve. In via ulteriore viene a circoscrivere la tipologia degli interventi terapeutici, che, nell'immediato, dovranno connotarsi per la loro efficacia nel rispondere e stabilizzare la condizione di alterazione del paziente. Da ultimo consente di riaffermare che il paziente è ancora persona e cittadino, al quale vanno riconosciuti i diritti al rispetto dell'integrità e della dignità.

Peraltro, l'uso stesso da parte del legislatore della nozione di «intervento»²⁴⁹ anziché di trattamento, dà conto, in termini significativi, della puntualità dell'azione terapeutica che si svolge per finalità limitate sia negli scopi che nella durata.

Il concetto di urgenza psichiatrica presenta tratti peculiari e differenti dall'ipotesi dell'urgenza medica. Nella pratica clinica, difatti, ci si riferisce all'urgenza della prestazione in relazione alla previsione di eventi sfavorevoli connessi alla dilazione cronologica del trattamento diagnostico-terapeutico. Si differenzia così tra l'urgenza differibile, ovvero la prestazione che può essere posticipata, secondo la valutazione clinica del caso specifico, senza determinare un prevedibile ed imminente aggravamento della condizione morbosa, e l'emergenza, in cui non vi può essere differimento dell'intervento, dato un alta probabilità di esito sfavorevole del decorso della patologia.

In psichiatria, pur nella varietà delle definizioni²⁵⁰, si considera urgente ogni situazione psicopatologica in evoluzione che esige un tempestivo intervento – contenitivo,

²⁴⁹ Si può comunque sottolineare un profilo critico, laddove all'art. 32, 2° co., Cost. si prevede che i trattamenti obbligatori siano determinati, mentre l'uso del termine intervento, non ulteriormente declinato indicando almeno in termini non esaustivi le tipologie di misure sanitarie a cui il paziente può venir sottoposto, viene a eludere tale vincolo costituzionale, operando una delega in bianco a favore della classe medica. Ciò, volendo ragionare in termini estremi e paradossali, comporterebbe la possibilità per il medico di applicare anche tipologie di intervento che siano estremamente invasive (terapie elettroconvulsivanti o di chirurgia psichiatrica), senza aver operato alcun confronto con il paziente, vagliando con questi le possibili alternative. Si potrebbe controreplicare tuttavia che l'espressa garanzia dei diritti fondamentali sancita nell'art. 33 della legge e l'obbligo per i sanitari di attuare tutte le misure necessarie ad ottenere il consenso e la partecipazione del paziente rappresentino degli "antidoti" a qualsivoglia deriva "beneficialista".

²⁵⁰ S. GERSON, M. BASSUK, *Psychiatric emergencies: an overview*, in *Am. J. Psychiatry*, 1980, 137, 1, 1-11; M. CUZZOLARO, *L'urgenza in psichiatria*, in G.C. REDI (a cura di), *Trattato di psichiatria*, Uses, Firenze, 1981, 663-670; F. ASIOLI, *Le emergenze in psichiatria*, Il Pensiero scientifico, Roma, 1984; M. CASACCHIA, V. SCONCI, *Urgenza, emergenza e crisi in psichiatria*, in M. CASACCHIA, V. ANDREOLI (a cura di), *Urgenze in psichiatria*, Masson, Milano, 1985, 1-13; J. HOUREAU, F. PEIGNÈ, *Les urgences psychiatriques*, in *Encyclo Méd. Chir., Psychiatrie*, 37678 A 10, 12, 1987; C. MUNIZZA et al., *Emergency*

diagnostico e terapeutico – da parte del medico sulle dinamiche interpersonali, familiari e sociali, al fine di bloccare l'evoluzione del quadro clinico.

La terapia dell'acuzie psichiatrica non si traduce nel semplice controllo dei sintomi disturbanti, ma si configura come la premessa per un riadattamento rapido del soggetto, che può facilitare cambiamenti esistenziali duraturi verso livelli più adattivi di vita.

Chiaramente, nella definizione di urgenza, è necessario tener conto di diversi parametri: quello descrittivo e nosografico (acuzie), quello prognostico (gravità) e quello terapeutico (necessità di un trattamento immediato).

È opportuno distinguere, in questo quadro, l'urgenza dall'emergenza, che pur essendo una condizione acuta, è più legata a situazioni di disagio o disadattamento sociale, motivata prevalentemente da una richiesta ambientale, con soluzioni adeguate psicosociali e, solo secondariamente, psichiatriche²⁵¹.

L'emergenza riguarda, perciò, più di uno scompenso nelle relazioni interpersonali e sociali in cui l'elemento psicopatologico giocherebbe un ruolo di secondo piano rispetto alle problematiche psicosociali, tuttavia, anche in questo caso, la sofferenza psichica acuta deve essere innanzi tutto accolta e circoscritta, per permettere un'eventuale successiva diagnosi e la programmazione della necessaria terapia.

Esistono infine situazioni in cui la persona manifesta un evidente stato di sofferenza così profondo da impedire quella comunicazione e relazione che consentirebbe l'espressione di un eventuale consenso e, al contempo, così grave da necessitare di immediati interventi terapeutici, non rinviabili, praticati quindi in assenza del provvedimento del sindaco. Si configura, in tal caso, una condizione, non infrequente, che può essere ricondotta alla disciplina dello stato di necessità, regolamentato dall'art. 54 c.p.²⁵².

psichiatria: a review of the literature, in *Acta Pschy. Scan., Supply*, 1993, 88, 374 ss.; G. GRASSI, *L'emergenza in psichiatria. Strategie e percorsi operativi nel servizio pubblico*, Franco Angeli, Milano, 1993, 15 ss.; G. INVERNIZZI, M. PORCELLANA, *Emergenze in psichiatria*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, 2007, 26, 4, 102-105

²⁵¹ In questi termini F. SCAPATI, D. SUMA, A. BELLOMO, *Il ricovero in regime di TSO: un atto tra diritto ed etica*, in *Psichiatria di Comunità*, 2007, 4, 6, 215-223; in termini critici M. TAVANI *et al.*, *Il significato del trattamento sanitario obbligatorio in psichiatria nell'attualità*, in *Difesa sociale*, 2007, 3, 131-144.

²⁵² All'ipotesi del c.d. "Tsu", trattamento sanitario urgente, che nasce e si sviluppa nella prassi sanitaria, si veda P. DELL'ACQUA, *Persone, malattia mentale e guarigione*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto, cit.*, 792.; formalizzano l'istituto le *Linee Guida Regionali in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio e Accertamento Sanitario Obbligatorio*, adottate dalla regione Sardegna, adottate in data 29 marzo 2011, secondo cui «Nelle condizioni sanitarie in cui la presenza di gravi alterazioni psichiche non è espressione di una primitiva malattia mentale quali patologie neurologiche, internistiche, tossiche, traumatiche, non è mai consentito il ricorso al T.S.O. ma è

In giurisprudenza²⁵³, l'orientamento ormai consolidato sostiene che dall'auto-legittimazione dell'attività medica non possa trarsi la convinzione che il medico possa, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.), agire in assenza del consenso del paziente. Per cui, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, eventualmente attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati²⁵⁴.

Tale soluzione appare tuttavia ampiamente criticabile nella misura in cui il ricorso alla fattispecie dello stato di necessità²⁵⁵, seppure indispensabile, si rivela inidoneo a giustificare la natura cangiante delle evenienze sanitarie, in quanto sconta rigidi limiti di carattere strutturale, quali i requisiti del pericolo e del danno.

Dalla scriminante dello stato di necessità, infatti, si può trarre – nel migliore dei casi – l'obbligo dei medici di agire solo laddove «non sia stata espressa alcuna volontà da

solo possibile, essendovene le condizioni, attuare interventi in stato di necessità. Il sanitario, in presenza di situazioni cliniche nelle quali si riconosca un grave e attuale rischio per l'incolumità del paziente o di terzi (a domicilio del soggetto, in ambulatorio, in Pronto Soccorso...), deve intervenire direttamente, anche a costo di limitare la libertà del paziente. In questa situazione, potrà avvalersi dell'intervento delle forze dell'ordine. Di particolare rilievo, a questo riguardo, è la valutazione del clinico sul "rischio o pericolo attuale" (immediato) di danno grave alla salute, anche di terzi, conseguenza di una patologia, tale da richiedere interventi improrogabili, rispetto al "rischio o pericolo potenziale" per il quale l'eventuale trattamento è da considerarsi urgente, seppure non ancora improrogabile. Rispetto a comportamenti violenti aventi nesso di causa con un quadro clinico che comprometta la volontà del paziente, il medico ha la specifica responsabilità sia della cura, che di prevenirne le conseguenze, fatta salva la più specifica competenza della Forza Pubblica, per intervenire a questo scopo»; simili le *Linee Guida Regionali per i Dipartimenti di Salute Mentale in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO) e Accertamento Sanitario Obbligatorio (ASO)*, adottate dalla regione Veneto con delibera n. 847 del 31 marzo 2009.

²⁵³ Cass. civ., sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543, in *Ced Cassazione*, 2011; Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 1, 83; Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Danno resp.*, 2008, 1, 27.

²⁵⁴ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 259 ss.

²⁵⁵ C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Giuffrè, Milano, 1964, 226 ss.; ID., *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, 889 ss.; S. DEL CORSO, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 536 ss., specie 571 s.; E. MEZZETTI, *Stato di necessità*, in *Dig., disc. pen.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 670 ss.; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Giuffrè, Milano, 2000, 451 ss.; F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Giappichelli, Torino, 2006, 43 ss.

parte del paziente oppure nel caso in cui il consenso, il rifiuto o la richiesta d'interruzione di una terapia non siano stati esercitati liberamente e alla presenza di un'adeguata informazione»²⁵⁶. Ciò peraltro vale, sempre che ricorra un'effettiva urgenza terapeutica, ovvero di un intervento non altrimenti evitabile, e nei limiti in cui l'intervento stesso sia altresì proporzionato al raggiungimento di quelle capacità essenziali per permettere al medico di assumere, quanto prima, l'appropriato consenso. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'ambito di operatività dell'art. 54 c.p. andrebbe a interessare solamente i casi in cui non sia possibile, in alcun modo, assumere il consenso appropriato dell'infermo, né sussista una precedente manifestazione di rifiuto. Affinchè possa parlarsi di stato di necessità, occorre che sussista un pericolo di danno grave alla persona, ossia una elevata probabilità che un evento con conseguenze dannose si venga a verificare. Il pericolo non rileva di per sé, ma in quanto siano sussistenti determinati requisiti che l'art. 54 c.p. espressamente prevede, in particolare: uno positivo (attualità) e due negativi (inevitabilità ed involontarietà).

L'attualità, che è requisito intrinsecamente connesso con l'inevitabilità, deve essere intesa in senso strettamente cronologico come giudizio di prossimità temporale della minaccia di danno, la cui realizzazione il soggetto intende evitare attraverso il comportamento necessitato²⁵⁷. Dovrebbe essere conseguentemente escluso che possa aver rilievo una situazione di pericolo futura, in quanto essa consentirebbe all'agente di apprestare i mezzi necessari ad evitarla. L'inevitabilità rappresenta un criterio astratto, da valutare quindi *ex ante* e in concreto, in quanto nel verificare se una data condotta sia effettivamente necessaria o meno a scongiurare il pericolo di danno, non sarà sufficiente considerare la possibilità ipotetica di ricorrere ad altre condotte alternative, ma sarà, altresì, necessario accertare se queste ultime possedessero in concreto pari od analoga idoneità a porre in salvo il bene della persona²⁵⁸.

²⁵⁶ Così Trib. Roma, sez. gup, 23 luglio – 17 ottobre 2007, n. 2049, in *Corr. merito*, 2010, 237.

²⁵⁷ Astrattamente, dato che il medico agisce spesso per evitare un pericolo futuro, si dovrebbe negare la sussistenza di tale requisito, la cui interpretazione in senso strettamente cronologico si presenterebbe solo nei casi di emergenza. Tuttavia una interpretazione sistematica fa emergere come, per determinare l'attualità di una condotta, sia necessario considerare che un intervento preventivo è comunque finalisticamente volto a evitare l'aggravamento delle potenzialità lesive di una condizione in sé pericolosa.

²⁵⁸ Anche riguardo a questo requisito, se declinato nel contesto medico, sussistono delle riserve: da un lato, perché è sempre possibile, sempre in linea con una valutazione in termini di prognosi postuma, che l'evento temuto non si verifichi, dall'altro, perché, specie in medicina, sussistono sempre scelte alternative che possono dare spazio all'autonomia del paziente, anziché alla scelte imposta dal medico.

Lo stato di necessità richiede dunque condizioni rigorose che mal si adattano alla fragilità e fluidità che è propria delle situazioni da affrontare in campo sanitario. In ambito psichiatrico però, l'uso strumentale dello stato di necessità, per aggirare le procedure dettate dagli artt. 33-35 della legge n. 833/1978, si dimostra ancor più grave per la natura intrinsecamente complessa e carica di dubbi che accompagna la decisione di adottare un trattamento sanitario obbligatorio.

Come è stato giustamente notato «v'è da domandarsi che cosa trasformi un'urgenza [psichiatrica], che può presentare diversi gradi di gravità, in una situazione di necessità coartante [atta a legittimare l'applicazione dell'art. 54 c.p.]. Evidentemente, accanto a casi in cui tale necessità sia palese e non equivoca, e le due situazioni coincidano, se ne porranno altri, molto più sfumati, in cui la sua percezione, e soprattutto le azioni che essa spinge o costringe ad intraprendere, sono individuabili e misurabili sulla base di una valutazione del momento di carattere assolutamente relativo e contingente, per di più effettuata in tempi necessariamente ristretti, e talora minimi. Il giudizio si presenta [quindi] come indubbiamente incerto, passibile di contestazione (...) e pertanto difficilmente compatibile con le esigenze di certezza di applicazione della norma penale»²⁵⁹.

Sul piano dell'analisi propriamente costituzionale, l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio o coattivo semplicemente sulla base dell'art. 54 c.p. costituirebbe – in presenza di un espresso dissenso del paziente – una palese violazione al principio costituzionale sancito nel secondo comma dell'art. 32 Cost. che ammette deroghe alla regola della volontarietà dei trattamenti sanitari solamente in base alla legge, la quale, a sua volta, deve contenere prescrizioni relative a trattamenti determinati.

Nonostante la prassi e la giurisprudenza ordinaria dicano altrimenti, altre eccezioni al diritto all'autodeterminazione, oltre a quella prevista per i trattamenti sanitari obbligatori, non sono consentite: per cui, a fronte di un dissenso del paziente, per quanto irragionevole, nessun'altra disposizione costituzionale autorizza ad ignorare tale volontà o consente ad un sanitario di intervenire, in virtù di un principio di solidarietà

²⁵⁹ F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, cit., 45-46. Né può venire in soccorso la configurazione della necessità medica (per questa tesi vedi G. VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1973, I, 81-85), quale scriminante non codificata, proprio perché, in tal modo, si passerebbe dallo stato di necessità al vero e proprio stato di eccezione, applicabile solo alla categoria sanitaria.

interpretato in termini imperiali, per evitare un danno grave alla persona, fosse anche il rischio di morte (o di subire gli effetti alteranti di un malattia mentale); rischio quest'ultimo che non si trasforma quindi in un limite negativo al criterio della volontarietà dei trattamenti. Nessuna legge, v'è da aggiungere, prevede un trattamento sanitario obbligatorio nel caso in cui il rifiuto di cure implichi una rinuncia alla vita²⁶⁰, e quindi ancor meno nell'ipotesi in cui il paziente non corra nemmeno tale rischio.

Peraltro il richiamo all'art. 54 c.p. come fonte di legittimazione del trattamento obbligatorio, attuato in spregio alle forme e procure richieste dalla legge n. 833/1978, integra una violazione della riserva di legge prescritta a livello costituzionale, operando un'indebita iper-interpretazione del testo costituzionale²⁶¹ o integrazione dello stesso da parte di una fonte previgente e di rango gerarchico inferiore²⁶².

In questo senso non appaiono meritevoli di considerazione – perché frutto di un evidente sovvertimento della gerarchia delle fonti – quelle interpretazioni²⁶³ che negano la configurabilità di un dovere (costituzionalmente affermato) di rispettare l'autonomia del paziente, richiamando a tal fine norme codicistiche (come gli artt. 579 e 580, 593²⁶⁴ o 54 c.p.²⁶⁵). Se anche da tali disposizioni si potesse trarre un supposto principio generale di indisponibilità del bene della vita o della salute, si tratterebbe pur sempre di

²⁶⁰ Così Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, *cit.* esclude che «il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita», in quanto la tutela del risvolto negativo del diritto alla salute comprende anche «il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire».

²⁶¹ Sembra quasi dalla lettura di alcune pronunce giurisprudenziali che il caso dello stato di necessità venga a porsi in rapporto di analogia e di continuità con l'istituto del trattamento obbligatorio, delineato nel secondo comma dell'art. 32 Cost., come se quest'ultimo fosse nient'altro che una specie del più generale criterio dello stato di necessità.

²⁶² Ricorre spesso in giurisprudenza la formula secondo cui «il consenso è necessario al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità», come se lo stato di necessità potesse obliterare anche il dissenso del paziente. In realtà non è ammissibile operare un'inversione, interpretando i limiti costituzionali alla luce del dettato della disposizione penalistica, né la Costituzione può tollerare di essere integrata, peraltro con finalità derogatorie della sua disciplina, da parte di una fonte di rango inferiore.

²⁶³ G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue "salvavita" rifiutata dal malato)*, in Cass. pen., 1998, 950 ss., specie 957; F.P. RUGGIERO, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma*, in Riv. it. med. leg., 1996, 203; P. ZANGANI, P. AVECONE, *Mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale dal decesso. Aspetti medico-legali e giuridici*, in Giust. pen., 1998, II, 663 ss.

²⁶⁴ G. IADECOLA, *Il trattamento medico chirurgico di emergenza ed il dissenso del paziente*, in Giust. pen., 1989, 126 s.

²⁶⁵ G. IADECOLA, A. FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto «diritto di morire», criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in Riv. it. med. leg., 1996, 310 ss.; L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penalistici*, in Riv. it. med. leg., 1995, 734 ss.

un principio collocato sul piano della legge ordinaria, come tale incapace di incidere sulla regola sancita in modo inequivoco dall'art. 32, 2° co., Cost.

Sarebbe poi paradossale considerare legittima l'introduzione di un'eccezione (art. 54 c.p.) all'eccezione, già rappresentata dalla previsione dei trattamenti sanitari obbligatori, nella misura in cui tale condizione, ovvero uno stato di eccezione²⁶⁶, viene a privare di efficacia la norma costituzionale, a vantaggio della decisione che è alla base dello stato di necessità; in tal modo si concreta quindi uno stato di anomia che serve però, paradossalmente, a imporre una diversa normazione del reale. Si verifica dunque una situazione fattuale in cui la norma costituzionale resta vigente, ma la sua attuazione è sospesa avendo perso il legame con la realtà concreta, dato che, in sua vece, si impone un dispositivo, che non possiede lo stesso valore normativo, ma che obbliga con la stessa intensità ed efficacia di questa.

Come abbiamo già chiarito, il valore del rispetto della persona umana e della sua dignità affermati dall'art. 32 Cost., nel quadro delle libertà personali sancite nell'art. 13 Cost., si inverte solo nel pieno rispetto del consenso, quale diritto fondamentale dell'individuo. Sarebbe pertanto un "tradimento" del dettato costituzionale consentire interpretazioni o prassi che, forzando il carattere funzionale dell'urgenza, consentissero l'imposizione di trattamenti sanitari in deroga od oltre i precisi limiti stabiliti dalla legge attuativa del disposto costituzionale.

Ciò comporta dunque che il dissenso non possa essere rimosso dalla necessità o cancellato dall'urgenza, fungendo da luogo di residua espressione dell'autonomia della persona, in attesa di una sua piena riesplorazione al termine della "parentesi" coattiva.

3.3.2.3. La mancanza di alternative extra-ospedaliere

Il passaggio dalla descrizione alla prescrizione esalta la funzione selettiva del diritto, che, per quanto fedele al pluralismo, non si può limitare ad arbitrare la procedura dei conflitti, ma deve trovare una propria guida assiologica e presumibilmente cercarla nel tessuto dei principi.

²⁶⁶ G. AGAMBEN, *Lo stato d'eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 13 secondo cui l'eccezione è il «dispositivo originale attraverso cui il diritto si riferisce alla vita e la include in sé attraverso la propria sospensione».

La priorità assegnata al trattamento nei servizi territoriali risulta espressione di una precisa scelta di valore che intende salvaguardare il legame tra la persona e il suo contesto di vita, cercando di evitare qualsiasi forma di isolamento e di stigmatizzazione che possa determinarsi in conseguenza dell'imposizione del trattamento obbligatorio.

La disposizione di cui al quarto comma dell'art. 34 precisa che il trattamento coattivo in degenza ospedaliera può essere disposto «se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere».

Il legislatore ha cura di precisare che debbono sussistere le condizioni e le circostanze, che non sono le une sinonimo delle altre, ma individuano situazioni di fatto differenti: con il termine condizioni si intende riferirsi al contesto non solo strutturale dei servizi, ovvero alla loro capacità di far fronte al bisogno di cura, ma anche patologico della persona, che può influire e determinare l'idoneità e l'adeguatezza delle diverse tipologie di intervento. Diversamente le circostanze rappresentano quelle situazioni particolari, di carattere anche transitorio, che accompagnano l'evento patologico e ne determinano la natura, connotandosi in termini di azione/reazione²⁶⁷.

La disposizione tende a spostare l'ottica dei servizi che assumono quale linea d'azione il principio per cui, essendo questi ultimi, con le loro risorse, ad identificare la malattia in qualità e quantità, devono di conseguenza predisporre tutte le misure necessarie per prevenire, curare e riabilitare le persone con sofferenza psichica.

Si prospetta quindi la necessità di strutturare un sistema dei servizi nel contesto del quale il trattamento ospedaliero si rappresenta come *extrema ratio* rispetto ad una risposta efficace che nei diversi settori sono in grado di offrire gli operatori del territorio, in coordinamento e stretta collaborazione con gli enti locali e il privato sociale.

Questa opzione cerca di ricomporre la contraddizione, sottesa al sistema asilare, tra istituzione e territorio, operando un capovolgimento di ottica che ha reso effettivo il diritto ad una soluzione altra dal manicomio, ossia a forme di assistenza che garantissero la risposta ai bisogni sotto forma di servizi e di sussidi, anziché attraverso l'istituzionalizzazione forzata e l'incapacitazione definitiva.

²⁶⁷ Chiaramente il concetto di circostanze potrebbe anche inerire a situazioni particolari (la temporanea mancanza di strutture extraospedaliere disponibili o di personale adeguatamente preparato ecc.) che attengono alla possibilità di intervento dei servizi.

I servizi territoriali hanno assunto l'impegno di partecipare al lavoro di produzione di salute (non soltanto mentale), costruendo strategie di coinvolgimento e di valorizzazione di contesti e risorse non dedicate, moltiplicando gli ambiti, i reticoli organizzativi, le figure, gli interessi e le competenze.

Si trattava da un lato di far leva sulle competenze professionali, e sul potere normativo ad esse intrinseco, per valorizzarle come "risorse-ponte" di rapporto con la comunità, e dall'altro, di riconoscervi la capacità potenziale di essere strumento di *empowerment*, ovvero delle "risorse-barriera" contro quell'incapacitazione strisciante che si esprime anche al di fuori dal manicomio²⁶⁸.

In questione era (ed è) dunque la possibilità stessa di una psichiatria capace di affrontare e "curare" la sofferenza mentale, la follia, senza manicomio, senza internamento, senza luoghi e dispositivi di separazione e contenimento. E perciò la possibilità per il diretto interessato – il cosiddetto "malato" – per il suo ambiente sociale e per la società nel suo insieme, di vivere l'esperienza di questa sofferenza – l'irriducibile soggettività dell' "esperienza abnorme" – rendendola sopportabile senza nasconderla²⁶⁹.

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

Il trattamento sanitario obbligatorio si configura come un complesso di atti con finalità sanitarie²⁷⁰ posti in essere in base a disposizioni di legge per tutelare la salute della persona e della collettività, in mancanza del consenso del paziente²⁷¹.

²⁶⁸ Tale enfasi sul territorio è in stretta connessione, sul piano teorico, con il rispetto della persona perché «ogni servizio territoriale di salute mentale che sia multiordinale e pluriquale, che sia capace di accogliere tutta l'utenza di un bacino di estensione limitata e ben determinata, che sia attivo senza soluzioni temporali (24 ore su 24, 7 giorni su 7), che abbia come fondamento metodologico i criteri della reperibilità e disponibilità, della non-selettività, dell'adeguatezza e tempestività di ogni intervento, che organizzi il proprio lavoro con precisione e puntualità, che sia portatore di innovazioni e invenzioni nel campo della ricerca, della operatività e della didattica, ogni servizio di questo tipo è uno *strumento del tutto nuovo* rispetto a quello delle psichiatrie tradizionali, anche extramurarie. Solo uno strumento di questo tipo può permettere la prevenzione, la cura (complessiva, totale), il rilancio al mondo dei singoli e il coinvolgimento attivo delle sub-comunità in cui il singolo vive». Cfr. S. PIRO, *La sofferenza impropriamente detta psichica e la legge impropriamente detta Basaglia*, in *Fogli di Informazione*, 2008, 5-6, 202.

²⁶⁹ O. DE LEONARDIS, T. EMMENEGGER, *Le istituzioni della contraddizione*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 2005, 3, 27.

²⁷⁰ Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 211, in *Giur. cost.*, 1988, I, 795 ss.

²⁷¹ E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, cit., 5959 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 337.

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.

Limitando il campo di analisi ai trattamenti sanitari obbligatori relativi alle malattie mentali, gli unici che peraltro trovano una disciplina "procedurale" all'interno della legge n. 883/1978, si può affrontare il problema della compatibilità al dettato costituzionale delle condizioni che consentono l'imposizione dei trattamenti sanitari (ovvero il ricovero coatto in ospedale) 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.

Tali condizioni si desumono dall'analisi dell'art. 32 Cost., disposizione, che, nella lettura ormai consolidata della dottrina²⁷² e della giurisprudenza costituzionale²⁷³, legittima l'imposizione di un determinato trattamento sanitario, stabilito per legge, solo quando sia in gioco contestualmente 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 natura²⁷⁴: 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,

²⁷² C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 439 s.; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, cit., 110 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 174 ss.; S.P. 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.

²⁷³ In particolare Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, cit.

²⁷⁴ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 169 e 172 ss.

volta essenzialmente a proteggere i valori che integrano il profilo assiologico della persona umana.

È evidente infatti che il trattamento coattivo, laddove fosse sufficiente la finalità di conservare la salute individuale, 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 ultranei.

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 trattamenti coattivi in materia di salute mentale alla luce dei parametri costituzionali ne emerge un quadro critico.

Appare infatti sfuggente quell'interesse alla tutela della salute collettiva tale da giustificare l'imposizione di un trattamento ad un soggetto con sofferenza psichica²⁷⁵: la disposizione richiamando tale interesse si riferisce, secondo l'orientamento prevalente, alla salute dei terzi, che configura un interesse diretto della collettività tale da giustificare l'imposizione di un obbligo da parte del legislatore. In questi limiti risulterebbe quindi indubbiamente legittimo un determinato intervento che fosse diretto a prevenire o curare malattie contagiose o epidemiche, le quali, in caso di diffusione, potrebbero determinare un grave danno alla salute collettiva.

²⁷⁵ D. VINCENZI AMATO, *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.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 903 s.; 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».

In sintesi: quando la libertà di autodeterminazione del singolo si confronta con gli interessi della collettività, o meglio degli altri consociati, a non venire lesi nella propria salute, tale conflitto non può risolversi – in presenza di espressa previsione di legge e nei limiti del rispetto della persona – che con la prevalenza dell’interesse collettivo.

Laddove, nelle malattie infettive, l’interesse della collettività appare tangibile e cogente la necessità di tutelarla, diversamente, in relazione al fenomeno della sofferenza psichica, tale interesse si mostra sfuggente e difficilmente inquadrabile in un contesto che voglia apparire coerente con le finalità puramente sanitarie perseguite dal trattamento obbligatorio²⁷⁶.

Se infatti, come ritiene autorevole dottrina²⁷⁷, presupposto della legittimità della misura sanitaria, è la sussistenza di un nesso diretto tra la salute individuale, *ergo* la condizione patologica del singolo²⁷⁸, e l’interesse alla tutela della salute della collettività, ovvero la salute dei terzi specificamente o genericamente individuati, allora tale connotato di immediatezza – in senso logico e non temporale – viene a qualificare non solo il rapporto salute individuale/salute collettiva, ma anche la natura dei riflessi dell’una verso l’altra.

Tale nesso si viene a caratterizzare dunque nei termini di un rapporto di causa/effetto che inerisce alle ripercussioni dirette della salute individuale su quella collettiva, senza che possano assumere rilievo eventuali manifestazioni indirette – ossia non correlate alla diffusività della patologia – della condizione del singolo, le quali peraltro non abbiano carattere strettamente incidente sulla salute.

Ragionando in questi termini la tutela dell’integrità fisica dei terzi, messa a rischio da quelle condotte materialmente lesive che siano estrinsecazione della condizione

²⁷⁶ Così B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 69-70 per cui «se l’interesse che viene perseguito nel disporre il trattamento sanitario obbligatorio non può essere rilevato in maniera precisa, se permane cioè il dubbio che il trattamento – in particolare il ricovero coatto del malato di mente – attui interessi relativi all’ordine ed alla sicurezza pubblica, piuttosto che interessi collettivi relativi alla salute collettiva ed alla cura di quella individuale, non potrà dirsi soddisfatta quella che è la prima esigenza da rispettare ai fini della legittimità costituzionale di ogni intervento legislativo in materia, e precisamente la certezza di una finalità rigorosamente sanitaria del provvedimento».

²⁷⁷ L. CARLASSARE, *L’art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L’amministrazione sanitaria*, cit., 110 ss. la quale pur dubita sulla latitudine interpretativa del concetto di “diretta” influenza della condizione individuale rispetto all’interesse alla salute collettiva.

²⁷⁸ Condizione patologica la cui incidenza sulla salute collettiva, come dimostra la giurisprudenza in materia di vaccinazioni obbligatorie, può essere considerata rilevante non solo in termini immediati, ma anche in una prospettiva futura, in relazione all’alta probabilità di diffusione e contagio della malattia che si intende prevenire.

patologica del malato di mente, non si potranno considerare integranti l'interesse collettivo alla salute, quanto piuttosto il diverso interesse alla sicurezza pubblica²⁷⁹.

La giurisprudenza, ormai consolidata, insegna infatti come il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività esiga 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»²⁸⁰, per cui è nell'«interesse collettivo alla salute» che si rinviene il fondamento e il presupposto del trattamento e non nell'«obbligatorietà in quanto tale (...), la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse»²⁸¹.

È pur vero che anche la condotta violenta del soggetto affetto da disturbo bipolare o da schizofrenia può comunque provocare un danno alla salute dei terzi, concretantesi in quella che in termini penalistici si definisce «lesione»²⁸², tuttavia tale constatazione non regge alla prova del criterio costituzionale, nella misura in cui la lesione è tale in quanto ne consegue una malattia, e non l'inverso. Sicchè il bene protetto dall'ordinamento, in questa ipotesi, è primariamente l'interesse all'incolumità individuale, e solo di riflesso la tutela della salute dell'individuo²⁸³.

Per rafforzare tale tesi si potrebbe richiamare quella giurisprudenza penale che qualifica l'infezione da hiv, contratta tramite rapporto sessuale, come condotta integrante lesione colposa o, in caso di decesso, omicidio colposo²⁸⁴. Sebbene, nel caso di specie, vi sia il carattere della diffusività della malattia (ovvero un nesso diretto tra salute individuale/collettiva), la Corte costituzionale, nel pronunciarsi in merito all'accertamento obbligatorio della patologia, non ha confuso i piani, rilevando come

²⁷⁹ Da un punto di vista oggettivo, la pubblica sicurezza può essere definita come quella funzione che consente agli individui di vivere tranquillamente nella comunità e di agire in essa per manifestare la propria individualità e per soddisfare i propri interessi. In giurisprudenza Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 21, in *Foro it.*, 2010, 1, 4, 1119 secondo cui tale nozione «non si esaurisce nell'adozione di misure relative alla prevenzione e repressione dei reati, ma comprende la tutela dell'interesse generale alla incolumità delle persone». In dottrina T.F. GIUPPONI, *Nascita e trasfigurazione di una materia trasversale. Il caso della "sicurezza"*, in *Le Regioni*, 2010, 1118 ss.

²⁸⁰ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, *cit.*

²⁸¹ Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Giur. cost.*, 2000, 1773; Corte cost., 16 ottobre 2000 n. 423, *ivi*, 2000, 3166; Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *Ced Cassazione*, 2012.

²⁸² Lesione da cui deriva una malattia, integrata da ogni alterazione fisica o psichica che può manifestarsi sia in una modificazione anatomica sia in una compromissione funzionale del corpo umano. Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*¹⁵, I, Giuffrè, Milano, 2008, 76 s.

²⁸³ Così espressamente G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, t. I, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna, 2010, 54 s.

²⁸⁴ Si rinvia ad L. MASERA, *Contagio da Aids e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1180 ss.

«le simmetriche posizioni dei singoli [espresse nel principio del *neminem ledere*] si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo. L'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse»²⁸⁵.

Vi è da sottolineare come la Corte costituzionale abbia inteso distinguere tra l'interesse alla tutela preventiva dei terzi, che ha ad oggetto la lesione alla sfera fisica della persona determinata dalla trasmissione della malattia, e l'interesse comune alla salute collettiva il quale pare assumere connotati organici e relazionali, che non si esauriscono nell'interesse generale, burocraticamente gestito da organismi istituzionalmente competenti alla tutela della sanità pubblica²⁸⁶.

Comunque, giustificare, in virtù del parametro costituzionale, la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori verso persone con sofferenza mentale appare dunque come tentare di risolvere il rompicapo del cubo di Rubik, le cui diverse componenti non trovano quasi mai una soluzione unitaria e conciliante²⁸⁷.

Se infatti si volesse prescindere dal criterio della contestuale e diretta incidenza del trattamento sulla condizione individuale e sull'interesse collettivo alla salute, si verrebbero a determinare scenari e ad affermare principi non compatibili con l'attuale assetto costituzionale.

²⁸⁵ Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, in *Giur. cost.*, 1994, 1812.

²⁸⁶ Sul punto vedi infra §. 3.5.

²⁸⁷ Tuttavia, nonostante i profili critici indicati, la disciplina in commento rappresenta 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 nel contesto sociale.

Prospettiamo dunque che il trattamento coattivo sui malati mentali possa essere disposto sulla base del solo interesse collettivo alla salute, chiaramente trasfigurato nella prospettiva della tutela dalla pericolosità²⁸⁸ insita nella condotta sconsiderata del folle.

Tale prospettiva farebbe rientrare in circolo, nell'ordinamento, la tossina della pericolosità, quale stigma che ha connotato (e purtroppo connota ancora) la figura del sofferente psichico nella percezione sociale. Si tratterebbe inoltre di una lettura di corto respiro che non trova fondamento nella scienza psichiatrica²⁸⁹ e che ha subito un lento sgretolamento, sino a divenire residuale, anche in ambito penalistico²⁹⁰.

Prevedere infatti che un determinato gruppo di persone, in virtù di loro presunte e più o meno permanenti caratteristiche biologiche, sia portatore di un disturbo cronico che li rende sempre e comunque “socialmente pericolosi”, costituisce la premessa per la rinnovata adozione di misure restrittive volte a finalità di prevenzione sociale.

E, in ogni caso, l'assoggettare una persona ad una misura di carattere sanitario per perseguire l'esclusivo interesse della collettività comporterebbe comunque una strumentalizzazione del soggetto verso finalità ad esso ultranee, riducendolo ad un mezzo o, ancor peggio ad un oggetto²⁹¹, in aperto contrasto con il principio personalistico affermato in Costituzione.

In questo modo la persona verrebbe ad essere cosificata, trasmutandosi progressivamente nella cosa pericolosa, da tenere sotto controllo, riconoscibile solo

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ A. BARBATO, *Violenza e disturbi mentali: cosa dicono i dati ?*, in G. DODARO (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011, 177 ss.; Con toni differenti si rapportano in senso critico al concetto di pericolosità G. BRUGNOLI, *Il comportamento criminale violento è un disturbo psicopatologico ?*, in P. PANCHERI (a cura di), *Psicopatologia dell'aggressività e della violenza*, Scientific Press, Firenze, 2005, 465-504; V. LUSETTI, *La pericolosità del malato di mente*, Edizioni universitarie romane, Roma, 2013, 143 ss.; R.I. SIMON, K. TARDIFF (a cura di), *Valutazione e gestione della violenza. Manuale per operatori della salute mentale*, Springer, Milano, 2014, 3-14.

²⁹⁰ Sul punto si vedano le riflessioni del §. 2.6. È bene sottolineare con realismo come la pericolosità «come tutti gli altri rimossi, però, tend[a] a comportarsi come un “perturbante”, e ad a farlo precisamente nel senso freudiano del termine; infatti la pericolosità è un concetto del quale, in psichiatria, nessuno parla nella sfera della teoria, ma a cui tutti pensano costantemente nella propria pratica professionale quotidiana, per lo più in maniera inconscia e comunque sempre inconfessata. Ciò avviene ovviamente con importanti conseguenze negative, che ciascuno può facilmente immaginare». Cfr. V. LUSETTI, *La pericolosità del malato di mente*, in *Etica & Politica*, 2014, 1, 686.

²⁹¹ Sulla storia dei rapporti di potere e relazioni d'oggetto vedi M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1976, 27 ss.

attraverso le categorie nosografiche della medicina (bipolare, schizofrenica, iperattiva), etichette che vengono progressivamente a sostituire la persona, anzi ne nascondono la realtà viva e complessa che è propria dell'esistenza.

Vi è poi l'ostacolo rappresentato dal dato normativo degli artt. 33 e 34 della legge n. 833/1978 in cui la pericolosità non appare, né può essere desunta da nessuna delle condizioni che rappresentano un motivo di ricovero obbligatorio.

Nella legislazione psichiatrica, infatti, l'idea lombrosiana²⁹² della necessità di prevenire un'ipotetica pericolosità sociale presunta della persona con sofferenza psichica attraverso l'internamento coattivo nell'ospedale psichiatrico, è stata completamente superata dalla legge n. 180/1978 la quale, come già accennato, non fa più alcun riferimento al tema della pericolosità come motivo per l'applicazione di misure sanitarie, indicando requisiti che esulano totalmente da qualsiasi esigenza di sicurezza sociale: non vi fa cenno né in termini di pericolosità sociale presunta di lungo periodo, né prevedendo, come in sede penale, una valutazione psichiatrica della pericolosità clinica attuale. Sicché la via tracciata dalla giustificazione data dalla pericolosità risulta preclusa, in quanto, a differenza del reo prosciolto per infermità mentale e socialmente pericoloso, «al comune malato di mente non è riferibile (...) la commissione di alcun reato (...) e tanto basta a legittimare il differente trattamento normativo»²⁹³.

L'alternativa è dunque di 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 per la società e di farsi curare per il singolo²⁹⁴.

Tale ricostruzione desume dalla contrapposizione del momento pubblicistico con quello puramente individualistico, presente nel primo comma dell'art. 32 Cost., la produzione

²⁹² Vi è da rammentare che la pericolosità, cui faceva riferimento la legge del 1904, era intesa come una condizione avente una base medica e biologica, s'intendeva quindi come *connaturata alla malattia*, ed in quanto tale, *persistente* nel tempo.

²⁹³ Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139, in *Giur. cost.*, 1982, 1191; sull'incompatibilità, anche strutturale della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, che presuppone l'accertamento della pericolosità, e il trattamento sanitario obbligatorio si veda Trib. Reggio Emilia, dec. 15 marzo 2012, est. Ramponi, in *www.ilcaso.it*

²⁹⁴ 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.

di un limite giuridico all'esercizio del diritto individuale alla salute, a cui può corrispondere l'imposizione di un obbligo di curarsi.

Si profila in questi termini la configurabilità di un dovere alla salute²⁹⁵, che trova attuazione nell'atteggiamento paternalistico dello Stato il quale impone trattamenti sanitari nell'interesse dell'individuo, che, per far fronte ai suoi doveri di solidarietà verso la società, non può sottrarsi.

Il diritto alla salute trova fonte nei principi generali sul valore della personalità umana fissati negli artt. 2 e 3 Cost., costituendone sviluppo immediato, sicché il rapporto tra la proclamazione dell'inviolabilità dei diritti fondamentali e la corrispettiva imposizione di doveri inderogabili di solidarietà si rifrange nell'interpretazione dello stesso art. 32 Cost.: la qualificazione del bene salute come fondamentale interesse della collettività implica necessariamente un dovere di solidarietà sociale, che impone all'individuo di salvaguardare la sua salute, per tutelare quella della collettività²⁹⁶.

In questi termini, l'autodeterminazione, come potere di disporre di sé, trova il correlato limite nell'idea di responsabilità, che è categoria di sanzione della libertà: una responsabilità che però non si può tradurre in pena né in risarcimento, perché soggetto attivo e soggetto passivo di essa coincidono, diventa per forza di cose una forma di auto-responsabilità come parametro di valutazione di una libertà che deve essere correttamente esercitata. Questo concetto di libertà della persona umana, peraltro, non manca di ripercuotersi sulla considerazione costituzionale delle libertà, permettendo «la salvaguardia del massimo di garanzie con il massimo di integrazione sociale della persona considerata nel suo momento di libertà»²⁹⁷.

Nel quadro dei principi così interpretati, è evidente che la realizzazione della persona cui tende l'ordinamento non è immaginabile al di fuori dei limiti e delle potenzialità che

²⁹⁵ E. CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, 1975, 1007 s.; M. SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 408 ss.; P. BELLINI, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, 1983, 64 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona*, Napoli, 1983, 141 ss., spec. 147; C. MONTANARO, *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari «non obbligatori»)*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1172 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, «Vita» e sistema dei valori nella Costituzione, cit., 147 ss.

²⁹⁶ G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 20 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., 1045 s.; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, 15 ss.

²⁹⁷ G. LOMBARDI, *Persona umana (libertà della)*, in *Nss. Dig. It.*, XII, Utet, Torino 1968, 1082.

sono proprie delle relazioni sociali, intessute di legami di solidarietà²⁹⁸. Così l'art. 2 Cost, se con l'affermazione dei diritti inviolabili pone le condizioni fondamentali per l'integrazione degli individui, attraverso l'esplicita previsione dei doveri di solidarietà delinea i mezzi per creare le condizioni sociali necessarie per il libero sviluppo delle personalità. L'adempimento dei doveri non si rappresenta dunque come pura limitazione dei diritti inviolabili, configurandosi altresì come strumento di realizzazione della persona nel contesto di uno svolgimento organico delle relazioni sociali.

Se la solidarietà funge da misura dei doveri costituzionali, rappresentando «il margine contenutistico all'attività di limitazione dell'autonomia individuale»²⁹⁹, e non viceversa, proprio gli articoli della Costituzione che disciplinano il catalogo dei doveri inderogabili possono delineare i percorsi espansivi della personalità, pur in un contesto di equilibrio e di coesistenza con altri valori costituzionali.

Intervenire nell'esclusivo interesse dell'individuo, per tutelarne la salute, appare dunque espressione di una solidarietà dovuta dalla società nei confronti del singolo e, viceversa, dal singolo nei confronti della società. Per cui l'ammettere che la legge possa prevedere trattamenti sanitari obbligatori purché non oltrepassino i limiti del rispetto della persona umana, esclude che un trattamento possa essere irrispettoso di tale vincolo per il solo fatto di essere contrario alla volontà del paziente, nella misura in cui ne consente ed espande la tutela della salute.

Così il contenuto precipuo del limite espresso nel comma secondo dell'art. 32 assume un significato pieno solo se rivolto anche verso l'individuo stesso, come limite ultimo alle sue scelte, fungendo da argine ad un'eventuale degradazione della propria condizione di umanità, che conduce quindi ad interpretazione della salute come bene *in sé*, quale interesse più ampio e superindividuale da proteggere in modo oggettivo³⁰⁰.

La prospettiva proposta, pur animata da intenti solidaristici, appare non condivisibile poiché espone al rischio di una pericolosa sostituzione della libera scelta individuale con

²⁹⁸ F. PIZZOLATO, *Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, 767 ss.; L. VIOLINI, A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 185 ss.

²⁹⁹ F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., 225; sul dovere al lavoro vedi A. NEGRONI, *Libertà personale e trattamenti sanitari obbligatori in caso di infortuni sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 2, 364 ss.

³⁰⁰ C. PANZERA, *Un diritto tra i doveri ? Lo «strano caso» del diritto alla salute*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice della Leggi*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, cit., 438 ss., specie 454.

le valutazioni compiute dall'autorità pubblica circa l'idea di benessere della persona e, in generale, su ciò che è ritenuto il *best interest* per la stessa. In un contesto del genere, difatti, la partecipazione alla vita economica, sociale e politica – che si concreta attraverso l'adempimento di doveri economici, sociali e politici (ex artt. 2, 3, 2° co. e 4, Cost. – si verrebbe a tramutare da spontanea e consapevole in imposta e obbligata, aprendo una «pericolosa breccia con sviluppi imprevedibili»³⁰¹.

Sul piano logico, la deriva del beneficiarismo diviene inevitabile per l'intreccio tra i diversi piani: per cui si potrebbe trascorrere dal trattamento obbligatorio per la malattia infettiva («ti devi curare per non danneggiare gli altri») a quello per la malattia mentale («ti devi curare perché non capisci che ti serve»), sino a giungere alla negazione dell'autonomia della persona, imponendo trattamenti in caso di malattia oncologica, nefrologica, endocrino-metabolica («ti devi curare altrimenti muori»)³⁰². Si tratterebbe comunque di una scelta in palese contraddizione con i principi cardine del nostro ordinamento costituzionale.

La stessa giurisprudenza costituzionale non pare apporti argomenti decisivi a favore della ricostruzione qui criticata, specie nelle pronunce richiamate a sostegno³⁰³: si tratta infatti di casi (quelli dell'obbligo delle cinture di sicurezza o dell'uso del casco) che toccano in maniera indiretta e tangenziale il nucleo duro del diritto alla salute, venendo ad affermare principi che la Corte stessa si premura di limitare e circoscrivere con estremo rigore. In questa prospettiva il giudice costituzionale ha considerato insussistente la violazione dell'art. 32 Cost. in relazione alle limitazioni imposte dalla prescrizione dell'obbligo del casco per i conducenti di motoveicoli, adducendo il principio – estensibile anche all'obbligo delle cinture di sicurezza – secondo cui «la salute dell'individuo [è] anche interesse della collettività», conseguentemente la protezione della stessa consente di «ammettere una trascurabile limitazione della libertà personale (sentenza n. 20 del 1975), intesa come impedimento di fatto, che non costituisce in alcun modo costrizione (che deve essere fisicamente apprezzabile e

³⁰¹ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova 1974, 210.

³⁰² L. FERRANNINI, P.F. PELOSO, *I trattamenti senza consenso in psichiatria e in medicina tra norme, culture e pratiche. Appunti per una discussione*, cit., 30.

³⁰³ Corte cost., 16 maggio 1994, n. 180, in *Giur. cost.*, 1994, 1603 ss.; Corte cost., ord. 18 febbraio 2009, n. 49, in *Ced Cassazione*, 2009.

duratura), giacchè non impedisce il raggiungimento dello scopo per cui è concepito l'uso dell'autovettura, e cioè quello del trasferimento da un luogo ad un altro»³⁰⁴.

Il *dictum* della pronuncia pare dunque sufficientemente chiaro nell'escludere la possibilità di configurare trattamenti sanitari obbligatori – non certo trascurabili quanto a limitazione della libertà della persona – al fine di tutelare esclusivamente la salute individuale, in mancanza di un contestuale interesse collettivo.

Entrambe le tesi esposte paiono contraddittorie rispetto ai principi costituzionali del personalismo e del pluralismo: se infatti le persone fossero strumenti e quindi mezzi per fini estrinseci a esse, allora si verrebbe a delineare uno stato organico, intendendo per questo uno stato che ha fini al di là dei fini dei suoi membri individuali. Ma un altro modo di mancare di trattare le persone come fini in sé è semplicemente quello di legiferare sul loro comportamento per il loro bene.

Se la libertà è un valore da promuovere e garantire, non rappresentando un esito, ma solo un inizio, ovvero l'atto con cui l'individuo si costituisce come autonomo, meritevole del rispetto³⁰⁵, allora essa non può essere conculcata rispettivamente per soddisfare esigenze collettive o per promuovere forme di paternalismo solidale, dovendo altresì trovare riconoscimento in un «diritto in equilibrio», in cui «ogni principio v[iene] predicato assieme al suo limite, ad ogni regola [è] posta un'eccezione ed ogni potere [è] attribuito assieme al suo contropotere»³⁰⁶.

3.5. Approccio delle capacità e finalità costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio

Il problema che è emerso nell'analisi sviluppata riguardo i criteri costituzionali che legittimano l'imposizione del trattamento obbligatorio è stato indicato nella dissolvenza dell'interesse collettivo laddove se ne ricerchino le tracce nel contesto della salute mentale.

³⁰⁴ In particolare Corte cost., ord. 18 febbraio 2009, n. 49, *cit.*

³⁰⁵ A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, 2010, 240 ss.

³⁰⁶ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, 62 ss.; anche G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986, 128 secondo cui «la complessità del diritto alla salute fa pensare che esso si veramente la proiezione della personalità umana verso quell'area di servizi che sono più prossimi alla vita fisica dell'individuo e nello stesso tempo alla convivenza fra gli individui».

Per tentare di superare tale incertezza, potrebbe essere utile adottare un approccio esegetico complesso, che guardi al piano della sostanza finalistica del trattamento obbligatorio e, al pari, cerchi nel tessuto costituzionale di individuare le garanzie giurisdizionali che ne rendono effettiva la funzione in un quadro assiologicamente orientato³⁰⁷.

Questo primo percorso porta a riconsiderare il processo di progressiva espansione del concetto di salute anche nella sua accezione costituzionale, comprensivo non solo del dato biologico, ma anche delle sfumature biografiche e ambientali che concorrono a definire quello stato di benessere che descrive la condizione di salute della persona.

Il superamento dell'idea riduttiva di salute – desumibile in negativo come mera assenza di malattia – e la sua qualificazione come «benessere globale» della persona consentono di inserire la salute tra gli elementi fondanti la personalità dell'uomo, in un'ottica di centralità dell'individuo all'interno del contesto sociale e dell'ordinamento giuridico³⁰⁸.

In tale prospettiva entrano quindi in gioco anche gli aspetti psicologici ed esistenziali dell'individuo, sicchè la «gestione» del capitale salute viene ad abbracciare un orizzonte ampio tale da permettere alle persone di *«tirer le meilleur parti possible en leur assurant un environnement salubre, en leur offrant des contacts humains affectifs et en leur garantissant un égal accès aux soins les meilleurs»*³⁰⁹.

La complessa rete di situazioni protette che fa capo alla tutela della salute consente altresì di ricostruire il concetto di interesse collettivo alla salute in una dimensione del diritto «intesa come inerenza di questo alla persona umana considerata all'interno di dinamiche relazionali»³¹⁰.

Limitare quindi l'interesse collettivo, in relazione all'applicazione dei trattamenti sanitari obbligatori, alla prevenzione o tutela dalle ripercussioni di tipo fisico-biologico che la condizione patologica del singolo potrebbe ingenerare sugli altri membri del corpo sociale³¹¹, rappresenta un'opzione interpretativa limitata, non tenendo nel dovuto

³⁰⁷ Su questo aspetto si rinvia al §. 3.9.

³⁰⁸ V. DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, cit., 132 ss.

³⁰⁹ J.S. CAYLA, *La santé et le droit*, in *Riv. droit. sanit. soc.*, 1996, 282; P.A. MOLINARI, *Le droit à la santé: de la solennité des énoncés aux enjeux de l'exercice*, in *Riv. int. leg. san.*, 1998, 49, 1, 41-57.

³¹⁰ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 40.

³¹¹ Da qui il riferimento classico in dottrina alle malattie contagiose vedi L. CARLASSARRE, *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 105; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 173.

conto il fatto che la salute è soprattutto condizione dinamica di equilibrio, fondata sulla capacità del soggetto di interagire positivamente con l'ambiente circostante.

In questi termini se anche la sofferenza mentale non comporta una diretta lesione della salute in senso biologico, determina spesso tuttavia gravi disequilibri, a volte con effetti patogenici, sulle persone che costituiscono il contesto familiare o sociale con cui interagisce il malato.

Avere un figlio, un fratello o il coniuge con grave sofferenza mentale determina una radicale trasformazione delle proprie prospettive di vita, trovandosi esposti a dover misurare la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze del familiare, con tutti gli ovvi sacrifici che ne conseguono sul piano personale, economico e di aspettative esistenziali: conseguenze che finiscono per determinare, a volte, dei veri e propri "rovesciamenti forzati dell'agenda" di vita, la cui incidenza sulla salute non può essere certo disconosciuta³¹².

Per non ingenerare fraintendimenti, si intende sottolineare, in modo netto, che non si sostiene la tesi per cui la malattia mentale, di per sé stessa, avendo un effetto "perturbante" sugli equilibri familiari e micro-sociali, giustifica l'adozione di

³¹² G. DELL'ACQUA, D. VIDONI, P. ZANUS, *Servizi, carico familiare e disturbo mentale. Informazioni, organizzazioni, reti, aiuto reciproco*, in www.triestesalute.it, 1998 che sottolineano «Ci si è chiesti quali siano gli effetti di una malattia sugli altri membri (quelli sani) della famiglia, si sono studiate le reazioni a breve e lungo termine alla convivenza spesso prolungata, con un figlio, un *partner* o un fratello/ sorella affetti da un disturbo mentale, ma anche da altri tipi di malattia. Si è visto che il carico di una famiglia è in relazione inversamente proporzionale con le sue abilità sociali (capacità di rapportarsi correttamente con le istituzioni, di comunicare, di usare di tutte le risorse a disposizione, di dimostrare contrattualità): queste variano in relazione con le aspettative ma soprattutto con l'età, il genere, la classe sociale e il grado di istruzione. È evidente la difficoltà di misurare quantitativamente una serie così complessa e concatenata di variabili, ma nello stesso tempo la ricchezza di una ricerca che tanto s'intreccia con elementi culturali. Un primo tentativo è stato reso possibile dall'introduzione della distinzione, didattica ma utile, tra carico "oggettivo" e "soggettivo": per carico oggettivo s'intende il costo diretto ed indiretto della malattia, i suoi costi economici, la necessità spesso di cambiare casa o dover acquistare una nuova casa, le ore di lavoro perse o, soprattutto per le donne, il dover rinunciare al lavoro od alla progressione di carriera, il tempo erogato nell'assistenza, la mancata autonomizzazione del figlio che resta a lungo dipendente, le spese in procedimenti civili e penali. Per carico soggettivo, legato alla sofferenza individuale per il "lutto" di un figlio desiderato e fantasticato in un modo tanto diverso dalla realtà, s'intende l'ansia, la frustrazione, l'impossibilità di programmare il futuro, la colpa, la vergogna. È osservazione frequente che soprattutto per le donne i due diversi livelli del carico tendono spesso a sommarsi e ad amplificarsi. (...) Le famiglie che hanno un figlio/a affetto da problemi mentali, ma abbiamo riscontrato gli stessi sentimenti in famiglie con figli tossicodipendenti, spesso hanno pochi amici, il proprio tempo libero è ristretto al massimo o condizionato fortemente; sviluppano spesso vissuti di apprensione, di perdita di speranza, di impotenza e frustrazione. Avvertono che molto dipende da loro, ma spesso non sanno cosa fare o come muoversi, nemmeno rispetto a una progettazione minima nel corso della giornata, sentendosi sempre in gioco, in un perenne stato di ipercoinvolgimento. Nella contemporanea difficoltà di ciascuno è il senso, l'origine, della confusione comunicativa». Più in generale, P. DELL'ACQUA, *Fuori come va ? Famiglie e persone con schizofrenia. Manuale per un uso ottimistico delle cure e dei servizi*, Feltrinelli, Milano, 2010, 62 ss.

trattamenti coattivi, ma al contrario, leggendo con attenzione nelle pieghe della realtà, si può constatare come l'emergere di uno stato di acuzie nel malato di mente può determinare, specie se cronicizzato, effetti devastanti sulle persone che lo circondano, la cui prevenzione costituisce un evidente interesse della collettività, declinato nei termini di interesse alla tutela della salute. In questo senso, come rilevato da autorevole dottrina pur in un contesto diverso, «l'interesse collettivo si costruisce autonomamente nel legame specifico e rilevabile con un determinato gruppo di soggetti: anzi, è proprio questa relazione che ne fonda la peculiarità e ne costituisce l'essenza (...) L'interesse collettivo alla salute si pone infatti come l'interesse alla salute di una collettività entro un ambito ambientale determinato, traducendo anche sul piano giuridico formale quel legame tra salute e ambiente che è evidente sul piano della realtà sociale»³¹³. Ciò non significa che si voglia giustificare attraverso forzature interpretative la persistenza, nel nostro ordinamento, dell'istituto del trattamento sanitario obbligatorio, ma al contrario si vuole dare atto che affermarne semplicemente l'illegittimità costituzionale ha un'efficacia pari a quella delle celebri “grida” di manzoniana memoria, espressione di una posizione di principio senza conseguenze pratiche. È, da questo punto di vista, più costruttivo – per quanto possa sembrare arduo – definire percorsi che tentino di dare ai trattamenti e alla loro disciplina di dettaglio un'interpretazione costituzionalmente orientata, in grado di bilanciare i delicatissimi diritti che vi sono coinvolti.

Vi è inoltre un secondo aspetto, concernente l'interpretazione dell'interesse collettivo, che consente di superare le criticità evidenziate nel paragrafo precedente: si tratta di accogliere la lettura – depurata da ogni venatura paternalistica – che veda nella salute del singolo un interesse della collettività³¹⁴, per aprirla ad una prospettiva in cui il linguaggio dei diritti si interseca e si completa con il lessico della capacità³¹⁵.

Abbiamo già sottolineato come l'approccio delle capacità si inserisca nella ricostruzione dei rapporti afferenti al diritto alla salute superando la prospettiva puramente difensiva, di limite negativo al potere statale, ricavandone non solo un decalogo di comandamenti

³¹³ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 81. Se l'Autrice si riferiva all'ambiente come contesto ecologico, le sue parole possono essere valide anche nel contesto del discorso sviluppato in questa sede, intendendo l'ambiente come l'insieme delle influenze dovute agli aspetti psico-sociali, rilevanti nel contesto familiare o comunitario. Cfr. G. BERTI CERRONI, G. GRAVA, *Tana libero tutti. Storie di vita in un Centro di Salute Mentale: pratica e teoria*, Franco Angeli, Milano, 2013, 13 ss.

³¹⁴ Corte cost., 27 maggio 1982, n. 104, in *Foro it.*, 1982, I, 1787; Corte cost., 16 maggio 1994, n. 180, cit.

³¹⁵ Si rinvia alle riflessioni sulla teorizzazione della Nussbaum di cui al §. 2.9. della sez. II del capitolo II.

negativi, ma anche un ventaglio di opportunità positive volte alla valorizzazione degli ottativi dell'individuo riconosciuti e tutelati dai diversi diritti. In questi termini il senso del combinato disposto tra l'art. 2 Cost. e il catalogo dei diritti fondamentali si rinviene nel rendere l'affermazione di ciascun diritto funzionale alla finalità di svolgimento della personalità del singolo.

In questo contesto la salute si pone come una delle condizioni fondamentali che consentono l'espansione della personalità, in quanto misura della salute è l'insieme delle opportunità, ovvero delle capacità, di far vivere e sviluppare – dal breve e temporaneo bagliore sino al pieno fulgore – le proprie risorse intellettuali e morali. La salvaguardia del benessere degli individui, in particolare di quelli esposti alla vulnerabilità e all'incapacitazione, costituisce quindi una pre-condizione al fine di evitare che si verifichino strappi alla libertà di scelta del singolo su questioni fondamentali.

Sostiene la Nussbaum che «il principale compito degli ordinamenti politici consiste nel rendere possibile la transizione da un livello iniziale di capacità ad uno più elevato. Ciò significa che il compito prioritario degli ordinamenti politici non può essere compreso a prescindere da (...) ciò che significa realizzarsi come esseri umani»³¹⁶.

Nel contesto sanitario, scopo del trattamento diviene quindi la conservazione e il recupero della capacità di esercitare e godere i diritti: dalla capacità di percepire e rivendicare il sentimento della propria dignità, intimità ed autonomia sino a quella di intessere relazioni personali, amicali ed affettive o di partecipare alla vita della collettività.

La possibilità di realizzare una vita fiorente, che sia espressione di capacità realizzate, è considerata non solo riflesso della realizzazione di bisogni ma anche della previa capacità di formulare bisogni, di interrogare la propria esistenza, scoprendo quali siano gli obiettivi e le dimensioni di vita da promuovere.

Ciò si traduce in una precisa direttiva che segna il verso dell'interesse collettivo, il quale deve favorire l'incremento delle capacità ovvero delle opportunità di scelta che il soggetto è in grado di compiere, laddove, «una volta che [lo spazio] di azione della persona [sia stato] predisposto in modo completo, in campi che vanno dalla vita e dalla

³¹⁶ M.C. NUSSBAUM, *Capacità personale e democrazia sociale*, cit., 40.

salute della persona alla sua completa partecipazione alle attività sociali, [comunque] la scelta di funzionare o non funzionare dovrebbe essere lasciata al singolo individuo»³¹⁷.

La cura, che è il fine perseguito con il trattamento sanitario obbligatorio, si prospetta come condizione che consente all'individuo di conservare la capacità di esercizio delle libertà, facoltà, poteri che attengono allo *status* costituzionale della persona; una volta ristabilita la salute come soglia minima di espressione delle capacità, come “diritto al diritto”, sarà possibile all'individuo decidere della propria esistenza trovando riferimenti in un ambiente sociale e in forme di sostegno istituzionale che non solo permettano, ma incalzino condotte e scelte volte ad espandere l'esercizio dei diritti.

Non si può negare che anche tale prospettiva si espone alla critica di conservare aspetti paternalistici, tuttavia questa obiezione potrebbe essere facilmente fugata, inquadrando la scelta del trattamento obbligatorio, nell'idea di matrice kantiana, che vede nel trattamento il mezzo e nella persona che vi è soggetta il fine, per cui in realtà la temporanea limitazione della libertà connessa alla misura sanitaria costituisce il mezzo per strutturare le condizioni che consentano alla persona di scegliere la vita che più desidera, senza sottostare a indebite forme d'ingerenza paternalistica.

Proprio a tal fine, «la tutela della personalità dell'infermo di mente deve essere costruita a partire dalla identificazione tra scopo di cura e reintegrazione della personalità dell'infermo, e dal primario diritto dell'infermo a essere curato, nel senso di essere aiutato e condotto, in tutto quanto sia possibile, al recupero della capacità di svolgimento della sua personalità»³¹⁸. Ciò esclude che, per perseguire tale scopo, sia sostenibile assoggettare la persona ad un perenne trattamento obbligatorio, finché questa non recuperi le proprie capacità di base, nella misura in cui una tale opzione finirebbe per cronicizzare le condizioni di incapacitazione in cui versa la persona.

Proprio, per tale motivo, l'art. 34 della legge n. 833/1978 concepisce il trattamento obbligatorio come *extrema ratio*, circondandolo di limiti e garanzie e assicurando, dopo di esso, la continuità terapeutica nel contesto dei servizi territoriali, che sono risorsa essenziale per rispondere in maniera modulata ad una gamma di bisogni e di necessità

³¹⁷ M.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, cit., 392. In questi termini l'approccio delle capacità ridefinisce la concezione pregnante di bene sostenuta nella filosofia di Aristotele, per optare verso una dimensione personale del bene in cui ogni individuo possa riconoscersi all'interno di in un progetto comune.

³¹⁸ P. ZATTI, *Infermità mentale e diritti fondamentali della persona*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 116.

individuali diversificate, a differenti livelli di complessità che presuppongono soluzioni negoziate.

Negare un percorso terapeutico, perché inizialmente imposto, costituirebbe la più grave ingiustizia commessa ai danni di chi ha un bisogno estremo di cura, traducendosi nella negazione di quella che Martha Nussbaum considera una sorta di meta-capacità umana: ricevere e dare cura sono infatti momenti essenziali nella vita di ogni essere umano per lo sviluppo di capacità umane fondamentali, come la capacità di avere stima di sé, di giocare e vivere con gli altri. Se la giustizia si misura con il metro delle capacità reali, ovvero in virtù delle libertà di fare ed essere ciò a cui si dà valore, una società giusta deve salvaguardare la libertà reale tanto di prestare che di ricevere cura.

Questa ricostruzione non sarà sicuramente soddisfacente per coloro che inseguono chimere o vivono in un mondo in cui il diritto è dottrina pura e i suoi concetti sono colpiti nella pietra filosofale, ma quando il diritto entra nella vita, il campo dell'interpretazione si amplia e si complica divenendo metafora viva di una regolazione giuridica che fa emergere gli aspetti condivisi della vita, e, al contempo i suoi inevitabili paradossi.

3.5.1. *Per chi viaggia in direzione ostinata e contraria*: i malati di mente e i tossicodipendenti

La condizione dei sofferenti psichici rispetto a quella dei tossicodipendenti è diversa e distinta sotto svariati profili, eziologici, patologici e sociologici, eppure nell'intreccio singolare delle esistenze l'assunzione di stupefacenti può divenire una "via di fuga" dal dolore insopportabile della propria condizione di disagio mentale, così come, viceversa, alla tossicodipendenza, nella sua forma di malattia cronica ad andamento altamente recidivante, si possono associare sindromi riferibili a patologie psichiche, oltre ai noti danni organici³¹⁹.

L'evoluzione della condizione giuridica del tossicodipendente, ed in particolare, delle forme di intervento sanitario nei suoi confronti costituisce l'occasione per domandarsi

³¹⁹ F. CARRIERI, O. GRECO, R. CATANESI, *Le tossicodipendenze*, Liviana, Padova, 1989, 90 ss.; I. MERZAGORA BETSOS, *Imputabilità, pericolosità sociale, capacità di partecipare coscientemente al procedimento*, in G. GIUSTI (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, IV, Cedam, Padova, 2009, 169 ss.; A. BONETTI, R. BORTINO, *Follia, tossicodipendenza e bisogni della persona. La doppia diagnosi tra psichiatria e dipendenze*, Franco Angeli, Milano, 2014, 52 ss.

se l'uso dello strumento coattivo sia ancora necessario, o rappresenti la contraddittoria eredità dello stigma sociale che tuttora viene associato al sofferente psichico.

Si deve rammentare che l'ordinamento italiano si è caratterizzato per la tendenziale imposizione obbligatoria di trattamenti sanitari per le tossicodipendenze, con oscillazioni tra il polo della coazione e quello del semplice obbligo³²⁰.

La prima disciplina legislativa in materia di stupefacenti, la legge 18 febbraio 1923, recepiva sostanzialmente i contenuti della Convenzione internazionale sull'oppio, stipulata all'Aja nel 1912, introducendo una regolamentazione fortemente repressiva della somministrazione, vendita e detenzione della droga, la quale considerava sostanzialmente lecito l'uso per fini personali. Questa impostazione aveva trovato conferma anche nel codice penale del 1930, che, attraverso le specifiche fattispecie di reato, intendeva tutelare la salute e l'ordine pubblico reprimendo il commercio delle sostanze stupefacenti, mentre quanto all'uso personale mostrava un'assoluta tolleranza, anche in considerazione del fatto che si trattava comunque di un consumo elitario riservato alle classi privilegiate.

Successivamente, con l'art. 12 del r.d.l. 15 gennaio 1934 n. 151, convertito nella legge n.1145 del 1934, contenente «Nuove norme sugli stupefacenti», venne introdotto il ricovero coatto dei tossicomani in case di salute.

Con il progressivo aumento del fenomeno dell'uso delle droghe, questa impostazione divenne sempre più insostenibile, e ciò portò il legislatore ad intervenire con la legge 22 ottobre 1954, n. 1041 che introduceva una disciplina sulla produzione, commercio e consumo degli stupefacenti estremamente repressiva, eliminando la distinzione tra la detenzione ai fini di cessione e quella per uso personale³²¹.

³²⁰ Sull'evoluzione legislativa G.M. FLICK, *Droga e legge penale: miti e realtà di una repressione*, Giuffrè, Milano, 1979, 55 ss.; F.C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Cedam, Padova, 1994, 42 ss.; E. CATELANI, *Profili costituzionali della cura e della riabilitazione dei tossicodipendenti*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990, 253 ss.; A. MANNA, *Legislazione «simbolica» e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, 2, 217 ss.; E. ROSSI, *Problemi di costituzionalità della nuova legge sugli stupefacenti: la necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1990, 677 ss.; R. VELACCIO, *Il consumo di droga e la Costituzione italiana. Contributo per una disciplina del consumo di droga più conforme ai principi costituzionali*, ivi, 1994, 54, 565 ss.; R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti fra libertà individuale e limiti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2010, 3-4, 451 ss.; in termini filosofici P. TINCANI, *Perché l'antiproibizionismo è logico [e morale]. Filosofia, diritto e libertà individuali*, Sironi, Milano, 2012, 159 ss.

³²¹ Sui profili di incostituzionalità della normativa del 1954 P. GIOLLA, *In tema di stupefacenti e parastupefacenti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 206 ss.; E. VISCIANI, *È delitto il consumo abusivo degli stupefacenti ?*, in *Riv. pen.*, 1954, II, 227 ss.; L. BRACCI, *È reato la detenzione di sostanze stupefacenti*

All'art. 21 della legge si prevedeva inoltre che il pretore, su richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza o di qualsiasi altro interessato e previo accertamento medico, potesse ordinare il ricovero in casa di salute o di cura o in ospedali psichiatrici, del tossicomane che, a causa di grave alterazione psichica per abituale abuso di stupefacenti, si rendesse comunque pericoloso a sè e agli altri o si comportasse in maniera tale da creare pubblico scandalo, affinché fosse sottoposto alla cura disintossicante.

Le analogie con la normativa sugli alienati del 1904 sono così palesi che pare quasi superfluo segnalarle. L'intento di tale disposizione era chiaramente custodialistico, essendo volto ad escludere il tossicomane dal contesto sociale, senza peraltro affrontare i problemi sanitari e sociali connessi a tale condizione³²².

La previsione del trattamento coattivo peraltro si inseriva coerentemente in una normativa che, per la prima volta, attribuiva al consumatore di sostanze stupefacenti uno *status* pari a quello dello spacciatore e del produttore, a prescindere dalle sue caratteristiche soggettive e dalla quantità oggettiva della sostanza detenuta.

L'anacronistica legislazione del 1954 venne superata dall'approvazione della legge 22 dicembre 1975, n. 685 che, pur confermando la sanzione dell'illiceità penale della detenzione di stupefacenti ad uso personale, conferiva rilievo agli aspetti di prevenzione, cura e riabilitazione del tossicodipendente in una dimensione prettamente medico-sociale³²³.

In tale ottica la predetta normativa, nel tentativo di articolare in modo equilibrato, secondo le esigenze dell'utilità sociale, gli interventi repressivi e quelli preventivi, ha previsto, in talune ipotesi e a determinate condizioni (art. 80, 1° e 2° co.), la non punibilità, ovvero l'esclusione dell'applicazione della sanzione penale nei confronti dell'assuntore di sostanze stupefacenti.

La legge del 1975 ha dato quindi una pur parziale risposta alla necessità di una regolamentazione che fosse efficace sul piano normativo nel contenimento dell'espansione del fenomeno droga, che aveva assunto già all'epoca i connotati di una

per uso personale ?, in *Giust. pen.*, 1957, II, c. 762 s.; ID., *Note alla legislazione penale sugli stupefacenti*, in *Arch. pen.*, 1957, I, 29 ss.; L. GERACI, N. JAEGER, *Note critiche alla legislazione sugli stupefacenti*, in *Riv. dir. pen.*, 1958, 63 ss.; F. INTRONA, *La disciplina degli stupefacenti nella legislazione vigente*, ivi, 1970, 533 ss.; G.M. FLICK, *Droga e legge penale: miti e realtà di una repressione*, cit., 169 ss.

³²² G.M. FLICK, *Droga e legge penale: miti e realtà di una repressione*, cit., 175 s.; E. CATELANI, *Profili costituzionali della cura e della riabilitazione dei tossicodipendenti*, cit., 255 s.

³²³ G. CAPUANO, *Il trattamento coattivo dei tossicodipendenti: rilievi critici*, in *Temì romani*, 1984, 58 ss.

emergenza sociale, e, al contempo, fosse sensibile al mutato atteggiamento nei confronti del drogato sempre più considerato un malato da curare piuttosto che un criminale da punire³²⁴.

Da notare, per quanto ci riguarda, la disciplina posta negli artt. 99 e 100 della legge del 1975, con cui si istituiva il trattamento obbligatorio per la tossicodipendenza.

Specificatamente l'art. 100 prevedeva che «l'autorità giudiziaria, premessi gli opportuni accertamenti e sentito in ogni caso l'interessato e il competente centro medico e di assistenza sociale, qualora ravvis[asse] la necessità del trattamento medico ed assistenziale, dispone[va] con suo decreto il ricovero ospedaliero, con esclusione degli ospedali psichiatrici, se assolutamente necessario, o le opportune cure ambulatoriali o domiciliari. In ogni caso l'autorità giudiziaria affida la persona da assistere al centro di cui all'art. 90, il quale compie gli interventi occorrenti e ne riferisce almeno ogni tre mesi all'autorità giudiziaria medesima. L'affidamento è disposto per la durata presumibile della cura e dell'assistenza volta al reinserimento sociale. Disposto il trattamento medico ambulatoriale, se l'interessato interrompe le cure e rifiuta di riprenderle, l'autorità giudiziaria può disporre il ricovero in idoneo istituto ospedaliero, con esclusione degli ospedali psichiatrici».

Il parallelismo con la disciplina dei trattamenti obbligatori previsti dalla legge 180/1978, anzi, sotto alcuni aspetti, si può sostenere che la legge del 1975 ne abbia anticipato direttive e principi ispiratori³²⁵: in primo luogo vi è stata la cancellazione della condizione della pericolosità e del pubblico scandalo, necessari per disporre il trattamento, sostituita dalle finalità socio-assistenziali di cura e riabilitazione; in via ulteriore il ricovero in ospedale – non in quello psichiatrico – poteva essere disposto solo se assolutamente necessario, dando comunque preferenza alle forme di intervento domiciliare ed ambulatoriale.

³²⁴ G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 186 s.

³²⁵ A. ROSSI, *La questione droga. Repressione, liberalizzazione, autodeterminazione*, in AA.VV., *Il testo unico delle leggi in materia di stupefacenti. Un'analisi critica*, Giuffrè, Milano, 1991, 17-18 che nota come con le leggi sulla tossicodipendenza del 1975, sulle malattie mentali e sull'aborto, il legislatore italiano abbia posto le basi materiali, culturali e giuridiche per l'autodeterminazione degli individui che versano in situazioni critiche, assegnando alla legge un compito diverso dal semplice vietare o facultizzare il compito di rendere meno impervio il cammino individuale verso l'autonomia.

Permaneva comunque il tratto paternalistico della disciplina che, in caso di interruzione della cura da parte del tossicomane, imponeva all'autorità giudiziaria di disporre l'automatico ricovero in idonea struttura ospedaliera³²⁶.

Vi è peraltro da rilevare come, nell'analizzare tale trattamento, si sia fatto riferimento alla figura dell'onere, anziché dell'obbligo o della coazione, nella misura in cui la cura e la riabilitazione del tossicodipendente presuppongono la persistenza di una collaborazione sia pur minima del destinatario, che deve dimostrare la volontà di liberarsi dalla propria dipendenza dagli stupefacenti. Tale collaborazione, in questo senso, si caratterizzerebbe come un «fare infungibile», quindi non coercibile, sicché essa potrebbe essere solamente incentivata in modo indiretto e non imposta con la forza³²⁷.

Tuttavia il medesimo discorso potrebbe farsi per le malattie mentali, laddove il rapporto terapeutico per esprimere tutte le sue potenzialità deve fondarsi sulla fiducia e sulla collaborazione tra medico e paziente.

Si potrebbe notare inoltre come tale ipotesi di trattamento coattivo ponesse gli stessi problemi, già analizzati in precedenza, relativamente all'identificazione dell'interesse collettivo alla salute lesa dall'assunzione degli stupefacenti. Escluso che esso potesse essere integrato dalle ripercussioni indirette della droga (prevenzione della criminalità, tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico), parte della dottrina ha fatto leva sulla tesi di «diffusività» della tossicodipendenza, quale forma di «malattia sociale»³²⁸.

Tuttavia pare più fondata la tesi opposta, sottolineandosi con Diana Vincenzi Amato, che, nel caso dei tossicodipendenti, non si potrebbe invocare «la possibilità di diffusione del vizio ad altri soggetti, attraverso la frequentazione o l'esempio dell'intossicato. Si tratterebbe, in realtà, non di capacità diffusiva della malattia in sé, ma di diffusione del vizio che sta all'origine della malattia»³²⁹.

In ogni caso la legge del 1975 ha subito nel corso degli anni ottanta rilevanti critiche che ne hanno constatato il sostanziale fallimento³³⁰, ad essa è succeduta la legge 26 giugno

³²⁶ G.M. FLICK, *Droga e legge penale: miti e realtà di una repressione*, cit., 184 ss.

³²⁷ E. CATELANI, *Profili costituzionali della cura e della riabilitazione dei tossicodipendenti*, cit., 263 s.

³²⁸ Così Corte cost., 22 febbraio 1983, n. 31, in *Giur. cost.*, 1983, I, 112 ss.; L. SPINELLI, *Prevenzione e repressione dell'uso della droga, alla luce dei principi costituzionali*, in *Iustitia*, 1973, 234 ss.; E. CATELANI, *Profili costituzionali della cura e della riabilitazione dei tossicodipendenti*, cit., 267 ss.

³²⁹ D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2° co., cit. 198.

³³⁰ L. PEPINO (a cura di), *Droga, tossicodipendenza, legge*, Franco Angeli, Milano, 1989; M. RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti. Verso la riforma della L. n. 685/1975*, Jovene, Napoli 1990, 15 ss.; C.

1990 n. 162, poi refusa nel Testo unico d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, emanato dal governo al fine di riunire e coordinare tutte «le leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza»³³¹.

La nuova disciplina legislativa si connota per l'originale intreccio tra misure terapeutiche e previsioni sanzionatorie, in quanto torna ad assoggettare a sanzione punitiva – anche se di natura principalmente amministrativa – il detentore di modeste quantità per uso personale non terapeutico, pur prevedendo l'alternativa della sottoposizione a trattamento riabilitativo che perde, tuttavia, la precedente caratteristica di obbligatorietà, per tramutarsi in una scelta volontaria del soggetto interessato, anche se “incentivata” dalla prospettiva di evitare le sanzioni punitive.

Senza voler operare forzati parallelismi³³², ci si potrebbe chiedere se l'evoluzione “mite” che ha subito il trattamento sanitario per la tossicodipendenza, dalla coazione alla obbligatorietà incentivata, non possa venire a connotare – *de jure condendo* – anche il trattamento per la salute mentale. O si ritiene che il sofferente psichico sia del tutto incapace di comprendere il proprio disturbo e non voglia “guarire”, oppure si deve prendere atto che la coazione può essere solo un mezzo residuale e recessivo, surrogabile nella maggior parte dei casi da interventi di natura puramente obbligatoria o da forme di “presa in carico” da parte dei servizi che sappiano prevenire l'insorgere di episodi di acuzie.

3.6. Il nodo della pericolosità: un crittotipo insuperabile ?

BARALDI, E. ROSSI, *Le politiche preventive*, in L. FAZZI, A. SCAGLIA, *Tossicodipendenza e politiche sociali in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2001, 83 ss.

³³¹ Sui problemi di costituzionalità della normativa del 1990 si veda E. ROSSI, *Problemi di costituzionalità della nuova legge sugli stupefacenti: la necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali*, cit., 680 ss.; C. SORGI, *Prime riflessioni operative sulla nuova legge in tema di tossicodipendenze*, in *Crit. dir.*, 1990, 16, 4-12; B. FARGNOLI, *Droga e tossicodipendenza. Aspetti sociali e giuridici con un commento alla legge 162 del 26 giugno 1990*, Giuffrè, Milano, 1990; R. VELACCIO, *Il consumo di droga e la Costituzione italiana. Contributo per una disciplina del consumo di droga più conforme ai principi costituzionali*, cit., 598 ss.; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 188 ss.

³³² Anche se V. ANDREOLI, *La testa piena di droga*, Rizzoli, Milano, 2010, 20 ss. si chiede «come [sia] possibile separare nettamente i problemi di base che sottostavano al consumo di droga o alla dipendenza, che è un comportamento legato esclusivamente alla sostanza e che è una patologia diventata mentale, dai casi psichiatrici?».

Il tema della pericolosità, espunto dalla legge, riemerge nel sentire comune ad ogni fatto di cronaca che vede coinvolta, nei panni del carnefice, una persona affetta da un disturbo mentale.

Anzi, scorrendo le pagine delle riviste giuridiche, emerge come anche tra i giudici aleggi pur sempre l'idea che nell'infermo di mente sia insita una pericolosità o quantomeno una propensione a cagionare danni a se stesso e/o a terzi, ricollegabile alla carenza o alla totale assenza di autocontrollo³³³.

La stessa condizione dell'urgenza, necessaria per imporre il trattamento obbligatorio, è stata interpretata, in alcuni casi, come sinonimo della pericolosità, per cui si è scritto in un decreto di convalida che «l'intervento definitivo terapeutico, e quindi necessario alla cura della patologia, può essere disposto obbligatoriamente solo in quanto l'alterazione psichica coincida con una pericolosità almeno per sè»³³⁴.

La pericolosità è infatti un concetto generico, potenzialmente carico di una pluralità di significati e quindi virtualmente polifunzionale; questi tratti hanno consentito di proporlo come polo in grado di canalizzare il bisogno emotivo di sicurezza della popolazione attraverso forme di etichettamento di determinati gruppi di persone considerate, nelle diverse epoche, come socialmente minacciose³³⁵.

Come abbiamo già raccontato, la pericolosità insieme al manicomio ha costituito uno dei due poli attorno a cui la psichiatria ha costruito il suo ruolo e la sua legittimazione istituzionale: la psichiatria si è proposta alla giurisprudenza penale come interlocutore privilegiato per i discorsi sulla libertà d'agire degli individui e soprattutto come gestore

³³³ Solo nell'ambito civilistico si veda Cass. civ., sez. III, 16 giugno 2005, n. 12965, in *Giust. civ.*, 2006, I, 72; Trib. Monza, 4 luglio 1996, *ivi*, 1997, I, 541.

³³⁴ Trib. Cagliari, decr. 9 luglio 2005, in www.personaedanno.it; in dottrina C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 191-192 che nota «ora, se si vuole affrontare con il dovuto candore la realtà, a me pare che, esclusa l'esigenza di reagire alla pericolosità, non rimanga altro per giustificare in nome della società l'intervento coattivo nei confronti del malato di mente. Giustifico l'orrore per la categoria pericolosità, ma solo per il fatto che in passato essa è stata intesa come un tutt'uno indifferenziato che accomunava sciaguratamente devianza e malattia mentale evocando l'idea connessa di difesa sociale, che è piuttosto quella che occorre abbandonare alla criminologia e al diritto penale. Una volta guadagnata la distinzione necessaria, nella concezione e nei mezzi, tra l'una e l'altra pericolosità, anzitutto perché quella del malato di mente mette a repentaglio in primo luogo lo stesso malato, mi pare altrettanto onesto non bandirla dal linguaggio analitico, con il rischio (...) di sotterfugi linguistici che non tengano più quando sia necessario chiamare le cose con il loro nome».

³³⁵ F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 6 s.; in ambito sociologico O. DE LEONARDIS, *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche*, in *Delitti e pene*, 1985, 323 ss.

di tutti quei soggetti pericolosi (o perlomeno indesiderati) di cui garantiva la custodia, il controllo e la cura esclusivamente attraverso la reclusione nelle istituzioni totali³³⁶.

È bene chiarire che la critica alla pericolosità non è tesa ad occultare o misconoscere, per principio ideologico, come, in determinate condizioni, le persone sofferenti di malattia mentale possano manifestare comportamenti violenti, ma semplicemente a segnalare come l'uso di tale concetto, dotato di evidente forza suggestiva, verrebbe a incidere troppo in profondità sulla condizione sociale delle persone, senza peraltro offrire uno strumento euristico in grado di risolvere i problemi posti dal diritto vivente.

Peraltro, anche nel settore criminologico e medico-legale, il concetto di pericolosità connesso all'infermità di mente, è stato oggetto di rilevanti critiche, sia per la scarsa correlazione riscontrata tra malattia mentale e pericolosità, sia perché le ricerche hanno dimostrato che il malato di mente pone in atto, il più delle volte, reati di modesto allarme sociale e che, statisticamente, la delittuosità di tali soggetti non è superiore a quella della rimanente parte della popolazione definita normale³³⁷. In questi termini la nozione di pericolosità sociale è stata definita come concettualmente amorfa ed è stata messa in crisi, in quanto: a) si basa su una lettura doppiamente stigmatizzante, nel senso di contaminata e confusiva, del comportamento delittuoso del malato mentale; b) si fonda su tecniche predittive e poco chiare; c) comporta una commistione di istanze terapeutiche e di neutralizzazione particolarmente infelice, che trova concreta espressione nella struttura dell'ospedale psichiatrico giudiziario, depositario dell'ambiguità connessa all'essere contemporaneamente malato di mente (e quindi da curare) e socialmente pericoloso (e quindi da neutralizzare)³³⁸.

Così la stessa prognosi di pericolosità, oggetto di perizia psicopatologica, non si è sottratta all'accusa di «apoditticità, di sommarietà e dunque, in buona sostanza, di ascientificità»³³⁹, mostrandosi come strumento di cui si denunciano la scarsa «affidabilità sul terreno della documentazione della prova, i rischi di

³³⁶ E. MONTANARI, *Il nodo della pericolosità tra psichiatria e diritto in Italia*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 2013, 1, 84-85.

³³⁷ G. PONTI, I. MERZAGORA, G. PONTI, *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, IX, 1987, 18-24; F. BRUNO, *La pericolosità sociale psichiatrica*, in F. FERRACUTI (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, XIII, Giuffrè, Milano 1990, 349 ss.; U. FORNARI, *Psicopatologia e psichiatria forense*, Utet, Torino, 1997, 152-153; U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 215 s.

³³⁸ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 216 e 222 s.

³³⁹ F. CARRIERI, R. CATANESI, *Psichiatria e giustizia: una crisi di crescita*, in A. CERETTI, I. MERZAGORA (a cura di), *Questioni sull'imputabilità*, Padova, 1994, 88-90.

strumentalizzazione e di degenerazione, fino a metterne in dubbio la sua stessa ragione d'essere»³⁴⁰.

È nell'ambito penalistico, ove la pericolosità continua a ricoprire un ruolo nella strutturazione di diversi istituti, che si è progressivamente realizzato un processo di destrutturazione e relativizzazione del concetto stesso al fine di conformarlo al principio di legalità. Nell'originaria impostazione del codice penale, infatti, il sistema delle presunzioni di pericolosità costituiva il pilastro su cui si reggeva l'applicazione delle misure di prevenzione e di sicurezza, rispetto alla cui valutazione in concreto era lasciato scarso spazio all'accertamento da parte del giudice³⁴¹.

Le presunzioni *juris et de jure* di pericolosità sono state oggetto, sin dagli anni sessanta, dell'attenzione della Corte costituzionale che ha sviluppato una giurisprudenza non sempre limpida e lineare, tendendo soprattutto in una prima fase a salvaguardare l'architettura del sistema, ovvero il giudizio prognostico di pericolosità.

In questi termini, nella sentenza n. 19 del 1966³⁴², la Corte ha ribadito la legittimità in linea generale delle presunzioni di pericolosità, la cui previsione legislativa, fondata su comuni esperienze³⁴³, fosse del tutto ragionevole, sostenendo comunque che la restrizione della libertà personale in tal modo realizzata fosse conforme al precetto dell'art.13 Cost.

La Corte tendeva quindi a rintracciare nel rispetto del formalismo delle procedure uno strumento di garanzia rispetto all'applicazione di misure connotate da un alto grado di flessibilità.

Con la decisione n. 68 del 1967³⁴⁴, la Corte rilevava come il sistema di presunzioni non escludesse la possibilità per il giudice di emettere provvedimenti motivati, ovvero

³⁴⁰ F. DE FAZIO, S. LIBERTO, *La prassi della perizia psichiatrica*, in G. CANEPA, P. MARUGO (a cura di), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Cedam, Padova, 1995, 108.

³⁴¹ A. PACE, *Misure di sicurezza e pericolosità sociale presunta*, in *Giur. cost.*, 1966, 191 ss.; D. GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 214 ss.; G. CANEPA, *Accertamento e revisione della pericolosità sociale: la diagnosi psicologica*, in G. GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1987, 146 ss.

³⁴² Corte cost., 10 marzo 1966, n. 19, in *Giur.cost.*, 1966, 189 ss.; in dottrina I. CARACCIOLI, *Sulla legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1009 ss.

³⁴³ Corte cost., 10 marzo 1966, n. 19, *cit.* in cui per comune esperienza ci si riferisce al fatto che «lo stato mentale della persona sottoposta al giudizio, la sua minore età, la gravità del reato commesso, alcune particolari qualifiche attribuite dal giudice» facciano ritenere «probabile o temibile un futuro comportamento criminale».

³⁴⁴ Corte cost., 12 giugno 1967, n. 68, in *Giur.cost.*, 1967, 740 ss. con nota di G. VASSALLI, *Presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, *ivi*, 742 ss. che nota come «la pericolosità sociale

consistenti nell'enunciazione della sussistenza delle condizioni volute dalla legge. Dato, peraltro, il carattere di mera probabilità del giudizio prognostico di pericolosità, si doveva escludere che si potesse raggiungere una valutazione in termini di certezza, nemmeno riservandola al giudice.

Con la sentenza n. 1 del 1971³⁴⁵, la Corte ha aperto una prima breccia in un sistema sinora monolitico, dichiarando illegittimo l'obbligo del ricovero per almeno tre anni in riformatorio giudiziario per i minori degli anni quattordici che abbiano commesso un delitto, in quanto «la presunzione di pericolosità che negli altri casi previsti dal codice si basa sull'*id quod plerumque accidit* non ha fondamento allorchè si tratti della non imputabilità del minore degli anni quattordici, chè, al contrario, ben può dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna».

Il giudice costituzionale non ha quindi messo in dubbio l'automatismo legislativo in quanto tale, salvandolo attraverso il richiamo all'intervento giurisdizionale in funzione di garanzia sostanziale di apprezzamento personalizzato ed adeguato alla condizione individuale di pericolosità³⁴⁶. In questa prospettiva si è posta anche la sentenza n. 110 del 1974³⁴⁷ con la quale si sanciva come la competenza a revocare anticipatamente le misure di sicurezza dovesse essere attribuita al magistrato di sorveglianza anziché al Ministro della giustizia, come previsto ai sensi dell'art. 207, 3° co., c.p. In via consequenziale, ne derivava l'illegittimità della norma che impediva al giudice di revocare le misure di sicurezza prima del decorso del termine di durata minima stabilita dalla legge.

La svolta avvenne nel 1982³⁴⁸, quando la Corte costituzionale ebbe a dichiarare l'illegittimità degli artt. 204, 205, 2° co., e 221, 1° co., c.p. nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario

presunta, specie per quanto riguarda il minore e l'infermo di mente, [sia] infatti da tempo condannata sia dal sentimento di giustizia che dall'esigenza, ognora più avvertita, di una politica criminale seria e adeguata: la quale, per essere tale, ha bisogno di concretezza e di individualizzazione di giudizi; preferibilmente di giudizi resi dai giudici».

³⁴⁵ Corte cost., 20 gennaio 1971, n. 1, in *Giur. it.* 1971, I, 1, 473; G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, 8-9.

³⁴⁶ R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, cit., 60 ss.

³⁴⁷ Corte cost., 23 aprile 1974, n. 110, in *Giur. cost.*, 1974, 779.

³⁴⁸ Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139, in *Cass. pen.*, 1982, 1699. In dottrina G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, 1202 ss.; M. LUCIANI, *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 443 ss.

dell'imputato prosciolti per infermità psichica al preventivo accertamento, da parte del giudice della cognizione e dell'esecuzione, della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità al tempo dell'applicazione della misura. «L' "attualizzazione" del giudizio di infermità mentale ha rappresentato così il filo che ha condotto all'abolizione della pericolosità presunta del soggetto adulto totalmente inimputabile: autentica cruna dell'ago in un giudizio di costituzionalità che avrebbe potuto essere complessivo o più generale»³⁴⁹. Neppure con tale pronuncia, infatti, la Corte aveva rivisto le basi del sistema delle presunzioni di pericolosità, come dimostra la precisazione per cui, ad essere colpita dalla declaratoria di illegittimità, non è la tipizzazione legislativa di pericolosità, ma la «presunzione ulteriore» rinvenibile nell'art. 222 c.p., ovvero quella del «perdurare (non solo della pericolosità, ma) della stessa infermità psichica senza mutamenti significativi dal momento del delitto al momento del giudizio»³⁵⁰. In sostanza la Corte aveva eliminato solo la presunzione della persistenza dell'infermità mentale, ma non aveva intaccato in alcun modo la presunzione in base alla quale l'infermità psichica era da considerarsi come condizione presuntiva di pericolosità sociale.

Si può tuttavia rilevare come l'opera della giurisprudenza costituzionale abbia decostruito la piramide di presunzioni che connotavano il sistema penale: per cui la sentenza di proscioglimento per infermità faceva presumere la pericolosità; a sua volta la sussistenza dell'infermità al *tempus commissi delicti* determinava la presunzione della sua persistenza anche al momento della irrogazione della relativa misura di sicurezza, e dunque, la permanenza dell'infermità faceva presumere la pericolosità. «Quella piramide veniva sconvolta dalle fondamenta: se la presunzione può operare solo sul terreno della pericolosità e non su quello dell'infermità, e non solo al momento del giudizio sul fatto-reato, ma anche a quello dell'applicazione della misura di sicurezza, gran parte della ...pericolosità della presunzione viene meno»³⁵¹.

In questi termini, il sistema delle presunzioni di pericolosità non poteva dunque restare indenne dopo le pronunce della Corte costituzionale, che hanno trovato seguito nella

³⁴⁹ G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, cit., 1220.

³⁵⁰ Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139, cit. In dottrina, in senso critico, E. MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta* in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, 1584 ss.; V. FERRARI, *Il cielo dei concetti e le diaboliche applicazioni*, ivi, 1983, 169 ss. Dopo tale pronuncia si segnalano Corte cost., 27 luglio 1982, n. 140, in Giur. cost., 1982, 1231.

³⁵¹ M. LUCIANI, *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 449.

soluzione dettata dall'art. 31 della legge n. 663 del 1986, la c.d. legge Gozzini, che, nel disporre l'abrogazione dell'art. 204, ha previsto che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui che ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa»³⁵². La suddetta innovazione legislativa, seppure importante, interveniva in una fase nella quale ad essere entrata in crisi era la categoria stessa della pericolosità sociale, sia in termini di fondamento teorico che sotto il profilo della sua funzionalità pratica.

Non stupisce pertanto che a sancire il declino definitivo del concetto sia stata la Corte costituzionale, la quale, seppure con interventi calibrati, ha inciso in maniera irreversibile sul complesso normativo delle misure di sicurezza.

Un primo passo è stato compiuto a seguito della decisione della Corte che, con la sentenza n. 324 del 1998³⁵³, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, 1° e 2° co., c.p., nella parte in cui prevedeva l'applicazione anche ai minori della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, dell'art. 222, 4° co. e 206, 1° co., c.p., nella parte in cui si ammetteva la possibilità di disporre il ricovero provvisorio in un opg anche di minori.

La scelta del codice era incompatibile con i principi derivanti dagli artt. 2, 3, 27 e 31 Cost., in forza dei quali il trattamento penale dei minori deve essere improntato, sia per quanto riguarda le misure adottabili, sia per quanto riguarda la fase esecutiva, alle specifiche esigenze proprie dell'età minorile: il minore affetto da infermità psichica è infatti prima di tutto un minore, e come tale va trattato, tutelato nei suoi diritti in quanto persona in formazione, ed assistito, anche nell'ambito del sistema giudiziario penale³⁵⁴.

³⁵² Sul punto A. CALABRIA, *Le presunzioni di pericolosità nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima e dopo la legge abrogatrice del 1986*, in *Giur. cost.*, 1989, 377 ss.

³⁵³ Corte cost., 24 luglio 1998, n. 324, in *Cass. pen.*, 1998, 321 ss. In dottrina G. PANEBIANCO, *Il minore reo*, in S. PENNISI (a cura di), *La giustizia minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 2004, 94 ss.; D. PULITANÒ, *La giustizia minorile: dopo una battaglia vinta, quali prospettive ?*, in *Leg. pen.*, 2004, 186 ss.

³⁵⁴ Più in generale la Corte rileva che «una misura detentiva e segregante come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, prevista e disciplinata in modo uniforme per adulti e minori, non può certo ritenersi conforme a tali principi e criteri: tanto più dopo che il legislatore, recependo le acquisizioni più recenti della scienza e della coscienza sociale, ha riconosciuto come la cura della malattia mentale non debba attuarsi se non eccezionalmente in condizioni di degenza ospedaliera, bensì di norma attraverso servizi e presidi psichiatrici extra-ospedalieri, e comunque non attraverso la segregazione dei malati in strutture chiuse come le preesistenti istituzioni manicomiali (artt. 2, 6 e 8 della legge 13 maggio 1978, n. 180)».

Fondamentale in questo percorso sono due ulteriori pronunce del 2003 e 2004³⁵⁵, che hanno segnato una svolta nella giurisprudenza costituzionale, liberando i giudici da preclusioni e vincoli relativi alla valutazione in concreto dell'applicazione delle misure di sicurezza.

Nella prima la Corte sviluppa un complessivo ragionamento sul rapporto tra la condizione dell'infermo di mente autore di reati e la specifica funzione della misura di sicurezza prevista dall'art. 222 c.p., rilevando sia prevista nei confronti di persone che, stante la loro patologia, non sono penalmente responsabili, e non possono quindi divenire destinatarie di misure aventi un contenuto anche solo parzialmente punitivo. La loro qualità di infermi rende perciò necessaria l'adozione di misure a contenuto terapeutico, non diverse da quelle che in generale si ritengono adeguate alla cura degli infermi psichici.

Di fronte all'evoluzione della psichiatria e della farmacologia che consente una maggiore capacità sia di controllo sia terapeutica, l'internamento nell'opg appare dunque anti-terapeutico e nello stesso tempo anche inidoneo allo scopo di difesa sociale, in quanto alimenta, anziché contenere, comportamenti violenti degli internati.

Poiché – sottolinea la Corte – le misure di sicurezza nei confronti degli infermi di mente debbono necessariamente muoversi entro le due polarità della difesa sociale e dell'esigenza di cura e riabilitazione, un trattamento corrispondente solo ad una delle due istanze richiamate risulta costituzionalmente illegittimo.

Inoltre l'interesse alla tutela della collettività non potrebbe mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute dell'infermo, per cui, ove la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell'infermo essa non apparirebbe giustificata nemmeno in nome di tale interesse.

Cura e controllo dell'infermo devono stare in perfetto equilibrio, mentre l'obbligatorietà del ricovero in opg, prevista originariamente dal codice, rispondeva solo ad esigenze di difesa sociale.

³⁵⁵ In particolare Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, in *Giur. cost.*, 2003, 2116 ss. con nota di G. FAMIGLIETTI, *Verso il superamento della "pena manicomiale"*; M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 300 ss.; Corte cost., 29 novembre 2004, n. 367, in *Giur. cost.*, 2005, 742 ss.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità della disposizione impugnata, in virtù del rigido "automatismo" che la connotava, imponendo al giudice, in caso di proscioglimento per l'infermità mentale per un delitto che comportasse una pena edittale superiore nel massimo a due anni, di ordinare il ricovero dell'imputato in opg per un periodo minimo di due anni, o per un periodo più lungo in relazione all'entità della pena edittale prevista, senza consentirgli di disporre, in alternativa, misure diverse (come la libertà vigilata accompagnata, ai sensi dell'art. 228, 2° co., c.p., da idonee prescrizioni) pur quando in concreto tale prima misura non appaia adeguata alle caratteristiche del soggetto, alle sue esigenze terapeutiche e al livello della sua pericolosità sociale.

Sulla scia della sentenza del 2003, la Corte è successivamente tornata ad incidere sulla disciplina del trattamento sanzionatorio degli infermi di mente giudicati socialmente pericolosi con la sentenza n. 367 del 29 novembre 2004, nella quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 206 c.p., nella parte in cui non consentiva al giudice, nella fase cautelare, di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate a contenere la sua pericolosità sociale³⁵⁶.

Nei più recenti arresti³⁵⁷, la Corte costituzionale ha dato seguito al ragionamento avviato con le sentenze n. 253 del 2003 e 367 del 2004. In particolare, con la sentenza n. 208 del 9 luglio 2009, la Corte, chiamata a pronunciarsi, in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., sulla legittimità costituzionale dell'art. 219 c.p. «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in casa di cura e custodia, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente ed a far fronte alla sua pericolosità sociale», ha dichiarato inammissibile la questione. La Corte, nel richiamare il giudice *a quo* all'adempimento dei suoi doveri, ovvero ad uno scrutinio sulla sostenibilità di una interpretazione costituzionalmente conforme, ha rilevato come, per effetto delle sue precedenti pronunce del 2003 e 2004, sia consolidato nell'ordinamento il principio secondo il quale «si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più

³⁵⁶ Tali sentenze, limitando la possibilità di farvi ricorso, hanno aperto la strada al percorso di superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario, intrapreso dal legislatore a partire dal 2008. Su cui infra nel capitolo IV.

³⁵⁷ Corte Cost., 9 luglio 2009, n. 208, in *Giust. pen.*, 2009, I, 225 ss.; Corte cost., ord. 6 novembre 2009, n. 287, in *Ced Cassazione*, 2009.

elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale».

Da notare infine le innovazioni introdotte dal decreto legge n. 52 del 2014, convertito in legge n. 81 del 2014, che, oltre a prorogare il termine concesso alle regioni per dare attuazione alla chiusura degli opg, ha dettato i principi di una epocale riforma della disciplina delle misure di sicurezza, volta complessivamente a limitarne l'applicazione, nell'*an* e nel *quantum*.

Si positivizza il principio di sussidiarietà nell'applicazione della misura del ricovero in opg e dell'assegnazione a una casa di cura e di custodia, prevedendo – in analogia con l'art. 275, 3° co., c.p.p. per la custodia cautelare in carcere – che le predette misure di sicurezza possano essere applicate solo quando ogni altra misura risulti inadeguata in rapporto alle esigenze di cura e di controllo della pericolosità sociale.

Un'ulteriore elemento di novità si rinviene nella integrazione dei criteri di accertamento della pericolosità sociale ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza per infermi e semi-infermi di mente, in particolare: a) stabilendo che l'accertamento della pericolosità sociale – da parte del giudice di cognizione quanto del magistrato di sorveglianza – «è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, 2° co., n. 4, del codice penale», cioè delle «condizioni di vita individuale familiare e sociale del reo». Ciò al fine di evitare che l'indigenza, il disagio familiare e sociale possano costituire indici sui quali fondare il giudizio di pericolosità sociale dell'agente; b) prevedendo inoltre che «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali». Attraverso tale previsione, si è inteso evitare che l'internamento potesse dipendere da eventuali disfunzioni organizzative e, in particolare, dalla mancanza della possibilità di affidare la persona interessata ai dipartimenti di salute mentale nel contesto di percorsi di riabilitazione e reinserimento comunitari.

In conclusione, tralasciando analisi sociologiche o criminologiche³⁵⁸, appare evidente, sul piano strettamente giuridico, come lo strumento della pericolosità abbia perduto quel carattere di architrave del sistema penale che lo aveva qualificato per un lungo periodo,

³⁵⁸ M. PAVARINI, *Il folle che delinque: rapsodia sul margine*, in *Riv. sperimentare freniatria*, 2011, 3, 145 ss.

sicchè sarebbe del tutto paradossale “riesumarne le spoglie” per farne rozzo veicolo di controllo in un settore delicato e complesso come quello della salute mentale.

3.7. La procedura: quando la forma è condizione sostanziale di libertà

La questione del conflitto tra procedura e sostanza, legittimità e giustizia, interesse collettivo e diritti individuali si prospetta anche in relazione all'imposizione dei trattamenti sanitari obbligatori, rispetto ai quali si deve cercare un equilibrio accettabile tra i diversi valori in gioco, ossia un sistema fondato su procedure decisionali rispettose dell'uguale autonomia dei singoli e, al contempo, volto a massimizzare le finalità sanitarie e di tutela della persona nella loro esplicazione.

In questi termini si pone il problema della coerenza dell'ipotesi di poggiare la giustificazione del trattamento su una nozione di procedura intesa come ricerca della migliore risposta alla domanda intorno alle forme e alle garanzie da attribuire ai diritti dell'individuo in un contesto di necessaria ricerca di un equilibrio nel e attraverso il diritto.

Dopo aver analizzato le condizioni sostanziali che legittimano la disposizione del trattamento sanitario, appare dunque inevitabile affrontare il nodo della procedura e del suo primato in contesti conflittuali. Non si tratta di proporre una strategia proceduralista che cerchi di giustificarsi sulla base della pura forma, rinunciando del tutto a invocare qualsiasi contenuto come fonte della propria legittimazione, ma di rinvenire i tratti di un proceduralismo aperto, ove siano palesi le autorità cui è allocato il potere decisionale e pubblico il confronto e il giudizio riguardo il loro operato.

La scelta del legislatore di operare una “amministrativizzazione” del procedimento attraverso il quale viene disposto il trattamento sanitario obbligatorio sembra rispondere a questa opzione, esponendo a controllo e verifica – specie attraverso lo strumento dell'azione popolare – sia l'operato dei medici proponenti che quello del sindaco disponente, i quali, a loro volta, sono soggetti alla sorveglianza del giudice tutelare, quale custode dei diritti dei soggetti deboli.

Un'analisi del procedimento in sé tuttavia non sarebbe sufficiente per coglierne le lacune e le contraddizioni, dovendosi orientare il vaglio critico al rapporto tra le forme e le finalità sostanziali dell'istituto per poterne desumere l'effettivo ruolo giocato dai

diversi soggetti, i limiti dei loro poteri e i contro-limiti che sono garanzia di tutela dei diritti dell'individuo sottoposto al trattamento.

Questi contenuti possono peraltro essere giudicati *iuxta propria principia*, ovvero per il loro valore sia intrinseco che strumentale. Considerata in questa prospettiva la procedura non è ovviamente mai irrilevante o neutra, nella misura in cui quei contenuti di valore sono costitutivi della rete di relazioni di potere ad essa sottesi: sono dunque dei valori che possono e devono essere apprezzati in sé, contribuendo a ridefinire i fini rispetto ai quali sono serventi³⁵⁹.

Tale rapporto tra procedura e valori si innesta in un circuito entro cui «i valori giuridici concorrono a formare il sistema culturale del diritto³⁶⁰, che, a sua volta, è costituito dai valori sociali formalizzati in modelli di alta evidenziazione pubblica e garantiti nella loro realizzazione da apposite regole di azione, dirette primariamente agli stessi consociati (realizzazione spontanea), ed in via suppletiva al potere di appositi organi della comunità (attuazione coattiva)»³⁶¹.

La procedura rappresenta una garanzia affinché il potere non sconfini in abuso in casi, come quello di specie, in cui le regole d'azione trovano espressione in forme di attuazione coattiva. Si tratta di una garanzia assoluta che può ricavarsi dallo stesso divieto, sancito a livello costituzionale, di usare violenza fisica e morale sulla persona soggetta a limitazione della libertà personale che può essere interpretato come un accenno alla “sacralità” della persona, che tendenzialmente non tollera intrusioni, specie quando si trovi in una condizione di debolezza.

Se infatti, prima della legge Basaglia, l'obbligo all'intervento produceva come riflesso il regime della custodia che era da quest'ultima giustificato, dopo la riforma, il mandato del sanitario non comprende più il potere di “sequestrare” quote di libertà del paziente, a cui è attribuita «una contrattualità di tipo nuovo, che lo garantisc[e], oltre che dal rischio di compressione dei diritti per ragioni terapeutiche, anche dal rischio opposto, che la

³⁵⁹ In questi termini Rawls (J. RAWLS, *Reply to Habermas*, in *The Journal of Philosophy*, 1995, 178), proprio per illustrare il rapporto tra procedure e loro risultati. Il punto è sottolineato efficacemente da Bobbio (N. BOBBIO, *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, Torino, 1976, 44 ss.), il quale osservava: «non soltanto i risultati sono valutabili in base a criteri che ci permettono di distinguere risultati desiderabili dai risultati non desiderabili, ma sono sottoponibili a giudizi di valore anche le procedure, per cui è possibile distinguere procedure buone di per se stesse e procedure di per se stesse cattive indipendentemente dai risultati».

³⁶⁰ In particolare sul rapporto diritto cultura G. FAMIGLIETTI, *Diritti culturali e diritto alla cultura. La voce “cultura” dal campo delle tutele a quello della tutela*, Giappichelli, Torino, 2010, 2 ss.

³⁶¹ A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, 38.

libertà, l'autodeterminazione si risolvano in forme di abbandono e di deresponsabilizzazione del sanitario³⁶².

Prima di avviare l'analisi specifica ricordiamo che il procedimento si articola in tre fasi, ciascuna delle quali mette capo ad un atto, specificatamente disciplinato dalla legge: a) fase medica: il primo sanitario intervenuto formula una proposta motivata (art. 33, 3° co.), che potrà o meno essere convalidata da un medico dell'azienda sanitaria locale (art. 34, 4° co.); b) fase sindacale: il sindaco, nella qualità di autorità sanitaria locale, sulla base delle certificazioni dei sanitari, dispone, o meno, l'adozione del trattamento in condizioni di assistenza ospedaliera od extraospedaliera (art. 33, 3° co.); c) fase giudiziale: il giudice tutelare, esaminati gli atti precedenti, assunte le informazioni del caso, disposti gli accertamenti eventualmente opportuni, emana un decreto motivato con il quale convalida, o meno, il provvedimento del sindaco (art. 35, 3° co.). Il procedimento configura quindi tre distinte competenze, tendenti, nella loro sintesi, all'attuazione dell'art. 32 Cost.: la prima, dei sanitari, costituita dall'esercizio obbligatorio della discrezionalità tecnica, esercizio da attuarsi in condizioni di piena e approfondita controllabilità; la seconda, del sindaco, costituita dall'obbligo di controllo dell'operato dei sanitari, e dalla valutazione più ampia e complessiva del caso, anche in rapporto allo stato dei servizi ospedalieri ed extraospedalieri, ove la legge vuole avvenga prioritariamente l'intervento terapeutico (art. 34, 4° co.); la terza, del giudice, di garanzia piena della libertà individuale del cittadino (art. 13, 2° co., Cost.), e di osservanza sostanziale dei limiti di rispetto della persona umana (art. 32, 2° co., Cost.)³⁶³.

Verificare l'incastro tra le funzioni ricoperte dai vari soggetti nell'ambito della procedura costituisce dunque la necessaria premessa per affrontare il discorso sul fondamento costituzionale del trattamento sanitario coattivo e sulla sua riconducibilità, quanto alle garanzie predisposte dall'ordinamento, entro l'alveo dell'art. 32 ovvero dell'art. 13 Cost.

3.7.1. Il ruolo dei medici e il loro mandato

³⁶² M.G. GIANNICCHEDDA, *Sul trattamento sanitario coatto*, cit., 255.

³⁶³ Pret. Torino, Decreto 28 settembre 1981, in *Foro it.*, 1981, I, c. 3011.

Il trattamento sanitario obbligatorio è un osservatorio privilegiato per verificare le trasformazioni che hanno investito il mandato affidato ai medici dalla società e, di riflesso, il rapporto che questi ultimi vengono ad instaurare con i pazienti.

Nell'ambito della psichiatria, in particolare, tale trasformazione è emersa nella discontinuità che si è manifestata attraverso momenti collettivi connotati da una forte simbologia di immagini e di luoghi: si pensi all'impatto dei movimenti di de-istituzionalizzazione sul linguaggio e sul sentimento sociale³⁶⁴ o ancora alla definitiva abolizione di un istituto, pur carico di storia, come l'ospedale psichiatrico.

Se, nell'ambito degli ospedali psichiatrici, l'intera vita asilare era tradizionalmente fondata sull'arbitrarietà del rapporto autoritario-gerarchico tra medico e internato, l'incontro e il riconoscimento della persona che è il paziente, oltre all'azione orizzontale sul territorio, hanno liberato, specie dopo la riforma del 1978, i medici da ruoli predefiniti, anche in virtù dell'acquisita consapevolezza del paziente come del sanitario che il percorso terapeutico è un lavoro comune.

Si è realizzato, in tal modo, un ribaltamento metodologico nella pratica medica che ha privilegiato la dimensione umana prima che l'inquadramento diagnostico, cercando di comprendere il contesto di vita del paziente e i meccanismi che ne hanno segnato la spirale regressiva da istituzionalizzazione.

Ciò ha messo in luce la contraddizione del mandato sociale affidato alla psichiatria, ovvero l'impossibilità di conciliare la funzione di cura e di riabilitazione e quella di custodia e di controllo della persona con sofferenza psichica.

Se il malato rappresenta il fulcro intorno a cui si costruisce l'intervento e la relazione terapeutica, nel mandato sociale affidato alla psichiatria non può più iscriversi una finalità custodialistica, che verrebbe solo a riproporre regole e dispositivi di tipo manicomiale³⁶⁵.

³⁶⁴ L'apertura dei cancelli dell'ospedale psichiatrico, quale evento concreto ricco di molteplici significati di rottura nell'immutabile pratica manicomiale e di forte impatto simbolico per tutta l'opinione pubblica, ha segnato il punto di arrivo dell'esperienza portata avanti per almeno un decennio da un'avanguardia di operatori di diverse discipline (psichiatri, psicologi, infermieri e assistenti sociali) attivi all'interno del manicomio, animati da idee, analisi, dibattiti e serrati confronti scientifico-pratici e sostenuti da amministratori locali sensibili alle innovazioni sociali.

³⁶⁵ L. TORESINI, G. CORLITO, *Editoriale*, in *Nuova rass. studi psichiatrici*, 2014, 9 reperibile in www.asl7.toscana.it secondo cui «Il binomio cura/controllo costituisce un nucleo centrale del campo disciplinare della psichiatria e più in generale delle scienze della salute mentale. Esiste certamente un mandato sociale per il controllo della devianza fin dall'origine stessa della psichiatria moderna, quando nell'ambito degli asili del grande internamento gli alienisti vennero incaricati di distinguere il folle dal reo (...) In parallelo esiste il mandato della cura della diversità psichica, che per certi versi sembra essere

«Al centro della storia [di questi ultimi trent'anni] c'è un mandato istituzionale – un potere espresso da un sapere tecnico certificato, una delega statutale al “lavoro su altri”, uno statuto pubblico dei luoghi e delle forme del suo esercizio – su cui i protagonisti di questa storia, a tutti i livelli, hanno investito per portarne alla luce la natura politica, per trasformarlo. Non si sono tolti il camice per dedicarsi alla lotta politica; ma – in un'epoca nella quale era politico il vocabolario del cambiamento sociale – hanno fatto politica, “politica delle istituzioni” si potrebbe dire, in nome e per conto del loro mandato istituzionale. Si è trattato [dunque] di prenderne sul serio le promesse di finalizzare davvero quel “lavoro su altri” all'individuazione e alla socializzazione delle persone»³⁶⁶.

Così il mandato attribuito alla psichiatria, messo a frutto dalla deistituzionalizzazione, ha acquisito la dignità di un contributo fondamentale per la democrazia, squarciando il velo d'ignoranza sulla contraddizione della follia, sulle ragioni e i modi per portarla allo scoperto, per renderla sopportabile ma non rimuovibile, il che rappresenta l'eredità fondamentale di quel periodo storico.

In questa prospettiva, di seguito, si è andato radicando un modello di psichiatria di comunità che ha avuto come obiettivo la creazione di servizi territoriali di prossimità e di interventi nel contesto delle comunità di appartenenza, rispettosi della dignità e delle scelte del cittadino-paziente.

La disciplina del trattamento sanitario obbligatorio costituisce parte di questo complesso mosaico volto a ridefinire l'immagine del rapporto terapeutico in psichiatria, laddove afferma il principio della tutela della persona e della sua libertà di scelta, accompagnate dalla regola della residualità della misura sanitaria coattiva, da interpretare restrittivamente come intervento di cui fruire solo in casi di *extrema ratio*.

Ma veniamo alla regolamentazione normativa del procedimento che attribuisce la legittimazione alla proposta del trattamento sanitario obbligatorio ad un medico, senza tuttavia indicare la specializzazione dello stesso o qualificarlo in funzione del suo ruolo di dipendente dell'azienda sanitaria, di medico convenzionato o di libero professionista.

un'ingiunzione paradossale o una missione impossibile. Tutti i giorni chi sceglie di operare nel campo della salute mentale e dei servizi pubblici, gli psichiatri in primo luogo, è chiamato al compito più difficile, che contiene sia la nobiltà che la miseria della nostra professione: trasformare il mandato del controllo nel compito della cura».

³⁶⁶ O. DE LEONARDIS, T. EMMENEGGER, *Le istituzioni della contraddizione*, cit., 15.

Sicchè a redigere la proposta di trattamento sanitario obbligatorio può essere il medico di famiglia, lo psichiatra del servizio territoriale o il sanitario intervenuto, in caso di urgenza, con il pronto soccorso. Questa generalizzata attribuzione, a qualunque iscritto all'albo dei medici e chirurghi, a prescindere dalla specializzazione e dal ruolo ricoperto, della funzione di proposta, trovava una giustificazione nella disomogeneità della condizione dei servizi sanitari nelle diverse realtà locali al momento dell'approvazione della legge, laddove – si deve rammentare – in alcune province, ancora alla fine degli anni settanta, non vi era né un ospedale psichiatrico, né servizi ambulatoriali (Cim) e men che meno specialisti in psichiatria³⁶⁷.

La legge non detta i criteri formali in base ai quali debba essere redatta la proposta, limitandosi a prescrivere che sia motivata; motivazione che non può estrinsecarsi nell'annotazione di una sommaria diagnosi, la quale costituirebbe una mera postulazione di principio. Ciò comporta che in essa il medico non possa solo limitarsi a dare atto dell'esistenza di un disturbo psichiatrico con una sintomatologia grave che richieda, secondo la *lex artis*, la sottoposizione del paziente ad un'urgente intervento terapeutico in condizioni di degenza ospedaliera³⁶⁸, ma debba formulare un'anamnesi, la descrizione del fatto che ha determinato la proposta di trattamento, del comportamento del paziente, di precedenti ricoveri o trattamenti extra-ospedalieri, oltre alla diagnosi e prognosi prevedibile.

Forse anche per la genericità dell'individuazione del soggetto proponente si è reso indispensabile introdurre un primo meccanismo di controllo di tipo endo-procedimentale e di carattere tecnico: in questi termini, omettendo qualsiasi riferimento alla specializzazione posseduta, il legislatore ha inteso attribuire la funzione di convalida della proposta, ai sensi della legge n. 180/1978, ad un medico della struttura sanitaria pubblica (art. 2, 3° co.), precisando poi, con la refusione nella legge n. 833/1978, l'afferenza dello stesso all'unità sanitaria locale (art. 34, 4° co.).

Se ne deduce che la proposta di ricovero coatto potrebbe essere convalidata anche da un medico, che non sia psichiatra, purchè dipendente dell'azienda sanitaria pubblica³⁶⁹, il

³⁶⁷ M. FIORANI, *Follia senza manicomio. Assistenza e cura ai malati di mente nell'Italia del secondo novecento*, cit., 40 ss.

³⁶⁸ L. BRUSCUGLIA, Art. 2, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 192.

³⁶⁹ In termini di garanzia la qualificazione dell'atto di convalida del sanitario come atto pubblico comporta indubbiamente una maggiore responsabilizzazione nell'adottarlo e costituisce idonea premessa, anche in termini gerarchici, per la successiva adozione dell'ordinanza da parte del sindaco.

che rappresenta di per sé un problema, nella misura in cui l'unica fase del procedimento nel corso della quale viene effettuata la valutazione tecnica relativa alla sussistenza delle condizioni prescritte dalla legge risulta affidato ad un soggetto che potrebbe essere carente di competenze specifiche, con un evidente pregiudizio per la condizione del paziente sottoposto al trattamento coattivo³⁷⁰.

Tuttavia, nonostante tale previsione legislativa, l'esperienza insegna che, nella maggioranza dei casi, la convalida relativa al trattamento sanitario obbligatorio è effettuata da specialisti in psichiatria³⁷¹, i quale dovranno effettuare una duplice verifica di carattere medico e di tipo organizzativo.

La proposta dovrà essere oggetto di un severo scrutinio per verificare la sussistenza delle condizioni prescritte dalla legge: ovvero, la presenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, il dissenso da parte del paziente (condizioni soggettive) ed infine che non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive e idonee misure sanitarie extraospedaliere (condizione oggettiva).

È bene ricordare che, per giurisprudenza consolidata, «la motivazione deve essere specifica non solo nel senso che debba essere correlata a tutti quegli elementi peculiari richiesti nella norma, ma anche nel senso che tale correlazione debba essere concreta, e cioè che debba esplicitare che le condizioni richieste sussistano positivamente»³⁷².

Un più attento esame della questione considerata palesa la centralità del ruolo giocato dalla decisione medica e, quindi, dalle regole tecniche che ad essa devono pur sempre fare capo. Lungi dal rivelarsi libero e discrezionale, il giudizio del medico convalidante deve nondimeno dimostrarsi sempre ossequioso rispetto a taluni (ben definiti e stabili) *standards* valutativi³⁷³.

Regole tecniche e *standards* valutativi che si ricavano anche dalle linee-guida³⁷⁴ – le quali vengono ad integrare quello che, per comodità espositiva, si definisce parametro

³⁷⁰ Sui vizi di costituzionalità della disposizione A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 90-91; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 118-119.

³⁷¹ G. MANDARELLI, R. TATARELLI et al., *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, cit., 53.

³⁷² Cass. civ., sez. I, 22 novembre 1995, n. 12086, in *Foro it.*, 1996, I, 3461; Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1998, n. 6240, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 382.

³⁷³ Su tutti i profili U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*⁵, Utet, Torino, 2013, 949 ss.

³⁷⁴ Si vedano le *Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per la malattia mentale*, adottate dalla Conferenza Stato-regioni in data 29 aprile 2009; ancora le *Linee Guida Regionali per i Dipartimenti di Salute Mentale in materia di Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO) e Accertamento Sanitario Obbligatorio (ASO)*, adottate dalla regione Veneto con deliberazione della giunta regionale n. 847 del 31 marzo 2009; le *Linee Guida in materia di Trattamento*

tecnico – che, a loro volta, determinano un intenso condizionamento sui processi di formazione della decisione, essendo d'altronde il potere pubblico per natura «esercitato non solo per mezzo della legge ma anche attraverso un intreccio di legislazione secondaria (distinta dalla deontologia professionale), pareri, ossia linee guida, creazione, adattamento e abrogazione di istituzioni»³⁷⁵.

È pur vero che lo strumento delle linee guida non può surrogare la competenza medica, nè delineare modalità d'azione in tutti i casi che si prospettano all'attenzione dei clinici, tuttavia se ne può rinvenire una funzione nel rafforzamento dell'obbligo di motivazione nel caso in cui il sanitario, in ragione di specifiche caratteristiche connotanti il singolo caso, decida di disattendere le raccomandazioni in esse contenute. L'esistenza di uno *standard* astrattamente oggettivo di diligenza professionale deve quindi rappresentare il fondamento per un'intensificazione dell'obbligo di documentare il contenuto razionale delle decisioni che vengono assunte. In questi termini, lo spazio per il sapere tecnico non rappresenta solamente un limite al potere discrezionale del medico ma diviene anche l'occasione per dare trasparenza e legittimazione a percorsi decisionali autonomi, ragionevoli e argomentabili.

Peraltro tale istanza si connette alle caratteristiche del procedimento, laddove la proposta e lo stesso provvedimento di convalida debbono essere accompagnati da idonea motivazione, senza la quale non sarebbe possibile al sindaco valutare se accogliere la proposta stessa e se, occorra, o meno, mutare la degenza ospedaliera in assistenza ambulatoriale o ancora prorogare il trattamento, così come al giudice operare un equo bilanciamento tra le ragioni terapeutiche e quelle di libertà del paziente, eventualmente anche disponendo controlli e verifiche sanitarie.

Un ultimo profilo da considerare è quello della verifica della condizione oggettiva, ovvero dell'opzione di effettuare il trattamento in sede extra-ospedaliera; ovviamente, anche per il rapporto di afferenza con l'azienda sanitaria locale, il medico convalidante appare il soggetto più adatto a porsi come interfaccia rispetto al dipartimento (Dsm) al

Sanitario Obbligatorio (TSO) e Accertamento Sanitario Obbligatorio (ASO), adottate dalla regione Sardegna con deliberazione della giunta regionale n. 16/13 del 29 marzo 2011.

³⁷⁵ W. KENNET, J. THORNTON, *Il ruolo dei poteri pubblici*, in *Frontiere della vita*, IV, Treccani, Roma, 1999, 76.

fine di verificare, tenendo conto delle circostanze del caso e delle condizioni del paziente, la fattibilità di un intervento ambulatoriale o domiciliare³⁷⁶.

Il ruolo dei sanitari risulta dunque delicato e cruciale nel determinare le sorti della persona con sofferenza psichica, la cui condizione dovrebbe essere riguardata, conformemente allo spirito della legge n. 180/1978, nel contesto di una strategia, ove possibile, di superamento della logica del ricovero, in vista della trasformazione del mandato dalla cura della malattia in occasione di produzione di salute.

3.7.2. Il sindaco, garante o esecutore ?

Ai sensi dell'art. 35 della legge n. 833/1978, il provvedimento col quale il sindaco dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza viene adottato entro 48 ore dalla convalida della proposta medica di ricovero. Si prevede inoltre che l'ordinanza debba essere notificata – tramite messo comunale – al giudice tutelare competente territorialmente entro le 48 ore successive.

Seppure in dottrina si sia sostenuta la tesi della ordinarietà dei suddetti termini³⁷⁷, una interpretazione logico-sistematica fa ritenere che essi abbiano carattere perentorio: seppure non sia prevista alcuna sanzione formale (invalidità, inefficacia o nullità) nel caso di loro inosservanza, tuttavia sono le condizioni stesse del trattamento a rendere necessaria la rapidità dell'adozione dell'ordinanza. Poiché, infatti, una delle condizioni richieste dall'art. 34, 4° co., della legge n. 833/1978 è data dall'accertamento di gravi alterazioni psichiche (acuzie), è evidente che un intervento non tempestivo da parte delle autorità sanitarie non troverebbe più alcuna giustificazione nelle condizioni reali della persona, nella misura in cui lo stato di acuzie ha comunque carattere intermittente e transitorio.

³⁷⁶ Si può osservare, in termini critici, che l'intervento degli operatori del settore della salute mentale solo nella fase della convalida, ovvero in una fase in cui è quasi impossibile ri-orientare la terapia diversamente, rende particolarmente complesso e non consente di "programmare" trattamenti extra-ospedalieri. Sul punto O. GRECO, F. SCAPATI, *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori alla luce della legge n. 180*, in *Atti del XXVII congresso nazionale della Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, 203 ss.

³⁷⁷ A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 93; G.L. FONTANA, Art. 35, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1266; contra G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 120.

L'accertamento quindi della corrispondenza ai dati fattuali delle condizioni dettate dalla legge costituisce una precondizione per l'adozione dell'ordinanza, in mancanza della quale i sanitari non possono intervenire coattivamente per imporre il trattamento.

Questa funzione di controllo viene ad essere declinata in termini diversi: si è infatti sostenuto che al sindaco non sia demandato un controllo sul merito del provvedimento, giacché la valutazione del fondamento dell'atto è demandata esclusivamente al giudizio tecnico dei medici, dovendosi limitare a verificare la «regolarità formale della proposta nonché della relativa convalida», non essendo peraltro previsto che il sindaco possa assumere informazioni e disporre eventuali accertamenti³⁷⁸.

L'ordinanza si prospetta quindi, in presenza di tutte le condizioni formali prescritte dalla legge, come atto dovuto espressione di un'attività vincolata, così interpretata anche dagli stessi sindaci, i quali si sono spesso limitati a ratificare *de plano* le proposte convalidate.

Questa funzione puramente passiva del sindaco, per quanto condivisa in dottrina e nella prassi, si pone in contrasto con le attribuzioni che, nel contesto del procedimento, questi, in qualità di ufficiale di governo, esercita ai sensi dell'art. 38, 1° co., della legge 8 giugno 1990, n. 142³⁷⁹.

È chiaro che il sindaco non può ingerirsi o surrogarsi ai medici in relazione alle valutazioni di ordine tecnico-diagnostico, tuttavia l'ambito della discrezionalità, comunque concessogli, non può essere del tutto annullata, a pena di considerare il potere statale, incarnato dal sindaco, come mero strumento per imporre la volontà coattiva del sapere tecnico. Deve pertanto ammettersi un controllo sulla valutazione

³⁷⁸ G.L. FONTANA, Art. 35, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833, cit.*, 1266; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria, cit.*, 94.

³⁷⁹ Cass. civ., sez. I, 16 aprile 2004, n. 7244, in *Ced Cassazione*, 2004; Cass. civ., sez. I, 1 dicembre 2011, n. 25713, *ivi*, 2011; diversamente Cons. giust. amm. Sicilia, 6 marzo 2008, n. 187, in *Ragiusan*, 2009, 303-304, 180 ss. per cui il potere sindacale «discende dall'art. 2 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, a mente del quale il sindaco è l'autorità sanitaria locale cui sono affidati tutti i compiti non specificatamente rientranti nelle competenze di altri organi ed inoltre una competenza *extra ordinem* di disporre provvedimenti contingibili ed urgenti in materia sanitaria. Nella specifica materia, quando la legge n. 833 del 1978 e la legge n. 180 del 1978 affidano al sindaco i poteri della emanazione del provvedimento per il trattamento sanitario obbligatorio si riferiscono ad esso nella sua qualità di autorità sanitaria, emanazione di quello Stato Comunità che si assume il compito generale di tutelare la salute e la sicurezza di tutti i cittadini, anche attraverso l'assunzione di provvedimenti coercitivi, repressivi dei diritti fondamentali, quale la libertà e la proprietà, purché giustificati da situazioni di pericolo imminenti altrimenti non evitabile. Il provvedimento di trattamento sanitario obbligatorio, quindi, è del tutto assimilabile ai provvedimenti contingibili ed urgenti, anzi si può affermare che esso è un'ipotesi tipizzata all'interno della medesima categoria, poiché, in funzione di una situazione appunto contingibile ed urgente per la tutela della salute, incide su diritti fondamentali del cittadino, assistiti dalla massima protezione costituzionale».

tecnica operata dai sanitari, costituendo questa non una scelta in senso stretto, ma la qualificazione di un soggetto o di un bene, avvalendosi di una scienza non giuridica³⁸⁰.

Come già notato³⁸¹, il potere amministrativo potrà dunque effettuare verifiche quanto ai due requisiti, per l'adozione del trattamento, di natura non strettamente tecnica, ovvero la mancanza del consenso e l'essenza delle condizioni per un intervento extra-ospedaliero, oltre a riscontrare eventuali irregolarità formali (mancata convalida della proposta, incompetenza del soggetto convalidante, carenza di istruttoria, carenza di motivazione).

Appare evidente come l'emissione dell'ordinanza che disponga il trattamento non possa avvenire secondo una sorta di automatismo giuridico, ma secondo un canone di ordine amministrativo, che tenga conto dell'effettiva esistenza di quelle condizioni che esulano da valutazioni puramente tecniche. Ove il provvedimento sindacale venisse considerato un semplice atto dovuto verrebbe meno un elemento di garanzia nei confronti del malato, la cui, pur temporanea, compressione della libertà sarebbe rimessa all'esclusiva valutazione dell'istituzione sanitaria. Come è intuibile quindi, si può ricostruire la figura del sindaco come fulcro attorno a cui ruota il riconoscimento e la tutela di un insieme di diritti soggettivi e di interessi legittimi, tutelati attraverso un accorto esercizio del relativo potere discrezionale, sia di ordine formale che sostanziale³⁸².

Sul piano strettamente procedurale, il provvedimento di accoglimento come quello di rigetto della proposta devono essere tempestivamente notificati all'ufficio del giudice tutelare competente, comunque nel termine di legge³⁸³. L'ordinanza che dispone il trattamento, oltre ad essere immediatamente esecutiva, ha efficacia non superiore a sette giorni, salvo proroga come previsto dall'art. 35, 4° co.³⁸⁴.

³⁸⁰ *Ex pluris* Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2002 n. 6562, in *Giur. amm. C.d.S.*, 2002, 2976.

³⁸¹ G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 122-123.

³⁸² Non è forse superfluo precisare che quando la legge prescrive che la proposta e la convalida mediche siano motivate intende che accanto agli elementi che permettono l'identificazione certa della persona oggetto dell'intervento e gli elementi di identificazione degli estensori della proposta e della convalida (il giudice tutelare cui è demandato il compito di convalidare o non convalidare l'ordinanza del sindaco, deve poterli consultare, se necessario, per ulteriori chiarimenti e informazioni), siano riassunte le informazioni che rendono comprensibile la situazione, raccolte e descritte le emergenze riscontrate di persona che hanno portato i medici alla convinzione che fosse necessario un tso.

³⁸³ La mancata notifica è sanzionata dall'art. 35, 7° co., della legge n. 833/1978 non solo con la cessazione di ogni effetto del provvedimento, ma anche con la previsione a carico del responsabile del reato di omissione d'atti d'ufficio, ove non ricorrano gli estremi di un reato più grave.

³⁸⁴ Nel caso in cui il trattamento debba protrarsi oltre il settimo giorno, ed in quelli di ulteriore prolungamento, il sanitario responsabile del servizio psichiatrico è tenuto a formulare, in tempo utile, una proposta motivata al Sindaco che ha disposto il ricovero. Lo stesso sanitario è tenuto a comunicare al

Un problema di particolare complessità che mette alla prova la distinzione astratta tra salute e sicurezza è dato dall'esecuzione dell'ordinanza sindacale di ricovero coatto che, nella prassi, viene affidata in modo coordinato al personale sanitario, in quanto misura finalizzata alla tutela della salute del paziente, con la partecipazione – quando necessario – della polizia municipale o delle forze dell'ordine operanti sul territorio.

Sul punto si era sviluppato un confronto tra opposte interpretazioni del dato normativo, laddove in un parere del giugno 1979³⁸⁵, richiesto dal Ministero dell'interno, per chiarire a chi spettasse accompagnare il paziente presso la struttura ospedaliera ove sarebbe stato sottoposto a trattamento, l'Avvocatura dello Stato aveva attribuito tale competenza in via esclusiva al personale sanitario, salvo casi di effettivo e grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza della collettività. A tale valutazione si era allineato anche il pretore di Monfalcone, con pronuncia del 2 giugno 1980³⁸⁶, assolvendo un agente di polizia municipale, il quale aveva omesso di dare esecuzione all'ordinanza sindacale attraverso accompagnamento coatto del paziente.

Tale soluzione determinava tuttavia un corto circuito, confondendo impropriamente due piani che dovevano essere distinti, ovvero l'intervento sanitario, attribuito all'esclusiva competenza dei medici, e l'eventuale supporto delle forze dell'ordine che potevano essere chiamate ad intervenire qualora vi fossero condizioni di pericolo per la sicurezza o l'incolumità del paziente o di terzi³⁸⁷. È peraltro comprensibile come l'accompagnamento forzoso del paziente riluttante non rientri tra le operazioni propriamente sanitarie, salvo voler assumere un concetto molto ampio di atto medico, tale da ricomprendere qualsiasi intervento relativo alla persona del malato e preordinato all'imposizione di una terapia. Soluzione quest'ultima non accettabile, in quanto presupporrebbe la medicalizzazione di condotte estranee alla pratica sanitaria.

sindaco, sia in caso di dimissione del ricoverato che in continuità di degenza che altresì alla scadenza del termine del trattamento stesso, la cessazione delle condizioni che richiedono l'obbligo del trattamento sanitario; comunica altresì l'eventuale sopravvenuta impossibilità a proseguire il trattamento stesso. La richiesta di proroga dovrà essere sottoscritta, in questo caso, da un solo medico, il cui nome e struttura di appartenenza dovrà essere ben specificato perché riportato nell'ordinanza.

³⁸⁵ Avvocatura dello Stato, parere 3 giugno 1979, come riportato nella circolare della Prefettura di Gorizia 19 ottobre 1979, n. 7862/I; anche circolare Ministero dell'interno n. 10/812/14700/ 2 del 1 ottobre 1979.

³⁸⁶ Pret. Monfalcone, 2 giugno 1980, n. 160, in *Riv. med. leg.*, 1980, 910, su cui A. REALDON, *Commento a Pret. Monfalcone, 2 giugno 1980*, *ivi*, 913 ss. Il pretore sanciva che «il potere-dovere di ricorrere alle forme di coercizione fisica che si rendono necessarie (...) spett[a] innanzitutto a personale specializzato medico infermieristico».

³⁸⁷ Sul punto i rilievi di A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, *cit.*, 96 s.; A. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, *cit.*, 123 ss.

Elementi di chiarezza sono stati portati da una circolare del Ministero della sanità del 1992 nella quale si è indicata la polizia municipale quale istituzione preposta ad intervenire, ove richiesto, nell'esecuzione dell'ordinanza sindacale insieme ai sanitari.

Non vi è quindi contrapposizione tra l'intervento del personale sanitario e quello della forza pubblica. Il Ministero, in particolare, sottolinea come «si tratti infatti di un'operazione congiunta laddove il personale sanitario, lungi dall'essere deresponsabilizzato dalla presenza della forza pubblica, continua a essere titolare di un ruolo tecnico mirato alla tutela della salute del paziente, al rispetto e alla cura della sua persona, nonché al recupero di un suo consenso». In linea con i poteri attribuiti al sindaco, che esercita un potere finalizzato alla tutela della salute pubblica, l'attuazione dell'ordinanza, non potendo configurarsi come attività sanitaria, rientra nella sfera delle operazioni di polizia sanitaria, la cui esecuzione è dunque demandata alla polizia locale. Conseguentemente il ricorso alla polizia di stato o ai carabinieri viene a rivestire carattere di eccezionalità, da attuarsi solo «in presenza di specifiche esigenze di tutela dell'ordine pubblico»³⁸⁸.

Pertanto l'esecuzione dell'ordinanza sindacale si traduce nella necessità di azione congiunta e presenza contestuale degli operatori sanitari e della polizia locale, sia pure con distinti ambiti di intervento e di responsabilità³⁸⁹.

3.7.3. Il *munus* del giudice tutelare: una garanzia difficile

Ai sensi dell'art. 35, 2° co., della legge n. 833/1978, entro le 48 ore successive alla notifica del provvedimento sindacale che dispone il trattamento, il giudice tutelare provvede con decreto motivato alla convalida o al rigetto, dandone comunicazione al

³⁸⁸ Circolare Ministero della sanità – Direzione Generale Ospedali-Div. III, prot. n. 900.3/SM-E1 del 21 settembre 1992; anche circolare del Ministero dell'interno del 24 agosto 1993, n. 5300/M/10(1)Uff. 3.

³⁸⁹ Sul punto circolare del Ministero dell'interno n. 3/2001 del 20 luglio 2001 sul trasporto dell'infermo di mente nella quale si è sottolineato che «le competenze e le responsabilità di ordine sanitario non possono essere sospese o surrogate dall'intervento della polizia municipale; durante l'esecuzione di una ordinanza il personale sanitario continua ad essere titolare di un ruolo tecnico finalizzato alla tutela della salute del paziente sottoposto al provvedimento, all'adozione delle modalità più idonee al rispetto ed alla cura della sua persona, nonché al recupero di un eventuale consenso. Qualora ogni possibile intervento del personale sanitario si dimostri vano e si renda necessario l'uso della coazione fisica per vincere la particolare resistenza opposta dal paziente, subentra la specifica competenza della polizia municipale istituzionalmente chiamata a provvedere alla esecuzione del provvedimento. L'intervento della polizia municipale non può ritenersi eventuale e subordinato a quello del personale sanitario bensì contestuale e tale contestualità deve esplicarsi attraverso la distinzione chiara dei rispettivi ambiti di intervento».

sindaco. È in questa fase che si articolano le forme di controllo della legalità del provvedimento, prevedendosi una verifica sia di carattere formale che di natura sostanziale riferita non solamente all'ordinanza sindacale, ma anche agli atti presupposti, ovvero alle certificazioni sanitarie.

L'estensione del controllo anche al merito del provvedimento comporta l'esercizio da parte del giudice tutelare dei propri poteri istruttori, attraverso la disposizione di accertamenti medico-legali tesi alla valutazione della condizione clinica del paziente ed inoltre, a mezzo dell'acquisizione di tutti gli elementi informativi necessari per una più completa valutazione. La latitudine delle descritte funzioni di controllo sono volte a indurre una maggiore responsabilizzazione nei medici e negli amministratori locali in relazione all'elaborazione delle motivazioni dei loro provvedimenti, soprattutto al vaglio in ordine all'effettiva necessità di un atto che è comunque limitativo della libertà personale³⁹⁰.

Il giudice tutelare, pur nel doveroso rispetto dei limiti temporali di convalida stabiliti dalla legge, può richiedere un rapporto all'autorità di pubblica sicurezza, sentire liberamente tutte le persone che siano in grado di riferire notizie utili sulle condizioni del paziente, oltre a disporre una perizia psichiatrica.

Si può notare come la legge non preveda l'obbligo per il giudice di audizione dell'infermo di mente, il che, unitamente al mancato obbligo di notifica a quest'ultimo del provvedimento sindacale³⁹¹, ne limita il diritto di difesa. L'omissione di previsioni specifiche inerenti l'audizione e di garanzie tali da rendere effettivo il diritto di difesa pongono rilevanti dubbi di costituzionalità, soprattutto se si considera la giurisprudenza costituzionale che si era espressa sul punto, pur con riferimento alla legge del 1904: in particolare, nella già richiamata sentenza del 27 giugno 1968, n. 74³⁹², nel pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 2 della legge n. 36 del 1904, dopo aver inquadrato il ricovero coattivo tra gli atti limitativi della libertà personale, dichiarava l'incostituzionalità della

³⁹⁰ G.L. FONTANA, Art. 35, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978*, n. 833, cit., 1267; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 116 s.; E. FORTUNA, *L'intervento del giudice nel ricovero obbligatorio del malato di mente*, in *La riforma sanitaria: problematiche socio-giuridiche nella fase di prima attuazione e nelle prospettive future*. Atti del convegno CIDIS, Jesolo, 17-19 settembre 1981, Cedam, Padova, 1983, 161 ss.; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 141 s.

³⁹¹ Cons. St., sez. I, 8 aprile 2009, n. 780, in *Ragiusan*, 2009, 307-308, 214 secondo cui il sindaco che ha adottato un provvedimento di trattamento sanitario obbligatorio ai sensi della legge n. 180 del 1978 non ha l'obbligo di notifica al paziente per comprensibili ragioni di opportunità.

³⁹² Corte cost., 27 giugno 1968, n. 74, cit., 1092.

previsione impugnata nella parte in cui non consentiva all'internato l'esercizio del diritto di difesa avanti il tribunale che avrebbe dovuto disporre il provvedimento di ricovero definitivo.

Pur con le dovute cautele e tenuto conto del mutato quadro normativo, si può sostenere che anche l'art. 35 della legge n. 833/1978 determini una violazione del diritto di difesa della persona sottoposta a trattamento coattivo, come riconosciuto dall'art. 24, 2° co., Cost.³⁹³.

Senza voler operare impropri parallelismi con il processo penale³⁹⁴, in presenza di provvedimenti che incidono su aspetti personalissimi della sfera giuridica di un soggetto, la pronuncia dell'atto giurisdizionale deve far seguito ad un procedimento svoltosi nel contraddittorio delle parti.

Se la difesa, quale diritto inviolabile, è tale non solo in ogni stato e grado del procedimento, ma prima ancora in qualsiasi forma di giudizio³⁹⁵, compreso quello di volontaria giurisdizione³⁹⁶, ne consegue che il contraddittorio, quale concreta espressione di tale diritto, si esprime nel processo civile perlomeno attraverso la «possibilità di farsi udire dal giudice personalmente o per mezzo del difensore, prima di qualsiasi decisione (anche non definitiva) sulle istanze proposte»³⁹⁷.

Dal momento che il provvedimento di convalida del ricovero è atto conclusivo del procedimento, non essendo prevista dall'art. 35 della legge un ulteriore fase cognitiva o

³⁹³ C. CASTRONOVO, *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 203 ss.; in termini dubitativi G.L. FONTANA, *Art. 35*, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1267; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 117.

³⁹⁴ Così spesso la giurisprudenza civilistica come Cass. civ., sez. I, 31 ottobre 2012, n. 18718, in *Ced Cassazione*, 2012, per cui «se è vero che il ricorso deve avere ad oggetto “il provvedimento convalidato dal giudice tutelare”, si deve tenere presente che il trattamento che dispone (o proroga) il tso incide sulla libertà personale (del soggetto ad esso sottoposto) in misura analoga a quanto avviene con le ordinanze impositive di misure cautelari: ciò giustifica l'applicazione al primo dei principi, in materia di gravame, propri delle seconde, in ragione dello stretto collegamento tra il provvedimento inflittivo della misura e quello emesso in sede di riesame o revisione. Ne consegue che il provvedimento del sindaco che rigetta (o, come nella specie, dichiara inammissibile o improcedibile) la richiesta di revoca o modifica del provvedimento convalidato e inflittivo del trattamento è reclamabile dinanzi al tribunale, ai sensi dell'art. 35, 8° co., della medesima legge».

³⁹⁵ L.P. COMOGGIO, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit, 1981, 55 ss.

³⁹⁶ Infatti, per “volontaria” che sia la giurisdizione, resta, pur sempre, obbligato il nesso finalistico che la lega ai diritti, il suo essere vocata, essenzialmente e primariamente, alla persona. Su cui L.P. COMOGGIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719 ss.; dopo la riforma dell'art. 111 Cost. le riflessioni di L. LANFRANCHI, *Giusto processo, 1) processo civile*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2001, 9 ss.

³⁹⁷ L.P. COMOGGIO, *Art. 24*, cit., 58.

decisoria di fronte allo stesso giudice, si renderebbe necessaria, in applicazione del principio del contraddittorio, l'audizione del persona sottoposta a trattamento³⁹⁸.

Peraltro l'audizione del paziente ovvero di suo rappresentante – sia esso un avvocato o un familiare – potrebbe consentire al giudice una valutazione senza filtri, specie in una situazione come quella dell'odierna realtà giudiziaria, in cui le verifiche rigorose sono lasciate alla buona volontà del singolo magistrato, oppure sono delegate ai giudici onorari, senza che vi sia la possibilità materiale, nella maggior parte dei casi, di svolgere quei controlli preliminari all'adozione del decreto.

Senza tali controlli infatti, stante la natura tecnica delle valutazioni sottese al trattamento coattivo in degenza ospedaliera, vi è il rischio di «ridurre la funzione di convalida del giudice tutelare alla dimensione puramente formale del controllo esteriore, della “conta dei documenti”; senza possibilità alcuna di verifica nel merito dei presupposti dell'urgenza terapeutica, della sua correlazione alla diagnosi prospettata, dell'impraticabilità di percorsi extra-ospedalieri. [Sicchè] la garanzia giurisdizionale dell'*habeas corpus* ne resta svilita, si decolora in un vuoto esercizio di burocrazia»³⁹⁹.

Nella maggior parte dei casi il giudice tutelare adotta il decreto di convalida, effettuate le opportune verifiche, salvo che accerti vizi di carenza nella motivazione o errori formali sanzionati a pena di invalidità.

Nel caso di mancata convalida⁴⁰⁰, il giudice ne dà comunicazione al sindaco che dispone la cessazione del trattamento. Appare anomalo che la legge non abbia previsto un ulteriore onere di notifica del provvedimento anche all'infermo, così come alla struttura ospedaliera ove lo stesso è ricoverato, al fine di consentire l'interruzione immediata del trattamento ingiustificato.

Quanto al rapporto tra il decreto giudiziale e il provvedimento del sindaco che dispone l'interruzione del trattamento, se una prima lettura del disposto sembrava subordinare l'efficacia dell'atto giudiziale al provvedimento di ottemperanza da parte dell'autorità

³⁹⁸ G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 145.

³⁹⁹ E. CARBONE, *Habeas corpus e sofferenza psichica: riflessioni di un giudice tutelare*, cit., 611 ss., specie 615.

⁴⁰⁰ Mancata convalida che si realizza anche nell'ipotesi in cui vi sia inerzia dell'autorità giudiziaria, sicchè il sindaco dovrà disporre la revoca del trattamento anche in tal caso; così G.L. FONTANA, Art. 35, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1267-1268; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 117-118; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 142 s.

sanitaria locale⁴⁰¹, la dottrina prevalente⁴⁰² – operando un'estensione analogica del meccanismo previsto dall'art. 13, 3° co., Cost. – ha inteso il decreto di convalida come condizione di efficacia del provvedimento sindacale, sicchè, in caso di mancata conferma, esso deve considerarsi *ex tunc* privo di ogni effetto.

In tal caso, la previsione della necessità di un provvedimento del sindaco che ordini la dimissione della persona sottoposta a trattamento sanitario illegittimo contrasterebbe con il principio di legalità in generale, e con la disposizione costituzionale richiamata, in particolare. Peraltro non sembra possibile negare che il provvedimento giurisdizionale debba poter essere comunque tradotto in pratica, anche coattivamente, in quanto, in caso contrario, si finirebbe per negare totalmente e radicalmente il senso stesso dell'intero procedimento giudiziario che ha portato alla sua adozione e la funzione stessa della convalida affidata al giudice per la tutela di diritti, che altrimenti rimarrebbero negletti.

In conclusione, il punto di arrivo di questo percorso non può che essere l'affermazione secondo cui, quando nell'art. 741 c.p.c. viene utilizzato il termine «efficacia», esso viene inteso indiscutibilmente come equivalente al termine esecutività, ricavandosene quindi la conseguenza che, non per analogia di situazioni, ma per espressa disposizione di legge, il provvedimento emesso al termine di un procedimento in camera di consiglio possa essere riconosciuto a pieno titolo come dotato di efficacia esecutiva, determinando un effetto estintivo *ipso iure* dell'ordinanza sindacale.

Delineati gli aspetti salienti della procedura e i problemi emergenti⁴⁰³, si può considerare, più propriamente, il ruolo che viene a rivestire il giudice tutelare⁴⁰⁴, designato per tale ufficio in quanto «giudice operatore, particolarmente indicato a conoscere di questa ulteriore delicata esperienza umana, per la serie di collegamenti che egli, nell'esercizio delle sue funzioni, può instaurare coi vari centri e servizi di igiene mentale, con i centri medici ed assistenziali posti sul territorio»⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ A. PIZZI, *Malattie e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 18.

⁴⁰² G.L. FONTANA, Art. 35, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1269; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 118; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 142 s.

⁴⁰³ Si rinvia per la procedura di prolungamento del trattamento coattivo e per i problemi connessi alle dimissioni, alla cessazione dei presupposti e alla conversione del trattamento stesso all'analisi di G.L. FONTANA, Art. 35, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1270 ss.; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 161-174.

⁴⁰⁴ G. CAMPESE, *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, cit., 459 ss.

⁴⁰⁵ L. BRUSCUGLIA, Art. 3, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 197.

La capillare presenza dell'organo sul territorio, la continua collaborazione, anche in altri settori (si pensi a quello minorile o alla gestione dell'amministrazione di sostegno), fanno del giudice tutelare uno strumento elastico, capace di "dialogare" con i comuni, i servizi sociali e le strutture sanitarie. Alla territorializzazione dei servizi per la salute mentale corrisponde dunque un giudice "di prossimità".

Al contempo l'adozione di previsioni di portata generale, integrabili dall'autonomia decisionale del singolo magistrato, si giustifica in ragione di una disciplina precettiva in grado di adattarsi, pur nel rispetto delle garanzie di libertà, alla finalizzazione che caratterizza il procedimento, volta alla protezione di una persona bisognosa di cura, intorno alla quale si deve costruire – al di là del trattamento coattivo – una risposta comprensiva capace di rispondere alle esigenze della persona considerata nel suo contesto di vita.

Al giudice, per svolgere la funzione propriamente attribuitagli dall'ordinamento, è necessario penetrare questa singolarità, farsene interprete. A tal fine, la conoscenza della legge non gli sarà sufficiente, nella misura in cui la specificità della condizione della sofferenza mentale che si sottopone al giudizio emergerà soltanto attraverso quei canali che permettono al giudice di andare incontro all'altro, verso una persona comunque esposta ad un giudizio. In tal senso, riprendendo l'elaborazione della Nussbaum, uno strumento essenziale si prospetta nell'empatia, ovvero in una capacità di sentire che non implica l'immedesimazione nella situazione altrui, ma la ricostruzione partecipativa della sua esperienza, nel continuare a percepirla come diversa e altra rispetto alla propria⁴⁰⁶.

Vi sono tuttavia fattori di fragilità nell'approccio giudiziale alla malattia di mente che emergono nella «cognizione atomistica della vicenda individuale del disagio, frantumata – nei casi, i più frequenti, di reiterazione degli interventi terapeutici garantiti – in una sequela di particelle, l'una slegata dall'altra»⁴⁰⁷. L'ufficio del giudice tutelare, spesso anche per la mole di procedimenti, non è in condizioni di valutare tutta la storia clinica della persona con disagio mentale, limitandosi alla specifica pratica di convalida, il che non permette all'organo giurisdizionale quella visione d'insieme, tale da discernere le

⁴⁰⁶ M.C. NUSSBAUM, *Equity and mercy*, in *Philosophy and public affairs*, 1993, 22, 2, 85.

⁴⁰⁷ L. GRASSI, M.G. RUGGIANO, *Medici, amministratori e giudici di fronte ai trattamenti sanitari obbligatori*, in *Quest. giust.*, 1990, 423 ss.; ID., *Alcune considerazioni sui trattamenti sanitari obbligatori, con particolare riferimento alla situazione bolognese*, in *Dir. fam.*, 1992, 106 ss.; E. CARBONE, *Habeas corpus e sofferenza psichica: riflessioni di un giudice tutelare*, cit., 613.

diverse sfumature dell'urgenza, necessità e proporzionalità terapeutica, presupposto essenziale di un controllo giurisdizionale effettivo e ragionevole⁴⁰⁸.

L'intervento del giudice solo in sede di convalida e di eventuale prolungamento del trattamento sembra di fatto limitare le potenzialità del controllo giurisdizionale ai soli snodi in cui salute e libertà si incrociano, laddove invece sarebbe auspicabile attribuire all'organo un potere di controllo sul periodo di ricovero, finalizzato a impedire eccessi nelle pratiche terapeutiche, vagliare gli effetti delle stesse e scongiurare il ricorso a quelle inutili o dannose⁴⁰⁹.

Quello del giudice tutelare diviene inevitabilmente un "mestiere" difficile, nell'esercizio del quale nulla può essere dato per scontato o per presupposto, essendo altresì necessario scandagliare la complessità della realtà, identificando i casi in cui la decisione onerosa di imporre un trattamento possa consentire la ricostituzione di quelle condizioni che consentono alla persona di essere protagonista delle decisioni inerenti la propria esistenza.

3.7.4. Note minime sulle garanzie amministrative e giurisdizionali

Gli artt. 33 e 35 della legge n. 833/1978 prevedono una serie di meccanismi di garanzia amministrativa e giurisdizionale attivabili a tutela della persona sottoposta a trattamento sanitario obbligatorio.

Quanto ai rimedi amministrativi, l'art. 33, 7° co, attribuisce una legittimazione attiva estesa (attribuita a «chiunque») a «rivolgere al sindaco richiesta di revoca o modifica del provvedimento che ha disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio», consentendo l'esperimento di tale mezzo di ricorso anche in materia di trattamenti per malattia mentale. Su tali richiesta il sindaco ha l'onere di decidere entro dieci giorni in base alle stesse scansioni procedurali attraverso le quali è stato adottato il provvedimento revocato o modificato (art. 33, 8° co.)⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Sulla necessità di specializzazione e valorizzazione del giudice tutelare si veda R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle corti europee*, Aracne, Roma, 2014, 204 s.

⁴⁰⁹ G. VISINTINI, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, cit., 455.

⁴¹⁰ Si rinvia per quanto concerne la natura dell'azione e sull'interesse ad agire alle riflessioni sviluppate nel §. 3.3.1. Sulle contraddizioni del procedimento A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 120-137.

Il predetto mezzo di ricorso costituisce un primo strumento di tutela da esperirsi nell'immediatezza dell'adozione dell'ordinanza sindacale, non potendo la stessa più essere oggetto di revoca dopo la convalida da parte del giudice tutelare, in mancanza di un'espressa pronuncia in tal senso da parte dello stesso organo giurisdizionale⁴¹¹.

Si ritiene che la valutazione dell'amministrazione debba, in questa ipotesi, considerare non solo i vizi del provvedimento originario, ma determinarsi anche in una rinnovata valutazione delle condizioni che ne hanno consentito l'adozione.

Diversamente l'art. 35, 8° co., della legge n. 833/1978 dispone che chi è stato sottoposto a trattamento e chiunque vi abbia interesse può proporre reclamo al tribunale competente contro il provvedimento di convalida adottato dal giudice tutelare.

Analogo ricorso può essere proposto, in base al comma successivo, solo dal sindaco avverso il provvedimento di mancata convalida.

Rispetto all'azione amministrativa, diversa è la legittimazione al reclamo, nella misura in cui si ritiene che vi possano accedere solo coloro che siano titolari di un interesse corrispondente al raggiungimento di un risultato vantaggioso, giuridicamente apprezzabile⁴¹²: ovvero il paziente o il suo legale rappresentante, il coniuge e la struttura sanitaria, oltre al pubblico ministero ai sensi dell'art. 73 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 ss.mm.

Tale interpretazione non può essere condivisa, dovendosi altrimenti considerare la legittimazione individuata nella legge come mero riflesso di quella generale prevista dall'art. 100 c.p.c. Si deve invece considerare la specialità del riferimento normativo, intendendo quel «chiunque vi abbia interesse» come un riferimento anche a quei soggetti che possono lamentare un pregiudizio di una propria posizione giuridica connessa in modo rilevante con il disposto trattamento sanitario⁴¹³.

Se il diritto alla salute è non solo diritto fondamentale dell'individuo, ma anche un interesse della collettività, il soggetto portatore dell'interesse collettivo si può affermare

⁴¹¹ In tal caso al ricorrente non rimarrebbe altra via che quella del reclamo al tribunale, permanendo il provvedimento valido almeno sino alla scadenza del termine di sette giorni stabilito per legge.

⁴¹² G.L. FONTANA, *Art. 35*, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 1275-1279; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 137; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 150 s.

⁴¹³ Sul punto Trib. Saluzzo, decr. 20 aprile 2012, in www.ilcaso.it, nell'ammettere la legittimazione al reclamo di un'associazione, ha notato che «la delicatezza degli interessi in gioco (di sicuro rango costituzionale) impone di mantenere un ampio controllo giurisdizionale sul potere dell'autorità sanitaria di far ricoverare coattivamente malati di mente, consentendo il ricorso anche a quelle associazioni che si propongono, in base al loro statuto, di tutelare la posizione dei sottoposti a tso».

titolare anche del corrispondente diritto individuale leso o quantomeno minacciato di lesione, in quanto tale azionabile in giudizio⁴¹⁴.

Ciò si giustifica peraltro anche considerando che, comunque, l'attribuzione agli enti esponenziali della legittimazione ad agire in giudizio a tutela degli interessi superindividuali non comporta necessariamente di attribuire la titolarità del diritto soggettivo collettivo direttamente ed esclusivamente in capo ad essi.

Oggetto del reclamo potrà essere sia il decreto di convalida che quello di prolungamento del ricovero; il ricorrente dovrà esporre le ragioni in fatto e in diritto addotte a sostegno dell'istanza, corredate dagli opportuni certificati medici e da altra documentazione volta a dimostrare l'assenza delle condizioni per il trattamento.

L'art. 35 prevede una serie di semplificazioni al procedimento prescrivendo il rito camerale, la facoltà per le parti di stare in giudizio senza il ministero di un difensore e di farsi rappresentare da una persona munita di apposito mandato. A sua volta il reclamo può essere presentato al tribunale mediante raccomandata con avviso di ritorno o a mezzo posta certificata. Il procedimento viene unanimemente qualificato come rientrante nella volontaria giurisdizione⁴¹⁵, il che giustifica le forme agili e consone al tipo di intervento richiesto, come ad esempio l'eccezionalità del provvedimento di sospensione dell'ordinanza adottato dal presidente del tribunale.

Per quanto concerne la fase decisoria, il tribunale provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, dopo aver assunto informazioni e raccolto le prove disposte d'ufficio o richieste dalle parti. La decisione di annullamento, in difetto di disposizione contraria, dovrà essere presa con decreto motivato ex artt. 737 e 135 c.p.c.

Si sostiene in dottrina⁴¹⁶ che la procedura prevista dagli artt. 737-742 *bis* costituisca un'attività di tipo amministrativo, sia sotto il profilo strutturale, dal momento che non è idonea al giudicato, sia sotto il profilo funzionale, posto che non tende ad attuare diritti, bensì situazioni meno definite, riconducibili alla figura di interessi legittimi o degli interessi semplici.

Tuttavia si è soliti distinguere tra vari tipi di procedimenti rimessi allo schema camerale, alcuni aventi ad oggetto semplici interessi, altri, invece, in cui la gestione degli interessi

⁴¹⁴ Per quanto su tematiche differenti si veda R. CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1205 ss.

⁴¹⁵ In senso contrario A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 140.

⁴¹⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*²⁰, IV, Giappichelli, Torino, 2009, 353 e sub nota 1 per ampi riferimenti bibliografici.

incide su veri e propri diritti o *status*, ad esempio, in tema di potestà parentale, ovvero riguardano direttamente diritti soggettivi, nel qual caso si pongono problemi di garanzie. La dottrina, nel mettere ordine, ha distinto tra le disposizioni di legge che operano un richiamo diretto all'art. 737 c.p.c. e quelle in cui l'applicabilità delle predette norme è conseguenza di una forma di richiamo anomalo; ed è appunto in questa seconda categoria che si può collocare il procedimento disciplinato dall'art. 35 della legge n. 833/1978, che si connota peraltro per la scissione tra aspetti sostanziali (l'oggetto è un diritto soggettivo) e le correlate esigenze formali (la forma è data dal rito camerale)⁴¹⁷. In questa prospettiva si è mossa anche la giurisprudenza di legittimità che ha dato rilievo autonomo ai casi di richiamo anomalo, a cui non corrisponde la caratteristica formale della revocabilità o modificabilità del provvedimento decisorio⁴¹⁸, confermando che il decreto del tribunale – reso su ricorso avverso trattamento sanitario obbligatorio convalidato dal giudice tutelare – è ricorribile *ex art.* 111 Cost. «perché il provvedimento del tribunale è di natura giurisdizionale, è definitivo in quanto insuscettibile di diversa impugnazione ed è decisorio su diritto soggettivo»⁴¹⁹.

3.8. L'anomia del trattamento extra-ospedaliero: alla ricerca delle garanzie

È bene sottolineare in premessa che nella pratica clinica della maggior parte delle realtà italiane i trattamenti sanitari obbligatori extra-ospedalieri per patologia mentale costituiscano un'entità più teorica che reale. La mancanza di chiarezza circa le misure extra-ospedaliere e l'indisponibilità attuale delle stesse ha creato di fatto un *gap* tra la “domanda” e l'offerta di misure preventive adeguate rispetto a quelle condizioni che possono comportare un ricovero obbligatorio⁴²⁰.

Tale condizione di fatto ha confermato quell'«idea [secondo cui] i trattamenti extra-ospedalieri non siano altro che una sorta di stato allotropico di quelli in condizioni di

⁴¹⁷ C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Utet, Torino, 1993, 144-146; A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 473.

⁴¹⁸ G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 151 ss.

⁴¹⁹ Cass. civ., sez. I, 21 ottobre 1986, n. 6220, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1616; Cass. civ., sez. I, 23 giugno 1998 n. 6240, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3079 ss.

⁴²⁰ G. MANDARELLI, R. TATARELLI *et al.*, *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, cit., 49.

degenza ospedaliera»⁴²¹. Impresione che si desume anche dalla complessità dell'operazione ermeneutica necessaria per ricostruirne la fisionomia⁴²².

Il dato letterale dell'art. 34, 3° co., come coordinato con l'art. 33, 4° co., della legge n. 833/1978, determina una ben precisa differenza gerarchica tra le due tipologie di trattamenti, stabilendo la prevalenza di quelli in degenza ospedaliera solamente ove necessario. Al contempo la disposizione delinea uno spazio autonomo e una funzione propria del trattamento extra-ospedaliero che si pone in linea con il fine di garantire la continuità terapeutica, riservando ai servizi e presidi territoriali gli interventi di prevenzione, cura e riabilitazione atti ad evitare il verificarsi di stati patologici di acuzie. Tale spazio di autonomia di questa tipologia di trattamento trova poi ulteriore conferma nel principio affermato ai sensi dell'art. 2 della legge n. 833/1978, il quale, nel definire gli obbiettivi del servizio sanitario nazionale, indica la prevenzione quale strumento fondamentale per la realizzazione della tutela della salute.

Tale preferenza per il trattamento extra-ospedaliero si giustifica in ragione del fatto che esso comporta una assai meno stringente restrizione della libertà personale rispetto alla forma tradizionale di ricovero coatto, inoltre, dato il suo carattere sostanzialmente ambulatoriale, può ritenersi che esso si espliciti in modalità di intervento estremamente limitate nel tempo.

Quanto alla disciplina del trattamento extra-ospedaliero, che si è andata chiarendo soprattutto grazie all'apporto delle leggi regionali in materia che hanno dato un contributo interpretativo e non solo applicativo, si può sostenere che un primo riferimento può essere tratto dall'art. 33 della legge, che, nel dettare il procedimento per i trattamenti sanitari obbligatori in generale, ne attribuisce il potere dispositivo al sindaco, sulla base di una proposta motivata di un medico.

In questa ipotesi quindi le garanzie sono meno stringenti, mancando la convalida da parte del medico dell'azienda sanitaria pubblica e il successivo controllo da parte del giudice tutelare. Vi è tuttavia da rilevare che qualora il trattamento non fosse necessitato

⁴²¹ C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 180 contra D. VINCENZI AMATO, *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 177-178 che ritiene il trattamento extra-ospedaliero una pura variante di quello in condizioni di ricovero.

⁴²² Inversamente alla ispirazione complessiva della legge di riforma, che ha privilegiato il versante territoriale dell'assistenza psichiatrica, le disposizioni che disciplinano il trattamento sanitario obbligatorio sembrano costruite come un "gioco di specchi", ove, a prima vista, il trattamento extra-ospedaliero dovrebbe costituire la regola, ma in realtà l'assenza di una concreta disciplina – nonostante gli insistiti richiami – ne fa l'eccezione.

i sanitari dei servizi e delle strutture territoriali potrebbero dare atto di tale condizione, non dando seguito all'ordinanza sindacale.

Emergono con riferimento alla disciplina in analisi dubbi relativamente alla conformità della stessa rispetto alla riserva di legge posta nell'art. 32, 2° co., Cost., nella misura in cui all'enunciazione dell'obbligo non si accompagna la definizione di una precisa fattispecie⁴²³.

Quello extra-ospedaliero si configura come la forma di trattamento sanitario obbligatorio attivabile nel caso in cui, pur sussistendo le prime due condizioni previste per il trattamento in degenza ospedaliera, e cioè le alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici e la non accettazione degli stessi da parte del paziente, manca invece la terza ed è quindi possibile «adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra ospedaliere».

L'ordinanza di tale TSO si caratterizza per il fatto che obbliga una persona a curarsi, anche attraverso modalità coatte, ma il luogo ove espletare il trattamento non è vincolato a precise caratteristiche: per cui si può trattare, compatibilmente con le finalità terapeutiche, la casa del paziente (con l'attivazione di visite domiciliari), il centro di salute mentale (obbligando il paziente a visite ambulatoriali).

Nella pratica corrente l'ordinanza di trattamento extra ospedaliero da parte del sindaco viene spesso comunicata al giudice tutelare, benché non sia richiesto dalla legge. Si tratta di una garanzia aggiuntiva per il cittadino vista come persona in una situazione di debolezza e meritevole di una protezione supplementare: infatti, una tale segnalazione permette al giudice tutelare, assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti previsti dall'art. 35, 2° co., di disporre i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo, oltre a nominare eventualmente un amministratore di sostegno.

Un ultimo accenno pare necessario sulla procedura dell'accertamento sanitario obbligatorio, che rappresenta la “cenerentola” dei trattamenti sanitari attivabile solo allo

⁴²³ G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 107 ss. Secondo l'Autore la riserva di legge dell'art. 32 Cost. non può ritenersi soddisfatta dalla mera previsione di una misura sanitaria obbligatoria, bensì impone al legislatore l'esatta strutturazione della fattispecie, ossia la precisa individuazione delle situazioni di fatto che condizionano il potere amministrativo ordinario del trattamento. Non si può dire che le disposizioni della legge n. 833/1978 contengano una chiara definizione degli stati patologici la cui sussistenza legittima l'adozione dell'ordinanza sindacale che obbliga al trattamento. Al di là dei casi di acuzie non emergono dalle legge elementi che conducono all'identificazione dei casi clinici che possono essere trattati obbligatoriamente, oltre ad una generica indicazione di stati patologici bisognosi di cure psichiatriche.

scopo di poter garantire la migliore decisione in merito alla necessità di disporre un trattamento. Vi è unanime consenso, pur in assenza di espressa previsione legislativa, sul fatto che, al fine di garantire la migliore valutazione possibile, questa debba essere assicurata da un medico psichiatra del dipartimento di salute mentale (Dsm).

La proposta di accertamento può essere avanzata sia da un medico del dipartimento che da altro medico, quando, in base alle informazioni ricevute, si possa ipotizzare la necessità urgente di una valutazione psichica al fine di considerare l'eventuale disposizione di un trattamento psichiatrico, ma lo psichiatra non sia in grado di sottoporre a visita il cittadino, stante il suo strenuo diniego a permettere il contatto e il colloquio.

La proposta motivata, oltre a specificare le condizioni di legge, contiene anche indicazioni sul luogo più opportuno – eventualmente accettato dal paziente – per l'esecuzione dell'accertamento. La proposta motivata non necessita della convalida da parte di un secondo medico.

L'ordinanza sindacale di accertamento è eseguita dalla polizia municipale che accompagna la persona al luogo indicato perché vi si svolga l'accertamento richiesto, mentre il personale sanitario svolge funzioni di assistenza. Come nel caso del trattamento extra-ospedaliero non è richiesta la notifica dell'ordinanza al giudice tutelare.

3.9. La libertà è terapeutica ? Ipotesi tra gli artt. 13 e 32 Cost.

Il trattamento sanitario obbligatorio rappresenta un campo esperienziale in cui si incrociano diversi linguaggi, che si dimostra intrinsecamente pluridimensionale incidendo sulla salute della persona, sulla sua libertà, sull'autodeterminazione e sull'aspetto relazionale, ovvero sulla dignità che ad ogni essere umano è da riconoscere. È sostenibile quella ricostruzione che contiene questo “gomitolo” di problemi entro la sola disciplina del diritto alla salute o si può prospettare un'integrazione tra il disposto dell'art. 32 e quello dell'art. 13 Cost. al fine di rafforzare le garanzie a tutela della condizione giuridica di una persona già indebolita ?

Per rispondere al quesito si può principiare considerando la tesi che esaurisce il problema dei trattamenti entro le garanzie disposte dall'art. 32 Cost.⁴²⁴.

La dottrina, nell'esprimersi in tal senso, non nega che i trattamenti sanitari obbligatori vengano ad incidere sulla sfera di libertà del singolo, ma ponendo in luce i contenuti e le finalità distinte che connotano le disposizioni sulla libertà personale e sul diritto alla salute, conclude che «le misure previste dall'art. 13 sono indirizzate ai fini di difesa sociale contro forme di devianza sociale»⁴²⁵.

In questi termini non è l'obbligatorietà o la coattività del provvedimento, ma la finalizzazione dello stesso a punire determinate condotte, che, presupponendo quindi un giudizio sulla personalità e pericolosità sociale del soggetto, rende indispensabile un intervento da parte dell'autorità giudiziaria. Quindi solo le misure coercitive "degradanti" potranno rientrare nella disciplina dell'art. 13 Cost., ove invece i trattamenti sanitari, di per sé non "degradanti" in quanto diretti al recupero della migliore condizione psico-fisica del soggetto, sarebbero sottoposti in via esclusiva alla regolazione del diritto alla salute.

Peraltro, il superamento della logica custodiale in favore di quella curativa ha "depurato" i trattamenti sanitari obbligatori dalle finalità di difesa sociale che li aveva connotati sotto la «disciplina bastarda»⁴²⁶ della legge del 1904 e che aveva di riflesso giustificato un'ibridazione impropria anche a livello costituzionale.

Quello della finalizzazione costituirebbe indubbiamente un argomento forte, se non fosse che esso presuppone un'interpretazione tradizionale della libertà personale come mera libertà dagli arresti, elidendo l'identità che ha assunto e l'evoluzione che l'art. 13 Cost. ha subito nel corso degli ultimi sessant'anni.

⁴²⁴ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 167 ss.; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 49 s.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 317 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 1984, 55 ss., specie 57 laddove sostiene che «la richiesta dell'intervento del giudice sembra basarsi sui due equivoci della confusione tra garanzia dei trattamenti sanitari e garanzie della libertà personale e della mai superata considerazione del malato come "diverso" e quindi in fin dei conti come "incapace"»; C. MONTANARO, *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari «non obbligatori»)*, cit., 1167 s.

⁴²⁵ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 170; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, cit., 508.

⁴²⁶ D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° co., cit.*, 169; specificatamente sul trattamento delle malattie mentali *Ibidem*, 188 ss.

Vi è poi da rilevare, senza tornare sull'analisi del secondo comma dell'art. 32 Cost.⁴²⁷, come, da un lato, la riserva di legge e, dall'altro il "contro-limite" del rispetto della persona umana, rappresentino, nel contesto di tale costruzione, uno strumento influente di limitazione o regolazione dell'esercizio del potere nei confronti degli individui.

Tali garanzie sono ritenute sufficienti, laddove – si sostiene – «il trattamento sia richiesto per i fini che gli son propri, e sia rispettoso dell'individuo nei limiti in cui quei fini lo permettono, non solo non vi sarà luogo ad illegittimità del provvedimento legislativo che lo prevede, ma non vi sarà nemmeno luogo a discutere di privazione o limitazione della libertà personale che, per essere ammissibile, richiederebbe l'intervento del giudice»⁴²⁸. Intervento che, «autorizzando trattamenti sanitari coercibili nei modi e nei casi previsti dalla legge, ma non da una legge "rinforzata" e necessariamente finalizzata al rispetto della persona umana, finirebbe per eludere e vanificare questa particolare garanzia teleologica specificatamente predisposta per i casi di compressione del diritto fondamentale alla disposizione del proprio corpo»⁴²⁹.

Pare infine decisamente discutibile l'interpretazione, pur autorevolmente sostenuta⁴³⁰, che vorrebbe intravedere un rapporto di specialità tra il secondo comma dell'art. 32 e l'art. 13 Cost., tale da escludere che si applichino entrambe le discipline.

Tale tesi verrebbe a svuotare la portata dell'art. 13 Cost., in quanto questa disposizione non troverebbe applicazione in tutti quei casi in cui eventuali limitazioni della libertà personale si rivelino vuote di fini *aliunde* costituzionalmente protetti⁴³¹. Vi è inoltre una ragione sistematica che porta a rigettare la predetta costruzione, laddove, avendo riguardo al combinato disposto tra l'art. 13 e 14 Cost., emerge la contraddittorietà di una costruzione in termini di *genus a species*, nella misura in cui l'art. 14, nel richiamare le garanzie della libertà personale (2° co.), stabilisce una deroga espressa per superarle in presenza di motivi di sanità, incolumità pubblica e per motivi economici e fiscali (3° co.)⁴³².

⁴²⁷ Si rinvia all'analisi sviluppata nel §. 3.3. del presente capitolo.

⁴²⁸ D. VINCENZI AMATO, Art. 32, 2° co., cit., 169.

⁴²⁹ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 318.

⁴³⁰ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 560.

⁴³¹ D. PICCIONE, *La crisi della giurisdizione sui provvedimenti limitativi della libertà personale estranei a fini penali*, in *Giur. cost.*, 2002, 4, 3157 ss., specie 3162.

⁴³² A. PACE, *Libertà personale*, cit., 298.

Passando alla tesi opposta, si deve sottolineare come essa abbia assunto un ruolo prevalente sia in dottrina⁴³³ che nella giurisprudenza⁴³⁴, riconoscendo, 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. Così nelle scelte fondamentali, dove la vita ritorna nella sua insopprimibilità ad affermarsi, il diritto non potrà escludere di lasciare spazio alle possibilità, delineando contenuti e procedure tali da consentire una descrizione dei confini del diritto operata dal diritto stesso, in via normativa e attraverso l'integrazione giudiziale.

La cornice entro cui è possibile inquadrare la ricostruzione qui accolta presuppone la distinzione tra trattamenti sanitari obbligatori e trattamenti sanitari coattivi⁴³⁵, che, «come tutte le misure propriamente coercitive, ricadono nella disciplina delle restrizioni della libertà personale dettata dall'art. 13 Cost., il che significa, soprattutto, che i trattamenti sanitari siffatti sarebbero costituzionalmente legittimi solo se, nei casi e nei modi previsti dalla legge, fossero disposti con atto motivato dalla autorità giudiziaria

⁴³³ S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 74 ss.; A. PACE, *Libertà personale*, cit., 296-298; G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, cit., 250 ss.; S.P. 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. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – Dir. cost.*, cit., 9; ID., *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 441-442; C. CASTRONOVO, *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, cit., 199-202; ID., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 186 ss.; A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 111-113; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 61 ss.; 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*, cit., 4137 ss.; I. CIOILLI, *I TSO e le proposte di riforma della legge 180 del 1978. Problemi e prospettive*, in R. FOSCHI (a cura di), *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.; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, cit., 455 ss.; M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, 167 s.

⁴³⁴ 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.

⁴³⁵ Sulla distinzione tra obbligatori e coattivi M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – Dir. cost.*, cit., 10-11; pone una distinzione tra trattamenti obbligatori e trattamenti necessari M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, cit., 456-457 secondo cui 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 necessari presumibilmente la disciplina di cui all'art. 13 Cost. inteso nell'accezione estensiva.

(od almeno da essa convalidati successivamente, nei casi eccezionali di necessità ed urgenza)»⁴³⁶.

In questa direzione si intendono primariamente affermare o conservare determinate garanzie, in particolare quella posta dalla riserva di giurisdizione, a fronte di tutte le misure coercitive, le quali per la loro natura – ossia in ragione del pur potenziale utilizzo della forza per darvi attuazione – sono di per sé limitative della libertà personale, nella specie della libertà di disporre della propria salute e del proprio corpo.

L'intervento del giudice verrebbe pertanto ad ovviare alla fragilità del contenuto dell'interesse collettivo alla salute richiesto dall'art. 32, 2° co., 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'individuo⁴³⁷.

Non si comprende infatti sulla base di quali ragioni il controllo giurisdizionale sia necessario quando è in gioco la libertà personale da misure restrittive della libertà personale che abbiano natura “degradante” o siano volte a finalità di difesa sociale, escludendo invece la stessa garanzia nel caso di misure altrettanto restrittive seppure finalizzate a obiettivi di natura sanitaria.

Sotto il profilo strettamente materiale, infatti, i trattamenti sanitari coattivi non si distinguono da un fermo o da un arresto, tanto da presupporre un intervento coordinato di sanitari e polizia locale per condurre forzatamente la persona sofferente presso il luogo di ricovero. In termini concettuali, la libertà non costituisce un principio giuridico la cui tutela è vincolata al titolo in virtù del quale la si intende restringere o limitare, ma rappresenta un «*objective Grundsatznorme*»⁴³⁸, ovvero un interesse obiettivo dell'ordinamento nella cui attuazione il potere sovrano deve tendere ad ottimizzare i diritti fondamentali. Ciò comporta, nel caso di interesse, che la presunta utilità del provvedimento per la salute del singolo non può di per sé legittimarlo *a priori*, così

⁴³⁶ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, cit., 888 s.

⁴³⁷ Sul tema V. MARCENÒ, *I trattamenti sanitari obbligatori nel circuito legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: il ruolo della argomentazione nella risoluzione di un “caso difficile”*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 229 ss.

⁴³⁸ BverfGE, 8 agosto 1978, 49, 89 (Kaikar I), in NJW, 1979, 359 ss.; in dottrina G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 176 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 339 s.

come l'esigenza di difesa sociale non può giustificare la limitazione della libertà personale per finalità punitivo-sanzionatorie. La tutela giurisdizionale, in un caso come nell'altro, costituisce dunque una garanzia di salvaguardia dell'«unità della persona [come] univocità dei valori che la compongono, onde la tutela che li riguarda non può che essere a propria volta univoca, quali che siano i contesti nei quali essa si espliciti»⁴³⁹.

L'applicazione all'istituto del trattamento sanitario coattivo delle garanzie previste dall'art. 13 Cost. non determina lo “svuotamento” dell'art. 32 Cost., nella misura in cui alla disciplina della libertà di salute si affianca, ma non sostituisce quella che presidia le restrizioni alla libertà personale: sicchè né il legislatore, né il giudice, in virtù dell'art. 13 Cost., potrebbero limitare il godimento della libertà alla salute, imponendo coattivamente un trattamento sanitario, senza rispettare le condizioni prescritte dal secondo comma dell'art. 32 Cost.⁴⁴⁰.

Al contempo l'opzione a favore della garanzia giurisdizionale⁴⁴¹ nel contesto dei trattamenti sanitari coattivi non è espressione della ricerca di un «giudice Ercole», dotato di un potere straordinario capace di dare risposta alle esigenze di tutela dei diritti, ma della volontà di coordinare le forme di garanzia previste in Costituzione in maniera tale da offrire la migliore tutela possibile a quegli stessi diritti.

La stessa previsione di un limite invalicabile all'imposizione di un trattamento sanitario, da rinvenirsi nella tutela della persona, necessita di un giudice in grado di dominare la «fattualità dei nostri giorni [che] si connota per rapidità, mutevolezza, complessità»⁴⁴².

In tale ottica, quello creato dal giudice è un «diritto in equilibrio», in cui applicazione del disposto normativo ai casi particolari si mostra coerente coi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ricavati in accordo con una procedura razionalmente

⁴³⁹ C. CASTRONOVO, *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 202, che propone una riflessione profondamente critica sulle carenze della disciplina normativa dettata dalla legge n. 180/1978.

⁴⁴⁰ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 189-191 che sottolinea che l'accoglimento di tale ricostruzione non comporta l'adesione alla tesi del “vuoto dei fini” dell'art. 13 Cost., ovvero della natura servente e strettamente procedurale di tale disposizione, le cui finalità sarebbero rinvenibili negli artt. 25, 30 e 32 Cost. (in questi termini L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., 8-23).

⁴⁴¹ Intervento “indebolito” nella misura in cui le condizioni che giustificano il ricorso al trattamento coattivo esulano dal potere conoscitivo del giudice tutelare chiamato a convalidarlo, investendo profili di discrezionalità tecnica rispetto ai quali il giudice si trova in una posizione vincolata per ragioni strutturali attinenti la forma del procedimento e la natura dei poteri attribuitigli.

⁴⁴² P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi ?*, in *Dir. soc.*, 2011, 1, 45.

fondata e almeno in larga parte giustificabili alla luce dei parametri di razionalità condivisi dalla comunità degli interpreti.

In questa direzione tale dispositivo consente di affrontare ogni fattore di variabilità, instabilità e contingenza che caratterizza le società contemporanee, dando accesso a soluzioni che siano in grado di conciliare le esigenze di tutela della dignità della persona senza precludere le opportunità che la scienza, la tecnologia e l'evoluzione sociale sembrano offrire.

Si può inoltre notare come la natura residuale – ovvero la sua applicazione in casi circoscritti e come *extrema ratio* rispetto agli interventi domiciliari o ambulatoriali – del trattamento sanitario coercitivo per malattia mentale trovi conferma e risulti rafforzata dall'applicazione delle garanzie dettate dall'art. 13 Cost., nel cui contesto l'autorità giudiziaria si trova a dover vagliare la conformità del trattamento non solamente ai criteri dettati dalla legge, ma anche alla finalità/limite prioritario di tutela della persona. In questo senso, alle guarentigie procedurali imposte in Costituzione si accompagnano, nella legge n. 180 del 1978 puntuali garanzie modali della restrizione, che, per un verso, eliminano in radice la riproposizione surrettizia del manicomio e delle sue logiche e, per l'altro, individuano la restrizione della libertà personale dell'infermo come provvisoria, breve nella durata e volta a gestire solo l'urgenza determinata dallo stato di acuzie.

Per concludere, «se la libertà non può essere invocata come una *fin de non recevoir* sufficiente per sé a impedire l'attuazione del diritto alla salute, la necessaria linea di demarcazione oltre la quale quest'ultimo non può trovare attuazione a spese della prima non può che essere [tracciata] dall'autorità giudiziaria la quale, come potere di accertamento dei diritti e dunque della loro concreta estensione, appare l'unica in grado di decidere caso per caso»⁴⁴³.

3.10. Uno sguardo all'Inghilterra: per una riforma della procedura

La comparazione con altri ordinamenti offre l'occasione di analizzare le modalità con cui si sono venute a strutturare le procedure e le garanzie nel settore dei trattamenti sanitari obbligatori, tenendo presente che, pur a fronte di fenomeni di de-

⁴⁴³ C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 196.

istituzionalizzazione che hanno coinvolto la maggior parte dei paesi europei, in nessuno di questi si è realizzata la radicale abolizione dell'ospedale psichiatrico, come è avvenuto in Italia.

Da quanto esposto nei precedenti paragrafi, si può desumere come il modello prescelto nell'ordinamento italiano non appaia del tutto soddisfacente, mostrando passaggi che tendono ad affievolire l'efficacia della garanzia del sofferente psichico per tre ordini di ragioni: la prima è che il presupposto e la valutazione della sua sussistenza sconfina nella discrezionalità tecnica; in secondo luogo, il giudizio di convalida sacrifica decisamente alcune garanzie sull'altare di un procedimento "pacificato" (come quello di volontaria giurisdizione) ed infine il rispetto solo parziale del principio di tassatività scaturente dalla riserva assoluta di legge si riverbera inevitabilmente sulla pienezza del sindacato giurisdizionale.

Riprendendo il confronto già avviato, si può appuntare l'attenzione sul modello inglese che è venuto a strutturare, anche con l'apporto della giurisprudenza, una disciplina stratificata e complessa relativa alle problematiche concernenti la libertà personale delle persone giudicate "incapaci" e dei pazienti psichiatrici.

Limitandoci al secolo scorso, si può rammentare come, con il *Mental Treatment Act* e, soprattutto, attraverso le disposizioni del *Mental Health Act* del 1959, si sono poste le basi, in termini di principi e struttura, per l'adozione della disciplina attuale, rappresentata dal *Mental Health Act* del 1983⁴⁴⁴ – significativamente modificato dal *Mental Health Act* del 2007 – e dal *Mental Capacity Act* del 2005.

Secondo Gostin «non vi è forse nessun corpo di leggi che abbia subito un così rilevante numero di cambiamenti fondamentali di approccio e di filosofia come la legge sulla salute mentale»⁴⁴⁵. È pur vero che in questo settore la legge è particolarmente suscettibile di cambiamenti: negli ultimi cento anni il Parlamento inglese ha introdotto non meno di sei discipline normative che regolano la cura e il trattamento delle persone

⁴⁴⁴ P. BOWEN, *Blackstone's Guide to The Mental Health Act 2007*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 10 ss.; T. CARNEY, *Involuntary mental health treatment laws: the "rights" and the wrongs of competing models*?, in B. MCSHERRY, P. WELLER (eds), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, 257 ss. Si richiama l'ampia e approfondita ricognizione di M. PELAZZA, *La coazione terapeutica. Uno studio comparato*, Tesi di dottorato in Scienze giuridiche, Università di Milano-Bicocca, 2013, 31 ss.

⁴⁴⁵ L. GOSTIN, *Contemporary Social Historical Perspectives on Mental Health Reform*, in *Journal of Law and Society*, 1983, 47, 48; sulla legislazione inglese si veda l'analisi di E. BALBONI, *Salvaguardia dei diritti del singolo e difesa degli interessi della società nell'azione svolta in Inghilterra dai Tribunali amministrativi del Servizio psichiatrico nazionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, I, Giuffrè, Milano, 1987, 25 ss.

con disordini mentali. Ogni legge rifletteva le correnti sociali e politiche esistenti nel momento in cui è stata redatta, rendendo la frontiera tra legge e psichiatria un dispositivo mobile⁴⁴⁶.

Il *Mental Health Act* (MHA), adottato nel 1983 e riformato nel 2007⁴⁴⁷, è il testo legislativo di riferimento per la disciplina dei ricoveri e trattamenti coatti di pazienti psichiatrici. Su questa base si inserisce il *Code of Practice* che va ad arricchire ulteriormente la disciplina attraverso linee guida vincolanti volte a fornire direttive operative agli operatori del settore psichiatrico per la corretta applicazione del MHA⁴⁴⁸. La legge stabilisce il principio generale della volontarietà dei trattamenti, laddove, alla sezione 131, prevede il diritto per i pazienti psichiatrici di essere ricoverati e trattati *informally*, ossia volontariamente. Come indicato nel *Code of Practice*, tale facoltà può essere esercitata solamente se la persona ha la capacità di decidere in merito al ricovero stesso, nella misura in cui il ricovero «non indebolisce o limita il diritto all'autodeterminazione, a meno che [la persona] venga privata della capacità (...) di decidere per sé» (§. 4.9).

In sintesi, rinviando a breve l'analisi minuta, si può rammentare come nell'ordinamento inglese siano tre le principali modalità di *compulsory detention* in caso di malattia mentale: a) vi è il ricovero *for assessment* volto a valutare lo stato mentale della persona e l'effettiva necessità di un ricovero coatto; b) il ricovero *for treatment* – che può durare

⁴⁴⁶ K. JONES, *A History of the Mental Health Services*, Routledge and Keegan Paul, London, 1972, 181 ss.

⁴⁴⁷ Tale riforma ha inteso superare alcuni limiti della legislazione precedente, rendendo di fatto più semplice disporre il ricovero coatto, che in alcuni casi sembrava essere impedito da specifiche previsioni del MHA (come il *treatability test* o l'esclusione della *sexual deviancy* dalla definizione di *mental disorder*), con finalità espresse di tutela della pubblica sicurezza. Sul punto R. DAW, *The Mental Health Act 2007: The Defeat of an Ideal*, in *Journal of Mental Health Law*, 2007, 11, 131 ss. In generale L. GOSTIN et al (eds.), *Principles of Mental Health Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 300 ss.; P. FENNEL, *Mental Health: Law and Practice*², Jordans Publishing Limited, Bristol, 2011, 250 ss.; P. BARTLETT, R. SANDLAND, *Mental Health Law: Policy and Practice*⁴, Oxford University Press, Oxford, 2013, 236 ss.; P. FENNEL, *Controlling clinical power: therapy, discipline and punishment*, in E. SAKS (ed.), *Restraint in Mental Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 10 ss.

⁴⁴⁸ Riguardo ai trattamenti coattivi, è nel *Code* che si rinvencono alcuni principi fondamentali che indirizzano le concrete modalità operative degli stessi: a) *purpose principle* che importa l'assunzione di decisioni che devono tendere a minimizzare gli effetti negativi della malattia mentale, favorire la sicurezza ed il benessere dei pazienti, promuovendo il loro recupero e infine proteggere le altre persone da eventuali pericoli connessi alle condotte del malato; b) *last restriction principle*, secondo cui, laddove il trattamento sia disposto senza il consenso del paziente, si deve tentare di limitare il meno possibile gli spazi di libertà di quest'ultimo; c) *respect principle* che impone comunque il riconoscimento e il rispetto dei bisogni, valori e opinioni di ciascun paziente, ove possibile ed ove compatibili con le finalità del trattamento; d) *participation principle* che importa la necessaria partecipazione dei pazienti e dei loro familiari, per quanto possibile, nella pianificazione e variazione dei progetti trattamentali e di assistenza; e) efficacia, efficienza ed equità, che sono principi volti a bilanciare le esigenze dell'amministrazione sanitaria e quelle dei pazienti alle migliori cure possibili.

per periodi fino a sei mesi, eventualmente rinnovabili; c) il ricovero di emergenza che è la forma meno garantita ma la cui durata massima è limitata al tempo strettamente necessario per superare la fase di acuzie.

Il MHA prevede altre forme di sorveglianza del paziente psichiatrico, diverse dal ricovero: in particolare, a partire dal 2007, sono stati creati i *Supervised Community Treatments* attraverso i quali il medico responsabile ha la possibilità di imporre al paziente di rispettare le prescrizioni riguardanti soprattutto l'assunzione di determinate terapie farmacologiche. Si tratta di uno strumento destinato a consentire un controllo e una cura continua dei pazienti anche al termine di un periodo di ricovero coatto. In questa ipotesi tuttavia i trattamenti non possono, contrariamente a quanto avviene nel caso della *detention*, essere imposti coattivamente al paziente, anche se il medico ha la facoltà di chiedere il ricovero (anche con l'uso della forza, se necessario) del paziente in ospedale per i periodi necessari a consentire la verifica del rispetto delle indicazioni terapeutiche.

Prima di affrontare le tipologie, e relativa disciplina dei trattamenti coattivi, è utile sottolineare come nel testo del MHA del 1983, prima della riforma del 2007, vi fosse indicata una definizione di *mental disorder* piuttosto dettagliata, che operava attraverso il richiamo a diverse tipologie nosografiche di disturbo mentale al fine di integrare quelle fattispecie che potevano costituire *disorder*.

Con la riforma del 2007 è stata invece eliminata questa suddivisione in categorie che aveva creato diversi problemi di ordine logico e sistematico, proprio in virtù della contestabilità delle categorie in sé e della difficile riconduzione della complessa fenomenologia di un disturbo ad un'etichetta; sicché nella disciplina in vigore per *mental disorder* si intende semplicemente «*any disorder of the mind*»⁴⁴⁹.

In via ulteriore, prima della riforma, il MHA stabiliva che si potesse disporre una *detention for assessment* di persone con *mental impairment* e *psychopathic disorder* solo ove fosse soddisfatto il *treatability test*, il che condizionava il ricovero alla circostanza che ai pazienti fosse stato offerto un trattamento medico «verosimilmente idoneo ad alleviare o prevenire il peggioramento delle [loro] condizioni» [MHA, sez. 3 (2)]. Tale condizione, che costituiva comunque una garanzia debole, è stata modificata introducendo un diverso *test* in funzione del quale, affinché la *compulsory detention* sia

⁴⁴⁹ Da notare che vi è il divieto di considerare sofferenti di un *mental disorder* – e quindi di sottoporre alle relative previsioni del MHA – coloro i quali soffrano di dipendenza da alcool o droga [MHA, sez. 2 (3)].

legittima, deve essere disponibile per il soggetto ricoverato un appropriato trattamento medico; trattamento definito ai sensi della sez. 145, secondo cui è tale l'assistenza infermieristica, gli interventi psicologici e la riabilitazione effettuata da specialisti della salute mentale.

Si può notare in senso critico la scomparsa della finalizzazione del trattamento a consentire il miglioramento delle condizioni del paziente, richiedendosi ora, solamente, che esso sia idoneo ad minimizzare o prevenire un peggioramento del disturbo o di uno o più dei suoi sintomi o manifestazioni. Peraltro la minimizzazione del beneficio terapeutico avrebbe potuto aprire la strada a forme di ricovero coatto che mascheravano misure di prevenzione verso soggetti ritenuti socialmente pericolosi, senonchè il *Code of Practice* ha chiarito che il ricovero – seppur in ospedale – in sé considerato non può costituire *medical treatment* (*Code of Practice*, §. 6.17).

Entrando nel merito della disciplina dei trattamenti, il MHA disciplina per primo il ricovero *for assessment* (MHA, sez. 2), ovvero per valutazione, che costituisce una forma di accertamento coattivo ospedaliero volto a sottoporre il paziente ad un periodo di osservazione al fine di diagnosticare e curarne il disturbo, anche attraverso un successivo ricovero *for treatment*.

Il predetto ricovero può essere proposto in seguito ad una *application* richiesta dal *nearest relative* del paziente⁴⁵⁰ o da un *approved mental health professional* (AMHP)⁴⁵¹, sempre che colui che la richieda abbia personalmente visto il paziente nei quattordici giorni precedenti.

L'*application* deve essere corredata della certificazione di due medici che abbiano personalmente visitato il paziente (congiuntamente o a distanza di non più di cinque giorni). Da notare che almeno uno dei due medici deve essere uno specialista in psichiatria, con titolo convalidato dal *Secretary of State*, ed ancora, almeno uno dei due

⁴⁵⁰ Il *nearest relative* che viene scelto dal paziente di norma nella cerchia dei famigliari, ha una funzione di tutela dei diritti del malato, potendo sollecitare il ricovero ex sez. 2, 3 e 4 del MHA, così come può impedire il ricovero del paziente ex sez. 3 o la sottoposizione dello stesso a *guardianship*. Può inoltre richiedere che il paziente sia dimesso in caso di ricovero ex sez. 2 e 3, che venga interrotta la *guardianship* ed ha il diritto di essere informato circa le *applications* proposte dall'AMHP. Infine, questa figura ha la legittimazione di adire il Tribunale per contestare alcune decisioni relative al ricovero del paziente.

⁴⁵¹ Si tratta di professionisti certificati dai servizi sociali locali che creano appositi albi di *approved mental health professional* (AMHP), ovvero di soggetti che abbiano competenze adeguate nel relazionarsi con persone mentalmente disturbate (MHA, sez. 114).

deve – se possibile – avere già conosciuto il paziente per poter valutare in modo più oggettivo il suo stato anche alla luce delle sue precedenti condizioni.

Tali certificazioni mediche devono dare atto della sussistenza di due requisiti previsti dalla legge, ossia: a) che il soggetto soffre di un disturbo mentale di tale natura o di tale intensità da giustificare il ricovero in ospedale per una valutazione (o per una valutazione seguita da un trattamento medico) almeno per un periodo di tempo limitato; e b) che dovrebbe essere trattenuto in ospedale nell'interesse della propria salute o sicurezza, o al fine di proteggere altre persone.

In seguito alla presentazione di questa documentazione, il soggetto può essere ammesso in ospedale e trattenuto per un periodo massimo di ventotto giorni, non rinnovabile. Il ricovero potrà comunque essere protratto nel caso in cui, prima dello scadere di tale termine, venga disposto un diverso tipo di trattamento.

Alla sez. 3 è disciplinata l'*admission for treatment* che si concreta in una forma di ricovero di lungo periodo volta a sottoporre a terapia e riabilitazione il paziente. Le condizioni che giustificano questo tipo di ricovero sono simili a quelle viste per il trattamento *for assessment*, con alcune differenze.

L'*application*, anche in questo caso, viene proposta dal *nearest relative* o da un AMHP che devono aver personalmente visto il paziente non più di quattordici giorni prima [MHA, sez. 11 (5)]. Nel caso in cui l'*application* sia proposta da un AMHP, questi – purchè sia ragionevolmente possibile o non comporti un eccessivo ritardo – deve consultare il *nearest relative* (se nominato) del paziente; ed ove quest'ultimo si opponga al ricovero, la proposta non può ulteriormente procedere, salvo diverso provvedimento dell'autorità giudiziaria. L'*application*, anche in questa ipotesi, deve essere supportata dalla certificazione di due medici che confermino la presenza delle condizioni prescritte dalla legge per disporre il ricovero.

La legge prescrive, stante anche la natura fortemente limitativa della misura sanitaria, specifiche condizioni, ovvero che: a) il paziente soffra di un disturbo mentale di natura o intensità tale da renderne appropriato il ricovero in ospedale al fine di ricevere un trattamento; b) sia necessario, per la salute o sicurezza del paziente o per la protezione di altre persone, sottoporre il paziente a tale trattamento, che non può essere somministrato se non attraverso il ricovero coatto; c) si tratti di un trattamento medico appropriato.

Le certificazioni dei medici devono indicare specificatamente le ragioni che rendono necessario il trattamento e il conseguente ricovero, tenuto conto delle condizioni del paziente e di possibili alternative terapeutiche. Quanto al requisito del consenso, se è pur vero che normalmente deve essere data preferenza al ricovero volontario, perlomeno per i pazienti che hanno la capacità di consentire, tuttavia, a differenza della legge n. 180/1978, per attuare un ricovero coatto, nel sistema inglese il paziente non deve necessariamente rifiutare il trattamento, in quanto, anche se vi acconsente, può essere comunque trattenuto coattivamente (*Code of Practice*, § 4.4.1.).

Il MHA prevede infine il ricovero d'urgenza (MHA, sez. 4), che, a fronte di minori garanzie, si connota per la sua durata limitata al tempo strettamente necessario a consentire al paziente di superare il momento di crisi acuta.

L'*application*, proposta dal *nearest relative* o dal AMHP, deve essere corredata dalla certificazione di un solo medico che attesti «l'urgente necessità che il paziente sia ammesso e trattenuto ex sez. 2», e dunque con ricovero *for assessment*, e che «il rispetto delle norme che regolano la normale procedura di ricovero comporterebbero un ritardo *undesirable*».

La durata della misura è prevista in un periodo massimo di settantadue ore dal momento in cui il paziente viene ricoverato in ospedale; sempre entro tale lasso di tempo può essere trasformato in ricovero *for assessment* qualora ne ricorrano le condizioni.

Quanto ai trattamenti che il paziente potrebbe subire durante il ricovero, è bene segnalare come le legge inglese lasci un'ampia discrezionalità ai sanitari (MHA, sez. 63), non ravvisandosi la necessità di un controllo da parte di altri medici o dell'autorità giudiziaria. Tale regola ammette delle eccezioni quando il trattamento viene ad incidere in maniera tendenzialmente irreversibile o troppo profonda sul diritto all'integrità del paziente, come nel caso in cui un farmaco venga somministrato per un periodo superiore ai tre mesi (MHA, sez. 58) o in cui il trattamento rientri tra quelli sottoposti a precise condizioni (neurochirurgia [MHA, sez. 28] ed elettroshock [MHA, sez. 58A]).

Alla procedura si accompagnano dei dispositivi di garanzia, tra i quali, oltre a quello giurisdizionale, si può segnalare il ruolo dell'*Independent Mental Health Advocate*, ovvero un ufficio composto da legali esperti nel settore, il cui fine è quello di supportare i pazienti, informandoli sui diritti loro attribuiti dal MHA, sui motivi delle misure sanitarie a cui sono sottoposti e sulle tutele disponibili. L'*Independent Mental Health*

Advocate, oltre che una funzione di *consilium*, è anche di *auxilium* agli internati nell'esercizio dei loro diritti, e proprio a tal fine, il MHA gli attribuisce il potere di accedere ai documenti medici relativi al paziente, di visitare i luoghi in cui questi si trova ricoverato; di incontrare il paziente e di corrispondere con questi nel rispetto della *privacy*; può infine richiedere informazioni a tutti i sanitari coinvolti nella pianificazione e somministrazione del trattamento medico.

Il controllo giurisdizionale della legittimità dei ricoveri e delle altre forme di restrizione della libertà disciplinati dal MHA è affidato in primo grado al *First-tier Tribunal (Mental Health)*, sezione specializzata della *Health, Education and Social Care Chamber*⁴⁵², ed è composto, oltre che da giudici togati da componenti con una formazione non giuridica: in particolare medici psichiatri e operatori della salute mentale.

Nel sistema inglese non è previsto un controllo preventivo o una convalida immediata che sanzioni la legittimità dei ricoveri psichiatrici coatti, in quanto l'intervento giurisdizionale ha luogo solamente su richiesta di parte, ovvero, in mancanza, d'ufficio alla scadenza dei sei mesi dall'inizio del ricovero.

In particolare, il ricorso al tribunale può essere presentato dal paziente per valutare la legittimità del ricovero – sia esso *for assessment* o *for treatment* – della *guardianship*, di un *community treatment order* o, infine, del provvedimento di proroga di una di queste misure. A sua volta il *nearest relative* può ricorrere all'autorità giudiziaria nel caso in cui l'amministrazione sanitaria si opponga alla sua richiesta di dimissione del paziente.

Il controllo giurisdizionale d'ufficio, in caso di mancata iniziativa di parte, viene attivato automaticamente in connessione all'obbligo di comunicazione relativa alla condizione del paziente che l'amministrazione ospedaliera è tenuta ad effettuare a scadenze regolari all'autorità giudiziaria⁴⁵³.

⁴⁵² Tale organo giurisdizionale è subentrato nelle funzioni precedentemente affidate dal MHA al *Mental Health Review Tribunal*, in seguito alla generale riforma del sistema giudiziario approvata in Gran Bretagna nel 2007. Per un'analisi del ruolo di tali istituzioni si rinvia a E. BALBONI, *Salvaguardia dei diritti del singolo e difesa degli interessi della società nell'azione svolta in Inghilterra dai Tribunali amministrativi del Servizio psichiatrico nazionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, cit., 39 ss.; sul ruolo dopo la riforma, M. MACCHIA, *La riforma degli administrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209 ss.

⁴⁵³ Come emerge dal *The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, successivamente modificato dal *The Tribunal Procedure (Amendment) Rules 2012*.

L'autorità giudiziaria deve essenzialmente accertare nel corso del procedimento la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per l'imposizione coattiva della misura cui il paziente è stato sottoposto. Vi è da rilevare che è onere delle autorità sanitarie dimostrare la sussistenza di tali condizioni e alle stesse è fatto obbligo di fornire tutte le informazioni rilevanti ai fini della decisione, inoltrando al tribunale anche un parere relativamente alle condizioni cliniche del paziente e alle sue possibilità di cura in ambito extra-ospedaliero. Assume particolare rilevanza il potere attribuito ad un componente del collegio giudicante (in genere quello con formazione medica) di visitare il paziente di persona, anche prima dell'udienza (*Code of Practice*, §. 32.13-22). Si tratta di un passaggio cruciale della procedura, in quanto, nel contesto del confronto che verrà a svilupparsi all'interno del collegio, una volta riunite e soppesate tutte le informazioni e ascoltate le parti, indubbiamente il parere del membro medico del collegio assumerà un ruolo determinante ai fini della deliberazione finale.

Questa contaminazione di saperi che si riscontra nella struttura del tribunale attraverso l'intreccio tra competenze legali, mediche e sociali, ognuna delle quali su un piede di eguaglianza rispetto alle altre, rappresenta una condizione utile a produrre il risultato di una decisione equilibrata e ragionevole.

Nel corso del processo, di norma, il paziente deve essere presente in udienza e, ove sia assente, non si potrà procedere solamente ove sia già stato effettuato il suo esame da parte di un componente del collegio giudicante e qualora il collegio ritenga che l'assenza sia dovuta ad una scelta del paziente, oppure se questi non risulti in grado di parteciparvi per motivi di salute⁴⁵⁴.

Il paziente può peraltro nominare un proprio rappresentante⁴⁵⁵, ma nel caso in cui non vi abbia provveduto, il tribunale può stabilire di nominarlo ove «il paziente abbia dichiarato di non voler seguire il proprio caso o abbia espresso la volontà di essere rappresentato», oppure se questi «sia privo della capacità di nominare un rappresentante, ma il tribunale ritenga che essere rappresentato sia nel *best interest* del paziente».

⁴⁵⁴ *The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 39.

⁴⁵⁵ *The Tribunal Procedure (First-tier Tribunal) (Health, Education and Social Care Chamber) Rules 2008*, rule 11 (1-6).

Al termine del procedimento il tribunale, se non ritiene sussistenti le condizioni che legittimano la misura sanitaria, può ordinare che il paziente venga dimesso ovvero, nell'ipotesi in cui non ritenga opportune le dimissioni del paziente, può comunque suggerire che gli sia concesso un *leave of absence*⁴⁵⁶, il trasferimento in un diverso ospedale o la sottoposizione alla misura della *guardianship* [MHA, sez. 72 (3)].

Contro le decisioni del *First-tier Tribunal* è possibile proporre appello presso l'*Upper Tribunal*, le cui pronunce potranno essere a loro volta impugnate avanti la *Court of Appeal*. Accanto a tale via di revisione delle pronunce, vi è anche il mezzo di ricorso del *judicial review* che si appunta non sulla correttezza del merito della decisione, quanto sulla legittimità della procedura seguita per giungere alla stessa decisione. In questo caso, dunque, non vi sarà l'adozione di un provvedimento sostitutivo della pronuncia impugnata, ma ad una fase rescindente seguirà il giudizio rescissorio.

Ulteriore modalità di intervento giurisdizionale, nel campo dei procedimenti relativi ai trattamenti sanitari coattivi, è dato dall'*Habeas Corpus*, mezzo di ricorso esperibile in ogni caso di detenzione illegittima, ovvero nel caso in cui il ricovero coatto in ospedale psichiatrico sia stato disposto da un soggetto privo della necessaria autorità legale o al di fuori dei criteri previsti dalla legge. Quanto alla differenza tra gli strumenti appena illustrati, è stato chiarito che mentre un *writ of habeas corpus* potrà essere presentato alla *High Court* quando qualcuno sia privato della propria libertà da un soggetto sprovvisto del relativo potere, il rimedio della *judicial review* si ha «quando l'azione o la decisione impugnata rientri tra i poteri della persona che l'ha assunta ma, a causa di un errore procedurale, di una erronea interpretazione della legge, della mancata considerazione di elementi rilevanti, della considerazione di elementi irrilevanti o della sua essenziale irragionevolezza, non avrebbe mai dovuto essere presa»⁴⁵⁷.

Seppure non manchino profili critici⁴⁵⁸, l'ordinamento inglese ha costruito un insieme di meccanismi procedurali che impediscono l'annullamento della posizione giuridica della persone che soffrono di disturbi mentali, rendendo attuale e disponibile il diritto di

⁴⁵⁶ Ovvero la temporanea, e reversibile, dimissione del paziente che sia stato ricoverato in via coattiva (MHA, sez. 17).

⁴⁵⁷ Lord Donaldson in *R v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Cheblak*, [1991] WL 839583.

⁴⁵⁸ V.M. AZIZ *et al.*, *Implication of changes in Mental Health Laws in 2009 and 2010, a local Welsh experience*, in *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 2012, 1-4; F. JABBAR *et al.*, *Implementing the Mental Health Act 2007*, in *British general practice: Lessons from Ireland*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2011, 34, 414-418.

“resistenza” e di obiezione del cittadino che reputi di essere stato ingiustamente colpito da un provvedimento limitativo della libertà personale adottato dall’autorità pubblica.

Ciò che emerge, ai nostri fini, è soprattutto il ruolo che l’autorità giurisdizionale inglese viene a ricoprire, in funzione della sua particolare composizione, superando quel *gap* tecnico che connota e limita il giudizio esperito nel nostro ordinamento dal giudice tutelare.

Soltanto una strutturale integrazione tecnica dell’organo giudiziario di convalida potrà infatti assicurare alla funzione di controllo quella capacità di penetrare nella specifica vicenda individuale, per valutarne ogni aspetto tecnico discrezionale e per esprimere quel quoziente di effettività che l’incidenza su beni fondamentali, come libertà e salute, esige. Un giudice indipendente e qualificato potrà infatti effettuare il riesame dell’operato dei sanitari proponenti la misura coattiva, consentendo in tal modo sia di sanare eventuali errori di valutazione sia di consolidare il senso di fiducia dei cittadini nei confronti dell’operato del sistema sanitario.

Solo a queste condizioni pertanto sarà possibile per l’autorità giudiziaria esercitare quella potestà conformativa – in termini di proporzionalità e di adeguatezza della misura al caso concreto – in assenza della quale vi è il rischio di ridurre il procedimento ad una sorta di “automatismo della convalida” che ne avvilisce la funzione di garanzia.

CAPITOLO QUARTO

DIGNITÀ E COSTITUZIONE: PER UN'INTERPRETAZIONE MITE

SOMMARIO: 4.1. Note sul principio di dignità – 4.2. La dignità come concetto giuridico: tra valori e principi – 4.2.1. La dignità come concetto giuridico: valore intrinseco o esperienza di riconoscimento ? – 4.2.2. Evoluzione del principio di dignità nell'esperienza costituzionale tedesca – 4.2.3. Sostiene Dworkin – 4.2.4. Sostiene Nussbaum – 4.3. La dignità sociale nella Costituzione italiana – 4.3.1. L'uso della dignità nell'ermeneutica della Corte costituzionale – 4.4. La dignità come principio relazionale: un tentativo di sintesi – 4.5. Dignità e salute mentale: dallo stigma all'integrazione – 4.6. La dignità pretesa: la messa al bando della contenzione in psichiatria – 4.7. La chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari

4.1. Note sul principio di dignità

Nel corso dell'analisi sviluppata nei precedenti capitoli si è tentato di mettere in luce il percorso evolutivo che, in campo giuridico, hanno subito il diritto alla salute e quello alla libertà, gli intrecci e le reciproche influenze, oltre alle aporie che ancora permangono nella loro applicazione.

Affrontare il tema della dignità presuppone un approccio diverso principalmente per due motivi: da un lato, per la difficoltà nel dare una definizione condivisa al concetto¹, dall'altro, per la sovrabbondante carica assiologica che lo caratterizza, rendendone complessa una piena integrazione nel contesto giuridico. Anche per tali ragioni sembra più utile riferirsi alla dignità come principio, piuttosto che come diritto, nella misura in cui qualificare la dignità come diritto soggettivo assoluto, direttamente tutelabile ed azionabile, comporterebbe la necessità di individuarne il bene tutelato (è l'essere umano in sé, la persona o l'individuo concreto ?) e l'interesse protetto (è la dignità stessa, la personalità o l'integrità dell'essere umano ?).

¹ CH. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 2008, 19, 655-724 che segnala l'esiguità del *common minimum core* che può essere attribuito alla nozione. Vedi K. BAYERTZ, *Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1995, 3, 81, 465-481; R.P. HORSTMANN, *Menschenwürde*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. v. J. Ritter, V, Basel-Stuttgart, Schwabe, 1980, coll. 1124-1127; A. GROSSMANN, *Würde*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cit., XII, Basel-Stuttgart, Schwabe, 2004, coll. 1088-1093.

È pur vero che, nelle società pluraliste, solo per mezzo dei diritti, quale strumento di raccordo tra “il sistema” e “il mondo della vita”², viene ad essere salvaguardata l'autonomia decisionale privata e pubblica degli individui, contrastando quella deriva verso la razionalità sistemica e l'omologazione che la modernizzazione è venuta ad imporre. Ma non per questo ogni utile strumento di tutela della persona può essere ricondotto entro la categoria dei diritti, laddove un concetto come quello di dignità umana potrebbe meglio operare come “cerniera” che raccorda il contenuto ideale e universalistico della tradizione morale con le forme del diritto. Il diritto viene così a recepire, pur filtrato dall'etica laica, il portato delle tradizioni morali e religiose anche attraverso la mediazione dalla nozione di dignità, la cui funzione, a sua volta, favorisce, nel discorso contemporaneo intorno ai diritti umani, il riconoscimento universalizzante dovuto a ciascun essere umano in virtù della propria umanità, che lo costituisce come titolare di pretese rivendicabili politicamente e giuridicamente.

«In questo modo la dignità [funziona] come un sismografo che, da un lato, registra le più gravi minacce contro l'esistenza umana e, dall'altro, indica alle istituzioni politiche e agli organi giurisdizionali nuove garanzie e nuove interpretazioni atte a contrastare le minacce emergenti»³.

Riguardata attraverso la metafora dello specchio, la dignità suggerisce una visione del diritto come necessario riflesso della realtà sociale, dalla quale riverbera un'immagine dominata dal pluralismo. Si tratta di un aspetto ineliminabile del diritto che «lo lega strettamente all'esperienza e all'evoluzione di una società e ne definisce la funzione non al modo di una costruzione normativa che il legislatore illuministicamente, o ideologicamente, impone al tessuto sociale, ma invece come di uno specchio che si adatta a riflettere – certo nella prescrizione e non nella descrizione – lo stato dell'evoluzione delle relazioni in un contesto sociale». L'esigenza di una costante fedeltà al tessuto sociale non deve far dimenticare che il diritto è prescrizione e non descrizione, in quanto, al di là dello specchio, la scomposizione e ricomposizione dei

² J. HABERMAS, *Recht und Moral*, Tanner Lectures, 1988, trad. it. *Morale, diritto e politica*, Einaudi, Torino 1992, 36.

³ L. MARCHETTONI, *Habermas sui diritti umani. Dalla validità discorsiva alla dignità umana*, in *Jura Gentium*, 2012, 9, 12; J. HABERMAS, *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2010, 58, 343-57, ristampato in J. HABERMAS, *Zur verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2011, trad. it. *Il concetto di dignità umana e l'utopia realistica dei diritti dell'uomo*, in ID., *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 3-31.

dati della realtà sociale consegna comunque un quadro denso di conflitti, nel quale si moltiplicano e si contrappongono le concezioni etiche e si dissolvono i legami e le relazioni tradizionali, il che impone un passaggio dalla descrizione alla prescrizione nell'esercizio di quella funzione selettiva del diritto. Diritto che, per quanto fedele al pluralismo, non si può limitare ad arbitrare la procedura dei conflitti, ma deve trovare una propria guida assiologica e presumibilmente cercarla nel tessuto dei principi, avendo cura nella loro applicazione di ispirarsi a una ragionevole gradualità rispetto ai fermenti sociali.

Fatta questa doverosa premessa, si deve constatare come il nesso che lega dignità e diritti richiederebbe una ricostruzione "genealogica" in grado di mettere in luce legami e ascendenze comuni⁴, tuttavia, nell'economia del presente lavoro, pare più utile delineare i paradigmi interpretativi che caratterizzano il principio di dignità, nel contesto extra-giuridico, per poi approfondirne i riflessi in ambito costituzionale.

Il primo paradigma della dignità si rinviene nel pensiero greco, il cui interprete più influente, Aristotele, viene a inquadrarne il valore nel contesto di una completa e coerente costruzione che attiene alla natura e al destino dell'uomo.

L'antropologia filosofica di Aristotele si compendia nella definizione della natura dell'uomo come animale, che tuttavia si differenzia dagli altri in quanto essere vivente dotato di λογος, per questo, la funzione dell'uomo non può essere il semplice vivere, cioè nutrirsi e riprodursi, in quanto propria anche alle piante, né la semplice vita dei sensi, in quanto comune anche ad ogni altro animale.

Scopo dell'individuo umano è la realizzazione della sua distintiva natura; quest'ultima si compendia in una visione da costruire nel corso di esperienze e contesti contingenti.

Vi è dunque un'idea di eccellenza dell'essere umano che si ricollega specificamente al concreto esercizio della più elevata facoltà di cui questi è in possesso – la razionalità – senza che emerga l'assimilazione degli individui entro uno statuto universale ed intangibile dell'essere umano in quanto tale.

⁴ Limitandomi alle opere in lingua italiana, si può rinviare a F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale. Saggio*, Giappichelli, Torino, 1987, 10 ss.; F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, Bompiani, Milano, 2006, 2863 ss.; P. BECCHI, *Dignità umana*, in U. POMARICI (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2007, 153 ss.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Aracne, Roma, 2007, 20 ss.; A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale* (Palermo, ottobre 2007), Aracne, Roma, 2008; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 7-8; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nelle Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze, 2010, 19 ss.

La ricerca etica aristotelica prende le mosse dall'assunzione della dimensione dell'agire come costitutiva della condizione umana, il cui fine, proprio dell'azione umana, è il perseguimento della felicità.

«Se è così noi supponiamo che dell'uomo sia proprio un dato genere di vita, e questa sia costituita dall'attività dell'anima e dalle azioni razionali, mentre dell'uomo virtuoso sia proprio ciò, compiuto però secondo il bene e il bello, in modo che in ciascun atto si compia bene secondo la virtù. Se dunque è così, allora il bene proprio dell'uomo è l'attività dell'anima secondo virtù, e se molteplici sono le virtù la migliore [l'eudaimonia] è la più perfetta»⁵.

La felicità, quale aspirazione degli esseri umani, non consiste nel semplice possesso della virtù ma nel suo uso: qualsiasi attività, per dare la felicità, dovrà quindi essere svolta nel modo migliore possibile, ossia in modo eccellente, così l'attività del filosofo come quella del flautista dovranno osservare tale canone. Il discorso morale che scaturisce dall'agire umano viene dunque essenzialmente rivolto alla vita pratica, in cui l'uomo può liberamente compiere ogni forma di bene a cui ritiene di poter riconoscere un valore. In tal senso il fine supremo dell'agire viene ancorato al vivere stesso, e all'esistenza compiuta nell'esercizio delle virtù etiche, il che permette di allargare la riflessione sul fine dell'agire verso la natura dell'uomo.

Proiettando nell'orizzonte di una «vita compiuta», la felicità conseguita dall'uomo attraverso la realizzazione virtuosa dell'opera che gli è propria, Aristotele ancora il bene supremo all'agire virtuoso. La virtù etica va esercitata nell'esperienza, pertanto, l'eudaimonia, in quanto attività umana, è possibile solo all'interno della dimensione di socialità in cui la stessa esperienza umana si compie, l'uomo vive relazioni e stabilisce legami sociali. Nella concezione aristotelica, ciò che rende un uomo pienamente tale è il suo agire ed esprimere le proprie potenzialità razionali entro una comunità che ne promuova i talenti e offra un adeguato terreno di espressione. Non si prospetta un legame organicistico o una presunta natura strumentale dell'individuo nei confronti della comunità, bensì emerge, in questo contesto, l'impossibilità che l'individuo raggiunga la propria essenza distintiva a prescindere dalla πολις⁶.

⁵ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, I (A), 7, 1097b-1098a, in *Opere*, VII, Laterza, Roma-Bari, 1973, 14-15; in dottrina E. BERTI, *Aristotele nel Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 222 ss.

⁶ ARISTOTELE, *Politica*, VIII, 1, 1337, cit., per cui «nessuno tra i cittadini deve ritenere di appartenere a se stesso, ma tutti allo stato, perché ciascuno è parte della polis e la cura di ciascuna parte deve naturalmente tenere conto della natura del tutto».

Coloro che perseguono la felicità, a differenza di quanti godono passivamente di un appagamento dei sensi, possono realizzarla soltanto grazie all'esercizio di azioni virtuose e all'onore che potrà conseguirne.

Aristotele concepisce l'onore come un valore inseparabile dalla virtù che lo rende possibile, tanto che lo descrive come un «premio alla virtù»⁷.

Vi è una interna connessione concettuale tra l'onore e l'effettivo merito dell'individuo, nella misura in cui l'onore, inteso come raggiungimento dell'eccellenza della vita umana, è conseguibile solo da un cerchio ristretto di individui capaci di raggiungere il fine dell'essere umano (con l'esclusione quindi degli schiavi, delle donne e degli stranieri). Il criterio del vivere bene o della felicità come fine raggiunto nella *πολις* non consente di costruire la dignità in maniera universale.

In questa prospettiva il ritenersi degno di grandi onori è proprio solo degli uomini superiori; tuttavia la superiorità dell'uomo provvisto di fierezza⁸, ad ogni modo, non deriverà principalmente dall'onore che un tale individuo si meriterebbe, quanto piuttosto da ciò che lo rende meritevole di onore.

Come rileva Aristotele, «l'uomo fiero, dato che è degno dei più grandi beni, verrà ad essere un uomo superiore, infatti migliore è l'uomo, più grandi sono i beni di cui è degno, e l'uomo superiore è degno dei beni più grandi. Perciò un uomo che sia davvero dotato di fierezza deve essere buono»⁹.

È dunque il valore legato alla virtù a decretare l'onore, non il contrario. I grandi uomini si ritengono degni di grande onore esclusivamente secondo il loro merito¹⁰, e il merito più alto risulta quello di chi possiede le virtù nella loro completezza.

Questa concezione si ritrova nell'Iliade e nell'Odissea, dal momento che l'uomo della Grecia classica appare fortemente sensibile al valore dell'onore e al rischio di una perdita della fama conquistata, che non sono parte di un patrimonio di partenza¹¹.

Già nella civiltà omerica, l'onore occupava una posizione di privilegio tra i beni maggiormente desiderabili per l'uomo. I poemi omerici lasciavano trasparire una

⁷ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, I (A), 7, 1123b, cit.

⁸ La virtù riconducibile alla *μεγαλοψυχία* è quella posseduta da colui che si ritiene meritevole di grandi cose essendone veramente degno (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, IV, 7, 1123b), ossia di grandi onori.

⁹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, IV, 7, 1123b, cit.

¹⁰ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, IV, 7, 1123b, cit.

¹¹ H. FRÄNKEL, *Dichtung und Philosophie des frühen Griechentums*, München 1962, trad. it. *Poesia e filosofia della Grecia arcaica. Epica, lirica e prosa greca da Omero alla metà del V secolo*, Il Mulino, Bologna, 1997, 134 ss.

concezione dell'onore legata a una virtù in particolare, quella del coraggio, che trova il più fulgido ambito di espressione nell'ambito della battaglia militare. L'onore appare come il riconoscimento dell'eccellenza e della distinzione del guerriero il quale esprime il proprio valore al massimo delle possibilità umane. Per sua natura, l'onore deve essere quindi esclusivo, o almeno gerarchico, il che si riflette nell'estremo antagonismo sul campo di battaglia¹².

L'onore è un valore da mantenere costantemente, da dimostrare e certificare di fronte ai membri della propria comunità di appartenenza nel corso di un'intera vita, e risulta un bene capace di decretare il ruolo di chi lo consegue all'interno della società stessa. In questo senso, l'onore risulta un bene a repentaglio, capace di stimolare ad un ripetuto compimento di azioni virtuose¹³.

La dimensione della dignità come merito si arricchisce ulteriormente nel contesto della cultura romana in cui non esiste una chiara distinzione tra *dignitas* come incarico pubblico e *dignitas* come insieme delle qualità morali presupposte per il giusto adempimento dello stesso *munus*¹⁴. Anzi la dignità si propone come valore comunitario che trascende la dimensione puramente morale, per affermarsi quale componente della strutturazione dell'ideale statuale della Repubblica¹⁵. In questa prospettiva la *dignitas* impone al cittadino una tensione, un impegno costante che giustifichi l'*auctoritas* tributata, anche perchè così come la si conquista, la dignità può essere anche perduta o corrotta.

Già con Seneca si rinvencono le tracce di un cambiamento, laddove il filosofo stoico riconosce a chiunque, indipendentemente dalla propria condizione sociale, la possibilità di raggiungere la virtù: in particolare nel *De beneficiis* scrive «*nulli preclusa est virtus*,

¹² Così, come notato da T. VEBLEN, *The Theory of the Leisure Class*, Modern Library, New York, 1924, 18, in «questa corrente valutazione barbarica del valore e dell'onore il togliere la vita (...) è onorevole in sommo grado. E questo alto ufficio del massacro, come espressione della superiorità dell'uccisore, getta un magico alone di valore su tutti gli strumenti e gli accessori dell'atto».

¹³ M.I. FINLEY, *Moralità e valori*, in ID., *Il mondo di Odisseo*, Marietti, Casale Monferrato, 1992, 83 ss.

¹⁴ Così nel *De inventione* 2, 166 Cicerone sottolinea: «*Nunc de eo, in quo utilitas quoque adiungitur, quod tamen honestum vocamus, dicendum videtur. Sunt igitur multa, quae nos cum dignitate tum quoque fructu suo ducunt; quo in genere est gloria, dignitas, amplitudo, amicitia. Gloria est frequens de aliquo fama cum laude; dignitas est alicuius honesta et cultu et honore et verecondia digna auctoritas*». Si veda J.P. BALSDON, *Auctoritas, Dignitas, Otium*, in *The Classical Quarterly*, 1960, 10, 1, 43-50; M. DE FILIPPI, *Dignitas tra repubblica e principato*, Cacucci, Bari 2009, 191 ss.

¹⁵ J. ZARECKI, *Cicero's Ideal Statesman in Theory and Practice*, Bloomsbury, New York, 2014, 85 che rileva come «*Auctoritas is an outgrowth of dignitas, a necessary component of any republican system of government*».

omnibus patet, omnes admittit, omnes invitat ingenuos, libertinos, servos, reges et exules; non eligit domum nec censum, nudo homine contenta est»¹⁶.

L'idea della comune fratellanza fra gli uomini e quindi dell'eguale dignità tra liberi e schiavi si fonda nell'origine comune, ovvero dal principio divino: tutti gli uomini partecipano, pur in gradi diversi alla ragione, al logos, pertanto non si potrà fare distinzione di nobiltà, l'unica nobiltà che esiste è quella dell'animo, provata nell'esercizio della virtù¹⁷.

Vi è dunque nel pensiero romano classico una concezione della dignità che esula dal merito, dalla carica ricoperta o dall'*auctoritas* posseduta, essendo patrimonio della persona in ragione della sua virtù, in quanto forma di partecipazione ad un'entità superiore¹⁸.

Le similarità con il cristianesimo – nel cui contesto emerge il secondo paradigma della dignità – sono tuttavia generiche e poco sostanziali, come ha ben osservato Marchesi: «tra la filosofia di Seneca e la religione di San Paolo è un abisso: per Seneca l'uomo redime se stesso con l'opera della ragione, per Paolo si lascia redimere da Dio nell'abbandono della fede; nel cristianesimo Dio è il salvatore degli uomini; nella dottrina di Seneca l'uomo è il salvatore di se stesso; là il miracolo scende dal cielo verso l'umanità, qua sale dall'anima umana verso il cielo; da una parte Dio si congiunge in atto di suprema bontà con le sue creature assumendo la carne peccatrice per liberarla dal peccato: dall'altra parte l'uomo nel supremo godimento del massimo bene riporta la vittoria spirituale sulla propria carne e giunge fino a Dio; e lo supera: perché il saggio conosce la sofferenza e Dio la ignora. Seneca crede nella virtù umana, per Paolo le virtù umane sono tutte follie»¹⁹.

La persona umana e il riconoscimento della sua dignità sono al centro del pensiero cristiano e trovano fondamento su argomenti squisitamente teologici: l'uomo è creato a immagine di Dio; il figlio di Dio nella sua incarnazione è divenuto veramente uomo e

¹⁶ L.A. SENECA, *De beneficiis*, III, 18, 4, in *Tutte le opere. Dialoghi, trattati, lettere e opere in poesia*, Bompiani, Milano, 2000. In dottrina A. ARGIROFFI, *La filosofia di Lucio Anneo Seneca tra etica, diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2012, 32 s.

¹⁷ L.A. SENECA, *Epistola* 44, 1-7, in *Lettere a Lucinio*, Rizzoli, Milano, 2004.

¹⁸ In questa prospettiva, il problema posto da Seneca nel *De beneficiis* andrebbe riguardato nei seguenti termini: non è il padrone in quanto tale che viene beneficiato dallo schiavo, ma semplicemente un uomo da un altro uomo (*sed homo ab homine*, *De beneficiis*. 3, 21, 1). Ambedue, infatti, sono esseri umani, hanno la stessa origine, vivono sotto lo stesso cielo (*De beneficiis* 3, 28, 1). E tutti e due sono chiamati ad attuare una stessa legge morale.

¹⁹ C. MARCHESI, *Seneca*³, Principato, Milano-Messina, 1944, 372 s.

ha onorato la nostra condizione umana; l'umanità, e quindi ogni singolo uomo, «è stato creato a immagine di Dio» (Genesi 1, 26). Attraverso il tema biblico e patristico dell'immagine di Dio, la Chiesa afferma vigorosamente questa immagine della dignità e il carattere sacro di ogni persona umana, per il fatto stesso di essere umana. Questa concatenazione logica ha rilevanti conseguenze sulla stessa concezione della dignità, la quale non si può comprendere se non nella sua relazione con il divino, dalla quale ha avuto origine come dono concesso all'uomo.

In questa visione antropologica, il concetto di immagine di Dio suggerisce che gli esseri umani condividono una medesima condizione e permette di dare un saldo fondamento al valore della dignità umana, al di là di una semplice convenzione sociale.

Ciò implica che la dignità della persona umana non dipende in definitiva dai successi o dalle capacità della persona, ma dall'amore personalizzante di Dio, il che si pone in antitesi con una concezione naturalistica della persona che tenda a stabilire disuguaglianze secondo le attitudini o lo sviluppo delle capacità. In Cristo tutti gli esseri umani hanno la medesima dignità, quali che siano il loro stato, i loro talenti, le loro capacità.

Si deve peraltro sottolineare come, operando una distinzione tra città degli uomini e città divina, sia in Agostino – che difese nel *De civitate Dei*²⁰ la legge romana laddove prevedeva un trattamento degradante per prostitute, lenoni, commedianti e gladiatori – che in Tommaso, il riconoscimento che tutti gli uomini sono figli dello stesso Dio, non aveva riflessi sulla strutturazione gerarchica dell'ordine sociale terreno.

Se è pur vero, si rimarca nella scolastica, che tra gli uomini non vi sono gerarchie naturali, poiché questi per natura sono eguali («*natura sunt pares*»)²¹, tuttavia è lo sviluppo ineguale delle facoltà umane la ragione principale della disuguaglianza tra gli uomini. In Tommaso questa mancanza di pari dignità si giustifica nel contesto delle relazioni gerarchiche: così la subordinazione è connotato indispensabile della società familiare, di quella civile e di quella religiosa. Le esortazioni paoline a obbedire ai superiori (perché i loro poteri derivano da Dio) valgono, appunto, solo entro i limiti e le funzioni regolate dal rapporto di subordinazione («*ordo praelationis*») che Dio ha

²⁰ AGOSTINO, 2.29.2, *De civitate Dei*, in *Opera Omnia*, vol. V/I, lib. I- X, Città Nuova, Roma, 1989.

²¹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa. Theologiae*, I, q. 109, a. 2, ad 3m. Si vedano le considerazioni di A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, cit., 20-23.

istituito²². Ciò implica necessariamente una dipendenza da altri uomini in ogni settore della vita umana, che riduce la dignità dell'individuo in quanto funzionalizzata al rispetto dovuto all'autorità sociale, quale principio dell'essere stesso della società, che è un'unità di ordine²³.

La funzione fondativa del pensiero cristiano nella costruzione del concetto ontologico di dignità si riflette in maniera plastica nella controversia di Valladolid che, nel 1550, oppose l'umanista e fine interprete di Aristotele, Juan Jinés de Sepúlveda, al domenicano Bartolomé de Las Casas in merito alla eguaglianza tra spagnoli e abitanti delle Indie occidentali e ai diritti da riconoscere a questi ultimi²⁴.

Riesumando la dottrina degli "schiavi per natura", Sepúlveda riprende anche la distinzione aristotelica fra i diversi tipi di dominio (dispotico, maritale, paterno, regale), i quali erano retti da un unico principio e da un'unica legge naturale, cioè «l'impero e il dominio delle cose perfette sulle imperfette, di quelle forti sulle deboli, delle cose eccelse per virtù sulle cose dissimili»²⁵; l'argomentazione era volta a dimostrare come, di fatto, gli indios fossero inferiori e avessero costumi barbari, il che li rendeva naturalmente indegni e subordinati ai conquistatori.

Sulla base delle categorie e degli argomenti aristotelici, Las Casas replica alle tesi dell'avversario ricorrendo al principio della perfezione della natura per negare che possano esistere popolazioni che vivono in uno stato permanente di barbarie, ed, in particolare, l'alto grado di organizzazione dei popoli amerindi è un segno di autogoverno, il che esclude che questi possano essere assimilati ai servi di natura della tradizione aristotelica.

Il vescovo domenicano, sulla scorta dell'elaborazione della Scuola di Salamanca²⁶, propone una concezione antropologica il cui obiettivo è di dimostrare che agli indios

²² TOMMASO D'AQUINO, *Summa. Theologiae*, IIa-IIae, q. 104, art. 5, ad 2m in cui si nota «*Subditi autem non subiiciuntur suis superiori bus quantum ad omnia, sed quantum ad aliqua determinate. Et quantum ad illa, medii sunt inter Deum et subditos. Quantum ad alia vero, immediate subduntur Deo, a quo instruuntur per legem naturalem vel scriptam*».

²³ Si vedano le riflessioni di A. PASSERIN D'ENTREVES, *Introduzione*, in TOMMASO D'AQUINO, *Scritti Politici*, Zanichelli, Bologna 1946, xv ss.

²⁴ A.E. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992, 147 ss.; T. TODOROV, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Einaudi, Torino, 1992, 184 ss.

²⁵ J.G. DE SEPÚLVEDA, *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, Madrid, 1984, 19 ss.

²⁶ Nonostante un'apparente fedeltà alle *auctoritates*, i teologi di Salamanca (Francisco De Vitoria e Domingo De Soto) elaborarono una rilettura dei testi classici volta a definire una nuova concezione dell'uomo e del suo ruolo nell'ordinamento politico attraverso la costruzione di un diritto naturale

deve essere concessa pari dignità come a tutti gli altri individui. La Casas quindi non solo confuta la tesi aristotelica della servitù naturale, ma la priva di fondamento richiamandosi ad argomenti teologici: così, nella prima parte dell'*Apologia*, il domenicano svolge fini argomentazioni volte a dimostrare che gli indios non sono barbari, ma che anch'essi sono creazione divina, a immagine di Dio, il quale non può disprezzare alcun uomo e che, conseguentemente, gli abitanti delle Americhe possono vantare la stessa dignità di ogni altro uomo potendo apprendere la "parola di Dio" attraverso la persuasione e non per mezzo della forza²⁷.

Las Casas, in tal modo, congedandosi da Aristotele, difende l'universalismo cristiano che non ammette limiti ed eccezioni e che si fonda sull'idea che l'immagine di Dio sia presente in tutti gli uomini, anche in quelli più lontani dalla ragione e dal convivio civile. L'«*imago Dei*», come dato naturale, cioè legato al fatto stesso della creazione, è dunque centrale nell'argomentazione laddove, «il *dominium* dell'uomo su se stesso, sugli altri esseri irrazionali e sui beni trova il suo fondamento ontologico nel principio biblico secondo il quale l'uomo è creato da Dio a sua immagine e somiglianza: *fundamentum domini est imago Dei*. La presenza dell'immagine di Dio nell'uomo è testimoniata dalla razionalità e socialità dell'uomo come caratteristiche intrinseche e naturali che ne fanno un essere fine a se stesso e non un mezzo "per altro"; quindi un essere libero»²⁸. Pertanto, in virtù del principio di perfezione, essendo ogni uomo riflesso dell'immagine di Dio, non possono esservi distinzioni "naturali" fra liberi e schiavi, in quanto tutti gli uomini hanno una comune identità²⁹.

La controversia di Valladolid mette in luce con grande chiarezza i tratti essenziali della struttura assiologica della dignità nell'ambito della tradizione cristiana che, ancor oggi, si ripropone in sofisticate rielaborazioni della concezione del diritto naturale³⁰.

soggettivo che preannuncia gli sviluppi propri che saranno propri del giusnaturalismo. Cfr. V. CARRO, *La teologia y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, Salamanca 1951, 287 ss.; R.H. MARTÍN, *La lezione sugli indios di Francisco De Vitoria*, Jaca Book, Milano, 1999, 61 ss.; S. DI LISO, *La legge naturale e il diritto dei popoli nel XVI secolo: il contributo di Domingo De Soto e Bartolomé de Las Casas*, in *Quaestio*, 2008, 8, 695-702.

²⁷ B. DE LAS CASAS, *Apologia*, in *Obra Completas*, II, Alianza Editorial, Madrid, 1992, 88 ss.

²⁸ G. TOSI, *Alle origini della modernità: i diritti degli indigeni del Nuovo Mondo*, in *Jura Gentium*, 2007.

²⁹ B. DE LAS CASAS, *Apologia*, in *Obra Completas*, II, cit., 98 secondo cui «*Si Christi filii et evangelicae veritatis sectatores esse volumus, considerare nos oportet quod, etiam si maxime barbari sint, nihilominus sunt creati ad imaginem Dei, ne ita omnimode a providentia divina destituti quin et capaces existant regni Christi fratres et sanguine Cristi pretiosissimo redempti, non minus quam prudentissimi et sapientissimi totius orbis*».

³⁰ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996.

Il paradigma della dignità innata trova la sua più completa elaborazione, in una prospettiva laica, nell'opera di Kant che ne consente l'evoluzione da categoria etica in categoria (anche) giuridica.

Nella concezione kantiana appare centrale l'aspetto del limite, tanto da far definire il criticismo come ermeneutica della finitudine, ovvero come interpretazione dell'uomo e dell'esistenza volta a stabilire, nei vari settori esperienziali, le "colonne d'Ercole" dell'umano, e dunque il carattere finito e condizionato delle possibilità esistenziali che non sono tali da garantire l'onniscienza o l'onnipotenza dell'individuo³¹.

I limiti dell'uomo non costituiscono un limite nella costruzione del suo statuto, laddove Kant rinviene nella finitudine umana una delle condizioni della legge morale, nella misura in cui la ragione vi incontra inevitabilmente la resistenza della natura sensibile dell'uomo.

Questa condizione è ben rappresentata dalla «differenza antropologica» che determina l'irriducibilità della dignità dell'uomo alla sua ontica fenomenicità anche se in essa necessariamente si manifesta. Ci si riferisce all'opposizione di *homo noumenon* e di *homo phaenomenon*.

L'*homo phaenomenon* è l'uomo considerato nel «sistema della natura», quale «*animal rationale*» che «condivide con gli altri animali (...) un valore comune (*pretium vulgare*)». La superiorità dell'*homo phaenomenon* sugli altri animali in ragione del suo intelletto e della capacità di porsi degli scopi, «non gli dà se non il valore esterno della sua utilità (*pretium usus*)». All'*homo phaenomenon* «viene conferito un prezzo», il cui valore è «più basso rispetto al mezzo di scambio universale, il denaro, il cui valore perciò viene dichiarato eminente (*pretium eminens*)»³².

Al contrario, l'*homo noumenon* «è superiore ad ogni prezzo», in quanto «possiede una dignità (un valore intrinseco assoluto), con la quale costringe tutti gli altri esseri razionali ad avere rispetto per lui e grazie alla quale può misurarsi con ognuno di loro e valutarsi su un piano di parità». L'uomo, in quanto *homo noumenon*, «va valutato non soltanto come mezzo per gli scopi altrui oltre che per i propri, ma anche come scopo a se stesso»³³.

³¹ N. ABBAGNANO, *Le origini storiche dell'esistenzialismo*, Regia Università di Torino, Tip. Viretto, Torino, 1944, 109.

³² I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1798), Laterza, Roma-Bari, 1989, 279.

³³ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., 279. Sul punto le riflessioni di G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion Pratica*, 2012, 34, 84.

Tale valore è riconducibile al carattere di trascendenza dell'essere umano rispetto ai dati di natura, al suo essere un intero non riducibile alle parti che lo costituiscono, carattere che contraddistingue l'essere umano dagli altri esseri in natura.

La bidimensionalità dell'essere umano, fonte di ragione e soggetto sensibile, inoltre fa sì che l'agire morale assuma le forme del dovere e si concretizzi nella lotta permanente fra la ragione e gli impulsi egoistici. Ciò non significa annichilire l'autonomia della volontà³⁴, dato che il comando morale non assume le forme dell'imperativo esterno e schiavizzante, ma costituisce il frutto spontaneo della volontà razionale, la quale, essendo legge a se medesima, rappresenta un vincolo che l'individuo si auto-impone.

La dignità trova riconoscimento nella constatazione che l'uomo non è solo *Naturwesen* ma *Vernunftwesen*, ossia un essere ragionevole capace di scelte e azioni morali, il che comporta che l'individuo sia in grado di avvertire i doveri che gli sono immanenti, esprimendo in tal modo una «dignità innata»³⁵.

È bene rammentare che solo la moralità è condizione esclusiva affinché un essere ragionevole possa essere fine in sé, sicché la dignità spetta all'uomo unicamente in quanto membro del «regno dei fini», ossia di quella comunità ideale formata da persone ragionevoli che obbediscono alle leggi della morale, riconoscendosi quindi una reciproca dignità. Il rispetto per gli esseri umani si basa dunque sul loro essere potenziali creatori della legge morale universale.

Non è quindi la dignità il fondamento ultimo dell'obbligo etico, il quale è altresì situato nella capacità di autolegislazione dell'uomo, nel «fatto della ragione» (*Faktum der Vernunft*), nella «legge morale in me» (*moralisches Gesetz in mir*).

In questo contesto si inserisce il secondo imperativo categorico, formulato ne *La metafisica dei costumi*, secondo cui è necessario agire «in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di un altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo»³⁶. In altri termini, qualunque uomo porta in sé la dignità di tutta l'umanità dalla quale scaturisce il dovere di rispetto più pieno di sé medesimo, il che porta Kant a proiettare il dovere di rispetto dell'umanità che c'è in ogni uomo

³⁴ Il concetto kantiano di autonomia coincide, in ultima analisi, con la rispondenza dell'uomo all'*homo noumenon*, ovvero ai doveri di una volontà razionale.

³⁵ I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1798), cit., 296.

³⁶ I. KANT, *La metafisica dei costumi* (1798), cit., 294-295.

sull'individuo stesso, in capo al quale sorge, pertanto, un dovere verso se stesso: quello di rispettare la propria umanità.

Il rispetto della dignità umana è essenzialmente un dovere morale, o di virtù, mentre il soggetto dotato di dignità non è il concreto essere umano calato nelle vicissitudini della vita quotidiana, ma è quella parte dell'uomo che riproduce in sé l'umanità dell'essere razionale e morale, in grado di voler obbedire alla legge morale. E quindi, seppure in Kant la dignità umana non sia un concetto giuridico, l'affermazione di queste direttive tende a superare l'ambito della moralità e presenta una vocazione sociale, politica e giuridica, che articola il modello sociale in conformità con le esigenze della dignità, richiedendo il loro riconoscimento in un sistema di diritti. Le esigenze della dignità umana si articolano, in ultima analisi, attraverso i diritti e questi, a loro volta, sono incomprensibili nel loro significato e nel loro contenuto, se non si conserva il riferimento a tali esigenze.

Così, mentre la tradizione cristiana individuava la fonte della dignità umana nella dipendenza dell'uomo da Dio, Kant ora ne costruisce il concetto all'inverso, come equiparazione parziale dell'uomo a Dio in quanto legislatore morale in un comune regno legislatore dei fini. In questa prospettiva, il senso profondo dell'etica kantiana si individua pertanto nell'aver posto nell'uomo e nella sua ragione il fondamento dell'etica, al fine di salvaguardarne la piena libertà e integrità. Se la libertà, intesa in senso negativo, risiede nell'indipendenza della volontà dalle inclinazioni egoistiche, nel suo versante positivo, essa si identifica con la capacità di autodeterminazione, ossia nella prerogativa autolegislatrice della volontà, la quale fa sì che l'uomo sia norma a se stesso. Perciò l'autolegislazione, l'autonomia dell'uomo, in quanto conseguenza essenziale della libertà della volontà, è nell'etica di Kant la fonte principale della normatività. In connessione con il regno dei fini, questa autolegislazione costituisce la dignità umana. Essa conduce, nelle singole situazioni etiche di conflitto, all'obbligo di rispettare l'autofinalità dell'altro o di sé stesso come parte dell'umanità³⁷.

Chiusa questa, pur sintetica, analisi dei paradigmi della dignità nel contesto della filosofia, appare conseguente vederne i riflessi nel campo del diritto.

4.2. La dignità come concetto giuridico: tra valori e principi

³⁷ D. VON DER PFORDTEN, *Sulla dignità in Kant*, in *La Cultura*, 2011, 2, 220 s. a cui si rinvia per l'ampia bibliografia ivi citata.

Non si può comprendere la centralità assunta, anche nel discorso giuridico, dalla dignità, se non si ha memoria della tragedia rappresentata nella storia del Novecento dall'Olocausto, dall'assoluto che ha trovato espressione in Auschwitz, laddove – come ha scritto Jonas – «non hanno [avuto] posto fedeltà o infedeltà, fede o non fede, colpa e pena, né prova, testimonianza e speranza di salvezza, né ancora forza o debolezza, eroismo o viltà, caparbia o rassegnazione. (...) La morte era preceduta dalla disumanizzazione perpetrata attraverso la massima umiliazione e privazione, nessuno splendore della nobiltà umana è stata lasciata a coloro che erano destinati alla soluzione finale, niente di tutto ciò era riconoscibile nei fantasmi scheletrici sopravvissuti nei campi liberati»³⁸.

La sistematica privazione dell'umanità che c'è in ogni essere umano è stata così radicale che di fronte ad essa «il silenzio della mancanza di senso è il più profondo di tutti [poiché] l'Olocausto è assoluta mancanza di senso: è questo che risulta dalle sue voci soppresse. L'Olocausto non può essere spiegato né compreso. (...) Non può, retrospettivamente, essere integrato nella storia»³⁹.

L'affermazione della dignità come valore cardine nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, in particolare in quella tedesca, costituisce la risposta al vuoto di senso del periodo totalitario⁴⁰, segnando il momento fondamentale di passaggio allo Stato costituzionale di diritto, in cui alla centralità della persona si accompagna l'esigenza di sviluppare una riflessione sui diritti a partire dalla loro dimensione morale.

Negli Stati costituzionali di diritto alla sommità dell'ordinamento giuridico si trova una Costituzione scritta, rigida, garantita e lunga, che incorpora (ovvero, fa rinvio a) diritti, principi e valori etici; in un tale contesto separare le questioni attinenti alla nomodinamica dello Stato costituzionale da quelle relative alla sua dimensione etica sostanziale risulta artificioso, nella misura in cui le due dimensioni si intersecano e si influenzano reciprocamente.

A sua volta, la distinzione tra valori, principi e regole si riverbera sulla complessa struttura dell'ordinamento giuridico il cui equilibrio viene garantito dalla Costituzione,

³⁸ H. JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, in *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, Mimesis, Milano-Udine, 2011, 195-196.

³⁹ A. HELLER, *Scrivere dopo Auschwitz*, in *Lettera Internazionale*, 1997, 51-52, 47.

⁴⁰ Sul punto tra i molti G. GEMMA, *Costituzionalismo liberaldemocratico e dignità imposta*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 132 s.

quale fonte giuridica suprema che, aprendosi ai valori etici della società, offre tutela ai diritti soggettivi attraverso norme che, pur mantenendo la formula esteriore di regole formali e positive, si aprono e si lasciano pervadere nel loro contenuto dalla morale.

Il risultato più interessante di questa prospettiva è conseguenza dunque della rielaborazione del rapporto tra diritto e morale che viene ripensato attraverso l'apertura del diritto ai valori etici e morali della società e alla possibilità di esprimere questi ultimi attraverso il filtro dei principi costituzionali e di salvaguardarli nella forma di decisioni giudiziali che siano frutto di un'operazione di bilanciamento tra i vari interessi in gioco e non più di un mero sillogismo.

L'irriducibilità dei valori entro le forme del diritto non implica alcuna incompatibilità, ma necessità l'organizzazione di strumenti atti a garantirne la necessaria coesistenza. Nell'invocare i valori, il giurista deve acquisire la consapevolezza che non può più affrontare i problemi con una arida dimensione logico-deduttiva ma coniugando la logica del caso alla logica del sistema, entrambe dotate di forte carica assiologica.

In questi termini, i valori divengono parte del sistema giuridico, sia pure permanendo extranormativi. L'essere altrove dei valori pertanto non vuole porre un'alternativa all'ordinamento, ma esprimere la loro necessaria storicità ed inesauribilità degli stessi quali fonti di alimentazione dei sistemi giuridici. La comunicazione tra i valori, che sono dentro e fuori dal sistema normativo, è produttiva di giuridicità, intesa come esperienza nella sua totalità che si costruisce nell'applicazione⁴¹.

Il processo di positivizzazione dei valori si manifesta tramite la loro formulazione come principi giuridici, configurando il rapporto tra norme ed enunciati costituzionali come «mediato dalla individuazione o, meglio, se si vuole, dalla costruzione di principi, tramite i quali sono immessi nell'ordinamento quei valori che, in tal modo positivizzati o secolarizzati, possono ora ritenersi i valori costituzionali»⁴². I valori quindi trasferiscono parte del loro contenuto assiologico, in quanto criteri per valutare ciò che è migliore o preferibile, nel tessuto normativo, ovvero nella sua trama costituita dai principi, che possiede una natura dichiaratamente deontologica. Attraverso questi ultimi, tuttavia, non si prescrive un'azione, ma si indica un orientamento da assumere (ciò che è

⁴¹ P. FEMIA, *Segni di valore*, in L. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Esi, Napoli, 2012, 83-156.

⁴² F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 60.

gesollt) o un bene da rispettare o un fine da raggiungere. I principi giuridici in generale hanno infatti un contenuto esplicitamente valutativo che condotte conformi sono chiamate a rispettare o a realizzare⁴³, consentendo ai valori di tradursi sul piano giuridico⁴⁴.

Peraltro la trasformazione dei valori in principi è un modo per rendere i valori stessi sostenibili, ossia in grado di guidare i comportamenti sociali. I valori, di per sé considerati, sono «beni finali, fini a se stessi che chiedono di realizzarsi attraverso attività teleologicamente orientate»⁴⁵, il che li configura come un'istanza assoluta non in grado di conciliare le contingenze altamente conflittuali della vita personale ed associata. Affinchè la convivenza sia possibile, i valori debbono essere “urbanizzati”, in modo da temperare l'esigenza della loro massima espansione con l'accesso ad una pluralità di visioni e di beni.

Come ha sottolineato Mauro Barberis⁴⁶ il diritto può e forse deve essere connesso alla morale: ma non può esserlo indefinitamente, senza restrizioni, altrimenti vi è il rischio che il diritto collassi nella morale. «I valori morali, anzitutto, devono convertirsi in principi giuridici; poi, questi devono essere ponderati e specificati in regole astratte, in positivo dal Parlamento, in negativo dalla Corte costituzionale; infine, queste regole astratte devono ancora essere applicate ai casi concreti dai giudici ordinari».

Nel passaggio attraverso lo specchio dei principi, i valori si frantumano in una molteplicità di riflessi, a loro volta assorbiti – in dosi o gradienti variabili – nei principi e nelle regole: «il valore contiene infatti un “eccesso di assiologia” che (com'è evidente)

⁴³ Come sottolineato da R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977 trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010, 48 «I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality».

⁴⁴ Si può prospettare dunque una moralità interna del diritto, il che avrebbe il pregio di partire da un'osservazione della realtà giuridica volta a comprenderne appieno tanto la dimensione esplicita delle leggi codificate quanto, e soprattutto, quella implicita, radicata nella sua origine di ordine sociale. In questo senso tali istanze nascono come valori propri della persona umana, che avanzano pretese di giustizia; si trasformano in principi giuridici al fine di rendere praticabili i valori nei contesti sociali; generano norme il cui contenuto è l'attribuzione di poteri giuridici e l'imposizione di doveri giuridici, anche i diritti siano esercitati e rispettati. Così F. VIOLA, *Diritti umani e ragion pratica*, in *Metodo International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2014, 2, 1, 54.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, 93.

⁴⁶ M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus. European constitutionality review*, 2011, 16, 55 ss., specie, 92.

mai si traduce in toto nei principi in cui si riversa»⁴⁷. Si pensi ai diritti umani, riconosciuti ed elencati nelle dichiarazioni costituzionali, questi, se intesi come valori morali, tendono a convergere rappresentando la base generica per successivi accordi più specifici; come principi costituzionali, formulati dal costituente e soggetti a interpretazioni e specificazioni differenti, essi possono divergere⁴⁸.

I valori giuridicamente rilevanti sono dunque solo quelli presupposti, selezionati e bilanciati nelle (o dalle) norme costituzionali vigenti in un determinato ordinamento, con il quale creano un legame di dialogo volto ad alimentare le strutture e gli istituti dell'ordinamento stesso, pur «nella misura, nei modi ed entro i confini forgiati dal testo»⁴⁹.

In questi termini i principi, quale forma di mediazione dei valori nel contesto giuridico, costituiscono un limite alla tirannia dei valori che, di per sé, «non accettano le pur vaghe limitazioni dell'ermeneutica linguistica e quelle derivanti da un ancoramento alla pur molteplice finitezza dei significati testuali, alla lettera della legge; cercano, invece, di garantire la propria intangibilità esaltando la propria dimensione assiologica in opposizione (o a superamento) di quella propriamente esegetica»⁵⁰.

⁴⁷ P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2014, 2, 320; A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 6 secondo cui «i principi, che sono norme (di un certo tipo o di una certa "qualità" ma pur sempre norme), se, per un verso, valorizzano i valori, col fatto stesso di trasporli dal mondo del pregiuridico (degli ideali) al mondo del giuridico (delle esperienze giuridicamente significanti), per un altro verso però li impoveriscono, nessun enunciato essendo comunque in grado di rendere in tutta la sua purezza e pienezza un valore. Una volta fatto ingresso nel mondo del diritto e ancorché ospitati dalla sua massima espressione giuridica, la Costituzione, i valori subiscono pur sempre riduzioni ed anche deformazioni di senso: l'effetto inevitabile di uno strumento, quello giuridico appunto, comunque imperfetto, storicamente datato, non paragonabile con l'assiologia o con l'etica, che si distende lungo il tempo, attraversando luoghi anche i più disparati e segnando le vicende che in essi prendono variamente corpo».

⁴⁸ R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Harvard, 2006, trad. it. *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 13 ss.

⁴⁹ P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., 319. Prevalente appare l'orientamento *incorporazionista* circa la tensione tra morale e diritto, avendo riguardo agli ordinamenti giuridici costituzionalizzati. Il nesso tensivo tra le due dimensioni si risolve: a) in termini di connessione necessaria per R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 90 ss., tale da implicare una *moral reading* (interpretazione morale) dei principi costituzionali; b) in una pretesa di *Richtigkeit* (giustezza) avanzata da ogni principio giuridico secondo R. ALEXY, *Begriff und Geltung der Rechts*, München, 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, 35 ss.; c) in termini di complementarità nella proposta di J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. it., *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1996, 128 ss.; d) in termini di contingente incorporazione secondo H.L.A. HART, *Postscript*, in Id., *The Concept of Law*, Oxford, 1994, trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002, 309 ss.

⁵⁰ F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3772 ss.

Per un altro verso, il rilievo posseduto da qualificazioni di ispirazione assiologica nell'ambito dei procedimenti interpretativi appare di grande spessore, in quanto il pre-orientamento assiologico richiede l'integrazione con i fatti, con i casi della vita che attivano ed indirizzano il processo interpretativo⁵¹. I due piani si intersecano tra di loro: i fatti danno ai valori quella corporeità di cui essi sono per natura privi, storicizzandoli e orientando l'analisi degli enunciati che li esprimono. I valori, a loro volta, esercitano una funzione di stabilizzazione semantica, ponendo un limite alla tendenza della differenziazione dei casi nel contesto del rinnovamento incessante degli enunciati.

In sintesi, il diritto riflette inevitabilmente i valori⁵², anche perchè esso è recettore di quelle istanze derivate dal confronto/scontro sociale e quindi delle richieste emergenti nella coscienza sociale⁵³. Tuttavia i principi non servono soltanto a calare i valori nel contesto sociale, ma hanno anche una funzione propulsiva dell'azione, conferendo all'agire giuridico una dimensione pratica indirizzata da finalità che si presentano come ragioni iniziali del ragionamento pratico che conduce all'azione.

In una sorta di circuito interpretativo si può prospettare una relazione tra valori, principi e regole che privilegia i "coordinamenti orizzontali" e un orientamento processuale attraverso il quale si compie appunto il "passaggio dalla gerarchia alla rete", una "fluidificazione" del diritto, in grado di attrezzarlo a rappresentare, in forma normativa, la pluralità, la policentricità e il dinamismo intrinseco della *network society*.

La capacità di adattarsi alle esigenze della società liquida si ritrova essenzialmente nei principi, i quali, rispetto alle regole, si caratterizzano sia perché esprimono i valori supremi dell'ordinamento di una comunità, riflettendosi sui diritti dei suoi membri, sia

⁵¹ Seguendo L.L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law* (1956), in *Natural Law Forum*, 3, 1958, 71 occorre riflettere sul legame tra fatto e valore, scorgendone l'interazione, che in determinati ambiti comuni dell'azione umana caratterizza il loro rapporto e, pertanto, accettando il fatto che, almeno in alcuni contesti, i mezzi e il fine non possano essere presi in considerazione in maniera isolata l'uno dall'altro. Il fine viene modificato e finanche definito dai mezzi utilizzati per raggiungerlo, mentre questi ultimi non sarebbero neppure concepibili in quanto tali se non fossero rivolti ad un fine conoscibile. Sul punto A. SCIURBA, *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2009, 9, 704 ss.

⁵² In senso contrario, ovvero nel senso di una netta separazione tra diritto e morale, si pongono le tradizionali interpretazioni giuspositivistiche, riassumibili nella precisa formulazione di C.S. NINO, *Dworkin and Legal Positivism*, in *Mind*, 1980, 520 secondo cui «a legal system in force in a certain society can be identified only by taking into account empirical facts, just as the judicial recognition of its standards, disregarding any consideration about its moral value or justice».

⁵³ Fra valori morali, principi e diritto positivo si danno rapporti complessi: il diritto, in particolare non nasce semplicemente dalla morale, semmai, entrambi si sviluppano dal costume, differenziandosi da questo, e tra loro. Sul punto N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), trad. it. *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990, 36 ss.

per la necessità di dar loro applicazione attraverso gli strumenti della ponderazione e del bilanciamento⁵⁴. A differenza dalle regole che hanno un'applicazione del tipo "tutto o niente", i principi sono caratterizzati dalla necessità della loro valutazione: ciò dipende sia dal fatto che esprimono dati di carattere strutturale⁵⁵, sia considerando che la loro "importanza" può variare rispetto ai diversi "casi"⁵⁶.

Mentre l'importanza di un principio è percepita, in una data cultura giuridica, in modo immediato, il ruolo di una regola è rivelato dal suo rapporto di strumentalità rispetto alla realizzazione del principio o valore etico sottostante, nella misura in cui la convergenza su una regola ha permesso di catalizzare un accordo tra persone che hanno un disaccordo radicale sul piano dei principi sottostanti⁵⁷.

A loro volta valori e regole rappresentano ipotesi paradossalmente affini: seppure alla astrattezza dei valori che ritrovano il proprio nucleo in beni essenziali (persona umana, vita, benessere e così via) corrisponda l'assiomaticità delle regole, che rappresentano invece la forma più specifica di concretizzazione delle norme, sia i valori che le regole presentano un alto grado di rigidità, in quanto entrambe pretendono rispetto ed esecuzione, non lasciando spazio a modalità di ponderazione tra gli interessi che sottendono. In particolare, nel contesto dell'arena pubblica, valori differenti lottano per la prevalenza e, nella misura in cui trovano riconoscimento intersoggettivo nell'ambito di una cultura, essi generano, attraverso l'indispensabile mediazione dei principi, configurazioni flessibili e ricche di tensione. In modo corrispondente le regole vivono di rapporti gerarchici, nell'ambivalenza tra l'affermazione di una regola sulle altre e l'ammissibilità di deroghe che sanciscono una «clausola di eccezione» (*Ausnahmeklausel*); per questo allo "scacco" che determinerebbe l'applicazione delle regole, l'ordinamento reagisce attraverso i principi in grado di dettare procedure su cui «si basa o si deve basare per assolvere alla pretesa di giustizia»⁵⁸.

⁵⁴In questo senso, soprattutto, R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, cit., 1997, 71 ss., che li delinea come "principi di ottimizzazione".

⁵⁵R. ALEXI, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, 13, 3, 294-304.

⁵⁶R. DWORKIN, *Law's empire*, Harvard University Press, Harvard, 1986, trad. it. *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, 249 ss.; sul ruolo dei principi nei "casi difficili" ID., *I diritti presi sul serio*, cit., 129 ss.

⁵⁷Come prospettato si tratterebbe di «accordi parzialmente teorizzati». Cfr. C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, trad. it. *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna, 2009.

⁵⁸R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, cit., 132.

Così, «in astratto, si può dire che non c'è regola che non risponda ad un principio e non c'è principio che non rinvii a un valore. I principi sono il *medium* tra valori e regole, [immettendo] contenuti di valore nell'ordinamento, che dovranno concretizzarsi in regole»⁵⁹. Se è pur vero che la regola che prescrive il divieto della tortura, presuppone il principio di dignità e, a sua volta, questo si richiama alla dimensione della persona umana come valore, tuttavia la validità di tale “filiera” dipende essenzialmente dalla «concezione del concetto»⁶⁰ attraverso cui si guarda al principio. Le diverse concezioni forniscono infatti una risposta alla questione relativa a quali siano le “fondamenta” del diritto, prospettando, nel delineare i valori e i diritti che vengono concretamente riconosciuti, una teoria “politica” del diritto, in grado di indirizzare anche la comunità sociale⁶¹.

Tale ricerca, che non è mai un dato acquisito in via definitiva, configura i contesti sociali come comunità di “principio” caratterizzate dall' «essere governat[e] da principi comuni e non soltanto da regole», ovvero in cui gli associati «accettano il fatto che i loro diritti e doveri politici non si esauriscano nelle particolari decisioni che le loro istituzioni politiche hanno preso, ma dipendano (...) dallo schema di principi che quelle decisioni presuppongono». Ciò, in ossequio al principio di integrità, richiede quindi «al buon cittadino, che deve decidere come trattare il proprio prossimo quando i loro interessi entrano in conflitto, di interpretare il modello comune di giustizia a cui entrambi devono sottostare in virtù della loro comune cittadinanza»⁶².

È comunque bene rammentare che nel contesto dei principi le aree di conflitto sono indeterminate, quindi per poter giungere alla ponderazione tra i principi occorre individuare quali siano i valori che il caso concreto evoca. Questa operazione presenta aspetti di particolare delicatezza poiché «i casi della vita raramente esprimono una struttura elementare, in seno alla quale si prospetti un solo interesse giuridicamente meritevole di tutela ed altrettanto raramente i valori chiamati in causa dal caso concreto

⁵⁹ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., 100.

⁶⁰ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 192 s. Si tratta di “concezioni” che forniscono un'interpretazione, diacronica e sincronica, del contenuto della pratica sociale, ovvero sia un'interpretazione generale del valore (o dei valori) della pratica, sia la sua concretizzazione rispetto agli sviluppi e alle diverse occorrenze della vita sociale.

⁶¹ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., 107-108.

⁶² R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., 180-182. L'integrità quale valore politico della comunità pretende coerenza in linea di principio che si concretizza primariamente nella eguaglianza di fronte alla legge, intesa in relazione al rispetto di determinati principi da inserire in una dimensione pluralista della società.

si mostrano convergenti e, dunque, idonei a condurre il procedimento interpretativo verso un esito prevedibile». È necessario quindi che il procedimento interpretativo venga orientato da una scelta, di ordine sia fattuale che assiologico, «che si riscontra già prima che il fatto interpretativo si avvii, sia al piano alto dei valori che al piano basso degli interessi (...) i bilanciamenti, quindi, precedono, accompagnano e seguono, con un moto circolare che si ricarica da se medesimo, il fatto interpretativo»⁶³.

Per questo i principi, pur essendo fondamento della decisione, non ne implicano l'esito che richiede, altresì, la ponderazione con altri principi e la scelta tra diverse prospettive di valore. La necessità del bilanciamento mette in risalto come i principi, in quanto precetti di ottimizzazione, richiedano la valutazione della loro dimensione «contenutistica», implicando una presa di posizione che si inerisce ad una determinata concezione del sistema dei valori. Pertanto, nella decisione dei casi, a fronte di una pluralità di principi applicabili, l'interprete, sulla base di opzioni di valore, dovrà stabilire quale dei principi risulterà realizzabile, valutata l'appropriatezza (*Geeignetheit*), la necessità (*Erforderlichkeit*) in relazione alle circostanze di fatto e la proporzionalità in senso stretto rispetto alle possibilità giuridiche⁶⁴.

La dignità è innanzitutto un valore metagiuridico che troviamo disseminato in numerosi principi e regole costituzionali, ma, come l'acqua del mare, tanto meno disseta quanta più se ne beve. Non si realizza l'effetto dei vasi comunicanti⁶⁵ nella traslazione dal piano dei valori a quello normativo dei principi, in quanto i beni, le forze, gli interessi eterogenei e contrapposti mimetizzati e armonizzati in un valore astratto, tornano a manifestare prepotentemente la loro pretesa di concreta e immediata tutela proprio raccordandosi a quel principio a cui è sotteso quel valore che tutti li aveva generosamente ospitati in pacifica concordia; e il conflitto inevitabilmente divampa in tutta la sua virulenza nelle determinazioni del legislatore come dinanzi al giudice chiamato a mediare direttamente fra valore e realtà⁶⁶.

⁶³ A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in ID. (a cura di). «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, X, *Studi dell'anno 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, 170 s.; per la differenza tra bilanciamento come tecnica e come logica G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, 174 ss.

⁶⁴ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 110 ss.

⁶⁵ Conseguenza della legge di Stevino (c.d. paradosso idrostatico), per cui in un sistema di vasi comunicanti il fluido contenuto raggiunge la stessa quota indipendentemente dalla forma dei recipienti.

⁶⁶ G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al Convegno «Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach», Roma, 26 ottobre 2009, in *Rivista AIC*, 2010, 9, ora in *Dir. soc.*, 2011, 3, 123-144.

4.2.1. La dignità come concetto giuridico: valore intrinseco o esperienza di riconoscimento ?

Come ha scritto Montale in *Ossi di seppia*: «Non domandarci la formula che mondi possa aprirti/ sì qualche storta sillaba e secca come un ramo/ Codesto solo oggi possiamo dirti/ciò che *non* siamo, ciò che *non* vogliamo»⁶⁷.

Questa costruzione in negativo si adatta all'analisi della dignità rispetto alla quale, proprio in quanto vettore di molteplici significati, appare praticamente impossibile fornire una definizione universalmente condivisa⁶⁸.

«L'idea di dignità umana presenta [invero] quella particolare fragilità che spesso caratterizza le cose troppo pure. (...) Per un verso l'idea è intuibile con facilità e naturalezza e, intuita, appare netta, alta (...) Per altro verso, nel momento in cui della dignità umana viene decisa la tutela attraverso gli strumenti propri del diritto e se ne deve, quindi, determinare una qualche forma positiva, essa subisce un processo di assottigliamento e compressione, svanisce e collassa nell'immagine di una soglia ultima dinanzi alla quale innalzare un limite estremo di difesa»⁶⁹.

Questa constatazione non può tuttavia annichilire il tentativo di individuare un punto di convergenza da cui principiare la riflessione, tenuto conto che la dignità, nel suo portato assiologico, è rivolta all'uomo, ovvero all'essere umano concreto nelle varie fasi e situazioni della sua vita. Il che non comporta la necessità di ripartire forzatamente dal dato valoriale, nella misura in cui quest'ultimo verrebbe ad impoverire il profondo senso esistenziale della dignità, facendo scivolare la discussione nell'infelice quanto pericolosa retorica sul contenuto trascendente e in sé concluso che il principio rappresenterebbe.

Far emergere la stretta connessione tra il piano esistenziale e le istanze racchiuse nella dignità comporta immaginare quest'ultima come riflesso non dell'uomo in quanto tale,

⁶⁷ E. MONTALE, *Ossi di seppia*, in *Tutte le poesie*⁷, Mondadori, Milano, 1996, 29.

⁶⁸ Tutti concordano che vi è un disaccordo sul significato da attribuire al concetto, così P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., 327 s.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, cit., 14 s.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, cit., 103; E. RIPEPE, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Esi, Napoli, 2008, 14.

⁶⁹ M.C. LIPARI, *La dignità dello straniero*, in *Pol. dir.*, 2006, 2, 283 per cui la dignità si articola come linea residuale, punto discreto ed infimo oltre il quale si produce immediato lo scarto dall'umano all'inumano.

astrattamente considerato, bensì dell'*homme situé*, ossia la persona riguardata nella sua concreta collocazione nel tessuto sociale. Peraltro un'ipotetica concettualizzazione della dignità, che ne determinasse l'essenza, avrebbe l'effetto di produrre una sostanziale astrazione, laddove, invece, la necessità di costruire l'idea per induzione, a partire dai casi, rende indispensabile ascoltare la vita e le sue forme cangianti di cui non si può parlare senza osservare gli uomini e ciò che li riguarda.

Tale inquadramento porta a riflettere sul tema della dignità attraverso la funzione⁷⁰ che concretamente viene a svolgere, considerata sotto tre profili:

a) una funzione di difesa (*Abwehrfunktion*) nei confronti dei poteri pubblici, che si esplica nella forma del «non dominio»⁷¹ 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 capacità⁷².

Prende forma, in questi termini, una sfera di tutela dai confini mobili nella quale non è permessa alcuna interferenza, se non in base al consenso degli interessati o per una particolare giustificazione in circostanze specifiche, una "zona franca" che consente, per

⁷⁰ 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, Giuffrè, Milano, 2010, 278 che richiama D. HÖMIG, *Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2007, 633 ss., specie 638.

⁷¹ P. PETTIT, *Republicanism*, Oxford University Press, Oxford, 1997, trad. it. *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, 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.

⁷² 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; 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.

usare le parole del giudice Douglas, «the freedom of choice in the basic decisions of one's life»⁷³.

In questa prospettiva, al profilo statico ed essenzialmente difensivo della dignità si accompagna l'aspetto dinamico il cui fulcro è costituito dal «pieno sviluppo della persona» realizzato attraverso la costruzione di relazioni sociali costitutive dell'identità. Le funzioni della dignità sono tuttavia suscettibili di plurime letture, in quanto incidenti su scelte esistenziali fondamentali, come quelle che riguardano la propria identità, di cui si debbono conoscere i limiti per definire i parametri in base ai quali sia possibile effettuare una scelta.

Si ripropone dunque il dilemma sul senso della dignità, ovvero sul suo essere limite interno o esterno alla determinazione e alla condotta del singolo individuo, il quale può descriversi come fiero agrimensore dei limiti della propria libertà o, in alternativa, come membro solidale di una comunità che definisce e impone tali limiti.

Nello sviluppare questa analisi si porrà a paradigma il ricco e articolato dibattito sviluppatosi nella dottrina tedesca intorno all'art. 1 del *Grundgesetz*⁷⁴, la cui elaborazione non solo ha ricadute nella concreta definizione della sfera dei diritti della persona, ma definisce uno schema di ricerca generalmente applicabile⁷⁵.

L'art. 1 del *Grundgesetz* sancisce che «la dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla». Si crea quindi una diretta connessione tra la qualità della dignità, quale principio normativo, e il vincolo al suo rispetto che obbliga ogni potere statale, nel senso che lo Stato deve agire nel rispetto della dignità umana ed, al contempo, è chiamato a tutelarla da possibili aggressioni. Potrebbe peraltro

⁷³ Così la formulazione del principio da parte del giudice Douglas in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113,153 (1973).

⁷⁴ In dottrina C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1971, 103 ss.; M. PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, *Dir. soc.*, 2002, 2, 151-242; D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, cit., 113-136; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Staat. Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, 160-161, trad. it. *Stato, Costituzione, Democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 211 ss.; P. BECCHI, *La dignità umana nel «Grundgesetz» e nella Costituzione italiana*, *Ragion pratica*, 2012, 38, 25 ss.

⁷⁵ Considerazione che va precisata con l'avvertenza per cui «la mera presenza del lemma dignità all'interno del lessico legislativo, giurisprudenziale o dottrinale non è garanzia d'invarianza del suo contenuto operativo. Decisiva in proposito si rivela sempre la dialettica tra testo e contesto, la quale è atta a condizionare profondamente i risultati del processo interpretativo, plasmando il contenuto della norma sulla base delle specifiche aspettative di senso della comunità ermeneutica coinvolta». Così G. RESTA, *La dignità*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto*, cit., 273.

sembrare una contraddizione l'aver correlato il carattere dell'intangibilità con il più immateriale tra i principi, ma in realtà se si ha riguardo al tratto immanente della dignità che si esprime prima di tutto nel corpo di ogni essere umano, ecco che si spiega l'uso del concetto di intangibilità, anziché di quello di inviolabilità⁷⁶.

Parallelamente, l'intangibilità ridefinisce i rapporti tra lo Stato e il cittadino, stabilendo un confine insuperabile all'esercizio del potere: a fronte della tangibilità dei diritti che, a valle dell'esercizio del potere pubblicistico, si manifesta nella degradazione di qualsivoglia posizione giuridica, si oppongono "posizioni soggettive a nucleo rigido", rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti che – in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona – non possono essere sacrificati o compromessi.

Il 2° co. dello stesso articolo aggiunge inoltre: «Il popolo tedesco si riconosce pertanto nei diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo». Tale formulazione fa emergere il rapporto di ascendenza dei diritti umani dalla dignità, nella misura in cui il fondamento dei diritti riposa sulla difesa della irripetibilità di ogni soggettività. Ciò nella sostanza vuol dire che il vero obiettivo dei diritti umani non è quello di tutelare singole facoltà o beni del soggetto, ma la globalità dell'essere umano in quanto tale in modo unitario e complessivo. La garanzia dei diritti fondamentali è dunque servente rispetto al riconoscimento della sua dignità, sebbene la dignità non si esaurisca in essi, ma venga a pervadere tutte le disposizioni della Legge Fondamentale.

Alla luce dell'intangibilità della dignità, i diritti umani non si presentano più come poteri, ma come fini che identificano il soggetto e che si propongono come inalienabile attributo dello stesso.

In questa prospettiva antropologica l'essere umano è contraddistinto da una dignità che lo differenzia rispetto a qualsiasi altro essere vivente e che trova concreta estrinsecazione nella dotazione di diritti fondamentali di cui l'individuo è riconosciuto titolare. Intendendo fissare nel tempo il riferimento alla dignità, la Legge Fondamentale prevede altresì, al 3° comma dell'art. 79, la sua immodificabilità, ovvero sancisce quella

⁷⁶ Non sembra indifferente che l'affermazione del principio di intangibilità avvenga sulla base di un titolo di legittimazione costituzionale sicuro, incontroverso, e attraverso modalità che mirano a preservare la persona nella sua totalità. C. ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung; zur Dogmatik des Art. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, 404-425; F. BERARDO, «La dignità umana è intangibile»: il dibattito costituyente sull'art. 1 del Grundgesetz, in *Quad. cost.*, 2006, 2, 387-398.

«clausola di eternità» (*Ewigkeitsklausel*), atta ad individuare i principi basilari di struttura dello Stato che il potere costituente ha inteso espressamente sottrarre a qualsivoglia revisione costituzionale. All'epoca dell'approvazione del *Grundgesetz* l'intenzione del Consiglio parlamentare era in primo luogo quella di far in modo che il passato non potesse ripetersi, dotando quindi di una garanzia di massima rigidità i principi sanciti dall'art. 1 e quelli di struttura posti nell'art. 20⁷⁷.

Tali garanzie sono il segno di quella «tendenza del diritto costituzionale a pervadere ambiti in passato ritenuti ad esso estranei ed insieme a considerare determinati settori o istituti della società civile in una prospettiva più esclusivamente riconducibile allo schema dei diritti individuali con carattere di assolutezza» tendendo non solo a dilatare «la sfera delle garanzie, fino a farla coincidere con il riconoscimento che la Costituzione ha operato in determinati ambiti di libertà corporativa, sfere di autonomia, istituti giuridici radicati nella tradizione», ma anche «a contemperare la tutela di situazioni soggettive e la salvaguardia di interessi meta-individuali»⁷⁸.

Così il dualismo di Radbruch⁷⁹ tra essere e dover essere, tra fatto e valore, ha trovato sintesi nella dialettica tra dignità e personalismo rappresentata nelle disposizioni del *Grundgesetz*, ove la stessa garanzia costituzionale della dignità dell'uomo, come persona e cittadino, offre, non un'etica costituzionale definitiva, ma obiettivi e valori di orientamento. La pratica della dignità incorpora difatti complessi di condotte, valutazioni, regole, istituzioni, procedure, interpretazioni di valori e principi che rinvergono nei testi normativi la propria configurazione, la quale rimane invero pur sempre incompiuta, rinviando al continuo sforzo ermeneutico richiesto dalla tematizzazione degli attributi irrinunciabili dell'essere umano, in contesti socio-culturali

⁷⁷ Nello specifico non possono essere oggetto di modifica costituzionale: la tutela della dignità umana (art. 1, 1° co.); il riconoscimento dei diritti umani quale fondamento di ogni comunità umana (art. 1, 2° co.); il vincolo del potere statale al rispetto dei diritti umani (art. 1, 3° co.); il principio dello Stato federale, la forma di Stato repubblicana ovvero il principio repubblicano e il principio dello Stato sociale democratico (art. 20, 1° co.); il principio della sovranità popolare (art. 20, 2° co., primo alinea); la separazione dei poteri (art. 20, 2° co., secondo alinea); il vincolo del potere legislativo al rispetto dell'ordinamento costituzionale (art. 20, 3° co.) ed infine il vincolo del potere esecutivo e di quello giudiziario al rispetto della legge e del diritto (art. 20, 3° co.). In dottrina O.E. KEMPEN, *Historische und aktuelle Bedeutung der «Ewigkeitsklausel» des Art. 79 Abs. 3 GG*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1990, 21, 354-366; W. VÖGELE, *Menschenwürde zwischen Recht und Theologie. Begründungen von Menschenrechten in der Perspektive öffentlicher Theologie*, Gütersloher Verlagshaus, Gütersloher, 2000, 227-311.

⁷⁸ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli., Torino, 2006, 169 ss.

⁷⁹ G. RADBRUCH, *Die natur der Sache als juristische Denkform*, in AA.VV., *Festschrift zur Ehren von Prof. Dr. jur. R. Laun, Toth*, Hamburg, 1948, 155-176, trad. it. *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 3, 145-156.

diversi, dei quali non è possibile fare astrazione, prescindendo dalla concretezza dell'esistenza⁸⁰.

Ciò sollecita l'adozione di una prospettiva "dal basso" anche nell'analisi della dignità, che ponga al centro gli individui nella loro concretezza, i problemi della loro vita, i contesti entro cui si collocano, che acquistano significatività ai fini della tutela⁸¹.

Questa prospettiva svela come il problema della protezione delle plurime dimensioni della dignità incontri seri ostacoli nella fase della loro interpretazione e applicazione, ossia in sede di determinazione del loro contenuto: riemerge qui il nodo della giustificazione. Non va dimenticato, infatti, che il linguaggio della dignità è indeterminato⁸² e che l'attività interpretativa, grazie alla quale si cerca di delimitarne il significato, è caratterizzata da un'ampia discrezionalità, che, in funzione dei procedimenti argomentativi e ermeneutici utilizzati, può sfociare in forme di arbitrio.

La dignità umana conosce infatti un'evidente dilatazione della sua operatività, dimostrata dalla contraddittorietà delle operazioni che vi fanno riferimento: l'abuso del concetto ha pertanto conseguenze deleterie sia per il discorso, poiché altera i termini del dialogo, sia per il valore della dignità stessa, poiché la colloca in contesti banali, che ne mettono in discussione il profilo normativo.

Pare quindi necessario affrontare il problema delle diverse declinazioni del concetto, avendo cura di saggiarne le ricadute sul piano normativo.

Secondo l'interpretazione tradizionale⁸³, il riconoscimento della dignità umana, quale vertice valoriale dell'intero ordinamento giuridico dello Stato, la qualifica come norma

⁸⁰ F. LONGATO, *La felicità: un diritto dell'uomo ? Sul rapporto tra felicità, benessere, vita buona e diritti umani nella filosofia pratica contemporanea*, in *Ragion pratica*, 2001, 16, 171-172.

⁸¹ B. PASTORE, *La concretezza dei diritti umani*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2014, 1, 64 s.

⁸² W. HASSEMER, *Über den argumentativen Umgang mit der Würde des Menschen*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2005, trad. it. *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, 12, 134 secondo cui il contenuto della dignità umana è costituito storicamente, non concretandosi in una normatività perennemente stabile e materiale, in una semantica dei principi immutabile; al contrario, il giudizio sulla dignità umana cambia a seconda delle esperienze di vita e dipende da mutamenti sociali.

⁸³ Il riferimento è G. DÜRING, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in *AöR*, 1956, 117 ss. Il contributo è stato poi inserito nel classico manuale T. MAUNZ, G. DÜRING, R. HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, Bick, München-Berlin, 1958; in senso conforme P. KUNIG, *sub Art. 1*, in I.V. MÜNCH, P. KUNIG, *Grundgesetz-Kommentar*⁴, Band 1, München, 1992, 80 ss.; H.D. JARASS, *sub Art. 1*, in H.D. JARASS, B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*⁵, München, 2000, 45 ss.; W. HÖFLING, *sub Art. 1*, in M. SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, München, 1999, 125; C. STARCK, *sub Art. 1*, in H.V. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK, *Bonner Grundgesetz Kommentar*⁴, Band I, München, 1999, 51; W. FROTSCHER, *Zlatko und Caroline. Der verfassungsrechtliche Schutz der*

giuridica oggettiva, non sottoponibile a ponderazioni e limitazioni, così come accade invece per i diritti fondamentali. Tutto ciò è il portato della concezione di matrice idealistica che rinviene nella dignità il patrimonio naturale (*Mitgift*) dell'uomo⁸⁴, che va riconosciuto tanto al singolo individuo quanto all'uomo in astratto per la sua appartenenza alla specie umana: perciò quest'ultima può essere violata anche se quell'uomo, concretamente, non è ancora nato o è già morto. La dignità è, dunque, una dote che spetta all'uomo per la sua mera appartenenza alla specie umana, in quanto «*wer von Menschen gezeugt wurde und wer Mensch war, nimmt an der Würde "des Menschen" teil*»⁸⁵.

Il dato di trascendenza dell'essere umano, rispetto al contesto psico-fisico e sociale che lo contraddistingue, rende eguali gli uomini e le donne, li rende persone nel senso di soggetti giuridici. La violazione della dignità umana consiste dunque nel disconoscimento dell'essere persona, nell'esclusione dei singoli dal rapporto giuridico di eguaglianza⁸⁶.

Alla centralità del concetto di dignità umana corrisponde, sul piano pratico-giuridico, il divieto di ogni disciplina che giunga a trattare l'uomo come oggetto e non come soggetto di regolamentazione giuridica (*Objektformel*)⁸⁷, concezione che si radica nel «riconoscimento che la personalità non è mera soggettività, semplice valore ontologico,

menschlichen Würde und Persönlichkeit in der Medienberichterstattung, in *ZUM*, 2001, 555 ss.; E. BENDA, *Verständigungsversuche über die Würde des Menschen*, in *NJW*, 2001, 2147 ss.

⁸⁴ La dignità non configura più una semplice *metafora*, ma acquisisce una valenza *oggettiva*. Su questa visione della dignità convergono due potenti tradizioni di pensiero: quella cattolica (l'uomo è fornito di dignità in quanto creatura di Dio) e quella kantiana (l'uomo è fornito di dignità in quanto essere morale appartenente al regno dei fini), per entrambe, tutti gli esseri umani sarebbero infatti intrinsecamente forniti di dignità, o in quanto creature di Dio, oppure in quanto portatori di una comune umanità. Cfr. F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 162.

⁸⁵ G. DÜRING, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, cit., 126. Per uno sguardo più ampio E.W. BÖCKENFÖRDE, *Überlegungen zu einer Theologie des modernen säkularen Rechts*, in *Stimmer der Zeit*, 1999, 124, 579 ss. secondo cui nella dignità umana che si racchiude il «*theologisch begründbare Status*» del diritto positivo secolare e anche la condizione della secolarizzazione come «*Erhaltungsordnung*» che ha il proprio status teologico nella realizzazione della *conditio humana*.

⁸⁶ Come nota G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, cit., 84 s. «la cifra di ogni offesa alla dignità umana non è altro che ridurre l'uomo ad una sua parte: *trattare una metonimia come una eguaglianza* (...) si offende la dignità di una persona detenuta quando la si identifica con la sua pena: quando la persona non è considerata altro che come un detenuto. Si offende la dignità di una persona malata quando la si identifica con la sua malattia: quando la persona non è considerata altro che come un malato. Ovviamente la persona può essere anche detenuta o malata (e come tale richiede azioni adeguate), ma nell'essere detenuta o malata, non è mai solo detenuta o malata. E non rispettano la dignità umana quelle istituzioni o situazioni in cui tali riduzioni della persona sono praticate».

⁸⁷ Sulla formula di matrice kantiana G. DÜRING, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, cit., 127 secondo cui «Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird».

ma è anche una struttura di valore, un essere assiologico (...) in quanto introduce un concetto ‘concreto’ di persona, rivolto non più a una qualità (la capacità di diritti), ma allo stesso oggetto nella totalità dei suoi elementi costitutivi, e quindi anzitutto nella sua dimensione vitale»⁸⁸, permeata della dignità umana, quale termine di riferimento dei diritti e delle libertà fondamentali⁸⁹. La «*Objekt-Formel*» consentiva di interpretare la *Menschenwürde* come «*objektiv-rechtlicher Norm*», radicando il rispetto della dignità umana alle condizioni di una effettiva inviolabilità (*Unverletzlichkeit*) e intangibilità (*Unantastbarkeit*) che non ammettono alcuna relativizzazione, tanto meno se dovuta al mutamento della Costituzione⁹⁰.

Lungo il sentiero tracciato da Kant, Dürig sottolinea come la dignità umana abbia un contenuto oggettivo, indipendente dal tempo e dallo spazio; contenuto che diviene giuridico laddove si riconosce che «ogni uomo è tale in forza del suo spirito, che lo eleva dalla natura impersonale e lo abilita perciò alla decisione autonoma, a diventare cosciente di sé, ad autodeterminarsi e a dare forma a se stesso e all’ambiente»⁹¹.

In questi termini, la dignità costruisce «un orizzonte di irrinunciabile appartenenza della persona all’umanità, intesa come tessuto di mutue relazioni fondate su di un imperativo di reciproco riconoscimento», entro il quale la persona viene colta «come rappresentazione di ciò che connota la “famiglia umana”». È dunque la «dignità di base», quella che pertiene ad ognuno in quanto parte dell’umanità e ne rappresenta il nucleo duro ed irriducibile, «ad esigere l’indisponibilità degli elementi che compongono la comune dignità». Di modo che «la relazionalità del soggetto stesso e la sua umanità si saldano per legittimare un intervento dell’ordinamento che, in senso inverso, limita l’autonomia individuale per la specifica tutela di una socialità anch’essa esigita dalla dignità»⁹².

⁸⁸ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo*, in *Diritto e valori*, cit., 123 ss., specie 144.

⁸⁹ In questa prospettiva si afferma un dovere di astenersi dal compiere azioni che possano ledere il valore giuridico della propria persona, ossia la qualità umana in essa racchiusa, che rappresenta un ambito protetto per il suo stesso valore nell’ordinamento, in quanto «lo stesso valore non è nel potere della volontà di colui che ne è il portatore. Ciò significa che il soggetto non ha alcun potere di determinare il valore formale della propria persona nell’ordinamento» Cfr. D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 355 ss., specie 362.

⁹⁰ K.H. LADEUR, I. AUSBERG, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik-Neurowissenschaft-Medien*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2008, 10 ss.

⁹¹ G. DÜRING, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, cit., 127 s.

⁹² G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 2295-2296; G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 75-97, specie 77-83; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il principio di dignità come clausola*

Conformemente al divieto di strumentalizzazione, la dignità si pone come garanzia della persona nella sua integralità, senza che una parte di essa – ovvero il suo essere debole o indebolito⁹³ – possa assorbire quelle qualità immanenti che sono riconducibili alla condizione dell'*homo dignus*. Alla luce della specificazione della dignità umana come tutela dell'intero sulla parte, un bambino, un malato, un anziano, un migrante, un detenuto, un indigente, un lavoratore, prima di essere tali, con i limiti e le debolezze della loro condizione, sono, in linea di principio, persone che non possono essere ridotte dalla necessità e dall'incapacità materiale di trascenderla⁹⁴.

In termini propriamente giuridici, la dignità, in virtù della sua natura di «qualità *intrinseca* alla condizione umana», si impone quindi quale «valore super-costituzionale»⁹⁵, che, stante la collocazione sociale dell'individuo, non ha solo natura soggettiva, ma rappresenta il fine ed il limite dei diritti, che non possono violare l'*humanitas* del soggetto che ne è titolare⁹⁶.

Questa curvatura del concetto si riflette nella sua accezione deontica quale essenza della dignità, ovvero di ciò che la distingue rispetto ad ogni altro diritto fondamentale. Infatti ogni offesa alla dignità altrui è anche un'offesa alla propria (così chi umilia l'altro, in

generale, in *Dem. dir.*, 2004, 195; M. DELMAS MARTY, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain*, in *Rev. sc. crim.*, 1994, 477 ss.; J. ISENSEE, *Menschenwürde: die säkulare auf der Suche nach dem Absolute*, in *AöR*, 2006, 131, 175 ss. In questi termini la garanzia della dignità è assoluta, non soggetta a limiti e restrizioni, proprio in quanto assume nella sua area di protezione l'«*irréductible humain*» del soggetto stesso, ovvero la qualità umana presente nella persona. Tuttavia concepita in tal modo «la dignità si contrappone all'individuo in quanto pretesa giuridica in riferimento alla sua appartenenza alla comunità giuridica. Comportarsi in maniera dignitosa viene allora dichiarato obbligo giuridico» (K. SEELMANN, *Menschenwürde: ein neuer Schlüsselbegriff*, in *Rechtsphilosophie* 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2004, trad. it. *Filosofia del diritto*, Guida, Napoli, 2006, 257). L'individuo, quindi, perde il diritto di definire cosa è degno per lui e cosa non lo è, essendo normativamente tenuto ad un comportamento dignitoso il cui contenuto è imposto da terzi.

⁹³ Si pensi alla condizione di vita di chi non è capace di autonomia (capacità di intendere e di volere), come il bambino, il malato mentale, l'anziano, o di chi è solo parzialmente capace d'autonomia, come il migrante, il detenuto, l'indigente, il lavoratore. Sul punto si vedano le riflessioni di V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito della disciplina sul trattamento del malato mentale)*, in www.dirittifondamentali.it, 2010.

⁹⁴ B. MALVESTITI, *La dignità a partire dalla "Carta di Nizza": una norma suprema non bilanciabile?*, Tesi di dottorato di ricerca in Filosofia del diritto, Università Statale di Milano, 2012, 74 ss.

⁹⁵ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 3, 343-377, specie 347 per cui «la dignità è il con-fine delle libertà costituzionalmente protette, proprio perché essa costituisce l'unico vero fine che esse possono e devono perseguire»; sulla gerarchia dei diritti F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, cit., 171 ss.

⁹⁶ A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, *Studi dell'anno 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, 518-519, secondo cui la dignità è «la stella polare che indica il fine e il confine, allo stesso tempo, dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili di ciascun essere umano verso gli altri»; V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, 2013, 2, 3 ss.; C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino 2011, 239-273, specie 245 s.

una certa misura umilia anche se stesso), ma, al contempo, ogni offesa alla propria dignità offende l'umanità che è di ogni altro uomo. Conseguentemente se «nei diritti in genere la doverosità del comportamento gravante sui terzi e la collettività tutta, nel senso appunto del loro rispetto, fa da specchio alla pretesa vantata dai titolari dei diritti stessi e protetta dall'ordinamento (...) fintantoché la “logica” del caso, coi bilanciamenti da esso sollecitati a formarsi, lo consenta. Nella dignità, però, non è così. Quando pure il soggetto la sveda e rinunci a farla valere, se ne privi cioè volontariamente (ed illecitamente), ugualmente integro ed indisponibile rimane il dovere da parte di tutti di prestarvi rispetto, nella identica misura in cui ciò si ha nei riguardi di colui che la dignità stessa la serve e fa valere come si deve»⁹⁷.

Il carattere della dignità umana come norma suprema, non suscettibile, al pari di un diritto, di bilanciamento, è legato, in dottrina⁹⁸, alla messa in luce del suo carattere di *valore* dovuto verso gli altri e verso se stessi: in questi termini la dignità è un *valore assoluto*, non suscettibile di restrizioni, in quanto costituente quel «minimum inviolabile», che ogni diritto, nel suo bilanciamento con altri, deve assicurare.

La dignità umana sarebbe «bilancia» di tutti gli altri diritti⁹⁹, criterio di bilanciabilità e non diritto bilanciabile. La resistenza al bilanciamento deriverebbe anche dalla funzione svolta dalla dignità umana che rafforza i diritti che accompagna, rimanendo integra, non potendo essere relativizzata nel processo di bilanciamento del diritto che accompagna. Sono pertanto i diritti, di cui il principio di dignità è sorgente, non la dignità stessa, ad essere bilanciati, talvolta con gli interessi dello Stato; talaltra, con i diritti opposti di

⁹⁷ A. RUGGERI, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 2014, 14. Secondo la teoria della dote la dignità umana permane nel pazzo, totalmente privo di razionalità e quasi di soggettività; resiste nella condizione del malato terminale incosciente, dunque ormai quasi assente; tende ad essere riconosciuta anche all'embrione (che non ha ancora personalità giuridica); abita, infine, anche nel corpo senza vita, dando tardivamente ragione ad Antigone e all'obbligatorietà del suo rito. A tutte queste figure – prive di razionalità, o di coscienza soggettiva o di personalità, o addirittura prive di vita –, la dignità è attribuita, dal punto di vista giuridico, piena ed intera.

⁹⁸ A. RUGGERI, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, cit., 9 secondo cui «se si accoglie in partenza la tesi secondo cui la dignità è, in nuce, ciò che attiene all'uomo in quanto uomo, che ne fa e contrassegna la essenza, la dignità mantenendosi e preservandosi o, di contro, smarrendosi a seconda che si mantenga o smarrisca la *humanitas* del soggetto, ebbene la conclusione è poi obbligata nel senso della sua naturale (e, per ciò stesso, positiva) refrattarietà ad essere assoggettata a ponderazioni secondo valore».

⁹⁹ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 2008; *contra* M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, 69 ss.

terzi¹⁰⁰. Così, ad esempio, se il diritto di un cittadino alla tutela della personalità è bilanciabile con il diritto alla libera manifestazione del pensiero, la dignità resiste a tale bilanciamento, non essendovi parte, ma orientandone l'esito.

Al di là della sua apparente forza, si deve notare come una nozione ontologica della dignità, intesa quale oggettiva dotazione della specie umana, appronti per il diritto più problemi e paradossi di quanti non ne risolva: trasformare la dignità in uno spazio di «indecidibilità normativa»¹⁰¹ preventivamente sottratto alle negoziazioni, così come alle «risignificazioni» operate in sede interpretativo-applicativa¹⁰², rende tale concetto poco duttile e quindi poco utile, specie in un contesto di politeismo dei valori¹⁰³, quale quello che connota il moderno costituzionalismo dei diritti¹⁰⁴, in cui nessuna idea può vantare una auto-legittimazione «ontologica», ma può ricevere solo una legittimazione «argomentativa», emergente dal confronto con le diverse costellazioni di principi generate nel gioco del bilanciamento¹⁰⁵.

L'assolutezza del principio di dignità si peraltro scontra con la materialità della vita, che, come nel caso del malato mentale, non essendo accompagnata da quelle capacità di autonomia che la vivificano, potrebbe finire per rendere sterile, sul piano pratico, l'affermazione del riconoscimento generalizzato della dignità come attributo proprio dell'uomo. Laddove si imponga infatti una formulazione tautologica della lesione della

¹⁰⁰ D. HÖMIG, *Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland*, cit., 640.

¹⁰¹ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1988, 2, 15.

¹⁰² Sul punto si devono considerare le riflessioni di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 94-97, secondo cui l'art. 1 *Grundgesetz* conterrebbe due norme sulla dignità: a) una relativa alla dignità come *regola*, a cui è attribuibile il predicato dell'assolutezza, dovendo l'interprete unicamente accertare se la dignità è stata lesa o meno e non venendo in discussione alcun bilanciamento tra quella ed altre regole confliggenti; b) l'altra alla dignità come *principio*, che non può essere sottratto ad un bilanciamento con altri principi costituzionalmente rilevanti, il cui esito determinerà il concreto contenuto della stessa regola sulla dignità.

¹⁰³ A. DAL LAGO, *Il politeismo moderno*, Unicopli, Milano, 1985, 23 ss.; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 23 ss.

¹⁰⁴ In una cultura giuridica neocostituzionalista – come nota G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., 214 – «dire che la dignità umana è intangibile è solo una formula retorica, se non chiariamo le circostanze in cui vogliamo opporre la tutela della dignità a qualche altro interesse concorrente: e quando avremo calato l'idea astratta di dignità nelle circostanze concrete, ci accorgeremo che cambiano le situazioni che potrebbero essere valutate come lesive della dignità. E questo perché ovviamente cambia il tipo di ragione che giustifica la possibile limitazione di ciò che astrattamente ricade nell'idea di dignità».

¹⁰⁵ Quindi «parlare della dignità senza fare riferimento ai casi umani concreti è forse permesso solo ai teologi e ai filosofi, ma non ai giuristi (...). La dignità è quindi impensabile e giuridicamente inafferrabile senza il richiamo alla ragionevolezza del caso». Così J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI, O. PFERSMANN (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo nel sapere giuridico*, II, Roma, 2007, 185; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 32 ss.

dignità umana, essa non può che risolversi in un pericoloso atto di autorità (*dezisionistischen Handhabung*)¹⁰⁶, facendo coincidere la tutela della dignità umana con la protezione del genere umano e con la conservazione di una determinata immagine dell'uomo, che apre la strada ad interpretazioni etiche della dignità.

Segue. La dignità come concetto giuridico: ...l'esperienza di riconoscimento

Alla concezione «statica»¹⁰⁷ sopra illustrata, Luhmann¹⁰⁸ oppone una prospettiva dinamica della dignità, che è il risultato delle «prestazioni di rappresentazioni», ossia consiste in quella rappresentazione di sé che l'individuo intende rendere pubblica e con la quale l'uomo si guadagna la propria dignità nel contesto sociale.

Nel contesto dei meccanismi di differenziazione sociale diviene cruciale il modo di affrontare i problemi relativi all'autorappresentazione della persona, come capacità di agire in relazione a più sistemi sociali, riunendo in una personale sintesi comportamentale le esigenze, pur contrastanti, che ne emergono. In questo orizzonte, necessariamente relazionale, è intorno ai processi di autocomprensione che le comunità umane costruiscono, rappresentano e modificano comunicativamente i propri codici di senso, dando vita ad uno scenario di interazione, in cui i partecipanti presentano se stessi, ricercando reciprocità e, al contempo, congruenza rispetto alla sfera che rappresenta parte integrante dell'individuo.

Il tema della dignità, in questa prospettiva, si innesta in una interazione fondata sul rispetto e sulla protezione di un'identità fedele a se stessa, che nasce nel rapporto con l'altro quale luogo chiave dell'auto-scoperta, forma mutevole di un sé che include lo sguardo nell'altro, essendo a sua volta «il risultato di una continua cooperazione

¹⁰⁶ T. SCHARFF, *Seelenrettung und Machtinszenierung. Sinnkonstruktionen der Folter im Kirchlichen Inquisitionsfahren des Mittelalters*, in P. BURSCHEL (ed.), *Das Quälen des Körpers. Eine historische Anthropologie der Folter*, Köln, 2000, 154.

¹⁰⁷ Concezione riferibile alle c.d. «teorie della dotazione» che legano il valore morale della dignità a caratteristiche ontologiche e originarie, connesse all'idea che l'essere umano sia un fine in sé *sic et simpliciter* e non soltanto un fine in sé e per sé stessi, come è proprio degli altri animali. Cfr. R. SPAEMANN, *Natura e ragione. Saggi di antropologia*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2006, 74.

¹⁰⁸ N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), Duncker & Humblot, Berlin, 1992, 53-83; trad. it., a cura ed introduzione di G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002, 98-138.

sociale»¹⁰⁹. La dignità dunque si radica nel processo sociale e comunicativo attraverso cui la persona viene riconosciuta ed acquista identità anche attraverso la complessità delle interazioni sociali.

Per delineare la grammatica dell'autorappresentazione, Luhmann utilizza i concetti di personalità, dignità e libertà. Così la personalità dell'uomo non può essere più interpretata come sostanza, consistendo al contrario nella capacità di dare ordine alle possibilità insite nel processo di autoidentificazione dell'uomo, che si compie nel contatto sociale¹¹⁰. L'essere umano acquisisce personalità nel momento in cui si autorappresenta come soggetto dell'interazione: ad ogni espressione vitale dell'altro si accompagna un'affermazione su se stessi e tale affermazione è possibile se l'essere umano fa sperare in ciò che rende riconoscibile di se stesso, poiché gli altri si mostreranno interessati, mediante consenso o dissenso, alla sua rappresentazione¹¹¹.

A sua volta libertà e dignità si pongono quali condizioni fondamentali per il buon esito dell'auto-rappresentazione, influenzando rispettivamente sull'aspetto esterno ed interno del processo. L'auto-rappresentazione è infatti minacciata da coercizioni esterne e dalla riproduzione di aspettative sociali¹¹²: conseguentemente l'agire per essere "libero", deve porsi al livello della presentazione simbolica, vale a dire dei contatti sociali o della comunicazione, poiché solo in tal modo un essere umano diventa personalmente visibile¹¹³. L'auto-rappresentazione viene poi ad essere minacciata dall'interno dalla molteplicità di informazioni che riguardano la persona e che la stessa non è in grado di controllare; per questo essa si configura come una prestazione selettiva (*selektive Leistung*), volta a preservare il complesso di informazioni che non può essere reso pubblicamente accessibile senza discreditarla la propria immagine.

La tutela della dignità umana si specifica quindi essenzialmente nella tutela della riservatezza, anzi la dignità coincide con la difficile costruzione di un'auto-

¹⁰⁹ H. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 120 che sottolinea come l'auto-rappresentazione sia quel processo che fa diventare persona l'uomo che comunica con gli altri uomini, costituendolo nella sua umanità.

¹¹⁰ H. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 108.

¹¹¹ H. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 109-110 per cui l'uomo diventa quella personalità con la quale si rappresenta.

¹¹² H. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 116-117.

¹¹³ H. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 112.

rappresentazione sociale credibile e condivisa di ciò che ciascuno comunica nelle diverse situazioni, senza che ne venga alterata, smentita o insidiata la sua affidabilità¹¹⁴. Il riconoscimento e l'attribuzione di dignità consegue quindi alla prestazione di soggettività umana (*Leistungstheorie*) che consente all'uomo di rendersi degno, in virtù della propria condotta autodeterminantesi nella formazione della propria identità¹¹⁵, realizzando la prestazione richiesta. In tale prospettiva la dignità umana non è più dato naturale, ma viene a dipendere unicamente dalla capacità dell'individuo di assolvere l'impegno all'autodeterminazione e svolgimento di prestazioni sociali che, sole, ne consentono il riconoscimento come soggetto¹¹⁶. Ciò garantisce che al cittadino di una società pluralista non vengano imposte immagini di uomini-modello o che ne venga condizionata la condotta sulla base di presunte concezioni assolute della dignità, preservando lo Stato da derive confessionali.

In questo contesto possono comprendersi le critiche di Luhmann alla concezione della dignità umana di Dürig: la dignità è infatti un'aspirazione che si costruisce nelle dinamiche sociali e non «una dotazione naturale come lo sono certe qualità dell'intelligenza (...) e nemmeno, semplicemente, un valore che, in base ad una dotazione naturale, un uomo ha o porta in sé»¹¹⁷. Quest'ultima concezione, nel definire la dignità umana come qualità di valore, che esiste da sempre ed esige rispetto, condanna la dignità a staticità ed astrattezza, laddove essa è un concetto dinamico, che muta da persona a persona, essendo il risultato di un'*acquisizione*, che è il frutto di scelte dell'individuo, il quale è l'unico a poter stabilire cosa egli sia o voglia essere¹¹⁸. In via ulteriore, la staticità della «*Objekt-Formel*» non coglie nel segno laddove vuole evitare l'effetto di degradazione dell'umano, perché la strumentalizzazione dell'uomo è

¹¹⁴ H. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 110.

¹¹⁵ Identità e dignità sono elementi della personalità, insieme all'autostima, al rispetto di sé e al carattere. Ma la dignità è un elemento *ascrittivo* della personalità, cioè, non la si possiede, se non viene riconosciuta, mentre l'identità, in quanto sintesi di un'autobiografia, ne è un elemento *auto-ascrittivo*. Così N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 75 ss.

¹¹⁶ Tale teorizzazione ha ispirato A. PODLECH, *sub Art. 1*, in *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*², Band 1, Neuwied, 1989, 205 ss. secondo cui la dignità non è una dato o una dotazione ma un obiettivo o una acquisizione come prestazione culturale della stessa persona umana in un processo di formazione della propria identità. Per cui la garanzia della dignità si specifica in cinque elementi fondamentali, che sono anche i presupposti della sua effettiva realizzazione: a) condizioni di sicurezza sociale (diritto al lavoro, minimo esistenziale, in genere prestazioni dello stato sociale); b) uguaglianza sostanziale; c) garanzia dell'autonomia individuale e dell'autodeterminazione dei soggetti; d) limitazione del potere pubblico e stato di diritto; e) rispetto assoluto dell'autonomia individuale con riguardo alla dimensione della corporeità.

¹¹⁷ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 119.

¹¹⁸ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 128.

tratto costante delle relazioni sociali e, in mancanza dell'individuazione dei criteri che ne fanno una lesione sostanziale di diritti fondamentali, la dignità si mostra come una formula vuota¹¹⁹. Al contempo, il tratto trascendente e marcatamente paternalistico che connota la concezione assoluta della dignità, la caratterizza come limite alla libertà, il che priva il concetto stesso di una componente costitutiva. Come nota Luhmann, «la libertà non avrebbe alcun senso, se conducesse solo ad auto-rappresentazioni inconsistenti o incapaci di fare osservare l'uomo in qualche luogo. [Allo stesso modo] la dignità non troverebbe alcuna materia di rappresentazione, se non ci fossero azioni o aspetti dell'azione liberi»¹²⁰.

Entro questo contesto, la dignità umana presuppone una condizione in cui ognuno è in grado di fare di se stesso il soggetto decisore della propria esistenza, il che richiede il rispetto della propria integrità ed unicità che viene costruita socialmente «mediante il gioco interattivo della singolarità dei contesti formativi e la singolarità delle nostre risposte ad essi»¹²¹.

In una prospettiva analoga, anche se smussata dalle asperità proprie dell'ortodossia della dignità-prestazione¹²², si muove l'analisi di Hofmann che fa emergere la natura costitutiva, di limite costituzionale, della dignità umana, aspetto, a cui si oppone una concezione della dignità umana quale norma assiologica suprema. La dignità umana è norma fondativa dello Stato (*Staatsfundamentierungsnorm*)¹²³, vincolante gli aderenti al patto, frutto di un atto, compiuto dal costituente, che ha ascrivito alla dignità umana un valore supremo. In tal senso «la garanzia della dignità dell'uomo del *Grundgesetz* è un inizio aperto, ma paradossalmente allo stesso tempo anche una fine, un epilogo ed una esclusione, attraverso la quale si è costituita una comunità giuridica specifica, separata dalle altre»¹²⁴.

¹¹⁹ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 120.

¹²⁰ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, cit., 122.

¹²¹ A. FERRARA, *Autenticità riflessiva. Il progetto della modernità dopo la svolta linguistica*, Feltrinelli, Milano, 1999, 90.

¹²² In particolare Hofmann critica la teoria della dote che, nell'affermare il valore superiore della dignità discendente dalla natura divina e razionale dell'uomo, si espone al pericolo che dignità e vita vengano biologicamente equiparate in un circolo chiuso e fine a se stesso. Al contempo non sono sottaciuti i limiti della teoria della prestazioni che si trova in difficoltà di fronte ai casi-limite o alle condizioni di vita "anormali".

¹²³ H. HOFMANN, *Die Versprochene Menschenwürde*, in AöR, 1993, 353 ss., trad. it. *La promessa della dignità umana*, in Riv. int. fil. dir., 1999, 620 ss., specie 640

¹²⁴ H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, cit., 638.

La concezione della dignità umana come norma suprema frutto di un atto costitutivo permette di risolvere l'apparente contraddizione tra la pretesa universale al rispetto della dignità umana, iscritta nell'art. 1 *Grundgesetz* e la funzione della dignità come norma per la fondazione dello Stato. Tali concezioni infatti si riflettono rispettivamente in un'idea universale e nella promessa di garanzia della dignità umana, laddove, nel primo caso, la dignità assume i connotati di motivo morale; mentre, nel secondo, la dignità è norma fondamentale dello Stato¹²⁵.

In questo contesto, la positivizzazione della clausola di dignità ha consentito di iscrivere la persona, considerata all'interno di una dimensione relazionale, in un orizzonte di irrinunciabile appartenenza all'umanità, intesa come tessuto di mutue relazioni fondate su di un imperativo di reciproco riconoscimento. «In quanto atto di fondazione dello Stato, la dignità è qualcosa che gli uomini si assegnano gli uni con gli altri, un qualcosa che, come appartenenti alla comunità giuridica, si promettono. Nella promessa reciproca viene [dunque] accertato un significato comune, che deve essere metro di misura per tutti i partecipanti»¹²⁶. La promessa di riconoscimento reciproco impedisce, nel contesto del patto, l'umiliazione degli altri esseri umani, il che esclude, al contempo, che si riconosca in via di principio a qualcuno il permesso di privare un altro individuo – per qualsiasi motivo – dello status di persona degna.

La dignità viene dunque compresa, come categoria del «prossimo», della comunanza con l'altro che è propria di ogni individuo, quale *als Mitmensch*, ossia come punto di riferimento di una relazione normativa con se stesso e con l'insieme della umanità¹²⁷: dignità si traduce quindi nel riconoscimento dell'altro nella sua singolarità, in quanto «ciò che costituisce l'essere persona di un uomo non è solo ciò che abbiamo in comune e che ci distingue da tutti gli altri esseri viventi, ma anche ciò che come individualità ci è proprio in maniera specifica, anche se queste particolarità non ci appartengono per noi stessi»¹²⁸.

¹²⁵ La distinzione chiarisce e giustifica le restrizioni nel trattamento degli stranieri in generale e dei rifugiati politici in particolare, che altrimenti dovrebbero sempre e in via generale considerarsi come limitazioni del principio di dignità umana, con cui tuttavia non contrastano, purché sia garantito il principio di proporzionalità.

¹²⁶ H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, cit., 641.

¹²⁷ H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, cit., 640; anche H. DREIER, *Grundgesetz. Kommentar*, hrs. von H. Dreier, 2. Aufl. Sohr Siebeck, Tübingen, 2004, 144-147

¹²⁸ J. HABERMAS, *Eine Art Schadensabwicklung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, 140 ss.

Pertanto la dignità umana¹²⁹, essendo «concetto di relazione», dipende dal «riconoscimento [giuridico e] sociale in conformità alla costituzione intersoggettiva dell'essere umano: quest'ultimo, attraverso i processi di socializzazione e di comunicazione, apprende diritti e doveri, assume le proprie responsabilità verso gli altri, ottenendo in cambio il riconoscimento di dignità. Tale riconoscimento fa sì che, da un lato, le persone – rispettando reciprocamente l'altrui identità¹³⁰ – e, dall'altro, lo Stato – «riconoscendo e garantendo» loro i diritti – concorrano al fiorire della persona umana.

La dignità viene costruita quale determinazione necessariamente aperta: strutturalmente chiamata a garantire quel legame di reciproco riconoscimento che è posto a fondamento dell'aspirazione della persona ad un controllo di sé espresso e consolidato nel principio fondamentale dell'autodeterminazione individuale. Attraverso queste riflessioni diviene evidente come sia proprio l'idea che i diritti possono essere compresi solo ed unicamente a partire dal proprio autogoverno (*Selbstregierung*) e dalla propria autodeterminazione (*Selbstbestimmung*), che spinge a equiparare la democrazia ad un *Menschenrecht* in grado di conferire dignità all'individuo. Di conseguenza, la dignità simbolizza il principio della *indivisibilità* dei diritti applicato alla persona, il che, garantendo nella prassi la dignità individuale, comporta il rispetto per l'identità della persona nel suo complesso¹³¹.

La prospettiva relazionale ha modificato radicalmente il paradigma di analisi della dignità superando la sterile contrapposizione tra concezione statica e dinamica del

¹²⁹ H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, cit., 641-642; M. SACHS, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Berlin-Heidelberg-New York, 2000, 178 ss.; U. NEUMANN, *Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet*, in *Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2008, 35-55. Sulla dottrina tedesca si vedano i riferimenti in G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 801 ss.; J. LUTHER, *Razonabilidad y dignidad humana*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4, 7, 2007, 295 ss., specie 302; P. BECCHI, *La dignità umana nel «Grundgesetz» e nella Costituzione italiana*, cit., 30 ss.; D. SCHEFOLD, *La dignità umana. Aspetti e problemi della giurisprudenza tedesca*, in F. CERRONE, M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli, 2007, 623 ss.

¹³⁰ G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, cit., 33 secondo cui la dignità dovrebbe essere «clausola che si vorrebbe volta a garantire l'identità e l'autodeterminazione della persona che, in quanto tale, non può essere ridotta ad oggetto e trattata come mezzo», ma che, presa a sé stante, può rischiare di risolversi invece «nell'imposizione di un valore assoluto (non suscettibile di bilanciamento), meta-individuale ed etero-determinato, sovraordinato alla stessa libertà individuale; nozione che nasce e si sviluppa sul territorio dei diritti, ma anche, una volta rimessa nelle mani del *lawmaker*, tende irrimediabilmente a trasformarsi in materia di obblighi». In senso analogo V. MARZOCCO, *La dignità tra eredità e promesse. Appunti per una genealogia concettuale*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 2, 285 ss.

¹³¹ F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, cit., 175.

concetto. Ne è prova il profondo scalpore determinato nella dottrina tedesca dalla nuova esegesi dell'art. 1 del *Grundgesetz* proposta da Matthias Herdegen¹³² nel classico commentario Maunz/Dürig, il quale non si è limitato a completare o chiarire, in linea con la tradizione, i dilemmi connessi all'interpretazione costituzionale del principio di dignità, bensì ha proposto una lettura che si distacca radicalmente da quella di Dürig che era divenuta in un certo senso il «*normative Grundgerüst*»¹³³ entro cui era stato possibile trovare un punto di incontro tra posizioni etiche differenti.

È necessario prendere atto che è venuta meno quella spontanea condivisione che aveva connotato la clausola della *Menschenwürde*, assistendosi altresì ad una progressiva dissoluzione di quel contenuto etico che ne costituiva anche il contenuto di garanzia¹³⁴. Questa prospettiva costituisce il presupposto da cui si sviluppa la riflessione di Herdegen, il quale sostiene che, se pure la vecchia idea della *Menschenwürdeklausel* conservi ancora una forza suggestiva (*beträchtliche Suggestionskraft*) per il suo contenuto etico-spirituale pre-positivo, tuttavia, essa ha perduto qualsiasi effetto vincolante per il diritto statale. Al contrario, determinanti per l'interpretazione della *Menschenwürde*, intesa come norma di diritto positivo, sono gli elementi desumibili all'interno del testo costituzionale (*Verankerung im Verfassungstext*).

Questo ritorno al dato positivo costituisce un consapevole abbandono della «*deontologische Begründung*» a favore della «*konsequentialistische Begründung*», per cui alla tradizionale concezione della dignità umana come «*objektives Prinzip*», ora si sostituisce la configurazione alla stregua di un diritto soggettivo che, al pari degli altri, necessita di una dimostrazione e concretizzazione¹³⁵.

¹³² M. HERDEGEN, *Art. 1, Abs. 1*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, München, 2003; ID., *Deutungen der Menschenwürde im Staatsrecht*, in G. BRUDERMÜLLER, K. SEELMAN (eds.), *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2008, 57-66.

¹³³ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Bleibt die Menschenwürde unantastbar ?*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 2004, 10, 1216 ss.

¹³⁴ J. ISENSEE, *Tabu im freiheitlichen Staat. Jenseits und diesseits der Rationalität des Rechts*, Schöningh Verlag, Paderborn, 2003, 79 ss.

¹³⁵ M. HERDEGEN, *Deutungen der Menschenwürde im Staatsrecht*, in G. BRUDERMÜLLER, K. SEELMAN (eds.), *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*, cit., 62-63; anche H. Dreier ritiene pericoloso e non efficace, considerare la *Menschenwürde* del tutto disgiunta rispetto alla sfera delle condizioni empiriche concrete, perché questo indurrebbe in una prospettiva astratta incapace di fare fronte ad una tutela effettiva. Cfr. H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, Auflage Band 1 Artikel 1-19, Mohr, Tübingen, 2004, 150.

La dignità umana perde pertanto il carattere di dato fondante l'ordinamento costituzionale per trasformarsi essa stessa in una delle norme costituzionali da porre su un piano analogo alle altre; il che ne determina l'apertura al bilanciamento.

Una concezione assoluta della dignità verrebbe, secondo Herdegen, a scontrarsi con l'unità della Costituzione, la quale richiede che nella tutela della dignità umana si tenga in considerazione di tutti i diritti e degli interessi in gioco, i quali concorrono a definire il contenuto della dignità stessa nel caso concreto. Solo in questa prospettiva si può giustificare perché determinate condotte (come costrizione fisica, privazione della libertà, uccisione per legittima difesa), valutate in termini di finalità (*Finalität*) e intensità (*Intensität*), in alcuni casi rappresentino lesioni della dignità e, in altri, siano da considerare come conformi alla stessa¹³⁶. Conseguentemente, per comprenderne l'effettiva valenza, la *Menschenwürde* deve essere riguardata alla stregua di un diritto che, in un processo di concretizzazione e bilanciamento, deve essere accertato caso per caso.

Ciò non comporta una relativizzazione assoluta del principio, laddove lo stesso Herdegen sottolinea che l'intangibilità della dignità umana, nonché la garanzia di immodificabilità dell'art. 79, 3° co. *Grundgesetz*, determinano la configurabilità di un nocciolo ristretto (*engen Kern*) della dignità, che ne vieta una qualsiasi lesione, anche se il caso concreto lo richiede.

In questo quadro di riferimento la dignità viene a tracciare il perimetro dell'agire pratico, essendo volta a difendere l'individualità limitata e indigente della persona e consentendo la creazione e la garanzia di ambiti individuali di decisione e di azione. Ciò richiede che individui e istituzioni agiscano con la dovuta considerazione e il dovuto rispetto nei riguardi di ognuno, avendo attenzione, nella varietà dei contesti e delle situazioni, alle esigenze la cui difesa l'esperienza ha mostrato essere necessità inscindibile dalla persona umana, il che rinvia ad un'impresa in permanente costruzione e ricostruzione, richiedendo continue specificazioni.

Pertanto il riferimento ai casi per definire la dignità riporta all'unicità della condizione umana quale luogo di concretizzazione del percorso dignitario, consentendo quindi di immaginare la transizione dalla dignità come dotazione ontologica del genere umano alla dignità come prestazione relazionale dell'individuo concreto. Il nesso dignità-

¹³⁶ M. HERDEGEN, *Art. 1, Abs. 1*, cit. 44-46. Per ampi riferimenti sul dibattito in corso G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, 23 ss.

unicità si rivela quindi decisivo nella misura in cui la mancanza del riconoscimento e della fioritura delle unicità dissolve anche la dignità come dimensione o dotazione originaria del genere umano¹³⁷.

4.2.2. Evoluzione del principio di dignità nell'esperienza costituzionale tedesca

Delineato, pur nelle linee essenziali, il quadro teorico che connota le concezioni della dignità, sembra utile analizzare alcune delle forme che ha assunto una volta calata negli stampi offerti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca.

La riflessione giuridica sulla intangibilità della dignità umana si è infatti sviluppata attraverso la concorrente opera interpretativa della dottrina e della giurisprudenza del Tribunale Federale tedesco (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*), che si è interrogato in molteplici occasioni sul significato e sull'impatto della previsione del principio di dignità nel primo articolo del *Grundgesetz* nel contesto dell'ordinamento tedesco.

Nella sua giurisprudenza, il Tribunale federale ha sin dall'inizio delineato il sistema espresso dalla Legge Fondamentale come un ordinamento di valori di carattere oggettivo (*Objektive Wertordnung*), orientato gerarchicamente, che si impone come decisione fondamentale in ogni campo del diritto¹³⁸. In questa prospettiva il *Grundgesetz* «non vuole essere un ordinamento neutrale (...) [avendo] introdotto nella sua sezione in materia di diritti fondamentali un ordinamento valutativo oggettivo (...) che trova il suo punto centrale nella personalità dell'uomo che si sviluppa liberamente nella comunità sociale, e nella sua dignità»¹³⁹. Sicchè anche «le leggi generali che possono limitare un diritto (...) sono da interpretare secondo la conoscenza del

¹³⁷ F. VIOLA, *Lo statuto normativo della dignità umana*, in A. ABIGNENTE, F. SCAMARDELLA (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Esi, Napoli, 2013, 295 secondo cui «mentre la teoria ontologica custodisce il senso minimo di dignità che è presente in tutti gli esseri umani in quanto tali, la teoria della prestazione ci ricorda che la dignità come realizzazione, a differenza dei diritti, non è uguale per tutti, perché dipende dal riconoscimento che si riceve dalla società e dall'uso che ognuno fa della propria dotazione naturale e del proprio ruolo sociale».

¹³⁸ BVerfGE, 14 febbraio 1973, 34, 280 (caso Soraya).

¹³⁹ BVerfGE, 15 gennaio 1958, 7, 198 (caso Lüth); conf. BVerfGE, 26 febbraio 1969, 39, 349, secondo cui «il *Grundgesetz* non è neutrale dal punto di vista valoriale, ma ha optato per la centralità di alcuni valori fondamentali, che protegge e che impone allo Stato di garantire e assicurare».

significato valoriale (*wertsetzenden Bedeutung*) di quel diritto fondamentale nello Stato liberale democratico»¹⁴⁰.

La giurisprudenza costituzionale si è rivolta sin dall'inizio ad un'interpretazione in senso materiale della Costituzione, il che ha portato autorevole dottrina¹⁴¹ a sostenere che il Tribunale costituzionale ha riconosciuto la vigenza di una Costituzione a due livelli, fondato, l'uno, su decisioni valutative iscrivibili nell'ordinamento democratico-liberale, mentre, l'altro sul testo positivo della Costituzione. Il Tribunale costituzionale avrebbe contribuito dunque a stabilire un ordinamento gerarchico di valori¹⁴², operando, più che come custode, quale autonomo produttore di decisioni valutative (*Wertentscheidungen*) fondate sull'ermeneutica dei diritti fondamentali.

Questo processo ha visto il succedersi di due fasi: nella prima la sezione del *Grundgesetz* dedicata ai diritti fondamentali è stata qualificata come ordinamento valutativo oggettivo, a cui è seguito – come sviluppo naturale – l'interpretazione dei singoli diritti come norme giuridico oggettive¹⁴³, il che ha conferito loro validità non solo nel rapporto Stato-cittadino, ma in ogni ambito dell'ordinamento. Di conseguenza dai diritti, in quanto norme oggettive, derivano sia obblighi di tutela (*Schutzpflichten*), sia oneri di azione (*Handlungsaufträge*)¹⁴⁴.

Secondo la sua consolidata giurisprudenza costituzionale, al fondo di ognuno dei diritti inviolabili si trova un nucleo essenziale, la cui violazione equivale a disconoscere il valore della persona, ovvero la sua dignità. Tale nesso sembra trovare riscontro testuale nel *Grundgesetz*, in particolare nell'art. 19, 2° co. laddove dispone che «in nessun caso

Capitolo 2 ¹⁴⁰ BVerfGE, 15 gennaio 1958, 7, 198 (209). Sul punto H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hennies&Zinkeisen, Hannover, 1993, 27 ss.

¹⁴¹ U.K. PREUß, *Legalität und Pluralismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973, 26 ss.; contra D. GRIMM, *Reformalisierung des Rechtsstaates als Demokratiepостulat*?, in *Jus*, 1980, 10, 706-709.

¹⁴² D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 122 ss.

¹⁴³ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 19. Oktober 1989*, München, 1990, 22 ss.

¹⁴⁴ In questi termini G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 178 s. che richiama, a sostegno, la sentenza Kalkar dell'8 agosto 1978 (BVerfGE, 49, 89 [142]) secondo la quale i diritti fondamentali non rappresentano solo «diritti di difesa del singolo rispetto al potere pubblico, ma rappresentano parimenti decisioni valutative giuridico-oggettive della Costituzione, che valgono per tutti gli ambiti dell'ordinamento giuridico». Anche BVerfGE, 20 dicembre 1979, 49, 89 (142).

un diritto fondamentale può essere toccato nel suo contenuto sostanziale», in quanto nel suo nucleo più interno coincide con la garanzia della dignità¹⁴⁵.

In questo quadro l'art. 1, 1° co., del *Grundgesetz* viene a rappresentare il «supremo valore costituzionale»¹⁴⁶ che, essendo al «centro del sistema dei valori della Costituzione»¹⁴⁷, è anche norma di legittimazione della collettività statale, in quanto la stessa sia funzionale al libero sviluppo della personalità di ogni suo membro.

«Alla base di tutto ciò si colloca la concezione dell'uomo come essere spirituale-morale, fatto per autodeterminarsi e svilupparsi in libertà (...) all'interno della società ogni soggetto deve essere fundamentalmente riconosciuto come membro con pari diritti e con un valore proprio. Contraddice perciò la dignità umana fare dell'uomo un mero oggetto nello Stato. (...) Il principio secondo cui "l'uomo deve sempre costituire uno scopo in stesso" vale illimitatamente per tutti gli ambiti del diritto; perché l'inalienabile dignità dell'uomo in quanto persona consiste appunto in ciò, che egli viene considerato come personalità auto-responsabile»¹⁴⁸.

Alla centralità del principio di dignità si accompagna tuttavia l'assenza della determinazione di un preciso contenuto o di parametri certi per individuarlo¹⁴⁹. La sua struttura normativa di clausola generale orientata al senso (*Sinn*) più che allo scopo¹⁵⁰ e l'intangibilità che la caratterizza, ne rendono evidentemente problematica la concretizzazione e la stessa possibile configurazione alla stregua di diritto fondamentale.

Si rivela in ciò un tratto quasi paradossale che è proprio dell'esperienza del concetto giuridico di dignità, laddove la sua eccedenza assiologica non si traduce in una definizione positiva, dovendo adottarsi un metodo di ricostruzione della stessa *ex post* e in negativo, per cui nel designare «a che cosa attiene il principio fondamentale dell'intangibilità della dignità umana, tutto dipende dalla determinazione di quali siano

¹⁴⁵ BVerfGE, 14 settembre 1989, 80, 367 (373).

¹⁴⁶ BVerfGE, 17 agosto 1956, 5, 85 (204); BVerfGE, 16 gennaio 1957, 6, 32 (41).

¹⁴⁷ BVerfGE, 2/3 maggio 1973, 35, 202 (225).

¹⁴⁸ BVerfGE, 21 giugno 1977, 45, 187 (227-228).

¹⁴⁹ Neanche la formula oggetto è apparsa decisiva, mostrando altresì tutti i suoi limiti, tanto che lo stesso Tribunale costituzionale (BVerfGE, 15 dicembre 1970, 30, 1 [25]) ha sottolineato come «una formula generale come quella secondo cui l'uomo non può essere ridotto ad un mero oggetto del potere statale, può solo tratteggiare la direzione in cui possono essere rinvenuti i casi di violazione della dignità umana»

¹⁵⁰ M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, cit., 82-83.

le circostanze ricorrendo le quali essa sia violata. Questo non si può affermare in via generale, ma solo considerando i casi concreti»¹⁵¹.

In virtù di tale impostazione, il Tribunale costituzionale ha scandagliato il senso del concetto di dignità, procedendo alla tematizzazione delle varie forme della sua violazione declinabili nelle «umiliazioni, stigmatizzazioni, persecuzioni, disprezzo, ecc.»¹⁵².

A partire dal dato casistico, l'impegno costituzionale alla tutela della dignità umana si manifesta nell'enucleazione di sette principi generali¹⁵³: 1) la dignità implica l'uguaglianza di tutte le persone, per cui qualsiasi forma di discriminazione sistematica o umiliazione, così come il trattamento di un particolare gruppo come se fosse di "seconda classe", viola la dignità della persona¹⁵⁴; 2) la dignità chiede il rispetto per l'individualità, l'identità, l'integrità morale e l'autodeterminazione di ogni persona. Ciò comporta, tra l'altro, il divieto di coartare la volontà di una persona (ad esempio, tramite l'uso del siero della verità o di mezzi suggestivi), il rispetto per autodeterminazione in ambito sessuale di ogni individuo, anche tramite la protezione della sfera intima¹⁵⁵; 3) la dignità pretende la protezione dell'integrità fisica e psichica della persona, il che si manifesta primariamente nella proibizione della tortura e di altri trattamenti degradanti¹⁵⁶, come misura o «punto fermo» (*Fixpunkt*) all'esercizio di potere da parte dello Stato. È chiaro infatti che una relativizzazione del divieto di tortura lascerebbe

¹⁵¹ BVerfGE, 21 aprile 1993, 30,1 (25).

¹⁵² BVerfGE, 19 dicembre 1951, 1, 97 (104).

¹⁵³ H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, cit., 170-171; P. HÄBERLE, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II, Heidelberg, 2004, 343 ss.; M. HERDEGEN, *Art. 1 Abs. 1*, cit., 49-68.

¹⁵⁴ A. PODLECH, *sub Art. 1*, cit., 210 s.

¹⁵⁵ «La consolidata giurisprudenza del Tribunale costituzionale afferma che la Legge Fondamentale garantisce al cittadino una sfera intangibile di libera gestione della vita privata, che è sottratta all'azione dei pubblici poteri (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 27, 344 [350 ss.]). Il dovere, costituzionalmente imposto, di rispettare la sfera intima del singolo trova il suo fondamento nel diritto al libero sviluppo della personalità garantito dall'art. 2, 1° co., GG» (BVerfGE, 8 marzo 1972, 32, 373 [378-9]).

¹⁵⁶ Si veda sulla condizione del detenuto BVerfGE, 22 febbraio 2011, 128, 226; come nota F. D'ANIELLO, *La dignità umana e gli spazi della detenzione*, in www.altrodiritti.unifi.it «Da semplice indicazione che deve ispirare i Länder e gli istituti di pena ad evitare detenzioni lesive della dignità umana, [il parametro di cui all'art. 1 del *Grundgesetz*] acquista una valenza 'positiva', diventando così il termine cui tanto i soggetti preposti alla organizzazione della detenzione quanto i giudici, in caso di ricorso da parte dei detenuti, debbono rifarsi, verificando se le condizioni di detenzione possano essere considerate o meno *disumane*, in riferimento, ad esempio, alle dimensioni e alla configurazione dei locali all'interno dei quali si svolge la pena, alla possibilità di prendere parte ad attività alternative che limitino la detenzione in cella oppure alla presenza di strumenti giuridici idonei ed efficaci a disposizione del detenuto per ricorrere qualora ritenga di essere esposto ad una violazione della propria dignità, con importanti conseguenze quanto agli esiti di questa valutazione in rapporto all'esecuzione della pena detentiva, la quale va sospesa o rinviata in caso di esito negativo della valutazione».

poco al valore insito nel principio di dignità; 4) l'autonomia procreativa costituisce un aspetto della dignità, quale riflesso del più generale principio di autodeterminazione. Al contempo, però, la dignità pone dei limiti all'uso delle tecnologie riproduttive quando abbiano effetti oggettivanti e degradanti (come nel caso dell'uso con finalità commerciali od eugenetiche)¹⁵⁷; 5) il divieto dell'uso eccessivo della forza da parte dello Stato è correlato alla garanzia dignità, almeno alla misura in cui l'uso di tale forza nega l'eguale valore della persona e l'autonomia individuale. Un esempio è rinvenibile nella nota sentenza con cui il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato incostituzionale l'ordine di abbattere un aereo preso in ostaggio da terroristi, in quanto, ancorché l'atto che conferisce tale potere alle forze armate sia volto a proteggere la vita di un maggior numero di persone, tale azione è vietata in virtù del principio di dignità, che vieta di trattare i passeggeri come oggetto (*Objekt*) di un'azione di Stato, pur volta a finalità di sicurezza collettiva¹⁵⁸; 6) la dignità, ricordando la lezione di Luhmann, comporta che ogni persona abbia diritto al riconoscimento sociale, ovvero ad offrire un'immagine di sé che sia corrispondente alla percezione che ognuno ha della propria identità. Ciò comporta il diritto, riconducibile alla dignità, di veder protetta la propria sfera intima (*Intimsphäre*)¹⁵⁹, coincidente con il nucleo duro del diritto, in quanto i comportamenti ad essa attinenti sono sempre intangibili per i pubblici poteri, come per i soggetti privati¹⁶⁰; 7) la norma costituzionale che riconosce la dignità umana impone allo Stato

¹⁵⁷ E.W: BÖCKENFÖRDE, *Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte*, in ID., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, trad. it. *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006, 390 ss. *Contra* K. SEELMANN, *Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht*, in M. KETTNER (ed.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Suhrkamp, Frankfurt, 2004, 66 ss. per cui il rispetto del precetto della Menschenwürde viene interpretato come un fulcro di singoli diritti, che presuppone un «*materielles Existenzminimum*», che difficilmente può essere riconosciuto agli embrioni.

¹⁵⁸ BVerfGE, 15 febbraio 2006, 115, 118 (37-39). In dottrina G. ROELLECKE, *Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror*, in JZ, 2006, 6, 265 ss., R. MERKEL, § 14 Abs. 3 *Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum kann der Staat töten ?*, ibidem, 2007, 8, 373 ss.; O. LEPSIUS, *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-Terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act*, in *German Law Journal*, 2006, 9, 761 ss.; A. DE PETRIS, *Dignità umana e federalismo nella tutela della sicurezza collettiva in Germania*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 2, 729 ss.; C. PANARA, *I dilemmi del dopo 11 settembre: l'abbattimento «preventivo» degli aerei usati per attacchi suicidi è compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla vita ? Una risposta parzialmente negativa viene dal Bundesverfassungsgericht*, in *Giur. cost.*, 2006, 1793 ss.

¹⁵⁹ Rientrano nella sfera intima i comportamenti sessuali, quelle condotte che sono accompagnate normalmente dal senso di pudore, nonché i comportamenti e le immagini che rappresentano la persona in condizioni di malattia o nell'atto di morire

¹⁶⁰ Sulla distinzione tra sfera intima, privata e sociale e sui limiti all'ingerenza in tali sfere si veda BVerfGE, 16 luglio 1969, 27, 1 (7); BVerfGE, 5 giugno 1963, 35, 202 (220); BVerfGE, 14 settembre 1989, 80, 367 (374). «se una data situazione debba ricondursi alla sfera intangibile di libera gestione della

di fornire determinate garanzie materiali tali da offrire a tutti una vita dignitosa¹⁶¹. In particolare la più recente giurisprudenza ha riconosciuto nel reddito minimo garantito un diritto fondamentale, in quanto la “libertà dal bisogno” garantisce non solo l’indispensabile benessere psico-fisico, ma anche la possibilità di mantenere relazioni interpersonali, compresa la partecipazione alla vita sociale, culturale e politica, esigenze per avere una vita dignitosa¹⁶².

Comunque uno degli ambiti ove la teoria del nucleo intangibile dei diritti fondamentali ha trovato piena espansione è rappresentato dalla costellazione che ruota attorno al libero sviluppo della personalità, sancito nell’art. 2, 1° co., del *Grundgesetz*, norma aperta, capace di offrire fondamento costituzionale ai nuovi diritti.

Quale espressione generale della libertà personale, tale diritto rappresenta la premessa delle specifiche libertà riconosciute ai cittadini nei confronti dei poteri statali, così come verso l’ingerenza di soggetti privati, e, in questa versione difensiva, è stato spesso valorizzato da parte del Tribunale costituzionale per ribadire che «il sistema valoriale sotteso ai diritti fondamentali trova il suo fulcro nella personalità umana che si dispiega liberamente nella società, e nella sua dignità» alla quale «è dovuto rispetto e protezione da parte di tutti i poteri dello Stato (artt. 1 e 2, 1° co., GG)»¹⁶³.

Al contempo, nell’ordinamento giuridico tedesco il diritto di autodeterminazione del paziente è stato costruito a partire sia dal diritto alla personalità, sia – contemporaneamente – dai diritti fondamentali alla vita e all’incolumità fisica, dal che discende che la pretesa positiva del paziente, fatta valere nei confronti del medico a proposito delle informazioni sugli esiti e le prognosi, è «manifestazione del diritto di autodeterminazione improntato ai valori espressi dai diritti fondamentali e dalla dignità

vita privata, o piuttosto a quel dominio della vita privata che, a determinate condizioni, è accessibile allo Stato, non può dipendere dall’esistenza di una sua rilevanza o dimensione sociale, bensì [anche] dal tipo e all’intensità della stessa»; di recente BVerfGE, 26 febbraio 2008, 120, 180.

¹⁶¹ BVerfGE, 9 febbraio 2010, 125, 175; BVerfGE, 18 luglio 2012, 132, 134.

¹⁶² C. TRIPODINA, *Il diritto ad un’esistenza libera e dignitosa: sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino, 2013, 220 ss.; M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Esi, Napoli, 2012, 205 ss.; F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁶³ BVerfGE 34, 281. In dottrina si vedano le considerazioni di E. DENNINGER, *La garanzia della dignità dell’uomo nella Legge fondamentale tedesca e lo sviluppo di questo principio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Esi, Napoli, 2012, 1353 ss., specie 1358 s.

personale del paziente, i quali proibiscono di assegnare al paziente nell'ambito delle cure il ruolo di un mero oggetto»¹⁶⁴.

In forza dei principi di autonomia, responsabilità personale e dignità dell'uomo, il Tribunale costituzionale ha, anche di recente, ribadito la non coercibilità dell'autodeterminazione, dichiarando l'illegittimità delle normative dei Länder che, nell'imporre il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale (*die medizinische Zwangsbehandlung*), hanno violato lo spirito del principio che garantisce l'integrità della persona¹⁶⁵.

Nel complesso, dalla recente evoluzione giurisprudenziale¹⁶⁶ in tema di diritti fondamentali emerge una decisa posizione del Tribunale costituzionale federale volta a mantenere salda la tutela dei diritti individuali, valutando, caso per caso, la correttezza del bilanciamento tra interessi dei singoli ed esigenze collettive, avendo comunque quale riferimento il primato della dignità umana e il principio personalista imposto dalla Legge fondamentale¹⁶⁷. Tuttavia, anche se in termini di formula tralatizia, il *Bundesverfassungsgericht* non manchi di ribadire che «ognuno possiede [la dignità], senza riguardo alle sue qualità, prestazioni e al suo status sociale. Essa spetta anche a chi non può agire in modo fornito di senso, a causa del suo stato fisico o psichico. Essa non viene persa neppure a causa di un comportamento 'indegno'. Non può essere negata ad alcun essere umano»¹⁶⁸, tuttavia tale concetto ha subito un processo di progressiva storicizzazione che l'ha reso, anche nell'esperienza tedesca, un principio essenzialmente

¹⁶⁴ BVerfGE, 18 novembre 2004, 4, 203; BVerfGE, 21 giugno 1977, 45, 187 (228): «perché l'inalienabile dignità dell'uomo in quanto persona consiste proprio in ciò, che egli viene considerato come personalità responsabile». In dottrina T. GUTMANN, *La dignità curata: diritti e capacità del malato*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 61 ss.

¹⁶⁵ BVerfGE, 20 febbraio 2013, in NJW, 2013, 2337; BVerfGE, 16 novembre 2011, 129, 269 (280); BVerfGE, 23 marzo 2011, 128, 282 (300). Per alcuni riferimenti T. HENKING, M. MITTAG, *Die Zwangsbehandlung in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung – Vorschlag einer Neuregelung*, in *Juristische Rundschau*, 2013, 8, 341-351.

¹⁶⁶ F. PALERMO, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2007-2008*, in *Giur. cost.*, 2009, 11, 611 ss., specie 645 secondo cui «il Tribunale ha così potuto rafforzare la propria posizione, pur prestando la dovuta attenzione ad evitare un conflitto aperto col legislatore. In altre parole, nel periodo in questione il Tribunale costituzionale federale è salito sulle spalle dei giganti (i suoi stessi precedenti) e da lì ha potuto tenere dritta la barra della tutela dei diritti individuali come elemento fondativo e caratterizzante dell'ordinamento costituzionale, ribadendo che senza il primato della dignità umana e dei conseguenti diritti non c'è lo Stato costituzionale di diritto imposto dalla Legge fondamentale».

¹⁶⁷ E. DENNIGER, *Grundrechte und Menschenwürde im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit*, in G. CERRINA FERONI, F. PALERMO, G. PARODI, P. RIDOLA (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale. Tra memoria e futuro*, Giappichelli, Torino 2012, 137-148; C. ENDERS, *Das Bekenntnis zur Menschenwürde im Bonner Grundgesetz – ein Hemmnis auf dem Weg der Europäisierung?*, *ibidem*, 123-136.

¹⁶⁸ BVerfGE, 14 dicembre 1990, 87, 228.

euristico in grado di rafforzare le ragioni di un determinato diritto fondamentale nel contesto del bilanciamento¹⁶⁹.

D'altra parte, Peter Häberle ha in più occasioni sottolineato come l'immagine dell'uomo che informa la Legge Fondamentale sia naturalmente flessibile – e inevitabilmente contraddittoria – o, almeno, quel tanto che è necessario per poter ospitare la pluralità delle visioni del mondo¹⁷⁰. Essa tutela sia l'autonomia dell'individuo che i vincoli che derivano dalla sua appartenenza alla comunità. Serve non solo a fondare doveri individuali da cui possono derivare restrizioni alle libertà, ma anche a rafforzare ed espandere la sfera della libertà personale. Essa comprende sia l'ideale della cittadinanza attiva che partecipa alla vita politica della comunità sia il diritto di ritirarsi nel privato o, addirittura, a vivere un'esistenza di contemplazione¹⁷¹. La dignità che si riflette nell'immagine dell'uomo è dunque frammentaria e aperta ad una pluralità di visioni del mondo, fornendo all'interprete un “diritto delle possibilità”, il quale ha necessariamente un carattere pluralista¹⁷².

4.2.3. Sostiene Dworkin

Non è possibile dipingere un affresco della dignità che includa i diversi colori e le sfumature delle sue svariate tonalità, ma da buoni artigiani del diritto non si può disconoscere l'apporto analitico e l'influenza culturale che hanno avuto, anche in ambito giuridico, le riflessioni sul tema della dignità di Ronald Dworkin e di Martha C. Nussbaum. Pertanto si cercherà di proporre, seppure in termini necessariamente incompleti, le linee fondamentali entro cui i due autori hanno affrontato le questioni attinenti al ruolo della dignità nel sistema dei diritti della persona.

La costruzione concettuale proposta da Dworkin si caratterizza come una teoria «costituzionalistica» del diritto che nega la riconducibilità del diritto, secondo il

¹⁶⁹ D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, cit., 122 s. e 135.

¹⁷⁰ P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*⁴, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, 36 ss. e 60-63.

¹⁷¹ P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*⁴, cit., 50-52.

¹⁷² Il giudice della Corte Suprema William J. Brennan descriveva i tentativi di delineare una definizione compiuta di dignità come “un'eterna ricerca”, suggerendo che è proprio della dignità resistere a farsi contenere in una definizione chiusa. Cfr. W.J. BRENNAN, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in *South Texas Law Review*, 1985, 27, 433 ss.; per una conferma si veda il confronto tra l'uso del concetto nella giurisprudenza tedesca e in quella sud-africana H. BOTHA, *Human Dignity in Comparative Perspective*, in *Stellenbosch Law Review*, 2009, 2, 196 ss.

modello positivistico, al solo diritto formalmente valido, sostenendo, al contrario, che gli istituti giuridici devono includere valutazioni di giustizia basate sui principi inclusi nel sistema costituzionale che si esprimono primariamente attraverso una serie di diritti inviolabili riconosciuti agli individui. Tale istanza di giustizia si riverbera anche a livello di organizzazione costituzionale attraverso il vincolo posto al legislatore dai principi fondamentali e, al contempo, nel riconoscimento del ruolo di garanzia attiva della giurisdizione, anche in contrapposizione al legislatore e alla legge.

Si tratta di una concezione comprensiva del diritto inteso come pratica sociale, in quanto porta in sé tutte le ragioni dell'operare sociale, sottoponendole ad un vaglio di razionalità mediante forme specifiche.

Definire il diritto come pratica sociale¹⁷³ comporta necessariamente che, nel ricostruire il significato di tali pratiche, il riconoscimento del diritto avvenga a partire dalla determinazione dei suoi contenuti (individuandone il concetto¹⁷⁴), il che richiede un approccio costruttivo all'interpretazione dei suoi valori di riferimento. Da questa prospettiva, la determinazione del diritto richiede l'elaborazione e la scelta tra diverse concezioni del concetto che rinviano a differenti impostazioni morali, ma anche ad un approccio comprensivo che ha riguardo ai fondamenti così come alla forza del diritto.

In questa prospettiva la coerenza del sistema dei diritti non è questione riducibile alla sola dimensione della logica formale, ma costituisce altresì un problema che ha a che fare con la valutazione degli scopi, delle finalità e dei legami funzionali esistenti tra istituzioni giuridiche¹⁷⁵. È da una ricerca sulla coerenza che Dworkin perviene alla definizione dell'integrità: integrità che si connota come momento comprensivo del fenomeno giuridico, capace quindi di ricondurre le decisioni giuridiche al complesso di principi morali che innervano la pratica politica e giuridica.

L'integrità emerge dunque quale esigenza di moralità in relazione a due aspetti principali – interrelati e dipendenti tra loro – delle società contemporanee: da un lato, in relazione alle diverse concezioni della equità e della giustizia, proprie di una società

¹⁷³ R. DWORKIN *L'impero del diritto*, cit., 49 ss.

¹⁷⁴ Guardare al diritto a partire dalla coppia concetto/concezioni implica il superamento della distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, in quanto nel comprenderlo e definirlo si adotta una posizione valutativa, volta a selezionare la concezione più giusta. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., 71; sul punto A. SCHIAVELLO, *Il diritto come integrità. Incubo o nobile sogno ?*, Giappichelli, Torino, 1998, 228-244.

¹⁷⁵ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, trad. it. *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano, 1990, 142 s.

pluralista, il che presuppone l'indicazione di parametri che, nonostante la presenza di «opinioni diverse sulla effettiva natura dei principi più corretti riguardanti la giustizia e l'equità», consentano che allo «Stato [di agire] in base a un unico insieme di principi coerenti»; dall'altro lato, in relazione ai “conflitti tra ideali”, ovvero laddove nelle decisioni politiche «l'equità e la giustizia entrano in conflitto tra loro» e quindi «a volte, o spesso, la maggioranza prende decisioni ingiuste circa i diritti degli individui»¹⁷⁶.

La trama delle moderne democrazie pluraliste è segnata dalla differenza, ossia dal fatto di manifestarsi come realtà policentrica e poliarchica, articolata in una molteplicità di organi, soggetti, competenze che non riconoscono la presenza di un unico centro ordinante, ma che svolgono le loro funzioni secondo la complessa mappatura tracciata dal disegno costituzionale.

Il «diritto come integrità» richiede quindi un'assunzione di responsabilità affinché le diverse interpretazioni concrete raggiungano una integrità complessiva, tale che, come in una catena normativa¹⁷⁷, ciascuna convalidi le altre formando una rete di valori che ogni individuo possa far propri in maniera autentica¹⁷⁸.

La concezione dell'integrità, in questi termini, si connette al paradigma dworkiniano dell'interpretazione giuridica, così come proposto tramite il modello della «*Chain novel*»¹⁷⁹, ovvero della novella che diversi e successivi autori, scrivendo “in catena”, sono vincolati a rispettare. In quanto partecipanti ad un'opera collettiva da considerare come un insieme di senso, gli autori sono tenuti alla coerenza, pur essendo liberi nella creazione da proseguire. Ne consegue che la decisione del singolo caso, del dubbio morale, deve poter essere considerata normativamente e giuridicamente valida già solo se questa risulta integrata nella coerenza della corrispondente pratica giuridica.

¹⁷⁶ R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, cit., 176. Dworkin – come scrive B. PASTORE, *Coerenza e integrità nella teoria del ragionamento giuridico di Ronald Dworkin*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 423-445 – connette la coerenza all'integrità; più propriamente la include nell'integrità. La ricerca della coerenza nel diritto troverebbe il suo fondamento nell'integrità, come visione unitaria e comprensiva che giustifica le decisioni giudiziarie sulla base delle loro congruenze, con un insieme di principi che esprimono idee morali radicate nella struttura generale della pratica giuridico-politica.

¹⁷⁷ R. DWORKIN, *Questioni di principio*, cit., 125-128.

¹⁷⁸ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2013, trad. it. *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano, 2013, 121-122.

¹⁷⁹ R. DWORKIN, *Law as Interpretation*, in *Texas Law Review*, 1982, 60, 527 ss.; per uno studio empirico sull'applicazione della teoria della “*Chain-Novel*” alla giurisprudenza americana S.A. LINDQUIST, F.B. CROSS, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, in *New York University Law Review*, 2005, 80, 1156 ss.

Tale coerenza “narrativa” costituisce il criterio e fondamento ultimo e decisivo della validità normativa e giuridica delle concrete decisioni che vengono assunte nei vari contesti di vita.

In particolare rientra nella responsabilità di ciascuno «cercare di trasformare le [proprie] convinzioni riflessive nel filtro più fitto ed efficace (...), rivendicando così la massima forza possibile per le convinzioni all’interno della matrice causale più generale della nostra storia personale nel suo complesso. Questo obbliga a cercare una scrupolosa coerenza di valore tra le nostre convinzioni»¹⁸⁰.

L’applicazione di questo principio tra i membri di una comunità è quanto richiede *law as integrity*, intesa quale fondamento di una comunità associativa, una comunità di principio, i cui membri si riconoscono come eguali. «L’impegno ad osservare l’integrità fonde le vite morali e politiche dei cittadini, richiedendo a quelli con interessi confliggenti di risolvere i loro conflitti, facendo appello esclusivamente a quei principi di diritto riconosciuti dalla comunità politica»¹⁸¹.

Ciò implica un fondamento della comunità basato sulla reciprocità, ossia sul rispetto da parte di ogni cittadino dei «principi di equità e di giustizia propri del vigente ordinamento politico della propria comunità»¹⁸². Il rispetto di tali principi si esprime attraverso il rispetto della Costituzione, quale testo “interpretante” la realtà e non potrebbe essere altrimenti, nella misura in cui la forza obbligatoria del testo costituzionale deriva dalla sua capacità di «dare risposte ai problemi del presente»¹⁸³. «Se [infatti] la Costituzione rivoluzionaria si diceva positiva perché creata una volta per tutte con un atto di volontà iniziale, chiuso nel tempo e irripetibile (...) la Costituzione del pluralismo contemporaneo si può dire positiva in quanto ricreata continuamente dal concorso di molteplici volontà»¹⁸⁴ che ne ridefiniscono la concreta portata storica.

¹⁸⁰ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, cit., 129.

¹⁸¹ R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, cit., 189-190.

¹⁸² «I membri di una comunità possono avere diritti e doveri gli uni nei confronti degli altri, così come nei confronti della comunità, proprio in virtù della storia politica della comunità, che essi possono avere dei diritti e dei doveri che non potrebbero avere se la storia fosse stata differente (...). L’insieme dei diritti politici che le persone hanno, proprio in virtù della storia politica della loro comunità, costituisce l’“ordine politico” della medesima comunità». R. DWORKIN, *Natural Law Revisited*, in *University of Florida Law Review*, 34, 1982, 165 ss., specie 183.

¹⁸³ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998, 18.

¹⁸⁴ G. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 35 ss.

L'obbedienza al diritto è perciò fondabile a partire dall'idea dell'«eguale considerazione e rispetto»¹⁸⁵ tra i membri di una comunità che si richiami a principi di equità e giustizia volti a stabilire i diritti e le responsabilità dei cittadini facendo valere la massima per cui «ogni individuo ha lo stesso valore degli altri».

L'ideale di comunità è perciò basato sull'«eguale considerazione e rispetto» che non si concretizza nell'idea di eguaglianza di “potere” quanto in quella di eguaglianza di *status*, il che richiede che siano rispettate una serie di condizioni (*democratic conditions* o *relational condition*) inerenti al modo in cui un individuo deve essere trattato da una comunità politica per poter essere considerato suo «moral member»¹⁸⁶. Ciò comporta che le persone debbano essere trattate con considerazione, ossia, come esseri umani capaci di sofferenza e frustrazione, e con rispetto, avendo riguardo per la loro capacità di formare opinioni e di agire sulla base di concezioni intelligenti che concernono il modo in cui la vita deve essere vissuta. Ma tale approccio non è sufficiente, essendo necessario che le persone siano trattate con eguale considerazione e rispetto. Lo Stato quindi deve mostrarsi tollerante o, al più, neutrale, non potendo «proibire o premiare alcuna attività privata perché un insieme di valori etici sostantivi, un insieme di opinioni sul modo migliore di condurre una vita, è superiore o inferiore ad altri»¹⁸⁷. Tale affermazione di laicità, impedendo alla maggioranza di applicare la propria coscienza etica attraverso il diritto, fa sì che le minoranze non debbano adattarsi al modo di vita definito dalla maggioranza. Conseguentemente, per Dworkin «il governo non deve assolutamente imporre alcun sacrificio o vincolo a qualsiasi cittadino in forza di un argomento che il cittadino stesso non potrebbe accettare senza rinunciare al senso del suo eguale valore»¹⁸⁸.

Trattare le persone con eguale considerazione significa anche assicurare una divisione egualitaria delle risorse *ex ante*¹⁸⁹, assegnando a ciascuno lo stesso quantitativo di

¹⁸⁵ R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002, VII.

¹⁸⁶ R. DWORKIN, *The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 20-24.

¹⁸⁷ R. DWORKIN, *I fondamenti dell'uguaglianza liberale*, in R. DWORKIN, S. MAFFETTONE, *I fondamenti del liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1996, 44 s.

¹⁸⁸ R. DWORKIN, *Questioni di principio*, cit., 251.

¹⁸⁹ R. DWORKIN, *Tasse e legittimità*, in Id., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano 2007, 113-114 nota come «Un governo mira a un'uguaglianza *ex ante* (...) quando fa tutto ciò che è in suo potere per garantire ai singoli una posizione pari a quella degli altri prevedendo le disavventure che potrebbero renderli disuguali – prevedendo cioè gli eventi o le circostanze che rientrano nell'ambito della buona o della cattiva sorte. Può migliorare l'uguaglianza *ex*

risorse tali da porlo in condizioni di perseguire i progetti senza essere costretto a modificare le preferenze che ognuno ha scelto per essere felice. Distanziandosi dal principio rawlsiano di differenza¹⁹⁰, Dworkin attribuisce estrema rilevanza alla responsabilità individuale, per cui non si ha diritto a compensazioni per condizioni di svantaggio che siano state determinate dalle preferenze o dai gusti di una persona.

Tale scelta di responsabilizzazione del singolo implica un appello ad un ideale etico secondo il quale gli individui hanno diritto di scegliere per la loro esistenza e sono responsabili delle conseguenze di tali scelte, il che implica assumersene l'onere.

Vi è dunque un «equazione simultanea»¹⁹¹ tra il pieno rispetto per l'eguale importanza oggettiva della vita di ogni persona e il simmetrico rispetto per la personale responsabilità che ogni individuo ha di fare qualche cosa di valore della propria vita. Nel valutare il valore di una vita, Dworkin propone due possibili criteri di interpretazione: il primo, fondato sulla nozione di impatto, «rappresenta la differenza che quella vita può fare per il valore oggettivo del mondo»¹⁹²; il secondo, conforme ai criteri di una comunità giusta, è quello della sfida, che riconosce il valore intrinseco di ogni vita, la quale non può essere valutata sulla base del successo delle nostre azioni in termini di utilità collettiva, dovendosi invece privilegiare, in termini maggiormente inclusivi, la libertà, l'autonomia e la responsabilità del soggetto, in vista di una buona vita.

In questa prospettiva, il riconoscimento dei diritti e della dignità alla persona¹⁹³ è dunque riconducibile al binomio dell'«eguale considerazione e rispetto», che vieta ogni discriminazione lesiva dell'identità personale, in quanto nell'offendere l'identità di una persona, discriminandola, si lede immediatamente anche la sua dignità, mentre, al contrario, se ne riconosce la dignità, trattandola «as equal», ossia con eguale

ante, per esempio, facendo in modo che tutti i cittadini abbiano la possibilità di acquistare alle stesse condizioni un'assicurazione che li metta al riparo da una scarsa capacità produttiva o da rovesci della fortuna».

¹⁹⁰ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982, 80-88. Per approfondimenti V. OTTONELLI, *Leggere Rawls*, Il Mulino, Bologna, 2010, 106 ss.

¹⁹¹ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, cit., 312 s.

¹⁹² R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, cit., 275 ss. Così l'esistenza di uno scienziato che con le sue scoperte ha consentito la cura di malattie terribili, di un musicista che ha composto melodie celestiali o di un politico che ha elaborato leggi in grado di risolvere complessi problemi sociali, sarebbero nettamente superiori in grado alla vita di un cittadino normale, che ha condotto una vita dignitosa ma discreta, il cui impatto sulla comunità di riferimento è difficilmente valutabile.

¹⁹³ Già in *Taking rights seriously*, Dworkin sosteneva che «chiunque intenda prendere sul serio i diritti deve accettare la vaga ma potente idea di dignità umana» (R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 284).

considerazione e rispetto¹⁹⁴. La dignità, in tale contesto, diviene «idea organizzatrice» in quanto consente di integrare principi etici largamente condivisi entro una descrizione generale.

Frutto di questa elaborazione è la considerazione delle due dimensioni in cui si esplica il principio di dignità, ovvero il principio del rispetto di sé e quello di autenticità¹⁹⁵. Mentre il primo riafferma il valore intrinseco e oggettivo di ogni vita umana, in quanto portatrice di potenzialità che è bene siano sviluppate e lasciate fiorire, essendo invece deplorabile che tale potenziale vada sprecato; con il concetto di autenticità si vuole richiamare l'importanza della responsabilità individuale che comporta l'onere per ciascuno «di costruire [la propria] vita attraverso uno stile o una narrazione coerenti»¹⁹⁶, il che include giudicare e scegliere quale tipo di vita condurre per realizzarsi.

Il rispetto di sé viene inteso in termini necessariamente relazionali, nel senso che se «non si può attribuire importanza oggettiva a una vita umana senza attribuirle in ugual misura a tutte, allora è impossibile separare il rispetto per se stessi dal rispetto per l'importanza della vita degli altri»¹⁹⁷. Sicchè, riprendendo la distinzione tra rispetto-riconoscimento e rispetto-stima¹⁹⁸, Dworkin sottolinea come la dignità esiga il rispetto-riconoscimento, ovvero quello che si deve agli individui per il semplice fatto di riconoscerli come persone¹⁹⁹.

L'autenticità si mostra come il riflesso del principio del rispetto di sé, nella misura in cui, affinché una vita possa essere presa sul serio, è necessario che venga vissuta in conformità alle proprie convinzioni e visioni del mondo, ossia in modo fedele a se stessi. Ciò non si traduce «nella dedizione a un'aspirazione suprema o ad un insieme di valori disposti gerarchicamente. Potrebbe invece [tradursi in] quello che chiamiamo carattere, o ciò che Nietzsche chiamava “stile”»²⁰⁰.

¹⁹⁴ R. DWORKIN, *Questioni di principio*, cit., 250-260.

¹⁹⁵ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricchi*, cit., 235 ss.; già in precedenza ID., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, cit., 28 ss. che notava come il primo principio fosse una formulazione astratta dell'ideale dell'uguaglianza, mentre il secondo di quello della libertà.

¹⁹⁶ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricchi*, cit., 235 e 299 ss.

¹⁹⁷ R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, cit., 34. In senso critico U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, cit., 38 ss. e 136 ss.

¹⁹⁸ S.L. DARWALL, *Two Kinds of Respect*, in *Ethics*, 1977, 88, 1, 36-49.

¹⁹⁹ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricchi*, cit., 237 s.; sul punto P. VERONESI, *La dignità tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., 330 s.

²⁰⁰ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricchi*, cit., 242; ID., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, cit., 34 s. secondo cui ciascuno «ha la responsabilità di decidere che tipo di vita sia degna di essere vissuta. Abbiamo il diritto di non dipendere dalla volontà altrui nel prendere tali decisioni;

L'autenticità, a sua volta, si declina nella riaffermazione dell'assunzione della responsabilità delle proprie azioni, come tratto distintivo della dignità: se infatti l'autenticità si esprime nel decidere di sé stessi, allora necessariamente a tale condizione consegue l'attribuzione della responsabilità delle scelte compiute conformemente alle proprie convinzioni. A sua volta, l'autenticità racchiude in sé un'esigenza di autonomia, quale risvolto della dignità nelle relazioni con gli altri. In questi termini «l'autenticità di una persona non viene compromessa dalle limitazioni imposte dalla natura o dalle circostanze: non perché è priva di abilità atletiche, o perché le tasse le impediscono di vivere come vorrebbe, o perché vive in una comunità che è arretrata dal punto di vista tecnologico. Se è così non ha una tavolozza con molti colori, ma la vita che disegna coi colori che ha a disposizione può essere del tutto autentica, una vita che ha realizzato proprio lei anziché qualcun altro (...) L'autenticità è [quindi] danneggiata quando una persona è costretta ad accettare il giudizio di qualcun altro, al posto del suo, sui valori e gli obiettivi che la sua vita dovrebbe esibire»²⁰¹.

Su queste base, Dworkin sostiene che ogni persona ha il diritto politico a ricevere tutte le forme di tutela necessaria affinché le sia garantito il rispetto della pari importanza della propria vita e, al contempo, della responsabilità sovrana, esclusiva di ogni individuo, a cercare e costruire quel tipo di vita che per ciascuno ha un valore unico ed irripetibile. Concretizzando il principio astratto, si riconosce che «l'obbligo fondamentale di ogni governo, cioè il rispetto della dignità umana, ha due aspetti principali. (...) Innanzitutto è all'origine d[ei] diritti umani di base: i diritti concreti, come quello di non subire tortura, che pongono dei limiti alle azioni consentite a qualsiasi governo, vietando atti che non potrebbero essere giustificati da nessuna interpretazione dell'idea dell'uguale valore intrinseco della vita di ognuno e della responsabilità personale della propria esistenza. (...) Ma l'obbligo fondamentale di rispettare la dignità umana ha un'ulteriore conseguenza (...) Impedisce a qualsiasi governo di agire nei confronti di chiunque in una maniera che contraddica la sua stessa concezione di tali valori – quella espressa dalle sue leggi e dalle sue pratiche – perché

non dobbiamo consentire a nessuno di costringerci ad adeguarci a una visione del successo che, proprio in virtù di tale coercizione, non saremmo noi a scegliere».

²⁰¹ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricchi*, cit., 244-245; sull'indipendenza etica e i limiti del paternalismo ID., *Giustizia per i ricchi*, cit., 420 ss.

tale contraddizione comporterebbe una drammatica negazione del rispetto per l'umanità della sue vittime»²⁰².

Dalle considerazioni esposte si possono trarre alcune conclusioni: se infatti il valore che è proprio di ogni vita deve considerarsi oggettivo, esso si estende alle vite di tutte le altre persone, che pretendono rispetto in quanto espressione di autonomia, ovvero del diritto di ciascuno di definire la propria concezione dell'esistenza, del suo significato, dell'universo e del mistero dell'esistenza umana²⁰³.

Pertanto, ogni vita esige, per la sua unicità, «rispetto e protezione (...) in ragione del complesso investimento creativo che rappresenta»²⁰⁴. Se desideriamo comprendere appieno come proteggere la dignità nelle situazioni complesse, dobbiamo secondo Dworkin introdurre accanto al concetto di «perdita», quello di «frustrazione della vita», che si presenta quando – come nel caso della morte prematura di un adolescente – «si ha la distruzione di quegli investimenti creativi, naturali e umani, che costituiscono la storia di una vita normale»²⁰⁵.

4.2.4. Sostiene Nussbaum

L'approccio delle capacità di Martha Nussbaum, di cui si è già discusso nei capitoli precedenti, rappresenta un'etica della virtù, oltre che una teoria normativa, che è volta a definire i criteri per orientare le scelte nella società e per stabilire la giustezza delle azioni sia quelle che assumono una rilevanza pubblica, che quelle che riguardano esclusivamente il singolo soggetto agente.

Nella definizione di una filosofia pratica, Nussbaum indica nella virtù una condotta quotidiana dell'agire che si caratterizza per essere un funzionamento appropriato per ogni situazione particolare: in questi termini, concentrando la discussione etica sulla dimensione della capacità, l'Autrice intende indirizzare il discorso verso un orientamento normativo dinamico e generale che, a partire dall'ordinaria esperienza che

²⁰² R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, cit., 50.

²⁰³ *Planned Parenthood of Pennsylvania vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²⁰⁴ R. DWORKIN, *Life's Dominion. An argument about abortion and euthanasia*, London, 1993, trad. it. *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Comunità, Milano, 1994, 114.

²⁰⁵ R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, cit., 120; ID., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, cit., 50 ss.

caratterizza l'esistenza umana, renda possibile giungere a individuare forme di vita che riflettano le possibilità di scelta e coinvolgano l'esistenza umana in sé considerata²⁰⁶.

Al cuore della teoria della Nussbaum vi è una lista di capacità umane, che condividono la grammatica dei diritti, essendo volte a costituire la base per le garanzie costituzionali²⁰⁷.

La teoria non ha la pretesa di ottenere un'effettiva uguaglianza di capacità, ma il più realistico obiettivo di garantire le condizioni sociali, economiche e culturali perché tutti siano in grado di ottenere tali capacità, reclamandone l'accesso attraverso quei principi costituzionali fondamentali che i cittadini hanno diritto di pretendere di veder realizzati dai propri governi²⁰⁸.

Nussbaum ritiene che l'elenco costituisca una struttura di riferimento per i principi politici fondamentali, derivante da un «consenso per sovrapposizione» tra persone con diverse teorie comprensive del bene, compatibile con qualsiasi visione della vita. Si tratterebbe quindi di una «teoria politica del bene», ovvero di «una concezione parziale e non comprensiva del bene»²⁰⁹, in quanto «solo muovendosi all'interno di una particolare cultura, storicamente determinata, che [si è] in grado di individuare i tratti essenziali ed universali di ciò che consideriamo di valore»²¹⁰. Ne emerge quindi la necessità di una riflessione di carattere procedurale che non si limita a delineare una concezione intuitiva dei funzionamenti «veramente» umani, ma che apre la strada al confronto affinché le credenze morali iniziali possano eventualmente venire corrette alla

²⁰⁶ L'idea di persona è strettamente collegata all'idea dei piani di vita. Anche la Nussbaum, come Rawls, utilizza in proposito una definizione di Royce, secondo la quale «una persona può essere considerata come una vita umana vissuta secondo un piano (...). Un individuo dice chi è esponendo i suoi obiettivi e le sue motivazioni, ciò che intende fare nella propria vita». Cfr. J. ROYCE, *The Philosophy of Loyalty*, in J.K. ROTH (ed.), *The Philosophy of Josiah Royce*, Hackett, Indianapolis, 1982, 279.

²⁰⁷ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 35 ss.; ID., *Capacità personale e democrazia sociale*, cit., 40 ss.

²⁰⁸ Una teoria incentrata sulle capacità, invece, richiede che le istituzioni garantiscano alle persone un dato livello minimo di funzionamenti. Con le parole di Martha Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 19, una teoria della giustizia deve «fornire la base filosofica a un esame dei principi costituzionali fondamentali che dovrebbero essere rispettati e fatti rispettare dai governi di tutte le nazioni, come minimo essenziale richiesto dal rispetto della dignità umana (...). Il miglior approccio a questa idea di minimo sociale fondamentale è fornito da un atteggiamento che si concentra sulle capacità umane, vale a dire su ciò che le persone sono in grado di fare e di essere, avendo come modello l'idea intuitiva di una vita che sia degna di essere vissuta»; ID., *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 173 ss.

²⁰⁹ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 114 s.

²¹⁰ S.F. MAGNI, *L'etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, cit., 119.

luce di altre credenze e teorie etiche disponibili, fino a raggiungere un equilibrio consapevole tra queste componenti²¹¹.

L'elenco comprende diverse gradazioni della capacità umana, da quelle più semplici a quelle più complesse: come essere in grado di vivere sino a tarda età in buona salute, di muoversi liberamente da luogo a luogo o ancora di usare l'immaginazione e il pensiero o di impegnarsi in una riflessione critica sulla pianificazione della propria vita²¹².

In contrasto con un uso al singolare del concetto di capacità, Nussbaum predilige una declinazione plurale, che ricomprende nell'«approccio delle capacitazioni» sia i funzionamenti realizzati sia l'insieme capacitante delle alternative che l'individuo ha di fronte a sé, in termini di occasioni reali; ciò consente di delineare ciò che una persona fa e che è libera di fare²¹³. L'approccio delle capacità si mostra dunque come inevitabilmente pluralistico, contemplando la possibilità di considerare funzionamenti diversi a seconda del contesto e delle esigenze individuali, il che comporta porre l'attenzione sul peso delle libertà sostanziali ovvero sull'insieme di capacitazioni. L'approccio delle capacità esprime un'idea di libertà come capacitazione che interessa anche le condizioni della scelta nella misura in cui la stessa possibilità di scegliere può essere considerata un funzionamento che ha di per sé valore: spetta infatti alla persona stessa decidere o meno di realizzare una certa capacità nella sua vita²¹⁴.

Questo non significa che in ogni situazione sia data la possibilità alle persone di scegliere liberamente, anzi, a volte può essere necessario imporre determinazioni “paternalistiche”, al fine di promuovere certi funzionamenti, bypassando le scelte dei singoli²¹⁵. Tuttavia, queste ipotesi rimangono eccezioni alla regola, nella misura in cui

²¹¹ Viene qui richiamato in maniera esplicita il metodo rawlsiano del cosiddetto «equilibrio riflessivo», secondo cui: «la miglior rappresentazione del senso di giustizia di una persona non è quella che si adatta ai suoi giudizi prima che una qualunque concezione della giustizia sia stata presa in esame, ma quella che corrisponde ai suoi giudizi in un equilibrio riflessivo. (...) Questo stadio viene raggiunto dopo che una persona ha valutato concezioni differenti e ha riveduto i propri giudizi in armonia con una di queste, o mantenuto fede alle proprie convinzioni iniziali (e alla concezione corrispondente)» Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 56.

²¹² M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 78-80; ID., *Capacità personale e democrazia sociale*, cit., 40-42; ID., *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 93 ss.

²¹³ La combinazione dei funzionamenti di una persona rappresenta ciò che ha effettivamente raggiunto, mentre le capacità rappresentano la libertà di raggiungere un certo funzionamento, ossia le combinazioni di funzionamenti tra cui un individuo può scegliere. Le capacità si presentano pertanto come libertà: libertà sostanziali legate al raggiungimento di un funzionamento effettivo. Capacità e funzionamento sono strettamente correlati nel definire le condizioni di realizzabilità di una persona in quanto sono tra loro in una relazione riferibile al rapporto che intercorre tra la possibilità di agire e l'agire attualizzato.

²¹⁴ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 90 ss.

²¹⁵ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, cit. 64 ss.

l'approccio liberale alle capacità si fonda sul rispetto delle scelte delle persone di funzionare come meglio ritengono.

L'approccio delle capacità, sostiene la Nussbaum, rappresenta una teoria minimale della giustizia, ovvero di ciò che i governi devono garantire ai cittadini per assicurare loro di vivere una vita degna. L'elenco corrisponde infatti alle idee intuitive di funzionamento umano e di dignità, specificando ciò che è necessario per garantire i funzionamenti delle persone e al contempo per rispettarne la dignità, che è insita negli esseri umani in quanto tali²¹⁶.

Attraverso la riflessione sulla necessità di un elenco di capacità di base, la Nussbaum persegue l'obiettivo di disegnare una società in cui ognuno sia considerato degno di rispetto, in cui ognuno sia stato messo in condizioni di vivere in modo veramente umano. Ed è a questo punto che entra in gioco l'idea di soglia, ovvero di quel livello di capacità al di sotto del quale una persona non è in grado di vivere in un modo veramente umano. Se in una prima fase, l'Autrice aveva fatto riferimento ad un'idea intuitiva di ciò che rende la vita pienamente umana, facendo appello alla natura umana²¹⁷; successivamente, per superare la vaghezza di tale riferimento, si è preferito l'uso del concetto di dignità come strumento per rafforzare l'approccio, facendo leva sul suo carattere normativo per selezionare le capacità di base.

Nel discorso sulla dignità, la Nussbaum non si riferisce alla persona in senso astratto, quale soggetto giuridico razionale e indipendente, ma all'individuo concreto che vive entro le maglie economico-sociali di un ordinamento che spesso non è in grado di offrire il minimo indispensabile per vivere. Vi sono pertanto delle condizioni minimali che consentono di definire una vita degna di essere vissuta²¹⁸, in mancanza delle quali la dignità non viene perduta, ma si constata che, per condizioni materiali, ne è impedita la realizzazione concreta. In questi termini le capacità fondamentali possono costituire il nucleo duro da cui poter costruire un'idea di vita che sia *dega di un essere umano*, riconoscendone le condizioni di un'appartenenza ad una identità complessiva, di volta in volta rinegoziata e rinegoziabile.

²¹⁶ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, cit., 80-83.

²¹⁷ M.C. NUSSBAUM, *Aristotle on Human Nature and the Foundation of Ethics*, in J.E.J. ALTHAM, R. HARRISON (eds.), *World, Mind and Ethics: Essays on the Ethical Philosophy of Bernard Williams*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, 86-131.

²¹⁸ M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 95 s. e 101.

Nussbaum utilizza il concetto di dignità in due modalità: come nozione generale per concretizzare il suo elenco di capacità e come argomento per mettere a fuoco il senso dei funzionamenti in specifici casi²¹⁹. In questi termini, l'idea centrale della teoria delle capacità, proposta dalla Nussbaum, è che tutti gli esseri umani devono riconoscere e rispettare il diritto degli altri a vivere una vita conforme alla dignità umana. Si tratta evidentemente di un assioma ancora vago, tanto che la stessa Nussbaum ha cura di precisare che la dignità non può essere utilizzata «come se essa avesse un fondamento intuitivamente evidente e solido tale da consentire di costruirvi una teorizzazione a se stante»²²⁰, laddove invece il concetto assume importanza quando viene connesso ad altre nozioni: come il rispetto che, attraverso la domanda di dignità, gli esseri umani si chiedono reciprocamente, l'esperienza che definisce ciò che gli individui sanno fare ed infine l'uguaglianza, ovvero la sostanza che ci rende tutti eguali²²¹. Ciò che vuole sostenere l'approccio delle capacità è un'idea che consideri l'essere umano libero nella capacità di scegliere la vita che meglio risponde alla dignità della sua esistenza, in relazione all'esistenza degli altri.

In via ulteriore, Nussbaum utilizza la nozione di dignità per estendere il diritto allo sviluppo delle capacità anche a coloro che siano portatori di gravi disabilità fisiche o mentali, assumendo una concezione dell'essere umano che focalizza l'attenzione sulle attività ritenute centrali per la vita e sulla possibilità che siano tutelate nel tempo²²². La fondamentale intuizione morale, da cui principia la riflessione sul punto, è data dal riconoscimento che l'essere umano è animale sociale²²³ e dunque è necessario riconoscere dignità ad ogni forma di vita, in seno alla quale si sviluppino sia capacità sia esigenze profonde.

²¹⁹ Un terzo uso del concetto di dignità comporta l'estensione dei principi di giustizia anche agli animali non umani. Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 341 ss.; si rammenta infine la profonda analisi sul legame tra umiliazione e dignità in ID., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, cit., 273 ss.

²²⁰ M.C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, trad. it. *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Il Mulino, Bologna, 2012, 29.

²²¹ M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, cit., 30-35.

²²² M.C. NUSSBAUM, *La vita delle persone disabili. Chi se ne prende cura ?*, in *Il Mulino*, 2001, 5, 793 ss.; ID., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, cit., 108 ss., specie 118 s.

²²³ Nussbaum difende, in contrapposizione a Kant e Rawls, una concezione aristotelica che vede l'essere umano come un "animale politico", ossia non solo un essere politico e morale, ma un essere che ha un corpo animale e la cui dignità umana, piuttosto che essere opposta a questa natura animale, le inerisce nel corso della sua esistenza temporale. Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 177 ss.

Il valore della persona non è dato quale mera espressione della dignità del vivente, ma richiede il dispiegamento delle qualità di una biografia autenticamente umana. Non si tratta dunque di una dignità formale ma di una condizione sostanziale che il soggetto sia in grado di esprimere nella sua esistenza²²⁴. Se nell'accezione di Nussbaum, la persona è un processo di acquisizione o di perdita di una condizione che ne sancisce la dignità, è necessario distinguere dunque, tra la dimensione della persona come portatore di valori rispetto alla dimensione della persona come insieme di capacità dispiegabili che costituiscono la sua biografia²²⁵.

Una persona è tale ed esprime un valore di dignità nella misura in cui risponda usualmente, in potenza o in atto, alle caratteristiche espresse dagli indicatori di umanità che la definiscono come tale: così la circostanza che una persona sia privata anche solo di una delle capacità centrali, renderebbe evidente la presenza di una condizione tragica, che esclude una qualità di vita che possa essere pienamente dispiegata. A fronte della condizione di quei soggetti che non sono in grado di esprimere a pieno la propria dignità di persona, la Nussbaum prevede una doppia soglia che permette di delineare la prospettiva di vita e la qualità dell'esistenza del singolo individuo sia rispetto alle condizioni minime che sanciscono la sua umanità, sia rispetto a ciò che invece può realizzare pienamente la sua umanità. Così «sotto la prima soglia (*capability to function*), una vita risulta così impoverita da cessare di essere umana; sotto la seconda, più alta, soglia le funzioni caratteristiche dell'uomo sono a disposizione solo parzialmente, di modo che per quanto quella vita sia senz'altro una vita umana, non la si può ritenere una buona vita umana (in effetti le due soglie formano un *continuum*, e non è facile stabilire nei vari casi la collocazione della soglia superiore). (...) Poiché un'esistenza priva di una di queste *capabilities* mancherebbe di reale *umanità* è ragionevole partire dall'elenco e dalla teoria di Nussbaum per determinare come le istituzioni politiche debbano promuovere il bene umano»²²⁶.

La nozione di soglia di capacità, nella sua espressione di condizione minima di dignità della vita umana, promuove sul piano etico e politico iniziative volte a minimizzare l'esclusione dal godimento delle capacità fondamentali. In questo modo l'etica delle

²²⁴ R. POLI, *Fra speranza e responsabilità. Introduzione alle strutture ontologiche dell'etica*, Polimettrica, Milano, 2006, 22 ss.

²²⁵ M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 147 ss.

²²⁶ G. ZANETTI, *Ragion pratica e diritto. Un percorso aristotelico*, Giuffrè, Milano, 2001, 188.

capacità pone al centro la libertà di scelta, legandola alla disponibilità di alternative accessibili ed assume come obiettivo politico la garanzia delle condizioni sociali, economiche e culturali necessarie per sviluppare le proprie capacità.

Nella riflessione della Nussbaum è centrale il riconoscimento, a cui si accompagna l'ottimizzazione delle capacità e dei funzionamenti, della dignità di ogni individuo che ha un profondo valore, ampio ed elevato, perchè capace di vita propria e di immaginazione, rappresentandosi dunque quale essere irripetibile, pur nella sua vulnerabilità e manchevolezza²²⁷.

Proprio per questo «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»²²⁸.

4.3. La dignità sociale nella Costituzione italiana

A differenza che nell'esperienza costituzionale tedesca, la Costituzione italiana non prescrive espressamente la centralità della dignità umana quale principio-valore posto a cardine dell'intero ordinamento e, in particolare, dei diritti fondamentali, individuando invece tale fondamento nel principio personalistico affermato nell'art. 2 Cost²²⁹.

²²⁷ M.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, cit., 362 s. la quale nota che «se vogliamo garantire le condizioni sociali della dignità anche ai cittadini "normali", dobbiamo al tempo stesso pensare alla dignità dei disabili che portano un handicap per tutta la vita e cercare di trovare vie per riconoscere e sostenere la loro piena umanità e individualità di persone. Riflettere su di loro è riflettere su di noi. [Occorre dunque] rivedere l'idea del cittadino concepito come persona indipendente che stringe un contratto per sostituirla con l'immagine più complessa di un essere capace e bisognoso, al tempo stesso, che passa dall'impotenza dell'infanzia all' "interdipendenza reciproca", per poi ricadere, disgraziatamente, nello stato spesso inerme della vecchiaia».

²²⁸ M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 116.

²²⁹ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali* ², I, Giappichelli, Torino, 2006, 128 s., il quale rileva che, «nella Costituzione italiana, il riferimento alla 'dignità' ha una spiccata connotazione, incentrata sulla concretezza delle condizioni di vita (la *dignità sociale* di cui all'art. 3, 1° comma). Questa non ha dunque lo stesso spessore culturale, e non ha neppure lo spettro e la valenza onnicomprensivi della *Menschenwürde* della Legge fondamentale tedesca, ma concorre in ogni caso a porre sullo sfondo dell'impianto dei diritti un'immagine dell'uomo che dalla concretezza del radicamento sociale non può

Tale principio esprime una naturale «eccedenza assiologica» rispetto agli altri principi fondamentali, oltrepassando i confini segnati dall'enunciato normativo per investire l'intero dettato costituzionale, infiltrando tutto l'ordinamento e l'esperienza formatasi sulla sua base²³⁰.

I costituenti, al principio disincarnato della dignità, hanno pertanto preferito la persona, l'*homme situé*, quale «volume totale dell'uomo (...) equilibrio in lunghezza, larghezza e profondità, (...) tensione in ogni uomo, tra le sue tre dimensioni: quella che scende verso il basso e la incarna in un corpo; quella che è diretta verso l'alto e l'innalza verso un universale; quella che è diretta verso il largo e la porta verso una comunione».²³¹

La visione globale, ma non totalizzante, della persona che si trova espressa nella Costituzione ne impedisce una parcellizzazione, tale da garantirne solo alcune manifestazioni e non altre; il che, ovviamente, non esclude la previsione di una tutela specifica dei diritti emergenti nei singoli contesti nei quali la persona si trova a vivere (la famiglia, la scuola, il luogo di lavoro), in quanto in ciascuno essa comunque costruisce e sviluppa la propria personalità, quale tratto identitario unico ed identificante. Ciò trova conferma nella stessa formulazione dell'art. 2 Cost., a detta del quale «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», sancendo in tal modo il riconoscimento, e non solo la tutela, del «farsi persona» dell'individuo attraverso le esperienze esistenziali e comunitarie che la connotano. Sono, infatti, i bisogni concreti la matrice, antropologica prima ancora che giuridica, delle pretese in cui si sostanziano le situazioni soggettive che assurgono ad oggetto di protezione giuridica nella costruzione dell'ordinamento²³².

La Costituzione italiana ha scelto quindi una strada diversa per affermare la centralità dell'essere umano e dei suoi diritti, o forse ha voluto offrire un'altra chiave di scrittura e, quindi, di lettura: il punto di vista dell'uomo concreto, o meglio un diritto riguardato

fare astrazione»; C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Cedam, Padova, 2013, 105 ss.

²³⁰ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in ID., *Itinerari per una ricerca sul sistema delle fonti. XVII – Studi dell'anno 2013*, Giappichelli, Torino, 2014, 191 ss.; S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 478 ss.

²³¹ E. MOUNIER, *Revolution personaliste et communautaire*, Aubier, Paris. 1935, trad. it. *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Ecumenica, Bari, 1984, 77-78.

²³² G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in www.costituzionalismo.it

«dal basso», che, nel riprendere il cammino dei diritti, ha trovato nella persona il luogo della loro determinazione, non per custodirne un'essenza, bensì per mettere ciascuno in condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita.

La rilevanza attribuita alla persona trova immediato riflesso nel rapporto istituito con il principio di dignità sociale, che impone una lettura dell'art. 3 Cost. che va oltre la dialettica tra eguaglianza formale e sostanziale, prefigurante «due modelli contrapposti di struttura socio-economica e socio-istituzionale»²³³, per superarla attraverso un progetto proiettato verso l'avvenire, in polemica con il passato e aperto alla speranza di un futuro da costruire²³⁴.

Questa tensione trova il proprio valore espressivo nell'*incipit* della disposizione, laddove si afferma: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale»²³⁵, formula che risulta esplicativa, correttiva ed innovativa rispetto alla tradizionale enunciazione del principio di eguaglianza. Il riconoscimento dell'eguaglianza formale, attraverso l'astrazione del soggetto di diritto e la generalità come connotato del comando statale espresso dalla legge, ha rappresentato il passaggio indispensabile per uscire dalla società ordinata per *status*. Tuttavia la manipolazione del principio di eguaglianza, inteso quale uguale dovere di sottostare alle leggi, ha sterilizzato la forza storica e teorica del principio,

²³³ A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, Vallecchi, Firenze, 1969, 399; U. ROMAGNOLI, Art. 3, 2° co., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 162-165 che sottolinea come, nel secondo comma dell'art. 3, il costituente abbia opposto ad un «modello di società rifiutata», ossia quello della «democrazia formale, ovvero della democrazia senza *demos*», un «modello di società prefigurata», che è quello della «democrazia reale, ovvero dell'autogoverno del popolo a cui appartiene la sovranità».

²³⁴ In questi termini A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, 2, 117 ss., specie 135, nota 37 secondo cui «la pari dignità sociale rappresenta nel nostro sistema costituzionale uno degli elementi che concorrono a porre le basi di un saldo Stato democratico, a rendere effettiva la sovranità popolare e, in ultima analisi, quindi, data la stretta connessione nel sistema tra personalità e democrazia, a un maggior rispetto del valore della persona umana»; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Utet, Torino, 1990, 373 s. nota che «la società prefigurata dal Costituente non è omogenea, perché semplicemente non c'è in Costituzione un disegno di società, ma semmai un progetto di trasformazione sociale, o se si vuole c'è solo il disegno di una società di transizione ad una società futura che però non è regolata in Costituzione, e della quale si sa solo che dovrà essere il frutto, il risultato, del processo di trasformazione che le forze politiche e sociali debbono innescare per "rimuovere gli ostacoli" di cui parla il secondo comma dell'art. 3»; anche A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 16.

²³⁵ Sulla cui interpretazione si richiama G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Giuffrè, Milano 1974, 1089-1105; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67-103; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, cit., 88-91; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, cit., 147-156; P.F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, cit., 100 ss.; S. NICCOLAI, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità. Appunti per una ricerca*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, cit., 2213 ss.

riducendo il soggetto a pura astrazione separata dal contesto storico e dalle condizioni materiali. È proprio in ragione della degradazione subita dal principio che il costituente ha ritenuto necessario introdurre nella Carta costituzionale la formula della pari dignità sociale, sia per riaffermare la pari ordinazione dei cittadini che per proclamare che il valore storico sotteso all'eguaglianza è immediatamente ed inscindibilmente connesso al soggetto titolare del diritto²³⁶. Per raggiungere tale obiettivo si è riscoperto il significato della parità, «denotativo di una connotazione immediatamente prossima ai soggetti titolari del diritto, non disponibile per ricostruzioni astratte ed alienanti rispetto al cittadino che viene qualificato come fornito di qualità comparabili a quelle di ogni altro secondo uno schema che, appunto perché paritario, elimina *a priori* la possibilità di scomposizione della qualificazione stessa dei soggetti tutelati»²³⁷.

Proprio nella rilevanza attribuita alla pari dignità e nella sua qualificazione come «sociale», si possono cogliere le novità sottese al principio, ma anche la sua più marcata finalizzazione agli obiettivi contenuti nel secondo comma dell'art. 3 Cost., in cui è iscritto un obbligo istituzionale a dar luogo ad una progressiva opera di trasformazione della società²³⁸. Ne emerge «una permanente tensione verso l'universalità e l'eguaglianza nei diritti, verso una inclusione di ogni persona che non può essere soddisfatta se non squarciando il velo di talune astrazioni e formalismi. All'interno dell'area della persona nessuna esclusione è possibile [in quanto] connotata dal codice dell'eguaglianza»²³⁹.

Al contempo, l'eguaglianza nei diritti (o dei diritti) costituisce concetto ben più comprensivo della mera eguaglianza di fronte alla legge come esclusione da ogni discriminazione non giustificata: il richiamo alla parità, comportando l'eguale godimento da parte dei cittadini di alcuni diritti fondamentali costituzionalmente

²³⁶ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, cit., 1096.

²³⁷ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, cit., 1097.

²³⁸ S. NICCOLAI, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità. Appunti per una ricerca*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, cit., 2247 che sottolinea come «il criterio della pari dignità sociale fornisc[a] un punto di vista peculiare su cui volgere la valutazione e richiede uno stile argomentativo e una logica corrispondenti, che potrebbero comprendere naturalmente richiami alla storia e alla tradizione e l'uso di apprezzamenti qualitativi, investimento sulla dimensione persuasiva, *pathos*, esercizio della memoria (...) adottare [quindi] una prospettiva valutativa nella storia, in cui il giudizio (...) si impegna al riconoscimento di quelle istanze emergenti nella storia che appaiono qualitativamente armoniche con le finalità del principio».

²³⁹ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, cit., 367-368.

garantiti, li inquadra «in un ordine di valutazione che distribuisce il valore sotteso ad ogni prescrizione normativa di principio in forma tale che i cittadini si sentono e debbono essere raffrontati secondo una logica che realizzi l'eguaglianza senza necessità di mediazioni»²⁴⁰.

La sottolineatura della dignità sociale ci porta quindi oltre la dicotomia eguaglianza formale/sostanziale, dando evidenza a un sistema di relazioni, al contesto in cui si trovano i soggetti, avendo cura di fare della concretezza del reale parametro atto a valutare l'adeguatezza dello schema formale rispetto al risultato sostanziale che si vuole realizzare.

Questa lettura unitaria del principio di eguaglianza non ne depotenzia le virtualità espansive, ma propone una rinnovata costruzione della stessa eguaglianza formale che non può più disconoscere la materialità della vita delle persone, la dignità che è loro propria, i legami sociali che le accompagnano. È la stessa qualificazione, come sociale, della dignità a confermare tale esigenza concretizzando «il significato d[i] tale] riconoscimento perché lo rapporta alla condizione permanente in cui è situato il soggetto come termine di relazione con le condizioni, le forme ed i modi in cui si struttura la società»²⁴¹. La pari dignità sociale può dunque essere letta come capace di configurare l'ordinamento delle libertà e dei diritti costituzionali in maniera tale che il loro esercizio sia pluralisticamente volto a dare concreti sostegni all'assetto democratico, sia istituzionale che sociale. Si tratta, insomma, di scegliere una società giusta che tenga conto, con pari dignità, delle differenze in essa esistenti, piuttosto che una società omogenea, ove viga la sola eguaglianza formale.

In questi termini la formula della dignità sociale è stata descritta come cerniera fra commi 1° e 2° dell'art. 3²⁴², fungendo da raccordo fra le garanzie delle libertà

²⁴⁰ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, cit., 1097; P.G. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, cit., 100 ss.

²⁴¹ G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, cit., 1099; anche A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 72 che rileva come «la dignità dei cittadini è riconosciuta quale dignità sociale, nel senso che nello Stato contemporaneo la garanzia e lo sviluppo dei diritti e delle libertà del singolo, che ha come presupposto l'eguaglianza, è possibile solo nella pienezza della dimensione collettiva, cioè all'interno dell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»; A. MATTIONI, *Profili costituzionali della dignità*, in M. NAPOLI (a cura di), *La dignità*, Vita&Pensiero, Milano, 2011, 69 ss., specie 72.

²⁴² M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, cit., 382; P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 123 ss.

individuali tradizionali e le tutele, in termini di diritti sociali, affermatesi quale svolgimento del disegno costituzionale di trasformazione. Emerge nella sua immagine fortemente conflittuale il problema della dialettica “asimmetrica” tra diritti (formalmente) eguali e possesso diseguale (dei medesimi), tra affermazioni di libertà dell’uomo e fattori di reale disponibilità, di effettivo godimento di quegli stessi diritti che «esistono solo a patto di esercitarli, sono relazioni, non cose (...), si riferiscono piuttosto al fare che non semplicemente all’avere»²⁴³, servono, se e nella misura in cui, riescono a diventare strumenti di emancipazione in costante avanzamento dei singoli e della comunità. Sicchè l’azione dei poteri pubblici è dunque volta al duplice scopo di creare i presupposti sostanziali per l’esercizio delle libertà fondamentali e contestualmente di impedire che esse siano ostacolate nell’ambito dei rapporti sociali.

Pari dignità sociale che si afferma quindi primariamente attraverso l’azione dei pubblici poteri finalizzata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono rispetto al conseguimento di tale parità, imponendo alle istituzioni repubblicane «di operare contro situazioni economiche, culturali e morali degradanti che giustificerebbero che alcuni cittadini siano considerati indegni del trattamento sociale riservato alla generalità degli altri cittadini»²⁴⁴. Infatti qualunque persona che si trovi in condizioni particolari e a favore della quale non può concorrere la generalizzata azione di promozione ai sensi dell’art. 3, 2° co., Cost., deve comunque essere messa nella condizione di pretendere ed esercitare i suoi diritti, in quanto, qualora ciò non si verificasse, si potrebbe ritenere lesa la sua dignità per il fatto non avere l’opportunità di accedere a beni o risorse generalmente disponibili agli altri consociati.

Così intesa, la pari dignità sociale non rappresenta soltanto uno strumento di garanzia passiva dell’identità degli individui, che può essere compromessa tanto da condizioni di indigenza, quanto da atteggiamenti di disprezzo o di discredito sociale ad opera degli altri consociati, ma, interpretata contestualmente al principio di eguaglianza sostanziale, rivela una proiezione dinamica verso la piena realizzazione delle persone, in un contesto in cui non fanno premio ruoli o categorie, ma la condivisa appartenenza alla

²⁴³ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1996, 496.

²⁴⁴ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1954, 62.

comunità²⁴⁵. In questa prospettiva all'istanza egualitaria il principio della pari dignità sociale si somma una forte connotazione anti-autoritaria, nella misura in cui l'eguale rispetto per ciascuno per ciascuno importa anche eguale rispetto per valori, credenze, preferenze di cui ciascuno è portatore²⁴⁶.

Se ne possono saggiare la rilevanza e i molteplici intrecci, avendo riguardo all'art. 36 Cost. che, nel garantire, attraverso una giusta retribuzione, l'«esistenza libera e dignitosa» del lavoratore e della sua famiglia descrive la condizione umana del lavoro salariato e la lega al riconoscimento di libertà e dignità. Il diritto alla retribuzione si salda, in questa prospettiva con un *corpus* di beni – identificativi della persona nella sua qualità di lavoratore e comprimibili nella dinamica contrattuale – a cui viene fornito un corredo di tutele anche attraverso la saldatura con il parallelo valore della solidarietà²⁴⁷.

E ancora nell'art. 41 Cost. in cui si esclude che l'iniziativa economica privata possa svolgersi in contrasto con sicurezza, libertà e dignità umana, definendo non solo dei precisi limiti al dominio dell'economia e alle “ragioni” del capitale, ma sottintendendo la centralità antropologica del lavoro, inteso come tratto tipico dell'esistenza di ogni essere umano²⁴⁸.

Da queste come da altre disposizioni costituzionali si desume la prevalenza dell'integrità della persona che viene affermata per porre argine ad una diseguaglianza di potere di fatto, la cui dimensione normativa è misurabile secondo il tipo generale descritto precettivamente nell'art. 3 Cost. Entro questo rapporto può essere rinvenuto un elemento dinamico rappresentato dal potere privato, «originariamente riconosciuto e

²⁴⁵ Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna, 2013., 121 ss.; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, cit., 1099 che sottolinea come «il valore [della dignità] deve permeare ogni rapporto sociale, ogni regolamentazione di esso, ogni valutazione del modo in cui è descritta la relativa regolazione».

²⁴⁶ M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 1, 86.

²⁴⁷ La complementarietà tra dignità, uguaglianza e non discriminazione nel diritto del lavoro è stata ribadita nella giurisprudenza costituzionale, con interessanti puntualizzazioni sul riconoscimento della dignità sociale nei luoghi di lavoro, affermando che «la dignità sociale del lavoratore è tutelata contro discriminazioni che riguardano non solo l'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale finalizzata all'obiettivo strumentale dell'autotutela degli interessi collettivi, ma anche l'area dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile del lavoratore. La dignità è intesa sia in senso assoluto che relativo, cioè per quanto riguarda la posizione sociale e professionale occupata dal cittadino nella qualità di prestatore di lavoro dipendente» (Corte cost., 22 febbraio 1989, n. 183, in *Ced Cassazione*, 1989).

²⁴⁸ M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 3, 628 ss.

dotato di autonoma rilevanza giuridica direttamente dal testo costituzionale»²⁴⁹, e in particolare, nel capoverso dell'art. 41 può essere individuato il collegamento normativo tra i controlli giuridici sull'attività d'impresa e la garanzia della sfera personale dei lavoratori²⁵⁰. Sicchè la libera iniziativa economica non può comunque realizzarsi in maniera tale da rappresentare la negazione dei diritti della personalità del lavoratore, in quanto essa non costituisce solo il fondamento dell'apparato protettivo in materia lavoristica, ma si traduce nel paradigma generale di tutela dei soggetti deboli o indeboliti, rispetto alla cui condizione una posizione non secondaria è rivestita dallo stretto collegamento tra i diritti di libertà e diritti sociali, grazie a cui il lavoratore si autodetermina, svincolandosi da tutti quei fattori che possono risolversi in situazioni di svantaggio, di limitazione della sfera personale e di disuguaglianza.

Così, riprendendo le riflessioni di Luciani²⁵¹, «se il concetto di dignità si distilla dal complesso delle norme che in Costituzione hanno per oggetto la persona umana, cosa diversa dalla mera “dignità” è la pari dignità sociale. La prima è infatti il valore che si intende proteggere; la seconda invece sia l'obiettivo della norma costituzionale, sia lo strumento normativo che consente di perseguirlo (grazie ovviamente agli effetti che produce la sua previsione). In questo modo la disposizione costituzionale assume una valenza dinamica che non [avrebbe] se parlasse solamente di dignità, se cioè si adagiasse sul modello che è invece recepito nell'art. 2. Tra questo e l'art. 3 non vi è dunque separazione né tampoco contraddizione, ma una reciproca integrazione delle due disposizioni».

L'incastro normativo proposto in Costituzione è inequivocabilmente e consapevolmente coerente con una ricostruzione avanzata e dinamica che si espande in direzioni plurime, riguardando le scelte del legislatore quanto le prassi della pubblica amministrazione, i servizi offerti e la loro qualità, ma anche le relazioni e gli scambi sociali in una prospettiva di partecipazione paritaria come presupposto e strumento per il pieno sviluppo della persona umana²⁵². Ne emerge una nozione relazionale di dignità intesa

²⁴⁹ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970, 97; U. NATOLI, *Limiti costituzionali della autonomia privata nel rapporto di lavoro. I. Introduzione*, Giuffrè, Milano, 1955, 93 ss.

²⁵⁰ U. NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3 ss., ora in ID., *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Giuffrè, Milano, 1993, 431 ss.

²⁵¹ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, 202.

²⁵² S. NICCOLAI, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità. Appunti per una ricerca*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, cit., 2221 e specie 2231 ove sottolinea che, nella

come preconditione per l'auto-rappresentazione del soggetto e il suo pieno sviluppo, ma anche come concetto che sintetizza tutte le implicazioni sociali e culturali del rispetto di sé, trovando il proprio nucleo irriducibile nella garanzia di uno *standard* di vita accettabile a cui si accompagna l'effettività della possibilità di partecipazione piena alla sfera pubblica.

4.3.1. L'uso della dignità nell'ermeneutica della Corte costituzionale

La Corte costituzionale ha fatto un uso «oltremodo prudente e accorto»²⁵³ del principio della dignità umana, forse perché tale concetto «vive di presupposti che non è in grado di garantire»²⁵⁴, ovvero la sua struttura di valore assume un carattere “assorbente” rispetto alla funzione di principio giuridico, il che rende complesso determinare l'angolo prospettico dal quale l'interprete deve vagliare la disposizione per penetrarne la norma²⁵⁵. Al contempo, tuttavia, un richiamo “intensivo” alla dignità avrebbe creato il rischio di determinare la scomparsa di un genuino sforzo argomentativo, immiserendo il confronto dialettico²⁵⁶, nella misura in cui, in questa ipotesi, la dignità verrebbe ad assumere strumentalmente la funzione di comodo “ascensore retorico” in grado di

giurisprudenza costituzionale, il principio della pari dignità sociale ha dato voce – in modo selettivo e riduttivo – in particolare alle esigenze della pari considerazione sociale tra cittadini e tra cittadini e Stato e a quella che invoca qualità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa.

²⁵³ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., 352.

²⁵⁴ Riprendendo il noto dilemma di E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang des Säkularisation*, in ID., *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Francoforte, 1991, 112, trad. it. *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006, 68.

²⁵⁵ A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., 86.

²⁵⁶ Infatti solo «con la diffusa strategia di rafforzare argomenti deboli con il soffio vitale di un principio come la dignità umana si potrebbe spiegare la tendenza diffusa a non lavorare argomentativamente con la dignità umana un passo dopo l'altro, ma a metterla sul campo di battaglia e poi lasciarla lavorare da sola: a stare a guardare in tranquillità come questo principio forte e insuperabile sgomini gli avversari». In tali termini W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 2007, 10, 130-131 che critica la strumentalizzazione di un argomento usato per «uccide[re] la discussione [con cui] in effetti viene colpita a morte la concezione argomentativa del ritrovamento del valore e del diritto». Ne parla come *conversation stopper*, ossia alla stregua di una ragione escludente che risolve ogni questione e non tollera ulteriori discussioni, al prezzo di un opaco occultamento delle basi reali del disaccordo J. SIMON, *Human dignitas a regulative instrument for human genomeresearch*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Etica della ricerca biologica*, Vallecchi, Firenze, 2000, 41 ss.; in precedenza B. MORRIS, *Dignity of Man*, in *Ethics*, 1946, 57, 1, 57, osservava che «poche espressioni reclamano atti d'assenso e mettono fine all'analisi così prontamente come “la dignità dell'uomo”».

innalzare nella gerarchia delle fonti un eterogeneo catalogo di interessi non di rado privi di univoca, sicura e incontrovertibile base costituzionale²⁵⁷.

La prudenza del giudice costituzionale è ancor più apprezzabile in quanto esorcizza l'interpretazione della dignità umana in chiave retorico-emotiva²⁵⁸ alla stregua di un'intangibile entità concettuale astratta, tale da proporsi, nell'arena della discussione pubblica, come strumento capace di alimentare un «diritto insaziabile»²⁵⁹, portato a divorare *per intero e senza eccezioni* lo spazio vitale conteso con altri eventuali diritti e principi concorrenti²⁶⁰.

Detto questo, non ci si propone un'analisi sistematica dell'emersione della dignità nella giurisprudenza costituzionale²⁶¹, limitandoci pertanto a rintracciare alcune direttive di significato che il principio viene ad assumere nella dinamica interpretativa dell'ordinamento.

Riprendendo le fila del discorso già avviato in precedenza, si può considerare la giurisprudenza della Corte costituzionale avendo riguardo alle diverse dimensioni che in essa assume il riferimento alla dignità, distinguendo tra dimensione di difesa, protezione e prestazione.

È bene rammentare che le tre funzioni²⁶² sono tra loro strettamente connesse e, come nel domino, *simul stabunt simul cadent*, tuttavia appare indispensabile riconoscere come la garanzia della dignità, in quanto principio intessuto dell'identità ed autonomia personale, serva preliminarmente a tutelare sia l'auto-rappresentazione, sia la

²⁵⁷ C. MCCRUDDEN, *Human dignity in Human Rights Interpretation*, cit., 675, secondo cui la clausola della dignità opera soprattutto come espediente “metalinguistico” cui si ricorre per mancanza di accordo nel discorso sui diritti umani da tutelare. *Contra* si veda P.G. CAROZZA, “My Friend Is a Stranger”: *The Death Penalty and the Global Ius Commune of Human Rights*, in *Texas L. Rev.*, 2003, 81, 1031 ss.

²⁵⁸ Ritene che la dignità umana, quando viene invocata per fornire giustificazione al rispetto dovuto agli esseri umani, oscilla schizofrenicamente fra il “sentimentalismo” del “kitsch morale” e la tendenza sacralizzante alla “deificazione”. Cfr. A. MARGALIT, *La dignità umana tra kitsch e deificazione*, in *Ragion pratica*, 2005, 25, 507 ss.

²⁵⁹ A. PINTORE, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Ets, Firenze, 83.

²⁶⁰ A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità come bene penalmente rilevante*, in *Diritto&Questioni pubbl.*, 2011, 11, 906.

²⁶¹ Si rinvia all'analisi della giurisprudenza, non solo costituzionale, ad A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., 355 ss.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, cit., 105 ss.; ID., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Esi, Napoli, 2012, 93 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, cit., 157 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, cit., 56 ss.

²⁶² Vi è chi sostiene che la dignità svolga un'ulteriore funzione trasversale a quelle citate, ovvero quale fonte di nuovi diritti integrativi dell'ordinamento. Così A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, cit., 107 ss.; ID., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, cit., 102 ss.

concezione dei valori del singolo, obbligando, perciò, l'ordinamento giuridico a garantirne le modalità espressive.

Nell'ambito della funzione difensiva si collocano, in primo luogo, quelle pronunce nelle quali la dignità viene posta a limite dei poteri statali e, di riflesso, a garanzia di diritti inviolabili della persona umana. Si pensi alla condizione detentiva, contesto nel quale la restrizione della libertà raggiunge il grado massimo consentito dalla Costituzione, influenzando in termini direttamente proporzionali sulle forme del dispiegamento della dignità della persona detenuta. Come si è autorevolmente ricordato, «quando si discute su come “difendere Abele e recuperare Caino” occorre ricordare che anche per Caino, quando espia la pena, valgono il principio della pari dignità sociale sancito dalla nostra Carta fondamentale ed il principio personalistico, che in essa è postulato diffuso. V'è fra questi due principi una sinergia intensa, che lega il fondamento ultimo del valore di eguaglianza – vale a dire, la dignità della persona, quale suo nucleo irriducibile ed insopprimibile ed unico tramite per il reciproco riconoscimento della comune umanità – al principio dell'uomo “sempre come fine e mai come mezzo”»²⁶³.

In questi termini, interpretando l'art. 27, 3° co., Cost., il giudice delle leggi ha rilevato come tale disposizione non vieti solo i trattamenti «contrari al senso di umanità», ma si converta in un obbligo positivo a carico delle strutture penitenziarie affinché forniscano le occasioni e le risorse tali da consentire al detenuto di esercitare tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, potendosi escludere solo le modalità di esercizio incompatibili con la sicurezza della custodia²⁶⁴. Pertanto, ogni limitazione nell'esercizio dei diritti dei detenuti che non sia strettamente funzionale a questo obiettivo acquista un valore afflittivo abnorme e, dunque, inammissibile in un ordinamento basato sulla assoluta priorità dei diritti della persona²⁶⁵.

²⁶³ G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2012, 1, 194 ss.

²⁶⁴ Come è stato ribadito dalla Corte, «dal primato della persona umana, proprio del vigente ordinamento costituzionale, discende, come necessaria conseguenza, che i diritti fondamentali trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione» (Corte cost., 27 ottobre 2006, n. 341, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 599 in tema di reclami dei detenuti in materia di lavoro).

²⁶⁵ Si veda Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, 176 ss.; Corte cost., 12 giugno 2013, n. 135, *ivi*, 2013, 2073 ss.; Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 76 ss. In dottrina M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Esi, Napoli, 2011, 57 ss.; M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 261 ss.

La disumanità della pena deve dunque ritenersi in radicale contrasto con il rispetto della dignità umana, posto che «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato»²⁶⁶. La prostrazione determinata da condizioni carcerarie inumane determina infatti un ostacolo al processo di riorientamento del detenuto verso i valori della socialità e della legalità, rendendo la pena non giusta sanzione di una condotta illecita, ma la vendetta dell'autorità, che non si limita a privare il reo della libertà personale, ma lo umilia sottraendogli le condizioni minime di vita dignitosa, cui ogni essere umano ha diritto.

Per non degradare, è necessario riconoscere parità: in questa prospettiva la Corte ha inteso porre sullo stesso piano, per quanto possibile, la condizione del recluso a quella del lavoratore libero, dichiarando illegittima la mancata previsione del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presta la sua attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria o di terzi²⁶⁷.

Alla valorizzazione, seppur in termini argomento rafforzativo di altri principi costituzionali²⁶⁸, della dignità si è accompagnata una accresciuta attenzione per l'effettività dei diritti nel contesto carcerario: quindi, oltre al fondamentale della personalità in tutte le sue articolazioni, vi è stata un'implementazione delle tutele dell'eguaglianza, nella forma della parità di trattamento e della non discriminazione, del diritto all'integrità fisiopsichica, alla libertà di religione, di istruzione ed a disporre degli essenziali diritti di relazione e di socialità primaria.

In questi termini, riconquistare dignità attraverso la rieducazione che è fine della pena, come sancisce l'art. 27, significa non solo, in termini negativi, che la pena non può tramutarsi in tortura, abbruttimento o disumanizzazione, ma, in positivo, che le modalità afflittive devono essere tali da rispettare comunque la pari dignità e l'irretrattabile patrimonio di diritti inviolabili dell'individuo.

Così, rimanendo sempre nel contesto penalistico, in cui più incisivo è l'intervento delle autorità statali nelle "vite degli altri"²⁶⁹, si può rammentare il richiamo alla tutela da apprestare alla libertà e segretezza delle comunicazioni, quale nucleo essenziale dei

²⁶⁶ Corte cost., 12 febbraio 1966, n. 12, in *Giur. cost.*, 1966, 143 ss. In dottrina F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni. (Una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, Milano, 2012, 15 ss.

²⁶⁷ Corte cost., 22 maggio 2001, n. 158, in *Giur. cost.*, 2001, 1264 ss.

²⁶⁸ P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., 335.

²⁶⁹ *Le vite degli altri* (tit. orig. *Das Leben der Anderen*), diretto da Florian Henckel von Donnersmarck, Germania, 2006.

valori della personalità, di importanza tale da venire qualificato come «parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»²⁷⁰. Dignità che ritorna, pur in un ruolo sussidiario e rafforzativo, anche con riferimento all'ipotesi del prelievo ematico effettuato sull'indagato²⁷¹ o ad altri mezzi di ricerca della prova, come le ispezioni corporali²⁷², mettendo in gioco la difesa dell'integrità della persona.

Alla dimensione della dignità come difesa, si affianca la dimensione della protezione che impone allo Stato di prevedere garanzie atte a impedire che soggetti privati possano umiliare, mortificare o condizionare verso forme di omologazione i soggetti più deboli o indeboliti dal contesto sociale o per la loro condizione personale.

Ampi e variegati sono i riferimenti alla dignità che si rinvencono con riguardo alla condizione del lavoratore, tutelata ai sensi degli artt. 4, 35, 36 e 41 Cost. Fine di tali disposizioni è la persona del lavoratore, e più precisamente il lavoratore subordinato nei luoghi di lavoro, destinatario di norme le quali sono volte a garantire che non sia precluso l'effettivo esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti²⁷³. In particolare l'art. 41 Cost. indica espressamente la dignità umana, quale limite esterno all'iniziativa economica, la quale, pur potendo determinare le prerogative fondamentali immediatamente coinvolte nell'esecuzione della prestazione, in nessun caso può incidere sull'integrità della persona nella sua interezza psico-fisica e sulla personalità morale del lavoratore²⁷⁴. La «struttura di valore»²⁷⁵, integrandosi con l'aspetto etico della personalità umana, è sottratta alla relazione di scambio propria del contratto di lavoro, rispetto alla quale il potere datoriale non solo arretra ma si piega ad una istanza

²⁷⁰ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giur. cost.* 1991, 3261; Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 81, *ivi*, 1993, 731 ss. In dottrina C. FLICK, *Privacy e legge penale nella società dell'informazione e della comunicazione*, in M. CUNIBERTI (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Giuffrè, Milano, 2008, 243 ss.

²⁷¹ Corte cost., 18 marzo 1986, n. 54, in *Giur. cost.*, 1986, I, 387 ss.; Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238, *ivi*, 1996, 2142 ss.

²⁷² Corte cost., 22 marzo 1962, n. 30, in *Foro it.*, 1962, II, 601; Corte cost., 19 luglio 1996, n. 257, in *Giur. cost.*, 1997, 4; Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, in *Cass. pen.*, 2001, 823 ss.

²⁷³ Lo Statuto dei lavoratori è inteso, in coerenza con i precetti costituzionali, a garantire, nei luoghi di lavoro, la libertà, la sicurezza e la dignità dei lavoratori, sia realizzando nuove forme di presenza e rafforzando l'attività del sindacato, sia ponendo, prevalentemente nel titolo I, un insieme di norme che incidono considerevolmente nella disciplina dei rapporti di lavoro, e segnatamente nei poteri del datore, stabilendo corrispondenti diritti a favore dei singoli lavoratori. In dottrina G. PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *Nss. Dig.*, 1989, IV, 897 ss.

²⁷⁴ V. FERRANTE, *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2011, 211 ss.

²⁷⁵ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1121 ss.

di tutela di carattere assoluto. Il che non può inibire l'inevitabile compressione della libertà del prestatore nel contesto lavorativo, in cui tuttavia le manifestazioni autoritative della parte datoriale sono vagliate anche in relazione alla loro incidenza sulla dignità umana del lavoratore²⁷⁶. Dignità la cui tutela, costituzionalizzata all'art. 41, 2° co., Cost., si riflette nell'art. 2087 c.c. – che, obbligando il datore di lavoro a predisporre ogni misura di sicurezza finalizzata a tutelare non solo l'integrità fisica, ma altresì la salute psichica e la personalità morale del prestatore di lavoro – costituisce tuttora una disposizione di chiusura, idonea a consentire l'ingresso nella trama contrattuale dell'obbligo di tutelare la dignità del lavoratore.

La lettura coordinata dell'art. 2087 c.c., degli artt. 32, 1° co. e 41, 2° co., Cost. ha contribuito a consolidare la posizione giuridico del lavoratore, che si è radicata nel rapporto contrattuale con la legittimazione propria delle garanzie apprestate per valere *erga omnes*²⁷⁷. Tra le più significative forme di tutela apprestate dall'art. 2087 c.c., si deve senz'altro rammentare l'elaborazione giurisprudenziale in materia di *mobbing*, che ha dato luogo ad importanti pronunce della Corte costituzionale, nelle quali si è riconosciuto come la repressione di tale condotta «non p[ossa] non mirare a salvaguardare sul luogo di lavoro la dignità ed i diritti fondamentali del lavoratore (artt. 2 e 3 Cost.)»²⁷⁸.

Scorrendo la giurisprudenza costituzionale in materia, che ha investito la disciplina dei licenziamenti come quella del demansionamento, sino alla parità retributiva per la donna-lavoratrice²⁷⁹, ne emerge uno stretto legame tra disciplina giuslavoristica e tutela della dignità, quale finalità che, in concorrenza con altre, orienta teleologicamente al perseguimento, da un lato, di obiettivi redistributivi, e, dall'altro, di sviluppo dei diritti fondamentali della persona contestualizzata nell'ambito di un rapporto di lavoro, che rappresenta la principale fonte di «legittimazione sociale per accedere ad un dignitoso tenore di vita»²⁸⁰.

²⁷⁶ A. SUPLOT, *Critica del diritto del lavoro*, Carocci, Roma, 1997, 121 ss.

²⁷⁷ L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2001, 1, 512 ss.

²⁷⁸ Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *Giur. cost.*, 2003, 3709 ss.; Corte cost. 22 giugno 2006, n. 239, in *Nuova giur. lav.*, 2006, 299; Corte cost. 22 giugno 2006, n. 238, *ibidem*.

²⁷⁹ Per una rassegna si veda A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, cit., 123 ss.; M.L. VALLAURI, *L'argomento della "dignità umana" nella giurisprudenza in materia di danno alla persona del lavoratore*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 659 ss.

²⁸⁰ U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995, 208.

L'aspetto prestazionale della dignità, che si estrinseca nei diritti sociali, trova immediato riscontro nella giurisprudenza sul diritto all'abitazione²⁸¹, la cui garanzia di effettività si pone in relazione inscindibile con la conseguente possibilità di aspirare al godimento di ulteriori diritti fondamentali²⁸²; ciò, in quanto – come sancito dal giudice costituzionale – «creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso»²⁸³. Ne risulta evidente il tratto sistematico del diritto all'abitazione che si innesta nella progressiva – nella misura in cui è finanziariamente condizionata – costruzione di una nozione di cittadinanza in senso sostanziale, servente le garanzie del rispetto della dignità sociale dell'individuo²⁸⁴.

Ancora, in ripetute pronunce sull'art. 32 Cost., pur affermando che l'effettività del diritto sociale alla salute è – in relazione al godimento dei diritti ad esso strumentali – condizionata dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale, la Corte costituzionale ritiene necessario preservare «un nucleo irriducibile del diritto (alla salute) protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela che possano pregiudicare l'attuazione del diritto»²⁸⁵. Sulla base della garanzia offerta dal nucleo essenziale la Corte ha giustificato le cure gratuite agli indigenti ed ai soggetti economicamente disagiati, ammesso ai servizi sanitari gli stranieri, considerato illegittimo condizionare ad una procedura autorizzatoria il ristoro di spese sanitarie in strutture non convenzionate sostenute, anche se in via di urgenza, da soggetti che ad

²⁸¹ Corte cost., 28 luglio 1983, n. 252, in *Giur. cost.*, 1983, I, 2519; Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217, in *Arch. loc. cond.*, 1988, 291; Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1654; Corte cost., 14 dicembre 2001, n. 410, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 64; Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Giur. cost.*, 2004, 1930.

²⁸² T. MARTINES, *Il diritto alla casa*, in ID., *Opere*, IV, *Libertà e altri temi*, Giuffrè, Milano, 2000, 11 ss.

²⁸³ Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217, *cit.*

²⁸⁴ P. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2010, 3-4, 231 ss., specie 238.

²⁸⁵ Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252, in *Giur. cost.*, 2001, 2168; Corte cost., 22 luglio 2010, n. 269, *ivi*, 2010, 3224. Come nota G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, *cit.*, 63 nota come fondare il nucleo irriducibile della salute sulla dignità sia essenzialmente un argomento retorico di sicura efficacia, ma non certo giuridicamente non indispensabile.

esse accederebbero in regime di gratuità presso strutture pubbliche²⁸⁶. Vi è tuttavia da rilevare come all'indeterminatezza del concetto di dignità sia assimilabile la carenza definitoria del cd. nucleo irriducibile, che, come emerge dalla giurisprudenza costituzionale, sembra essere più che altro uno strumento della ragionevolezza, di cui il giudice costituzionale si serve – caso per caso – per definire i termini del bilanciamento tra i vari interessi e diritti in contesa²⁸⁷.

Emblematica della compenetrazione della dignità con il principio personalistico è poi la vicenda dell'integrazione scolastica dei disabili, attraverso cui lo Stato sociale si impegna a realizzare, tanto sul piano puramente normativo quanto su quello dell'effettività, il “programma” costituzionale, ricercando un giusto equilibrio «tra l'esigenza di un libero sviluppo della persona (c.d. “universalità” del godimento dei diritti) e la sostenibilità finanziaria “delle ragioni” della solidarietà (c.d. “selettività” nel godimento dei diritti stessi)»²⁸⁸. Il riconoscimento della dignità, pur nei limiti insisti nella prassi del settore scolastico, si mostra – attraverso le forme dell'integrazione – tessuto vivo della socialità umana, ovvero declinazione primaria di un cammino rivolto all'affermazione dell'eguaglianza²⁸⁹.

Seppure, nella giurisprudenza costituzionale, si sia sostenuto che la dignità è valore che «permea di sé il diritto positivo»²⁹⁰, tale natura olistica del principio, connotato da un inesauribile forza semantica, non si riflette in modo altrettanto incisivo nelle scelte del giudice costituzionale, il quale spesso si limita a inserirlo «in un preesistente quadro giuridico “di riferimento” che serve a dare sostanza e determinatezza specifica ad un

²⁸⁶ Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *Foro it.* 1999, I, 2776; Corte cost., 12 dicembre 1990, n. 455, *ivi*, 1990, 2887; Corte cost., 6 luglio 1994, n. 304, *ivi*, 1994, 145; Corte cost., 23 maggio 1994, n. 218, *ivi*, 1994, 1812.

²⁸⁷ Sulla ricostruzione del contenuto essenziale dei diritti Q. CAMERLENGO, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005, Giappichelli, Torino, 2006, 85 ss.; A. GIORGIS, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, 121 s.

²⁸⁸ L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 130-104. Sul punto S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti ? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012.

²⁸⁹ M.R. SAULLE, *Il lungo cammino dei diritti dei disabili*, in *Affari sociali internazionali*, 2008, 3-4, 5 ss.

²⁹⁰ Corte cost., 28 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, 2239.

termine, seppur sfuggente, così assiologicamente pregnante»²⁹¹. L'evocazione della dignità risponde quindi a logiche puramente retoriche, rafforzando, nel far leva sulla sua capacità coesiva, quei principi costituzionalmente protetti che si confrontano nella dinamica del bilanciamento²⁹².

«La vera forza [del valore-dignità] va insomma riscontrata nella capacità di generare e di porre in costante relazione dinamica pressochè tutti i diritti, i doveri e i principi che ha contribuito a positivizzare; così che, opportunamente interagendo tra di loro, ogni elemento possa richiamare e attivare anche gli altri, trovando contemporaneamente il proprio posto nell'ordinamento»²⁹³. Si tratta di uno schema di analisi “a geometria variabile”, attraverso il quale l'interprete, agendo sulle «concezioni» del concetto, è in grado di manovrare l'intera costellazione dei principi, dei diritti e delle regole rilevanti nei casi concreti, imprimendo una determinata direzione al vettore interpretativo, pur nei limiti della «banda di oscillazione» tollerata dal testo costituzionale.

La dignità si mostra quindi non come dato acquisito, ma quale esito di un processo che si compie, anche per tentativi, attraverso il bilanciamento, che emerge “dal basso”²⁹⁴, nell'orizzonte della concreta condizione esistenziale. In questo ambito va pertanto calata la questione della valenza del principio di dignità, in quanto, se le esigenze in cui esso si concretizza, trovano espressione in forme diverse, storicamente e culturalmente condizionate, è da qui che bisogna partire, riconoscendo il carattere multiforme attraverso cui vengono tutelati valori, beni, bisogni e interessi considerati fondamentali. In questo contesto, «la dignità acquista dunque una più precisa funzione rapportandosi ad altri “tasselli” dell'ordinamento e interagendo con essi; [sicchè], in condizioni normali, il concetto (...) non è quindi destinato ad occupare un ruolo preminente; al più il suo richiamo può assolvere a una funzione retorico-persuasiva, [laddove] il suo sostegno diviene invece fondamentale nei c.d. “casi limite”, e cioè in situazioni di particolare gravità»²⁹⁵, casi in cui il bilanciamento non permette di raggiungere una

²⁹¹ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., 355.

²⁹² La dignità pertanto non è la bilancia, ma è partecipe del bilanciamento, rappresentando una clausola generale capace di integrare nell'analisi giuridica elementi di valore o valutazioni di ragionevolezza, tali da consentire un adeguamento della giurisprudenza all'evoluzione sociale. *Contra* M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, cit., 3162 s.

²⁹³ P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., 337.

²⁹⁴ A. CIERVO, *Diritti dal basso*, in *Dig. priv., sez. civ.*, Agg. IX, Utet, Torino, 2014, 188 ss.

²⁹⁵ P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, cit., 349. Casi limite che vengono dall'Autore indicati nella necessità di giustificare un *revirement* giurisprudenziale, o

soluzione soddisfacente, una soluzione che non comporti il sacrificio di nessun valore/principio considerato fondamentale²⁹⁶.

4.4. La dignità come principio relazionale: un tentativo di sintesi

Il concetto di dignità non si addice ad una forma positiva, ad una definizione oggettiva, né consente di tracciare linee nette. Vi è in realtà una peculiare insufficienza che lo contraddistingue, colmabile solo nel momento in cui la condizione esistenziale della persona si ritrae e assottiglia, sino a ridursi a estrema difesa contro l'annientamento, rappresentandosi come una doppia negazione: la dignità si afferma infatti attraverso gli strumenti che arginano, negandola, la negazione della dignità.

Solo in tale congiuntura la dignità rivela la sua essenza modale volta ad esprimere una differenza qualitativa, che, come tale, sorge sulla soglia, venendo di volta in volta assorbita dal fenomeno che la integra, «appunto come una linea si annulla nell'immagine di cui è contorno»²⁹⁷.

Nelle immagini, nei gesti e nelle parole si concreta l'essenza della dignità, che resta sempre figlia delle situazioni concrete e della loro capacità di imporsi per eccezionalità e smisuratezza. Così Rosa Parks quando venne arrestata nel 1955 per essersi rifiutata di lasciare il posto sull'autobus a un passeggero bianco, come imponeva la legge segregazionista del tempo, divenne «espressione individuale di una bramosia infinita di dignità umana e libertà»²⁹⁸. Senza quel gesto che costituì una rivolta verso soprusi accumulati giorno dopo giorno, il semplice reclamare dignità sarebbe stato come gridare nel deserto, nella misura in cui la dignità va agita per non limitarsi ad essere memoria della sua violazione, anziché slancio verso una promozione positiva²⁹⁹.

per rideterminare un bilanciamento messo in crisi dall'evoluzione dei dati materiali, per puntellare una soluzione interpretativa ancora dibattuta o infine per colmare una pericolosa lacuna costituzionale. Conseguentemente, fuori da "costellazioni casistiche estreme", la dignità umana è un bene inevitabilmente destinato a smarrirsi per ampi tratti la sua pretesa funzione critico-limitativa.

²⁹⁶ M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, 1999, 303 s.

²⁹⁷ M.C. LIPARI, *La dignità dello straniero*, cit., 288.

²⁹⁸ C. CARSON et al. (eds.), *The Papers of Martin Luther King, Jr., II, Rediscovering Precious Values*, July 1951 - November 1955, University of California, Berkeley, 1994, 236.

²⁹⁹ «Sono queste esperienze negative di spregio e di offesa che hanno dato forza propulsiva pratica al costituirsi, all'interno del processo storico, della salvaguardia della dignità umana come obiettivo normativo. Si può essere umiliati e offesi nella propria integrità fisica, con la violenza provocata da maltrattamenti che ci pongono nella impossibilità di esercitare la forma più elementare di autonomia, ossia il disporre liberamente del proprio corpo. Si può essere umiliati e offesi anche da atti che colpiscono

La dignità non può tuttavia essere intesa come una disposizione o un'emozione, ma si deve tradurre in pratica, una pratica complessa che comporta diversi momenti e fasi, nei quali sono richieste qualità morali quali attenzione, tolleranza e rispetto verso l'altro; di conseguenza, la dignità coinvolge un impegno, un interesse, che spinge all'azione, a farsi carico, ad assumersi l'onere di un'«attività che include tutto ciò che facciamo per mantenere, continuare e riparare il nostro “mondo” in modo da poterci vivere nel modo migliore possibile»³⁰⁰.

Nel contesto pluralista che connota il moderno costituzionalismo dei diritti, la dignità umana, nella gran parte dei casi, non può vantare una legittimazione “ontologica”³⁰¹, ma viene ad assumere concretezza in un'ottica argomentativa, quale emerge dal confronto tra le diverse costellazioni casistiche generate dal bilanciamento con le ragioni costituzionali in gioco. In quanto bene “complesso” all'interno del quale convivono dialetticamente più diritti fondamentali in attesa di aggiustamento reciproco, gli specifici contenuti che la dignità può assumere non sono un *prius*, ma semmai un *posterius*, seguono necessariamente il bilanciamento, senza poterlo disinnescare in partenza³⁰².

In questa prospettiva, la dignità umana viene dunque a caratterizzarsi per uno stretto nesso di interdipendenza concettuale con lo “sciame” degli altri diritti o principi costituzionali che contribuiscono a delinearne il profilo: questa costruzione sinergica fa del concetto l'espressione della «biografia matura del rapporto tra il cittadino e il suo ambiente sociale in rapporto allo Stato e alle formazioni sociali (...) dovendo venir inteso come mediazione tra bisogni propri e pretese altrui, [ovvero come] processo di

la comprensione normativa che una persona ha di sé e che ledono un soggetto escludendolo dal soddisfacimento di pretese legittime, rappresentando un attacco al rispetto e alla stima che poniamo in noi stessi. Si può essere umiliati e offesi, inoltre, dal fatto di vedere negato ogni valore sociale al proprio modo di essere e alla propria identità, con l'esclusione dello status di partecipanti all'interazione e di eguali soggetti di diritto, attraverso forme di discriminazione. La dignità, così, pertiene alla persona concreta, vulnerabile, calata nella contingenza delle proprie situazioni di vita e nel tessuto delle relazioni sociali». Cfr. B. PASTORE, *La concretezza dei diritti umani*, cit., 63.

³⁰⁰ J. TRONTO, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, Diabasis, Reggio Emilia, 2006, 118.

³⁰¹ La dignità, essendo «creatura giuridica camaleontica, mutevole nel tempo e sfuggente ad ogni tentativo di cristallizzazione concettuale», si espone al rischio che «diventi in fin dei conti una clausola onnicomprensiva in grado di inglobare in sé tutto (e niente) e tutelare tramite sé tutto (e niente)». Cfr. A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, cit., 133-136.

³⁰² A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità come bene penalmente rilevante*, cit., 912.

identificazione»³⁰³. Si tratta di stabilire «chi è dentro e chi è fuori» dal cerchio della socialità, dato che il processo di separazione da sé e dalla vita è preceduto da quello di abbandono della società, che si realizza attraverso l'esclusione sociale coinvolgendo il livello relazionale, per cui il venir meno di reti da cui attingere risorse materiali e simboliche (affetto, sostegno, identità, appartenenza) crea le condizioni di un pericoloso isolamento, di una progressiva erosione della dignità.

Infatti, con la perdita della possibilità di soddisfare i propri bisogni, a chi versi in uno stato di povertà viene a mancare anche la percezione di essere parte integrante di una società all'interno della quale ci si possa rapportare, su basi di parità, agli altri consociati. Sebbene i diritti formali di chi subisce un processo di *desaffiliation*³⁰⁴ restino immutati, e così il suo *status* di persona giuridicamente riconosciuta, questi vede però annullata la propria considerazione positiva di membro della società e la dignità sociale a questa connessa³⁰⁵.

Per arginare tale deriva, in vista di un'inclusione sensibile alle differenze sembra che il richiamo ad un costituzionalismo dei bisogni possa fare di questi ultimi il motore del mutamento sociale, fondando il riconoscimento giuridico sull'immanenza e sulla materialità della vita nelle sue relazioni³⁰⁶. Il riconoscimento non è più quindi una condizione irriflessa e istintiva, ma spesso sembra emergere dallo scontro per l'affermazione dei diritti fondamentali, segnato dal dissenso e dal conflitto attraverso i quali gli individui pretendono di essere riconosciuti come soggetti titolari di diritti. Se si guarda al campo della salute mentale, tale sforzo emerge in maniera peculiare attraverso l'opera di costruzione e di ricostruzione delle identità che si struttura nel rapporto tra terapeuta e paziente, ben sapendo che il nucleo profondo di ogni fragilità sta nel rischio di perdita della propria identità, sia essa fisica o mentale.

Per l'effetto, configurare i diritti come pretese, attraverso cui i titolari degli stessi sono giustificati ad esigere determinate prestazioni o condotte, conferisce pertanto a questi

³⁰³ P. HÄBERLE, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II, cit., 345.

³⁰⁴ R. CASTEL, *Diseguaglianze e vulnerabilità sociale*, in *Rass. it. sociologia*, 1997, 1, 55 ss.

³⁰⁵ B. PASTORE, *La concretezza dei diritti umani*, cit., 62 secondo cui «Qui il tema della sofferenza si lega a quello della dignità. Diventa saliente, allora, 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, attraverso l'eliminazione della sofferenza socialmente generata, che erode le basi della dignità, dell'eguale rispetto e della reciprocità dei riconoscimenti».

³⁰⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 232 ss.; anche G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. dir.*, 2013, 1-2, 3 ss.

ultimi un particolare *status* morale. Avere diritti permette di sentirsi umani in senso pieno, di sentirsi investiti di un'autorità morale che si può far valere contro chiunque e, quindi, di sentirsi uguali a chiunque altro sotto profili essenziali. Pensarsi come titolari di diritti permette di sentirsi all'altezza di, e di poterci opporre a, chi voglia privarci dell'oggetto di un nostro diritto³⁰⁷. Questa è la condizione minima per provare rispetto per noi stessi e per ottenere il rispetto degli altri. «Di fatto, il rispetto per le persone (...) può essere semplicemente il rispetto per i loro diritti (...) e quella che è chiamata “dignità umana” può essere semplicemente la capacità riconosciuta di esprimere pretese»³⁰⁸. A questa forma di riconoscimento si associa, per ogni soggetto, l'auto-relazione personale corrispondente al potersi considerare una persona capace di agire secondo giustizia, tenendo cioè in eguale considerazione la volontà degli altri e trattandoli, quindi, come fini in sé.

Riconoscere diritti ad ogni individuo permette pertanto a ciascuno di considerarsi come membro di una comunità morale, posto su un piano di eguaglianza rispetto a tutti gli altri, strutturando in tal modo emblematicamente un legame di corresponsabilità all'interno della comunità, nella quale convivono linguaggi diversificati, che, per evitare effetti di straniamento dovuti ad un “*lost in traslation*”, necessitano dell'elaborazione di vocabolari comparativi che consentano la traduzione, dando, al contempo, articolazione alle differenze ed ai contrasti. I diritti diventano, quindi, la lingua della dignità umana e dell'uguaglianza di tutti gli individui come appartenenti a una stessa comunità morale nell'ambito della quale si presuppone l'altrui rispetto.

Da tale ragionamento scaturisce la necessità di ricondurre il concetto di dignità alla struttura relazionale della persona umana³⁰⁹, perché esso può essere compreso solo attraverso la rete concreta dei riferimenti sociali e culturali in cui ciascun soggetto è inserito e attraverso cui realizza la propria umanità. Vengono a fondersi, in tale prospettiva, il punto di vista derivante dall'astrazione dell'altro, che richiede di considerare ogni individuo quale titolare dei medesimi diritti e doveri nell'ottica

³⁰⁷ F. FERRARO, *Il linguaggio dei diritti tra inflazione e scetticismo*, in *Etica & Politica*, 2013, 1, 25 ss., specie 35.

³⁰⁸ J. FEINBERG, *The Nature and Value of Rights*, in Id., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton, 1980, 151.

³⁰⁹ Sulla dignità come concetto relazionale si veda D. LUBAN, *The Rule of Law and Human Dignity: re-examining Fuller's Canons*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2010, 2, 40 ss.; Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, 339 ss.; F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, cit., 171 ss.; F. SCARAMELLA, *La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 2, 305 ss.

dell'eguaglianza formale, con quello dell'altro in concreto, che, di contro, richiede di riguardare ad ogni essere umano quale individuo che ha bisogni, desideri, affetti, una specifica storia e un'identità peculiare. In tali termini si realizza l'integrazione, pur nel contesto di una costante tensione, tra la logica funzionale dei diritti e le molteplici forme di diseguaglianza e vulnerabilità da cui emergono i bisogni e le concrete modalità di esercizio dei diritti.

L'approccio relazionale tende quindi a rimuovere dal procedimento giuridico di costruzione della persona l'indifferenza per la realtà delle condizioni materiali, negando l'utilità del riferimento ad un soggetto morale noumenico, capace di ragionare in termini imparziali e universalistici, che, in verità, si ridurrebbe ad un agente privato della sua realtà corporea, incarnata, emotiva, in sostanza ad una «maschera vuota che è tutti e nessuno»³¹⁰. In effetti, senza la concretezza della relazione intersoggettiva, non può darsi nemmeno la costruzione identitaria della persona, che, per evitare il pericolo di cadere in tentazioni pirandelliane, necessita della mediazione sociale fra l'immagine che il soggetto ha di sé e l'insieme degli aspetti oggettivi che lo compongono.

È infatti nei contesti relazionali cui partecipa che ciascun individuo costruisce la sua identità personale attraverso quell'interscambio, *da sé all'altro da sé*, intrinsecamente connesso alla dignità umana. «Senza lo scambio di sguardi e di affetti, di tensioni e di pretese, di aspettative deluse e promesse realizzate, che attraversa la rete relazionale dei rapporti intersoggettivi, nessun individuo, nessuna persona singola, nessun essere umano potrebbe costruire la propria identità e quindi potrebbe divenire consapevole della propria dignità»³¹¹.

Affermata la natura costitutiva dell'aspetto relazionale, compito del diritto appare quello di dare forma giuridica e istituzionale alla dimensione dignitaria della relazionalità in modo tale che possa strutturare e tutelare i valori fondamentali di autonomia e eguaglianza che ne costituiscono il contenuto concreto. Si tratta di una prospettiva che consente alla dignità di porsi come vettore di concezioni che attraversano tutto il tessuto costituzionale: dalla relazione che si ritrova nel lavoro quale «alta ed autentica espressione dell'umano, quella che ne segna e ne sostanzia i giorni e le opere»³¹²,

³¹⁰ S. BENHABIB, *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Routledge, New York, 1992, 161.

³¹¹ F. SCARAMELLA, *La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana*, cit., 311.

³¹² G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, cit., secondo cui «Constatare il ruolo del *nomos* della produzione è perciò constatare la congiunzione del diritto

passando per i rapporti asimmetrici – bisognosi di garanzie – tra cittadini e potere sovrano quanto all'esercizio delle libertà (artt. 13-18 Cost.) sino alla relazione “naturale” che struttura la famiglia nei rapporti orizzontali e verticali tra i coniugi e tra questi ed i figli³¹³.

L'emersione della dimensione relazionale conferma dunque la duplice declinazione della dignità, da cui si è abitati e a cui si partecipa, come limite al potere invasivo dell'autorità e come misura di concretizzazione personalistica dell'individuo nel contesto sociale, il che offre al discorso giuridico un'inesauribile riserva di senso, le cui risorse consentono di costituire il diritto in sistema cognitivamente aperto rispetto all'ambiente in relazione al quale la persona forma la propria identità.

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

Delineate le coordinate del discorso sulla dignità, se ne possono vagliare le implicazioni nel contesto della salute mentale, portando l'attenzione sulle dinamiche concrete che si riverberano nelle forme giuridiche. In questi termini si può osservare come la stigmatizzazione, che ha tradizionalmente accompagnato la malattia mentale e chi ne soffre, abbia segnato la natura e la funzione di determinati istituti giuridici, si pensi all'incapacità e all'interdizione in ambito civilistico, o ancora alla pericolosità e alle misure di prevenzione in ambito penalistico. Al contempo il pregiudizio ha piegato determinate clausole generali, facendone strumento di pratiche di dominio e prevaricazione, come nel caso dello stretto legame tra stato di necessità e pratica della contenzione. Sono questi alcuni degli esempi paradigmatici che verranno riletti e contestati alla luce della concezione relazionale del concetto di dignità, che, essendo orientato primariamente alla persona concreta e alla sua auto-rappresentazione, reclama

soggettivo, come pulsione individuale incoercibile, alle ragioni imperiose delle specie incorporate nel diritto oggettivo. Ed è il lavoro umano, in ultima analisi, a congiungere diritto soggettivo e diritto oggettivo, a rivelare e a legittimare così la verità del diritto. A scoprirlo e a dichiararlo fondamento di un ordinamento giuridico, fu sessanta anni fa, la Costituzione della Repubblica, la nostra Costituzione».

³¹³ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III – *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009, 1141 ss.

rispetto anche per le auto-rappresentazioni «folli»³¹⁴, le quali non autorizzano a rendere recessiva la dignità di chi ne è portatore.

Se la cifra esplicita di ogni offesa alla dignità umana figura nel ridurre l'uomo ad una sua parte, nel farne una sineddoche esistenziale, allora si offende la dignità di una persona malata quando la si identifica con la sua malattia, in quanto, pur essendo 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.

È un dato di fatto che le innovazioni legislative inaugurate dalla riforma sanitaria della fine degli anni settanta hanno condotto ad un sostanziale cambiamento istituzionale con 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 ha significato che le istanze espulsive si siano esaurite e abbiano cessato di esprimersi nella forma dello stigma³¹⁵. Infatti le modalità attraverso cui la collettività ha elaborato, ed elabora tuttora³¹⁶, 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 tradizione³¹⁷.

L'organizzazione sociale, i modelli culturali e i modi di espressione del disagio psichico, in senso lato, sono difatti strettamente intrecciati con le opinioni e con le misure che la collettività assume per interpretarlo e controllarlo: sicchè, al venir meno di quel "mondo a parte" rappresentato dall'ospedale psichiatrico, il sentire sociale continua

³¹⁴ V. NEUMANN, *Menschenwürde und psychische Krankheit*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1993, 276 ss.

³¹⁵ 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*, Einaudi, Torino, 1972, 13 ss.

³¹⁶ «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.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, cit., 353-354.

³¹⁷ S. VENDER, N. POLONI, S. GAMBARINI, *La stigmatizzazione nella storia e nella cultura*, in *Nooç*, 2005, 3-4, 149-166; F. BARANZINI, *Discriminazione ed accoglienza della persona con disturbo psichico nella popolazione*, *ibidem*, 245-268.

ad oscillare, in una sorta di schizofrenia collettiva, tra pregiudizio, timore, simpatia e tolleranza, mostrando spesso contraddizioni che fanno sembrare difficilmente raggiungibile una reale integrazione delle persone con sofferenza psichica.

Tuttavia, detto ciò, non è questa la sede per discutere le implicazioni psicologiche, etiche, politiche e sociali dei processi di stigmatizzazione, né per affrontare i temi inerenti alle dinamiche che conducono e mantengono attivi tali processi; tutti questi complessi argomenti meriterebbero una trattazione articolata ed approfondita che condurrebbe però lontano dall'obiettivo della ricerca³¹⁸.

Se, come abbiamo già illustrato, spesso il contenuto della dignità è ricostruibile dalla sua negazione, nel caso dei fenomeni di stigmatizzazione nel campo della salute mentale, essa trova espressione attraverso tre forme di discriminazione: una strutturale, quella individuale e l'auto-discriminazione³¹⁹. La discriminazione strutturale si sostanzia nelle conseguenze negative che gruppi svantaggiati debbono subire a causa di squilibri determinati dalla conformazione delle strutture sociali, dalle decisioni politiche e dalla legislazione. La discriminazione individuale è invece legata al timore da parte delle persone che soffrono un disturbo mentale di essere trattate in maniera differente e in termini umilianti proprio da coloro cui si rivolgono per chiedere aiuto. L'auto-stigmatizzazione costituisce l'esito di un processo cognitivo che l'individuo stesso compie, interiorizzando pregiudizi e atteggiamenti negativi della comunità in cui vive che lo inducono a considerarsi quale membro del gruppo discriminato, con conseguente abbassamento del livello di autostima e del valore di sé³²⁰.

Queste forme di offesa o di disprezzo sociale sono la prova di uno scacco, di una sconfitta nella produzione di quei rapporti di riconoscimento intersoggettivo che sono alla base dell'affermazione del patrimonio dignitario, la cui essenza costituisce pertanto «il presupposto dell'integrità della persona umana», poiché assicura l'«infrastruttura

³¹⁸ Sul punto in letteratura, tradizionalmente, G.W. ALLPORT, *La natura del pregiudizio*, La Nuova Italia, Firenze, 1973, 27 ss.; D. JODELET, *Folies et représentations sociales*, Les Presses universitaires de France, 1989, 175 ss.

³¹⁹ G. SCHOMERUS, M.C. ANGERMEYER, *Stigma and its impact on help-seeking for mental disorders: what do we know ?*, in *Epidemiologia e Psichiatria Sociale*, 2008,17, 31-37.

³²⁰ Ciò porta spesso ad allontanare i malati dai circuiti socio-sanitari attraverso i quali potrebbero ricevere cure ed assistenza, riacquistando ruoli ed abilità – necessari per esercitare i loro diritti di cittadinanza – degradati o persi dopo la comparsa dei disturbi psichici.

morale di un mondo della vita sociale in cui gli individui possono acquistare e conservare la loro integrità di persone umane»³²¹.

È in questo contesto che si può comprendere la significatività, sul piano giuridico, del progressivo percorso relazionale di liberazione dalla predette forme di stigmatizzazione che si è realizzato con il superamento dei limiti della legge n. 180/1978 la quale, nonostante la soppressione dei manicomi, non era riuscita a liberare i malati psichici anche dall'altro *asylum*, quello immateriale e legale caratterizzato dalla deprivazione di diritti e libertà, in cui continuavano a rimanere astretti a causa dell'immutato regime delle incapacità.

Si è trattato di andare oltre l'astrattezza degli istituti giuridici e, assecondando l'irregolarità della vita, prima in dottrina e in giurisprudenza e, di seguito, nella legislazione, si è abbandonata la logica binaria dell'alternativa secca tra la capacità e incapacità, il che ha aperto la strada ad una regolazione giuridica capace di riconoscere e accompagnare la varietà delle situazioni concrete. Così la relazionalità intersoggettiva è stata assunta a cifra fondamentale intorno a cui riordinare coerentemente la disciplina giuridica della condizione delle persone sofferenti, ridando loro, ove possibile, la parola attraverso una procedura flessibile che ne accompagnasse la volontà debole verso un rinnovato protagonismo³²².

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 famiglie³²³, hanno precostituito il terreno su cui innestare interventi normativi volti a superare la c.d. «emarginazione dell'incapace dalla società dei contraenti»³²⁴, primo passo per il dispiegarsi della soggettività nel quotidiano.

³²¹ A. HONNETH, *Die zerrissene Welt des Sozialen. Socialphilosophische Aufsätze* Suhrkamp Verlag, Frankfurt, trad. it. *Riconoscimento e disprezzo: sui fondamenti di un'etica post-tradizionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1993, 23 s.

³²² 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.

³²³ Dopo la legge del 1978, la nuova soggettività del paziente con un disturbo psichico ha avviato un promettente processo di riacquisizione di "cittadinanza sociale", e va sottolineato che gli interventi orientati alla riabilitazione ed alla integrazione in ambito lavorativo sono divenuti un cardine della psichiatria di comunità, rappresentando una pluralità di metodi di intervento (inserimento lavorativo, lavoro in cooperative, percorsi di formazione e tutoraggio, collocamento mirato) davvero ampio.

³²⁴ C.M. MAZZONI, *Libertà e salvaguardia per l'infermo di mente: una «contrattualità della vita quotidiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 464.

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, hanno costituito senz'altro il terreno più fertile, e insieme più insidioso, per un progetto di "rinascita sociale" e di contenimento dello stigma psichiatrico³²⁵.

Riconoscere le capacità, in vista dell'inclusione sociale, significa pertanto spostare il baricentro dei referenti etici di ciò che si ritiene giusto dal paradigma dell'*homo probus* a quello della persona concreta, con il suo bagaglio di limiti e debolezze, sapendo orientare l'intervento sociale, come quello terapeutico-riabilitativo, in direzione delle potenzialità e dei bisogni del soggetto, intesi quali valori di qualità sociale.

Al contempo, proprio il confronto con persone in carne ed ossa, nei loro concreti e quotidiani contesti di vita, rompe l'isolamento del soggetto che è avvinto nel vortice della contraddizione della follia, facendo intervenire legami sociali tali da contrastarne la vocazione alla separatezza; in tal modo si socializza la contraddizione, rendendola riconoscibile e trattabile con strategie che costruiscono attività, contesti e soggetti in modo da arricchire l'esperienza e le risorse di chi vi è coinvolto³²⁶.

L'interdipendenza viene quindi declinata con la condivisione, la reciprocità, la mutualità e la solidarietà, rinviando alla dimensione partecipativa dell'*empowerment*, all'essere rafforzati dall'agire insieme con e non su gli altri. Ciò prefigura una relazione di reciproco riconoscimento in cui ciascun individuo impara a comprendersi dalla prospettiva altrui come portatore di diritti egualmente legittimato, il che ci spinge 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 dignitosa³²⁷.

³²⁵ E. CARBONE, *Stigma psichiatrico e diritto civile. Itinerari privatistici per la realizzazione personale e il coping*, in www.personaedanno.it

³²⁶ In questa prospettiva, la vocazione sanitaria del contesto e delle attività viene declinata in termini di produzione di salute, creando legami sociali, organizzazione, progetti da condividere, producendo risorse economiche che sono fonte di reddito, appartenenze che sono fonte di riconoscimento e risultati materiali e simbolici che alimentano "il rispetto", ovvero la dignità.

³²⁷ 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». Cfr. B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2004, 44.

4.6. La dignità pretesa: la messa al bando della contenzione in psichiatria

Il tema della contenzione interseca valori, scelte e riflessioni che si muovono su piani distinti anche se tutti riconducibili al ruolo da attribuire alla persona, specie nel contesto della sofferenza e della malattia. Si tratta di un problema etico del curante legato alla cura e al prendersi cura; dipende da dimensioni di tipo organizzativo-economico inerenti alle risorse umane e strutture destinate al paziente, investendo anche l'aspetto strettamente politico, in quanto per prevenire le diverse forme di contenzione sono necessari investimenti per garantire la presenza nelle strutture di cura di un numero adeguato di personale e la necessaria formazione dei curanti. Infine, non da ultimo, si tratta di un problema giuridico che investe le possibili limitazioni alla libertà personale, ma soprattutto il suo riverberarsi sulla dignità della persona malata o indebolita.

La pratica risulta tutt'ora diffusa in vari ambiti assistenziali, soprattutto nella cura degli anziani, storicamente ha costituito oggetto di aspro dibattito in particolare in psichiatria³²⁸, toccando in maniera diretta la sfera della dignità della persona.

Per contenzione si intende qualsiasi dispositivo meccanico (architettonico) o agente chimico utilizzato allo scopo o con l'effetto di ostacolare o limitare il movimento del paziente.

Si è soliti distinguere vari tipi di contenzione, sulla base dei mezzi impiegati: qualificandola come manuale, se avviene esclusivamente ad opera del personale sanitario; meccanica, quando per darvi attuazione sono utilizzati strumenti quali cinghie pettorali, fasce pelviche, bracciali per polsi e caviglie, cinture di sicurezza al letto, alla carrozzella, alla sedia, sedia geriatrica con piano di appoggio fisso, lenzuolo chiuso, sponde a letto; farmacologica (o chimica) se consiste nella somministrazione di medicinali con finalità sedative e non terapeutiche³²⁹; ambientale che comprende tutte

³²⁸ P.F. PELOSO, *La contenzione meccanica in psichiatria e la posizione abolizionista di Ernesto Belmondo (1904)*, in *Atti dell'Accademia patavina di scienze, lettere ed arti*, 1995, 107, II, 55-84 che ricostruisce il dibattito svoltosi a inizio secolo tra gli alienisti sul tema della contenzione. Da rammentare come già nel XII congresso della Società freniatria, tenutosi a Genova nel 1904, in una relazione Ernesto Belmondo, professore di psichiatria presso l'Università di Padova, si fece strenuo sostenitore delle pratiche del *no-restraint* nei manicomi italiani, sottolineando come «tutti i mezzi di *contenzione meccanica* dell'alienato sono condannevoli in ogni caso e da escludere nella pratica manicomiale. Essi possono – e quindi devono – essere sostituiti dalla sorveglianza continuata di un personale idoneo ed in numero sufficiente, e dall'impiego di opportuni calmanti».

³²⁹ Anche se la distinzione tra funzione contenitiva e terapeutica dei farmaci è spesso sfumata, specie nel contesto psichiatrico. Sul punto G. DI SCIASCIO, *La contenzione farmacologica in psichiatria*, in R.

quelle misure che incidono sull'ambiente di vita di una persona per limitarne o controllarne gli spostamenti: il riferimento più immediato è all'organizzazione degli spazi che predeterminano le misure delle aree vitali della persona, con la finalità di controllarne il tempo, le manifestazioni e le espressioni concrete, in termini fisici e mentali; ed infine psicologica (o relazionale) se è realizzata mediante modalità di rapporto con il paziente (es. osservazione, ascolto, interlocuzione) atte a prevenire o arginare i comportamenti pericolosi.

Non tutte le misure di contenzione sollevano problematiche di ordine giuridico: così alcune procedure di stampo ambientale o relazionale non determinano limitazioni rilevanti della libertà personale (come l'applicazione di un limitatore di apertura delle finestre per prevenire tentativi di defenestrazione; osservazione accompagnata da dissuasione verbale). In questa prospettiva, la contenzione fisica, attuata in corrispondenza con lo stato di acuzie, ha riflessi limitati sulla libertà della persona rispetto ad una prolungata contenzione meccanica.

Gli studi clinici sul tema³³⁰, spesso contraddittori, non riescono a dare dimostrazione che tale pratica abbia effetti benefici, rilevando, al contrario l'emergere dei rischi legati all'uso dell'isolamento e della contenzione. Nella comunità scientifica sono ormai prevalenti le voci che sostengono che la contenzione fisica del paziente sia una pratica inaccettabile poiché ad essa si associano oltre che a problemi di ordine fisico anche problemi di ordine psicologico, etico e legale. La risposta psicologica a breve termine nei pazienti che hanno subito contenzione fisica è descritta in letteratura con un aumento dell'agitazione, devastazione emotiva caratterizzata da ritiro, paura e perdita del senso di dignità personale. D'altro canto parte della letteratura internazionale mostra come il vissuto del paziente non sia sempre negativo nei confronti della contenzione e come molti la vivano come necessaria alla propria sicurezza e al proprio processo di guarigione.

CATANESI, L. FERRANINI, P.F. PELOSO (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Franco Angeli, Milano, 2006, 51 ss.

³³⁰ C. PETRINI, *Ethical considerations for evaluating the issue of physical restraint in psychiatry*, in *Ann. Ist. Sup. Sanità*, 2013, 49, 3, 281-285; P. CAMPBELL, *The Bigger Picture*, in *Mental Health Today*, 2007, 20 ss.; L. NELSTROP et al., *A systematic review of the safety and effectiveness of restraint and seclusion as interventions for the short-term management of violence in adult psychiatric inpatient settings and emergency departments*, in *Worldviews on Evidence-Based Nursing*, 2006, 8-18; J. PALAZZOLO, *À propos de l'utilisation de l'isolement en psychiatrie: le témoignage de patients*, in *L'Encéphale*, 2004, 30, 3, 276-280; P. MORIN, C. MICHAUD, *Mesures de contrôle en milieu psychiatrique: trois perspectives pour en guider la réduction, voire l'élimination*, in *Santé mentale au Québec*, 2003, 28, 1, 126-150.

Questa ambivalenza nei confronti della contenzione fisica ha portato nelle più recenti linee guida, pubblicate dalla *American College of Critical Care Medicine*, a considerare l'utilizzo di mezzi fisici di contenzione solo come ultima "ratio" e solo dopo che siano state ricercate le cause scatenanti dell'agitazione, ma nel contempo a non escluderne l'utilità clinica in attesa di studi scientifici adeguati che indaghino il problema.

Anche per l'assenza di certezze, non appare quindi persuasiva nemmeno la ricorrente qualificazione in astratto della contenzione come atto sanitario, il che tende a legittimarne l'uso, seppure sotto la supervisione del personale medico, con la finalità di neutralizzare comportamenti auto e/o etero-distruttivi in condizioni di emergenza psicopatologica, a tutela della salute fisica e psichica del malato di mente³³¹. Nell'analisi del rapporto tra contenzione e cura è necessario invece avere un approccio multidimensionale, in grado di affrontare i problemi emergenti nella loro specificità, e al contempo tenendo conto dell'intreccio che si sviluppa tra gli stessi. Sicchè non è utile operare qualificazioni in astratto, dovendosi tener conto delle distinzioni tra le varie questioni sottese, in maniera tale da ricercare un'equilibrata soluzione per ciascuna alla luce dei pertinenti principi.

La complessità della pratica della contenzione³³² si riverbera sui tentativi di darle una disciplina giuridica che ne regolamenti le forme, le condizioni di praticabilità e i limiti invalicabili oltre i quali l'uso si trasforma in abuso³³³.

Nell'ordinamento italiano, a differenza che nell'esperienza di altri paesi³³⁴, mancano disposizioni legislative e regolamentari dedicati a queste pratiche³³⁵, con la parziale

³³¹ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*⁵, Utet, Torino, 2013, 964 s.

³³² Sul punto M. MASSA, *Contenzione (La)*, in *Dig. priv., sez. civ.*, X, Utet, Torino, 2015 (in corso di pubblicazione).

³³³ Sui recenti casi Mastrogiovanni (Cass. pen., sez. V, 4 giugno 2010, n. 34931; Cass. pen., sez. V, 17 luglio 2010, n. 34961; Trib. Vallo della Lucania, 27 aprile 2013, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di G. DODARO, *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni*) e Casu (Trib. Cagliari, 17 luglio 2012, n. 934, *ivi*, con nota di G. DODARO, *Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio istituzionale"*). Su quest'ultimo G. DEL GIUDICE, *...e tu slegalo subito. Il caso Cagliari*, Alpha Beta Verlag, Merano, 2014.

³³⁴ Ad esempio in Québec la *Loi del 2001 sur la réduction au minimum de l'utilisation de la contention sur le malades*, L.O.2001, c.16 su cui E. BERNHEIM, *La médication psychiatrique comme contention: entre autonomie et protection, quelle place pour un cadre juridique ?*, in *Santé mentale au Québec*, 2010, 35, 2, 163-184; l'art. 40 della Legge sull'assistenza sociopsichiatrica (LASP) del Canton Ticino; il § 33 dell'*Unterbringungsgesetz* del 1991 (UbG – Legge sui ricoveri in strutture psichiatriche) in Austria; sul caso degli Stati Uniti, anche sotto il profilo della giurisprudenza, P.R. RECUPERO *et al.*, *Restraint and Seclusion in Psychiatric Treatment Settings: Regulation, Case Law, and Risk Management*, in *Journal Am. Acad. Psychiatry Law*, 2011, 39, 465-476; per uno sguardo comparato sull'applicazione della contenzione sotto il profilo clinico, T. STEINERT, P. LEPPING *et al.*, *Incidence of seclusion and restraint in*

eccezione dell'ordinamento penitenziario; tuttavia, pur potendo delinearsi il quadro di una disciplina per principi attraverso gli istituti generali dell'ordinamento, sembra utile rammentare anche le specifiche previsioni che, in ambito deontologico, sul tema della contenzione sono presenti nel codice professionale degli infermieri e in quello dei fisioterapisti³³⁶.

Questa assenza di una disciplina normativa specifica – che non significa anomia o assenza di diritto – si spiega, da un canto, con l'insostenibile ritardo culturale del legislatore e, dall'altro, con la difficoltà di regolamentare materie che si ritiene rientrino esclusivamente nel campo della disciplina medica, alla quale viene conferita una sorta di delega a regolamentare i “casi difficili” attraverso strumenti di *soft law*.

La disciplina a mezzo di linee guida non traccia solo regole cautelari, ma soprattutto vettori di programmazione sostenibili e razionali, al contempo però questa compresenza di finalità diverse da quella cautelare, finisce fatalmente per annacquare quest'ultima finalità e per indebolire gli effetti di tutela del paziente che l'osservanza delle linee guida si ripromette di conseguire.

Il problema di fondo è prendere coscienza dell'effetto perverso che possono generare le prassi, perverso perché le prassi e la loro regolamentazione di per sé hanno una corretta finalità, limitare i danni, ma anche esternalità negative, ovvero consolidare le prassi e legalizzarle facendo cessare qualsiasi riflessione sulle stesse.

Per tale motivo è necessario problematizzare queste prassi e ricordarsi che l'obiettivo da perseguire è quello di rispettare i diritti fondamentali del cittadino, riflettendo non più sul come, ma sul se ed entro che limiti è ammissibile la contenzione.

La fragilità intrinseca di tale forma di regolamentazione, a prescindere dall'istituzione da cui promani³³⁷, pone in rilievo l'importanza – *de jure condendo* – di una codificazione della materia da parte del legislatore. Legislatore che avrebbe la piena legittimazione per intervenire, essendosi peraltro riservato, nel settore sanitario, la

psychiatric hospitals: a literature review and survey of international trends, in *Soc Psychiat Epidemiol*, 2010, 45, 9, 889-897.

³³⁵ Si veda R. CATANESI, F. CARABELLESE, G. TROCCOLI, *Contenzione fisica in psichiatria*, in V. VOLTERRA (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Masson, Milano, 2010, 970.

³³⁶ In particolare l'art. 30 del codice deontologico dell'infermiere del 2009, in www.ipasvi.it; art. 28 del codice deontologico del fisioterapista del 2011, in www.aifi.net.

³³⁷ Nel settore si segnalano il documento della Conferenza delle regioni e delle province autonome, *Contenzione fisica in psichiatria: una strategia possibile di prevenzione*, 29 luglio 2010, 10/081/CR07/C7, in www.regioni.it; le *Raccomandazioni inerenti la contenzione fisica*, adottate dalla Società italiana di psichiatria, in *Quad. it. psichiatria*, 2012, 2, 42-45.

possibilità di adottare, oltre al Piano sanitario nazionale e ai piani di settore aventi rilievo e applicazione nazionali, «norme, linee-guida e prescrizioni tecniche di natura igienico-sanitaria» relative, fra l'altro, all'approvazione di istruzioni tecniche su tematiche di interesse nazionale e alla definizione dei criteri per l'esercizio delle attività sanitarie³³⁸. In particolare al Ministero della salute sono stati attribuiti compiti di indirizzo generale e di coordinamento in materia di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione delle malattie umane, nonché di adozione di norme, linee-guida e prescrizioni tecniche di natura igienico-sanitaria³³⁹.

Quanto scritto, non significa auspicare un intervento legislativo che “espropri” alla comunità scientifica quella sfera di auto-regolazione che è indispensabile per il suo sviluppo, ma semplicemente considerare necessario, specie in ambiti che incidono direttamente sui diritti fondamentali delle persone, la previsione di forme di regolamentazione vincolanti ed omogenee su tutto il territorio nazionale, per evitare fenomeni di discriminazione territoriale o di carattere sociale. La proceduralizzazione rende la pratica più trasparente e conforme alle regole etiche e giuridiche, specialmente in un contesto di asimmetria tra le parti, in cui risulta necessario riequilibrare la posizione del soggetto vulnerabile rispetto a quella dell'autorità sanitaria.

Le linee guida sono infatti materiali utili alla comprensione della realtà, degli usi e delle prassi secondo le quali determinate attività devono essere eseguite in conformità alla *leges artis*, ma non possono in nessun caso deviare l'attenzione dal controllo sulla legalità dei comportamenti, legalità che può essere definita solamente in termini di *hard law*.

Nella distribuzione di poteri tra scienza e diritto, il legislatore può, a ragione, rivendicare il proprio ruolo di *gatekeeper*, sottraendo alla comunità scientifica l'ultima parola non tanto sulle questioni scientifiche, quanto sui loro riflessi in quelle aree in cui si intrecciano regole e vita. Non rappresentando mai soltanto un limite (alla scienza) e nemmeno soltanto il potere legittimamente riconosciuto, il legislatore si trova di fronte all'eccedenza della vita con compiti difficili, tuttavia l'operazione di regolazione che deve realizzare si manifesta tanto più legittima, in quanto sia in grado di codificare il

³³⁸ Art. 115, 1° co., let. a), b), d), f), d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

³³⁹ Art. 47 *ter*, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 (come modificato ai sensi dell'art. 1 legge 13 novembre 2009, n. 172) che prevede l'attribuzione di tali funzioni in capo al Ministero della salute.

linguaggio e i metodi della scienza in forme compatibili con una rigorosa tutela della persona e dei diritti ad essa riconducibili³⁴⁰.

Tornando sull'inquadramento della contenzione a livello costituzionale, secondo la prevalente dottrina³⁴¹, la contenzione non può dirsi lecita, se non è prevista da una norma di legge, che ne disciplini al contempo casi e modi dell'applicazione. Ancor meglio, come ha puntualizzato il Comitato Nazionale per la Bioetica, posto che il paziente psichiatrico ha «diritto a un trattamento privo di coercizioni e rispettoso della dignità umana con accesso alle più opportune tecniche di intervento medico, psicologico, etico e sociale», la contenzione può essere praticata «solo in casi eccezionali in mancanza di alternative»³⁴².

È in particolare nell'art. 13 Cost. che si rinvengono le garanzie che tutelano la persona anche a fronte di misure limitative di breve durata temporale, ma comunque incisive sulla sfera giuridica dell'individuo³⁴³. La Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che nell'art. 13 Cost. la libertà personale viene in considerazione non solo con il significato di «libertà dagli arresti» e si manifesta nella sua massima espressione nel senso di libertà dalla sottoposizione a coercizioni di qualunque genere.

Quindi così come un arresto, se attuato al di fuori dei modi e delle condizioni prescritte dal codice di rito, costituirebbe fattispecie penalmente rilevante, allo stesso modo la pratica della contenzione realizzata al di là dei limiti della stretta necessità terapeutica integra un illecito.

A questa conclusione si potrebbe pervenire anche se si ritenesse che la disciplina della contenzione possa essere ricondotta entro l'art. 32, 2° co., nella misura in cui la riserva di legge in esso prevista vieta all'interprete di «aggiungere altre e diverse ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori a quelle specificamente previste da disposizioni di leggi

³⁴⁰ E. RESTA, *Biodiritto*, in *Enc. Treccani*, Roma, Treccani, 2009, 43 che nota come «Giuridificare la vita significa metterla in "forma" e, di conseguenza, incidere direttamente su destini, scelte, progetti: mai come in questo caso il diritto si costruisce come tecnica, e insieme potere, che aggiudica libertà e limiti, possibilità che si aprono e contingenze che ne riducono gli spazi».

³⁴¹ 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 suicidiario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 6, 1509 ss.; M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, 159 ss.

³⁴² COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Psichiatria e Salute mentale: orientamenti bioetici*, 24 novembre 2000, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'editoria, Roma, 2000, 13.

³⁴³ 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 suicidiario*, cit., 1495 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013, 49 ss.; D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, cit., 160 s.

formali o di atti aventi forza di legge»³⁴⁴, risultando dunque incompatibile con il dettato della norma il «carattere vago dell'indicazione dei casi in cui l'intervento autoritativo viene consentito»³⁴⁵.

Non si sottraggono, in questo senso, a dubbi di costituzionalità le disposizioni dell'ordinamento penitenziario³⁴⁶, come attuate nel relativo regolamento di esecuzione³⁴⁷, che prescrive per la contenzione nei penitenziari «l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche». Tale previsione che è volta a garantire ai detenuti un eguale trattamento rispetto a quello offerto negli ospedali civili, pur presupponendo la pratica della contenzione, non ne indica le ipotesi e le condizioni alle quali la stessa può essere praticata.

Diversa è altresì l'ipotesi dei trattamenti sanitari obbligatori in psichiatria con riguardo ai quali, specie quelli a carattere coattivo, non si può escludere che per darvi attuazione i sanitari si trovino costretti ad utilizzare mezzi di contenzione, quantomeno fisica. Tuttavia, neppure in questo caso vi è una legittimazione generalizzata della contenzione, in quanto è bene ricordare come la legge n. 180/1978 si connoti per la primazia del principio di volontarietà dei trattamenti sanitari, derogato solo nei casi espressamente previsti dalla legge, oltre che nei limiti e con le garanzie ivi previste.

Senza un'adeguata base legale, dunque, la contenzione non può ritenersi legittima, neppure laddove la si faccia rientrare nella categoria degli atti medici. In questi termini si è osservato come «il principio del consenso agli interventi altrui sulla propria persona costituisca il naturale corollario del più ampio principio della libertà personale, che si sostanzia nell'esclusività del proprio essere fisico e psichico e in virtù del quale la persona non può essere sottoposta a coercizione nel corpo e nella mente, a violazione della sua sfera di libertà corporale e anche soltanto morale; ogni potere o dovere del medico sul paziente trova in radice la sua unica ed esclusiva fonte nel consenso del paziente stesso, che rappresenta il momento focale della stessa autorizzazione

³⁴⁴ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 558.

³⁴⁵ A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, cit., 517.

³⁴⁶ Art. 41 della legge 26 luglio 1975, n. 354 relativa all' «impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coercizione».

³⁴⁷ Art. 82, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230. Sul punto M.G. COPPETTA, *Art. 41*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2006, 407 ss.

legislativa dell'attività medica»³⁴⁸. Seppure il consenso non si rappresenti quindi come matrice legittimante la pratica medica, esse costituisce tuttavia requisito di legittimità o liceità del trattamento medico, rendendone l'esecuzione pienamente conforme ai principi stabiliti dall'ordinamento. In tal senso è come se la facoltà di curare, che spetta al medico in ragione dell'esercizio della sua professione, venisse ad integrare una posizione giuridica soggettiva priva di pienezza di diritto, con la «consistenza di un diritto fievole o condizionato, il quale necessita, per la sua concreta legale espansione, dell'acquisizione del consenso del paziente»³⁴⁹.

Non è quindi sufficiente asserire che la contenzione fisica in psichiatria può essere inclusa tra i provvedimenti sanitari atti a tutelare la vita e la salute della persona per legittimarne la pratica, potendosi ritenere scriminato solo il medico che l'attuasse o nei casi in cui l'uso della forza è autorizzato da una specifica norma di legge o quale *extrema ratio* in ipotesi di stretta necessità.

In questi termini, «l'uso della contenzione, in assenza di una specifica autorizzazione legislativa [può] essere scriminato ai sensi degli artt. 52 (difesa legittima) e 54 (stato di necessità) c.p. Tuttavia, un conto è rinunciare a punire il medico per un intervento eccezionalmente giustificato in situazioni di necessità; un altro sarebbe riconoscergli un dovere o potere di intervenire, con il correlativo dovere del paziente di subire l'intervento, tale da configurarsi come limite alla libertà individuale. Per dare una base legale adeguata a un riconoscimento siffatto, non è sufficiente la mera esclusione in negativo e in generale (con riguardo a un novero di fattispecie esteso ben al di là di pratiche ed emergenze mediche) della punibilità di trattamenti sanitari eseguiti senza quell'autorizzazione di legge che – sola – può tenere luogo del consenso del paziente»³⁵⁰.

Come emerge dalla pur sintetica analisi svolta, il tema della contenzione è molto complesso, profondo, radicale, antinomico, pericoloso e ambiguo. Ne va della sicurezza

³⁴⁸ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974, 201.

³⁴⁹ M. BONA, G. IADECOLA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, Milano, 2009, 8.

³⁵⁰ M. MASSA, *Contenzione (La)*, cit..

di chi cura, ma anche della tragedia di chi è curato, sottoposto a misure alle quali la nostra coscienza etica si ribella, ostinata fino in fondo³⁵¹.

La contenzione proprio alla luce di questa sua naturale ambivalenza si propone come un banco di prova per misurare la sostenibilità delle diverse letture della dignità, saggiandone la coerenza.

La visione oggettiva della dignità potrebbe sembrare, a prima vista, la più solida a cui richiamarsi per bandire la contenzione dalla pratica medica: se infatti l'uomo, in quanto portatore di tale valore, non può essere ridotto a oggetto, strumentalizzato in funzione di interessi ultranei, allora la contenzione, quale forma degradante di limitazione della libertà del singolo, dovrebbe venir esclusa dal novero delle pratiche "pensabili". Tuttavia l'accezione di dignità di cui stiamo discorrendo prescinde dal dato soggettivo per assurgere a livello "metafisico", imponendosi sull'individuo al fine di tutelarne l'integrità e non l'identità. Quindi in nome della dignità, declinata come tutela della vita o come visione assoluta del bene della persona, non può escludersi la legittimazione della pratica della contenzione laddove la stessa sia funzionale al perseguimento del valore in cui si incarna di volta in volta la dignità stessa. La contenzione, anche ove costituisca una ferita all'identità della persona, si giustifica in quanto disposta nel *best interest* del paziente, il che rende difficile limitarne o "contenerne" l'ambito di applicazione, nella misura in cui si rivela troppo elastico il semplice riferimento ad uno *standard* di applicazione che sia ragionevole, giustificabile e proporzionato al rischio creato dal paziente.

Diversa è la prospettiva qualora si principi dal presupposto della illegittimità (o, penalisticamente, illiceità) della pratica contenitiva, in quanto la sua attuazione in questo caso si connota come pura eccezione alla regola generale che la vieta, riducendo

³⁵¹ E. BORGNA, *La contenzione è sempre evitabile se c'è relazione*, in *Cura e qualità della vita. La contenzione*. Atti della giornata di studio, Manno, 11 ottobre 2010, 22 ss., specie 25 ove l'Autore sottolinea «Sono rimasto angosciato di fronte alla facilità con cui si tende a realizzare contenzioni, sia pure muovendo dalla persuasione soggettiva che siano le sole adatte, in diversi reparti di psichiatria: anche in grandi città. Molta aggressività è determinata dalle relazioni sbagliate che si hanno con questi pazienti. Molta aggressività, e quindi molta contenzione, è legata al fatto che non si cerca di entrare in relazione con questi pazienti, sia perché si diventa prigionieri della routine, sia perché si è svuotati interiormente: divenendo incapaci di ascolto e di pazienza; e così ci si rifugia nel cortocircuito della contenzione. La contenzione entra in crisi se c'è la percezione, la vocazione filosofica, umana, psicologica, spirituale, a bruciare ogni forma gerarchica per vivere l'incontro con l'altro su di un piano di radicale alterità. Sia la persona con *handicap*, sia la persona anziana, che entrano in un istituto, in una casa di riposo, entrano già in una condizione di contenzione implicita, perché perdono il contatto con la casa, con quelle relazioni che avevano e quindi vivono dentro di sé sentimenti di rabbia, condizione emotiva che facilita l'aggressività».

i margini di rischio che l'uso trascenda in abuso. Solo in tali termini, ossia circoscrivendone con rigore i limiti di liceità, è possibile renderne l'esecuzione pienamente conforme ai principi stabiliti dal nostro ordinamento informato alle concezioni del personalismo e dell'autonomia. I margini di tale scelta si rinvergono nel confronto con il binomio *autonomia e vulnerabilità*, laddove la vulnerabilità non può e non deve limitare completamente l'autonomia delle persone, poiché altrimenti la condizione del singolo verrebbe ad integrare una posizione giuridica soggettiva priva di pienezza di diritto, con la consistenza di un diritto condizionato, il quale necessita, per la sua concreta legale espansione, di condizioni che trascendono la volontà dell'individuo.

In questo contesto la dignità non si pone dunque come principio "tiranno", ma concorre con altri valori, in virtù del fenomeno dell'irradiazione (*Ausstrahlungswirkung*)³⁵², a conformare tutta l'attività giuridica. Essa assume connotati relazionali, nella misura in cui è nella relazione che si crea quel legame e quella comprensione che sono alla base del riconoscimento nell'altro da noi di una condizione analoga e paritaria alla nostra che spinge a tributare il rispetto dovuto in una comunità di simili³⁵³.

All'opposto, «la contenzione, questo modello così radicalmente inaccettabile di assistenza, frantuma ogni dimensione relazionale della cura; facendo ulteriormente soffrire esistenze lacerate dal dolore dell'anima e dal male di vivere, e ancora di più dalla angoscia e dalla tristezza, dalla estraniamento e dalla corrosione anancastica, dalla dissociazione psicotica e dalla frantumazione maniacale (...) Non ci si può insomma non confrontare con il problema così arido, e così dissonante, della contenzione se vogliamo riflettere sulle dissolvenze della dignità umana in psichiatria»³⁵⁴. La partecipazione dei pazienti alle decisioni di trattamento rappresenta un elemento essenziale del successo terapeutico, sia riguardo alle cure in generale che nell'ipotesi di applicazione di misure contenitive. L'attuazione della relazione terapeutica esige il riconoscimento dell'autonomia del paziente e l'impegno reciproco nel dialogo e nell'elaborazione di un rapporto di cura.

³⁵² R. ALEXI, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in *Rechtstheorie*, 1987, 18, 405 ss.

³⁵³ R. SENNET, *Respect in a World of Inequality*, Norton & Company, New York, 2003, trad. it. *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Il Mulino, Bologna, 2004, 209 ss. si deve notare che il volume, pur importante, nel titolo italiano inganna, dato che la dignità nella prospettiva dell'Autore è solo riflesso del rispetto.

³⁵⁴ E. BORGNA, *La dignità ferita*, Feltrinelli, Milano, 2013, 52-53.

La prospettiva del *no restraint* è una scelta radicale, che non si può improvvisare richiedendo maturazione e condizioni contestuali che la favoriscano. La cura necessita dunque di un contesto di supporto sufficiente e sopportante, che regga tutta una serie di pressioni, sia interne che esterne, all'interno del quale appunto si sia radicata la ferma volontà di pensare e sentire che è sempre possibile un'alternativa, all'interno del quale si siano sviluppati un *modus operandi* e dispositivi concreti³⁵⁵. La limitazione della contenzione viene generata da una realtà complessa e non è riducibile all'astensione dall'attuazione, ad un controllo statistico o a vaghe linee guida con prescrizioni tecnico-temporali. Essa è frutto della costruzione di una valida alternativa che non può essere improvvisata nel momento del bisogno, giacché si tratta di uno "stile" che deve connotare persone e istituzioni.

In questo senso, se si condivide l'idea che la contenzione non dovrebbe avvenire mai, si deve anche sostenere con rigore che, laddove avvenga, per essere inserita in una cornice giuridica accettabile, ciò impone comunque di escludere ogni atto che abbia ad implicare una ferita radicale alla persona, alla sua dignità che non è scindibile dalla libertà come autodeterminazione.

4.7. La chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari

In data 29 maggio 2014 la Camera dei Deputati ha definitivamente approvato il decreto legge n. 52/2014, convertito in legge n. 81/2014, con cui è stata prorogata – al 31 marzo 2015 – la data di dismissione degli ospedali psichiatrici giudiziari. Si tratta, forse, del provvedimento che chiude in via definitiva una stagione, modificando in maniera permanente la percezione istituzionale e quella sociale del fenomeno del trattamento del "reo folle", sinora relegato nell'ospedale psichiatrico giudiziario, ovvero in un limbo tra custodia e cura³⁵⁶.

³⁵⁵ S. CLERICI POLI, A. AMBROSIO, *Prevenzione e gestione operativa della contenzione. Esperienze legate al disagio psichico*, in *Cura e qualità di vita. La contenzione*, cit., 32-33.

³⁵⁶ Così T. PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, cit., 242 sottolineava come «l'intima compenetrazione tra finalità terapeutico-curativa e finalità rieducativa permette[sse] di considerare il ricovero in ospedale psichiatrico alla stregua di un "trattamento", il cui scopo (giuridico) di prevenire manifestazioni criminose, proprio di ogni misura di sicurezza, si specifica nella necessità di ottenere la guarigione da una malattia, ed il cui contenuto e le cui modalità debbono pertanto assumere i caratteri propri di una terapia». Anche Corte cost., 9 giugno 1987, n. 68, in *Giur. cost.*, 1967, 752.

Un limbo, creato dal codice penale del 1930 attraverso l'introduzione di un sistema a doppio binario, che trovava il suo retroterra ideologico nel pregiudizio per cui il folle che delinque dovesse essere punito due volte, sottostando ad una «coercizione intermedia» «tra il vero manicomio e il vero carcere»³⁵⁷, in un luogo in grado di fornire un trattamento adeguato alle condizioni patologiche proprie del malato che delinque.

Se l'ospedale psichiatrico mostrava enfaticamente la sua vocazione al contenimento della follia ridotta a malattia, l'Opg si è mostrato con tutto il suo apparato detentivo, dichiarando la sua vocazione al contenimento della malattia mentale ridotta a pericolosità³⁵⁸. In questo senso, negli Opg «gli spazi, le prospettive, gli angoli segnano più degli uomini e delle parole la finalità propria dell'istituto. La pericolosità abita ogni angolo, impregna con la tensione della sua presenza ogni cosa. Chi è costretto a vivere nell'Opg deve confrontarsi quotidianamente con queste immagini. L'immutabilità dell'esperienza dello spazio costringe gli internati a difficili esercizi di riduzione di sé, di sottomissione all'istituzione in un tentativo di sopravvivenza per salvaguardare al proprio interno almeno un brandello della propria dimensione umana. Costretti in questi luoghi, gli internati ridimensionano il loro sentire, introiettano le regole dell'istituto, interrompono il loro dialogo col tempo. Diventano loro malgrado ciò che noi conteniamo nella categoria del "malato pericoloso". La continuità dell'esistenza, l'estensione lineare della storia personale subisce minacce, attentati e fratture crudeli. Le persone, per difesa, per sopravvivere, devono accettare quella unica e piatta identità. L'Opg è un'istituzione totale (...) in quanto apparato che produce meccanismi, anche sottilissimi ed infiniti, capaci di rubare senso al sentire singolare, al tempo proprio; capaci perfino di "sottrarre il potere" sul proprio stesso corpo»³⁵⁹.

La conferma di questa funzione totalizzante dell'istituzione emerge anche dal suo tratto omologante e anti-terapeutico: l'eterogeneità delle categorie di soggetti ristretti negli Opg infatti contraddice la pretesa vocazione terapeutico-specialistica, svelando la sua natura di uniforme contenitore di individui concentrati nel medesimo luogo sulla base di

³⁵⁷ E. FERRI, *Sociologia criminale*⁴, 1900, Torino, 4 ss., specie 869, 872; R. DE NOTARISTEFANI, *Penitenziari (sistemi)*, in *Dig. it.*, XVIII, II, Utet, Torino, 1906, 76 ss.; *contra* A. GILARDONI, *Manicomi*, in *Dig. it.*, XV, Utet, Torino, 1903-1907, 667 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1902², 80 s.

³⁵⁸ P. DELL'ACQUA, S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, 1355 ss.

³⁵⁹ P. DELL'ACQUA, S. D'AUTILIA, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, *cit.*, 1356.

rozzi apparentamenti³⁶⁰, anche perchè una così variegata platea di soggetti ristretti nella struttura manicomiale comporta non di rado una generale intensificazione delle cautele custodiali, collide con le più elementari esigenze terapeutiche proprie del sofferente psichico.

Tale sistema ha resistito a qualsiasi istanza di cambiamento, elusa anche dalla pur coraggiosa riforma dell'ordinamento penitenziario che, con legge n. 354/1975, si limitò a ridenominare l'istituzione (da manicomio a ospedale psichiatrico giudiziario) senza modificarne la sostanza³⁶¹, ovvero la natura di luogo ove «la cura si trasforma in una pena peggiore dell'ordinaria»³⁶².

L'approvazione della legge n. 180/1978, pur non incidendo sulla condizione degli ospedali psichiatrici giudiziari, ha tracciato il solco verso il cambiamento del modello di trattamento delle malattie mentali, abolendo, anche in termini normativi, quel “riflesso condizionato” che faceva coincidere la sofferenza psichica con la pericolosità³⁶³. Si è passati dall'ospedale psichiatrico alla psichiatria di comunità che, attraverso la rete dei servizi gestisce i percorsi terapeutico-riabilitativi sul e con il territorio, avendo cura di rapportarsi e interagire con il contesto familiare e sociale del paziente. Si tratta di un approccio che ha destrutturato pregiudizi e stereotipi, venendo ad influire, seppur in

³⁶⁰ Eterogeneo appare l'elenco dei soggetti tradizionalmente ristretti in OPG: imputati prosciolti per vizio totale di mente (art. 88 c.p.) e sottoposti, in quanto socialmente pericolosi, all'internamento nella struttura manicomiale (art. 222 c.p.); condannati a pena diminuita per vizio parziale di mente, dei quali sia stata accertata la pericolosità sociale (art. 89 c.p.); imputati nei cui confronti le misure di sicurezza psichiatriche siano state applicate in via provvisoria, in base al combinato disposto di cui agli artt. 206 c.p. e 312 c.p.p.; condannati ai quali, nel corso dell'esecuzione della pena, sia sopravvenuta un'infermità psichica, tale da impedire l'esecuzione della stessa (art. 148 c.p.); soggetti sottoposti a una misura di sicurezza detentiva, che risultino colpiti, nel corso della sua esecuzione, da un'infermità psichica (art. 212 c.p.); soggetti, sia imputati che condannati, inviati in Opg, per essere sottoposti ad osservazione psichiatrica (art. 112, 1° e 2° co., reg. esec. ord. penit.); minorati psichici, vale a dire imputati e condannati ai quali, nel corso della detenzione sia sopravvenuta un'infermità psichica, tale da non comportare, per gli uni, l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza e, per gli altri, l'ordine di ricovero in Opg o in casa di cura e custodia (art. 111, 5° co., reg. esec. ord. penit.).

³⁶¹ Si mantenne comunque la possibilità di usufruire di licenze (art. 53 ord. penit.), già contemplate dal regolamento carcerario del 1931, concedendo l'accesso alla misura alternativa della semilibertà (artt. 48, 1° co. e 50, 2° co., ord. penit.) anche agli internati.

³⁶² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 81. Tanto da venir definiti, in tempi non sospetti, dallo stesso direttore del manicomio giudiziario di Aversa come “lager sanitari” vedi D. RAGOZZINO, *Manicomi giudiziari: depositi di malati o veri ospedali?*, in *Quad. crim. clin.*, 1970, 97 ss.

³⁶³ L. BRUSCUGLIA, *Commentario alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, in *Le nuove leg. civ. comm.*, 1, 1979, 176 ss.; G. VISINTINI, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, cit., 445 ss.; C. CASTRONOVO, *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 607 ss.

modo indiretto sulla svolta che ha portato alla decisione di superare gli ospedali psichiatrici giudiziari³⁶⁴.

Questo inquadramento risulterebbe peraltro gravemente deficitario se non si desse conto, seppur in sintesi, delle profonde trasformazioni che la misura di sicurezza dell'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario ha subito, a seguito di taluni significativi interventi del legislatore e, ancor più, della Corte costituzionale, che ne hanno gradatamente sbriciolato l'originaria rigidità³⁶⁵.

Al superamento del dogma della pericolosità presunta, suggellato definitivamente dalla legge "Gozzini" del 1986, era stato dato impulso dalla giurisprudenza costituzionale³⁶⁶: a partire dalla sentenza n. 139 del 1982³⁶⁷, che, pur riaffermando «la legittimità in via di principio, nel campo delle misure di sicurezza, di tecniche normative di tipizzazione di fattispecie di pericolosità cui collegare l'applicazione di determinate misure», rilevava «la doverosità del sindacato, alla stregua del principio di uguaglianza, su singole fattispecie di pericolosità costruite in termini "presuntivi" e rigidi, là dove la presunzione di pericolosità non abbia fondamento nell'*id quod plerumque accidit* ed abbia per conseguenza la indiscriminata applicazione delle misure di sicurezza in situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi». In applicazione di questa direttiva, la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 222 c.p., nella parte in cui, prescindendo dall'attualizzazione del giudizio di infermità mentale, fondava la presunzione di pericolosità su «una presunzione ulteriore, concernente il perdurare della stessa infermità psichica, senza mutamenti significativi dal momento del delitto al momento del giudizio». Ed era

³⁶⁴ Non si condividono, in questo senso, le considerazioni sul punto di A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quad. cost.*, 2, 2013, 343 ss., specie 348 che tendono a sminuire la portata prospettica e l'influenza della legge n. 180/1978.

³⁶⁵ F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG ! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. pen. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 64 ss.; A. MANNA, *Sull' "abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia ?*, ivi, 2013, 3, 1329 ss.; G.L. GATTA, *La riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in R. GAROFOLI, T. TREU (a cura di), *Treccani: il libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, 128-131; M. PELISSERO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari al tempo della crisi*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2012, 1017 ss.

³⁶⁶ In particolare sul problema della pericolosità e delle misure di sicurezza A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Giappichelli, Torino, 1997; M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2007; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

³⁶⁷ Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139, in *Giur. cost.*, 1982, 1202 ss. con nota di G. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*; E. MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1589 ss.

appunto questa presunzione assoluta, priva di base scientifica, a comportare la violazione del principio d'eguaglianza.

Tuttavia, specie dopo che il legislatore del 1986 ha inteso superare completamente il sistema delle presunzioni di pericolosità, sono esplose le ulteriori contraddizioni insite nelle residue rigidità della disciplina delle misure di sicurezza che sono state affrontate con la sentenza n. 253 del 2003³⁶⁸ nella quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 222 c.p. «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

Sul piano dei principi normativi, ciò ha comportato una chiara indicazione di preferenza per misure non restrittive della libertà, attribuendo rilevanza in primo luogo ai bisogni di cura dell'infermo in un'ottica che non poteva più ridursi al solo aspetto della sicurezza nei confronti del reo³⁶⁹.

La Corte ha dunque costituzionalizzato due principi fondamentali: da un lato, il principio di flessibilità della disciplina delle misure di sicurezza, che impone di adeguare le forme del controllo penale alle condizioni del reo, dall'altro, quello di sussidiarietà che impone di considerare il ricovero in ospedale psichiatrico o in casa di cura e di custodia non come un destino già scritto per l'infermo di mente-autore di reato, essendo tali misure applicabili solo laddove l'adozione della libertà vigilata a contenuto "terapeutico" non sia idonea a contemperare esigenze di cura e necessità di difesa sociale.

³⁶⁸ Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, in *Giur. cost.*, 2003, 4, 2116 ss., con nota di G. FAMIGLIETTI, *Verso il superamento della "pena manicomiale"*; T. GROPPI, *La sentenza n.253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, in www.giurcost.org, 29 luglio 2003; da ultimo nel negare la persistenza di qualsiasi automatismo Corte cost., 9 luglio 2009, n. 208, in *Giur. cost.*, 2009, 4, 2405 ss.

³⁶⁹ Successivamente, la Corte (Corte cost., 17 novembre 2004, n. 367, in *Giur. cost.*, 2004, 3993) ha accertato l'illegittimità dell'art. 206 c.p. per violazione dell'art. 32 Cost., nella parte in cui tale disposizione non consentiva di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, la libertà vigilata arricchita da prescrizioni a contenuto terapeutico-riabilitativo idonee ad assicurare al contempo adeguate cure all'infermo di mente e controllo della sua pericolosità sociale: i giudici costituzionali hanno evidenziato che l'applicazione delle misure di sicurezza è retta da due «finalità, collegate e non scindibili (...), di cura e tutela dell'infermo di mente e di contenimento della sua pericolosità sociale» che rendono costituzionalmente inammissibile un sistema che risponda ad una sola di queste finalità; ed hanno altresì fissato un limite inderogabile alla politica criminale della prevenzione speciale negativa, affermando che «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente».

Come si è potuto rilevare, la crisi progressiva della logica della prevenzione speciale negativa, fatta propria dal codice Rocco, costituisce il riflesso del mutamento dei valori sottostanti alla disciplina delle misure di sicurezza per i “rei folli”: il binomio difesa sociale e cura, ossia i due poli nell’ambito dei quali si è sviluppata la storia del trattamento penale psichiatrico, ha subito, negli ultimi decenni, una trasformazione che ha visto succedersi al ruolo prevalente della prima, che esprime esigenze di tutela della collettività, l’emergere della seconda, che sollecita invece la centralità della tutela della persona.

Sul piano legislativo l’avvio del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari è coinciso con l’approvazione del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, inerente il «riordino della medicina penitenziaria, a norma dell’art. 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419», che ha stabilito il diritto dei detenuti e degli internati, alla pari con gli altri cittadini, all’erogazione delle prestazioni sanitarie, assegnando al ministero della Sanità le competenze in materia di programmazione, indirizzo e coordinamento del servizio sanitario negli istituti penitenziari e alle regioni le competenze in ordine alle funzioni di organizzazione, programmazione e controllo dei servizi stessi, la cui gestione veniva affidata alle aziende sanitarie.

Solo con il successivo d.PCM 1° aprile 2008, si è data completa attuazione al riordino della sanità penitenziaria, trasferendo alle regioni le funzioni afferenti agli ospedali psichiatrici giudiziari ubicati nei rispettivi territori e dettando, nell’allegato c), le «Linee di indirizzo per gli interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari (Opg) e nelle case di cura e custodia (Ccc)». Tale programma è stato pensato privilegiando l’ambito territoriale quale sede adeguata per affrontare le problematiche legate alla cura, riabilitazione e reinserimento delle persone con disturbi mentali che fossero sottoposte alle predette misure di sicurezza.

Nell’allegato erano delineate tre fasi – l’una consecutiva all’altra – che le regioni dovevano (o meglio, avrebbero dovuto) attuare mediante le rispettive aziende sanitarie, al termine delle quali sarebbe stato raggiunto l’obiettivo del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Al completamento della terza fase, infatti, si sarebbe dovuta realizzare «la restituzione ad ogni regione italiana della quota di internati in Opg di provenienza dai propri territori», con conseguente “presa in carico” dei medesimi da parte dei relativi dipartimenti di salute mentale.

In questi termini, il programma era volto alla graduale “sanitarizzazione” delle modalità esecutive della misura di sicurezza, riportando i pazienti entro le rispettive realtà territoriali, al fine di sanare gli effetti negativi di un prolungato sradicamento del malato dal proprio contesto familiare e sociale, anche attraverso un lavoro di reinserimento affidato ai servizi di prossimità.

Nonostante le buone intenzioni, il percorso programmato è rimasto sostanzialmente sulla carta, lasciando irrisolta una questione di giustizia sostanziale, ovvero la condizione degli internati dimissibili, di quei soggetti non più considerati socialmente pericolosi, che tuttavia hanno continuato a permanere nell’istituto manicomiale per il mancato reperimento di una idonea collocazione esterna³⁷⁰.

Un ruolo decisivo per sbloccare la situazione di *empasse* l’ha giocato il lavoro di inchiesta svolto nell’anno 2011 dalla Commissione parlamentare sull’efficacia e l’efficienza del Servizio sanitario nazionale (cd. Commissione Marino), costituita presso il Senato, che ha portato alla luce la gravità delle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, giudicate «incompatibili con le disposizioni costituzionali in materia di diritto alla salute, libertà personale e umanità del trattamento, nonché con la disciplina di livello primario e secondario relativa alla sanità penitenziaria»³⁷¹.

Ciò ha spinto il legislatore anche sull’onda di approfondite inchieste giornalistiche ad agire per porre termine ad una condizione divenuta ormai intollerabile.

Il «definitivo» superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari è stato sancito – sia pur tardivamente – con l’art. 3-ter della legge 17 febbraio 2012, n. 9, con la quale è stato convertito il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, adottato dal governo con lo specifico obbiettivo di ridimensionare il preoccupante fenomeno del sovraffollamento carcerario.

La disposizione, piuttosto articolata, non prevede l’abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari³⁷², ma, più propriamente, la loro sostituzione, a partire dal 31 marzo 2013,

³⁷⁰ Così nell’Accordo sancito dalla Conferenza unificata Stato-Regioni nella seduta del 26 novembre 2009 si rendeva noto che, nel giugno del 2009, erano ristretti «negli Opg 399 internati maschi e 14 donne dimissibili, in regime di proroga per mancanza di alternative all’esterno».

³⁷¹ Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, in Atti Senato, Doc. XII-bis n. 4, 6-10.

³⁷² E men che meno l’abrogazione delle relative misure di sicurezza, il che avrebbe reso necessario una più vasta e meditata riforma del codice penale. Sui problemi di mancato coordinamento tra la riforma, la disciplina penalistica e quella dell’ordinamento penitenziario G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati ! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di*

con una diversa struttura di carattere sanitario, quale luogo alternativo di esecuzione delle misure di sicurezza detentive.

Ai commi 2 e 3 dell'art. 3-ter, per un verso, si rinvia ad una fonte secondaria³⁷³ l'indicazione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture sanitarie, in linea con quanto già prescritto dal d.PR. 14 gennaio 1997, precisando che la determinazione di tali requisiti dovrà tener conto anche dei «profili di sicurezza»; per un altro verso, si dettano i criteri direttivi ai quali si dovrà uniformare il decreto interministeriale, ovvero: l'«esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture», il che determina il definitivo superamento della concezione custodiale propria degli Opg; l'eventuale disciplina, tenuto conto del grado di pericolosità dei soggetti ospitati nelle strutture, dell'«attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna»; infine, riprendendo uno dei cardini del d.PCM 1° aprile 2008, la tendenziale territorializzazione dell'esecuzione delle misure di sicurezza relative a soggetti psichiatrici³⁷⁴.

Con decreto interministeriale – adottato, con ritardo, nell'ottobre del 2012 – sono stati definiti i suddetti requisiti minimi relativi alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (Rems). L'importanza di tale decreto si rinviene non solamente nel suo contenuto volto a regolamentare le Rems, ma anche nella sua capacità di delineare aspetti fondamentali che vengono a condizionare l'esecuzione delle misure di sicurezza, influenzando quindi sugli spazi di libertà e sulla gestione della salute delle persone che vi sono ospitate³⁷⁵.

Le Regioni, sia per le difficoltà di individuazione e organizzazione delle strutture che per il ritardo con cui il governo aveva adottato il decreto di riparto delle risorse (d.m. 28

sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare), in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2014.

³⁷³ Particolarmente critico sulla scelta di adottare un decreto di natura non regolamentare, senza dettare criteri stringenti per limitare l'ambito di discrezionalità dell'esecutivo in una materia delicata, si mostra A. PUGIOTTO, *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 353.

³⁷⁴ In questi termini la disposizione ha stabilito che – «di norma» – nelle strutture sostitutive degli Opg vengano ospitati soggetti «provenienti (...) dal territorio regionale di ubicazione delle medesime». Anche questa previsione dimostra il carattere ambivalente della disposizione: estremamente puntuale nello scandire le tempistiche entro le quali effettuare il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, ma generica nella descrizione delle modalità di tale riforma; dettagliata nel computo degli importi finanziari attraverso i quali realizzare le nuove strutture, ma sommaria nell'indicazione della copertura degli oneri derivanti da tale progetto.

³⁷⁵ Rilevante è ad esempio l'attribuzione della gestione ai servizi pubblici afferenti al Servizio sanitario nazionale; la previsione di un limite nei posti letto per struttura; l'attribuzione della competenza sulla gestione della sicurezza e vigilanza esterna alle regioni, che potranno provvedervi mediante specifici accordi con le prefetture.

dicembre 2012), non sono state in grado di rispettare il termine del 31 marzo 2013 per la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, il che ha reso necessario disporre una prima proroga al 1° aprile 2014, ad opera del d.l. 25 marzo 2013, n. 24, convertito in legge 23 maggio 2013, n. 57³⁷⁶.

Vi è da segnalare, in particolare, che la legge n. 57/2013 ha operato una modifica alla disciplina dei poteri sostitutivi del Governo nel caso di inerzia delle Regioni: laddove, in precedenza, l'attivazione di tali poteri era legata al mancato rispetto del termine fissato per il superamento degli Opg, è stato invece previsto un duplice caso di inadempimento tale da far scattare i poteri sostitutivi con la nomina di un commissario unico per tutte le regioni, ovvero la mancata presentazione, entro il 15 maggio 2013, del programma regionale degli interventi (in base allo stato di avanzamento del quale sono erogate le risorse) e il mancato rispetto del termine di completamento del programma.

Di proroga in proroga si è giunti al decreto legge n. 52/2014, convertito con modifiche in legge 30 maggio 2014, n. 81, che ha rinviato al termine del 31 marzo 2015 il completamento del programma di superamento degli Opg. Tuttavia tale legge è molto più che un puro provvedimento di proroga, avendo acquisito, in fase di conversione, contenuti tali da apportare modifiche sostanziali alla disciplina delle misure di sicurezza detentive³⁷⁷.

La legge inoltre, al fine di garantire il raggiungimento dell'obiettivo, ha previsto, oltre alla creazione di un organismo di coordinamento, un rigido sistema di monitoraggio degli adempimenti delle regioni, tale da consentire un immediata attivazione dei poteri sostitutivi (art. 1, 2° co.).

In via ulteriore, anche alla luce delle tendenze emerse a livello regionale nella prima fase attuativa, è stato concesso alle regioni di rivedere i propri programmi, riducendo le risorse destinate alla creazione dei Rems, in vista di un maggiore investimento sulla

³⁷⁶ La legge ha stabilito, oltre ad una serie di misure volte a favorire l'adozione di misure alternative all'internamento in Opg, che il programma di utilizzo delle risorse regionali, «oltre gli interventi strutturali, preveda attività volte progressivamente a incrementare la realizzazione dei percorsi terapeutico-riabilitativi». Reindirizzando l'attenzione non solo verso la realizzazione delle Rems, ma anche alla implementazione di quella rete di sostegno sul territorio che favorisca il reinserimento sociale della persona.

³⁷⁷ Sul punto, che esula dal nostro tema, si vedano le riflessioni di G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati ! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare), cit.*

strutture pubbliche già presenti sul territorio e sulla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale (art. 1, 1-bis co.).

Seppure l'obiettivo perseguito dal legislatore sia assolutamente lodevole, non si possono nascondere le criticità di una tale scelta³⁷⁸ specie laddove la soluzione al problema degli Opg si risolva in uno scarico di responsabilità sui dipartimenti di salute mentale con l'effetto di un indebito "riposizionamento" dei servizi territoriali sul terreno del "controllo sociale" della devianza, esponendo peraltro gli operatori al rischio di essere chiamati a rispondere in sede giudiziaria per i gesti auto o (soprattutto) etero-aggressivi degli ex internati. Tale impegno necessita, pertanto, di un rafforzamento dei dipartimenti in termini di modalità organizzative ed assistenziali, per poter far fronte alle richieste e necessità di queste nuove utenze che richiederanno non solo percorsi di cura e reinserimento personalizzati, ma saranno portatrici anche di necessità cliniche ed assistenziali verso le quali il personale operante sul territorio risulta attualmente per lo più impreparato³⁷⁹.

Appare evidente dunque che, in assenza di ulteriori finanziamenti specifici specie in un periodo di crisi economica, il superamento degli Opg non potrà che essere realizzato a scapito delle usuali attività dei dipartimenti, con ricadute sull'ordinaria offerta di servizi.

Si può chiudere con qualche osservazione sull'attuazione del dispositivo normativo che ha previsto prima il superamento e poi la chiusura degli Opg.

Eppur si muove ! Questo si potrebbe esclamare analizzando la composita situazione delle diverse realtà regionali impegnate nel processo di attuazione del programma di superamento degli Opg. Si può rilevare che, nel contesto dei principi e criteri generali dettati dalla legge nazionale, le diverse regioni hanno adottato provvedimenti volti ad ottemperare agli obiettivi stabiliti a livello nazionale, percorrendo tuttavia strade diverse.

In questi termini possiamo delineare due modelli di riferimento: il primo rappresentato dalla Toscana, l'altro promosso dalla Lombardia, modelli non necessariamente

³⁷⁸ E. ZANALDA, C. MENCACCI, *Percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giuridiziari in Italia. L'impatto sui dipartimenti di salute mentale. L'opinione della Società italiana di psichiatria*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 1, 25 ss.; anche A. GRISPINI, G. DUCCI, *Il superamento degli ospedali psichiatrici giuridiziari. Considerazioni e riflessioni*, *ivi*, 9 ss.

³⁷⁹ L. CIMINO, *Il superamento degli ospedali psichiatrici giuridiziari: un'analisi critica*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, 2014, 2, 40-41.

contrapposti, ma che esprimono “filosofie” diverse nell’approccio al problema della salute mentale.

Le linee del modello toscano sono ben tracciate nel «Percorso regionale di superamento dell’ospedale psichiatrico giudiziario – Programma assistenziale regionale», approvato con delibera di giunta n. 283/2014³⁸⁰, la cui idea di fondo è quella di ridurre i posti letto previsti nella Rems, valorizzando le strutture pubbliche presenti sul territorio. In Toscana si intende potenziare la rete orizzontale dei servizi, che, a partire dall’ambito territoriale, si sviluppa verso livelli di intensità assistenziale maggiore, sempre in un’ottica circolare e di fluidità tra i diversi piani, in grado di accogliere i bisogni dei pazienti nelle diverse fasi del percorso di riabilitazione.

Il potenziamento della rete dei servizi territoriali (Dsm, Sert e servizi per la disabilità) è quindi volta al fine di affermare e incrementare i percorsi di cura e reinserimento individualizzati, che assicurino la presa in carico dei pazienti all’interno di progetti terapeutico-riabilitativi, assicurando al contempo il diritto alle cure e al reinserimento sociale. In questo contesto il potenziamento delle strutture intermedie di secondo livello svolge un ruolo fondamentale per garantire, da un lato, che la permanenza nelle Rems sia ridotta al tempo minimo indispensabile a ristabilire nel paziente condizioni di maggiore stabilità clinica e comportamentale e, dall’altro, che le strutture territoriali ordinarie, senza dover modificare la loro essenza e *mission*, siano in grado di accogliere utenti che hanno raggiunto un adeguato equilibrio, al fine di favorirne percorsi di autonomia e di riabilitazione psicosociale.

L’obiettivo generale del programma approvato, con delibera n. 122 del 14 maggio 2013, dalla regione Lombardia è volto alla «creazione di un articolato circuito residenziale regionale» che surroghe le funzioni sinora svolte dall’ospedale psichiatrico giudiziario di Castiglione delle Stiviere. Il progetto lombardo prevede l’istituzione di n. 12 Rems, diversificate per livelli di assistenza, offerta riabilitativa e sicurezza, in relazione del grado di pericolosità o gravosità dei pazienti ivi ospitati.

³⁸⁰ Tale programma trova base nella deliberazione della Giunta regionale n. 841 del 3 ottobre 2011 inerente le linee di indirizzo per il superamento dell’Ospedale Psichiatrico Giudiziario di Montelupo Fiorentino e nella deliberazione n. 715 del 26 agosto 2013, inerente il Percorso regionale di superamento dell’ospedale psichiatrico giudiziario ai sensi dell’art. 3-ter del DL 211/2011, convertito in legge con modificazioni dalla Legge 17 febbraio 2012, n. 9. Da notare che in senso analogo la regione Friuli Venezia Giulia con deliberazione n. 744 del 17 aprile 2014; Veneto con deliberazione n. 565 del 3 maggio 2013.

Il piano attuativo attribuisce un ruolo di primaria importanza e di coordinamento al gruppo di lavoro di Castiglione delle Stiviere, anche per non disperderne «l'apprezzabile sapere e saper fare – unico in Italia – maturato nel tempo nel trattamento di internati (...) all'interno di strutture gestite esclusivamente da personale dipendente dell'azienda ospedaliera e integralmente organizzate secondo quanto previsto dalla normativa sanitaria di riferimento»³⁸¹. Tuttavia la previsione di un alto numero di residenze e di posti letto, da realizzarsi nel perimetro delle aziende ospedaliere, rappresenta indubbiamente un'opzione differente rispetto a quella toscana, in cui la territorializzazione delle cure ha assunto non solo valenza clinica ma anche valore di principio normativo. L'aver puntato invece sulla risposta residenziale potrebbe infatti determinare la riproposizione, sotto altre spoglie, di un modello di gestione del paziente di tipo esclusivamente ospedaliero, da cui s'intravede «il germe di una “trans-istituzionalizzazione”, ossia della possibilità che il programma si riduca a un processo di trasferimento di ricoverati dai vecchi Opg a nuove residenzialità organizzate per erogare prevalentemente interventi medicalizzati tipici di una psichiatria ospedaliera»³⁸².

³⁸¹ Decisivi in questa prospettiva sono stati i risultati ottenuti nel trattamento degli internati. Nell'Opg mantovano si registra un elevatissimo numero di dimissioni realizzate nel periodo 2010-2012, pari a circa 400 pazienti; un risultato conseguito grazie all'importante rete di presidi per la tutela e la promozione della salute mentale esistente in regione Lombardia.

³⁸² In questi termini G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'Opg in regione Lombardia: verso l' "istituzionalizzazione" ospedaliera del malato di mente autore di reato ?*, in Riv. it. med. leg. dir. san., 2013, 3, 1387 ss.; diversamente F. FEDERICI, *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile ?*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 luglio 2013.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto esposto è possibile svolgere alcune brevi osservazioni di chiusura.

Il percorso sviluppato in questo studio ha inteso affrontare il problema del diritto alla salute mentale mostrandone i confini strutturalmente variabili, tali da non consentire di individuarne il centro di gravità ma solo di tracciare una mappa concettuale che si snoda tra descrizione e prescrizione, tenendo altresì a mente che il linguaggio e le forme del diritto non sono meno complesse del suo referente in ambito medico-psichiatrico.

Quando, infatti, il campo della salute mentale viene attraversato dal diritto è inevitabile che da tale intreccio scaturiscano principi, regole e semantiche spesso fra loro estremamente distanti. Tale “frattura” ermeneutica rappresenta tuttavia uno dei fattori dell’evoluzione realizzatasi in questo ambito, che, inclusa nel circuito normativo, prima costituzionale e poi legislativo, è divenuta moltiplicatore trasformativo e, al contempo, stabilizzatore sociale delle conquiste raggiunte. Quello che le parole del diritto raccontano e contengono è una vita complessa, animata nelle sue combinazioni di interessi e passioni, sentimenti e strategie, stabilità e incertezze, rischi e calcolabilità, scelte e destini, nella quale si riversano tutte le semantiche influenti che il linguaggio del tempo sedimenta, enfatizzando o dissolvendo caratteri peculiari dell’esperienza giuridica¹.

È d'altronde palese come, più in generale, il problema dei diritti, per la loro stessa struttura, venga ad investire non solo i profili inerenti alla costruzione dell’ordinamento giuridico, ma presupponga la scelta tra opzioni assiologiche fondanti il sistema, che si intersecano in modo estremamente complesso, soprattutto nell’attuale fase storica, con la dimensione giuridico-istituzionale, nonché, con quella politica e sociale. In questi termini si è voluto prendere le mosse, per sviluppare ed inquadrare il tema di analisi, dal contesto storico-istituzionale entro cui sono emerse le forze culturali e sociali che hanno reso possibile l’espansione del sistema dei diritti, ed in particolare l’affermazione della complessità di quello alla salute². Concordando con la considerazione per cui «non vi è

¹ E. RESTA, *Diritto vivente*, cit., 24.

² In tal senso, ogni pretesa di destoricizzazione e di decontestualizzazione nell’analisi giuridica risulterebbe fuorviante e strumentale, così come, il misconoscimento, alla luce di una presunta “oggettività” del diritto, delle opzioni assiologiche che vi sono sottese, il che porterebbe ad «un diritto costituzionale che viene privato della sua storia e della realtà materiale che l’ha generato, disperso

diritto senza storia del diritto [in quanto] da sempre il giurista, anche senza alcuna vocazione o competenza di storico, indaga e ricostruisce le regole nella loro genesi e nel loro sviluppo nel corso del tempo»³, si è posta attenzione al contesto entro cui, in precisi “tornanti” della nostra storia, la salute mentale ha assunto rilevanza anche in termini giuridici, ponendosi come un paradigma attraverso il quale leggere il corso carsico dell’affermazione dei diritti civili e sociali⁴.

Ma se la storia contribuisce a descrivere il contesto, essenziale in diritto è il testo, ovvero un’analisi che sappia valorizzare la prescrittività della Costituzione e della legislazione che vi ha dato attuazione. Sarebbe stato infatti uno sforzo inutile riproporre una pur elegante razionalizzazione della normativa sanitaria sui servizi per la salute mentale e, in tale sede, affrontare il nodo problematico dei trattamenti sanitari obbligatori, laddove, invece, qualora tali questioni vengano assunte nella loro dimensione storico-critica, ricollegandone l’esame ai principi costituzionali presupposti, ne emerge la loro funzione di vettori di significati che trovano composizione entro la cornice di sintesi, data dal testo costituzionale e volta a riaffermare un concetto unitario di persona, quale compendio della valorialità complessa ed irripetibile propria di ogni essere umano.

L’analisi dei testi e delle loro virtualità non poteva non considerare la stratificazione dei formanti e la loro reciproca influenza nel determinarne il senso e l’evoluzione. Così il concetto di diritto alla salute, nel porre in stretta relazione la vita e le regole, necessita per essere compreso di un coordinamento tra i piani della regolazione legislativa, della risoluzione giurisprudenziale e dell’ermeneutica dottrinale, anche al fine di strutturarne la normatività nel rapporto tra esperienza sociale ed esperienza giuridica. Solo il dialogo tra i formanti consente infatti di affrontare ogni fattore di variabilità, instabilità e contingenza che caratterizza le società contemporanee, dando

nell’indeterminato spazio del genericamente “sociale”, confusamente analizzato in chiave esclusivamente logico-formale, senza alcun principio morale o ragione critica che sovrintenda la sistematica e i principi della conoscenza» (Cfr. G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 3, 755).

³ G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in ID. (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Esi, Napoli, 2012, 11.

⁴ Tanto da spingere Norberto Bobbio ad affermare – con un poco di esagerazione – che la legge 180 fosse stata «la sola vera riforma dell’intero dopo-guerra (...) una riforma proprio perché era ispirata a un valore fondamentale che è quello della libertà, della liberazione. Della liberazione anche di coloro che nella storia dell’umanità sono stati considerati come coloro che non potevano essere liberati, che non avevano diritto di essere liberati. Quindi riconoscere a queste persone il diritto di esser liberi come gli altri, questa è una grande trasformazione», riferimenti in M. REVELLI (a cura di), *Lezioni Bobbio. Sette interventi su etica e politica*, Einaudi, Torino, 2006, 65.

accesso a soluzioni che siano in grado di conciliare le esigenze di tutela della persona senza precludere le opportunità che la scienza, tecnologia ed evoluzione sociale sembrano offrire, dando vita così ad un «diritto omeostatico», capace di autoadattamento⁵.

Vi è infine da considerare come, lungo le linee interpretative percorse, si sia inteso valorizzare la dimensione pluralistica entro cui la salute finisce per trovare una geografia vasta nel campo delineato dal diritto. Ciò si riflette inevitabilmente sulle tante forme di cui si compone il «fascio» dei fattori che strutturano il diritto alla salute e sui tanti linguaggi che lo costituiscono. Solo in questa prospettiva si può comprendere l'eccedenza che il diritto alla salute mentale mostra rispetto al disciplinamento⁶ deducibile dall'art. 32 Cost. e l'inafferrabilità che esso manifesta rispetto ad una dimensione unitaria, armonica e monologante, entro cui le tante pratiche sociali che rappresenta non possono venir astrette⁷.

Tale rappresentazione viene inevitabilmente a valorizzare il ruolo della Costituzione come termine di sintesi normativa delle istanze di tutela degli interessi fondamentali dell'individuo e delle risposte che l'ordinamento può dare ad esse, anche sul terreno sociale. Al contempo questa prospettiva vuole mettere in luce il progetto sotteso a quelle che – riprendendo Calamadre – ho chiamato “*ammorature costituzionali*”, ovvero l'ideale della Costituzione come progetto, dei suoi principi come strutture evolutive di raccordo e collegamento rispetto alla complessità sociale, in grado di

⁵ In questa prospettiva l'esigenza di equilibrio, che caratterizza l'interpretazione e applicazione delle disposizioni, si proietta anche sulle istituzioni e sui poteri: vi è infatti «il bisogno, profondamente e diffusamente avvertito ad ogni livello di esperienza, di un complessivo riequilibrio nel sistema e dei sistemi, nei loro reciproci rapporti (...) che ha proprio nella disponibilità al reciproco ascolto il modo più adeguato per affermarsi, al servizio dell'uomo, dei suoi diritti, della sua dignità» (Cfr. A. RUGGERI, «*La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*», in www.costituzionalismo.it, 2005, 2, 13).

⁶ Sul diritto come disciplinamento sociale v. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005.

⁷ La riforma psichiatrica nasce essenzialmente dalle pratiche del pluralismo e della partecipazione sociale, dalla possibilità cioè di costruire nuovi percorsi di inclusione e di immaginare modalità diverse di rapporto tra le persone. In questo senso, il lavoro del movimento riformatore si è articolato, a cavallo tra gli anni '60 e '70, attraverso tre grandi questioni sollecitate dall'esperienza quotidiana di relazione con la sofferenza mentale: la distruzione del manicomio come fatto “urgentemente necessario” e luogo della contraddizione più evidente della questione psichiatrica, istituzionale, politica e sociale. La costruzione di nuovi possibili spazi di riflessione sulle contraddizioni che la “malattia” portava, attraverso la gestione dei primi servizi territoriali e successivamente l'organizzazione dei primi servizi dipartimentali di salute mentale. L'uscita, infine, dallo specifico psichiatrico e il collegamento del movimento riformatore ad una più ampia lotta politica per la trasformazione della società.

riconoscere e garantire i valori, i bisogni e gli interessi che concretamente fanno vivere una società plurale, cercando di coglierne gli elementi ordinanti⁸.

Affrontare il tema della salute mentale ha significato pertanto far propria una concezione del diritto che rifugge «[d]all'isolamento del fenomeno giuridico in una visione astratta, tecnicista, neutralista, nella quale sfuma ogni senso di morale coinvolgimento e responsabilità»⁹, per orientare l'analisi del fenomeno, nei suoi riflessi giuridici, attraverso i principi che sono accolti nella società e la orientano, guardando alla materialità del diritto e alla funzione che le scelte di valore svolgono nel suo sviluppo.

Ed è proprio richiamandosi alla realtà materiale del diritto che si incontra l'uomo, in particolare nella persona con sofferenza psichica, colto «nei momenti essenziali della sua esperienza, nella concretezza della sua esistenza, per quel che veramente è (...) che vive, opera, realizza[ndo] se stesso nella società, nella sua multidimensionalità»¹⁰. Tale centralità dell'uomo, propria dell'impostazione personalistica della Costituzione, rappresenta una chiave di volta per comprendere il tentativo di riflettere – in termini sistematici – sulla costellazione dei diritti che incidono sulla questione della salute, ponendosi in una relazione dinamica. Si mette così a fuoco un essenziale riferimento assiologico che orienta l'ordinamento e la stessa lettura dei diritti che lo compongono, ispirando il quadro di priorità dell'azione istituzionale e proponendosi quale criterio di modulazione tra l'esercizio delle libertà e i doveri di solidarietà.

Nel contesto di una sfera di tutela della persona che, a partire dal testo costituzionale, si è progressivamente estesa, si innesta anche il duplice percorso del diritto alla tutela della salute, riconosciuto come diritto di libertà e solo successivamente come diritto sociale.

Attraverso l'analisi per formanti si è posta in evidenza l'evoluzione – dalla statica alla dinamica – del concetto di salute e quindi del correlato diritto: non più, o non solo, da intendersi come salute e igiene pubblica funzionale agli interessi superiori dello Stato, ma declinabile nei termini di uno stato di benessere complessivo dell'uomo, inteso come valore, ma anche come realtà ed esperienza. Tale espansione della «concezione del concetto» si è riflessa nei principi ispiratori e nelle linee direttive della legge

⁸ L. LACCHÈ, *La Costituzione italiana e il Buongoverno*, in *Gior. storia cost.*, 2008, 16, 5 ss.

⁹ M.C. NUSSBAUM, *Umpheaval of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, trad. it. *L'intelligenza delle emozioni*, Il Mulino, Bologna, 2009.

¹⁰ N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità di posizioni*, cit., 66.

istitutiva del Sistema sanitario nazionale, che hanno imposto la protezione della salute non come fine a se stesso, ma come mezzo per la completa realizzazione dello sviluppo individuale e personale, nel più ampio quadro della tutela della dignità e della libertà della persona umana (art. 1, 2° co., l. n. 833/1978). L'universalismo e la globalità delle prestazioni, cardini della riforma del 1978, hanno tradotto in un testo normativo gli arresti della più consapevole giurisprudenza e le elaborazioni della dottrina in merito alla *Drittwirkung* del diritto alla salute, alla piena normatività del relativo diritto sociale rispetto al quale *lex e iura* non sono separabili: «ciascuno diritto sociale [infatti] implica un mandato costituzionale di protezione sociale che è realizzabile solo attraverso l'esercizio di potestà politiche e queste implicano a loro volta il dispiegarsi di poteri decisionali che concorrono a definire il contenuto del diritto stesso con le determinazioni di volontà che sul bene provengono dal soggetto protetto, dal soggetto cioè per il quale il bene rappresenta un elemento essenziale per lo svolgimento e lo sviluppo della personalità individuale»¹¹.

Nella giurisprudenza costituzionale tale profilo espansivo ha trovato espressione attraverso l'affermazione del ruolo centrale, nel sistema risarcitorio, del danno biologico, quale segno della de-patrimonializzazione del diritto civile e correlativamente del riconoscimento del valore-uomo in sè considerato. In questi termini il danno non è più risarcito in funzione della capacità produttiva dell'individuo leso, ma massimizzandone i tratti peculiari che vedono in una concezione integrale ed integrata della persona l'ovvio riferimento di un sistema assiologicamente orientato. L'essere umano realizza infatti il proprio fine dedicandosi ad una pluralità di attività in grado di rendere la sua vita migliore e più completa, alle quali decide di assegnare un valore intrinseco, e non soltanto strumentale: così dedicarsi alla cura di un genitore o proteggere un figlio vulnerabile, pur non essendo attività monetizzabili, sono tuttavia degne di valore in quanto realizzatrici dell'umanità che è in noi. In questa prospettiva, quello stato di benessere che oggi descrive il concetto di salute non è quindi semplicemente riferibile alle condizioni fisiche della persona, ma non dipende nemmeno dalla connotazione in termini di felicità o infelicità soggettiva, integrando invece quel valore irriducibile dato dal processo di costruzione dell'identità individuale che consente ad ognuno di riconoscersi come soggetto morale.

¹¹ B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, cit., 52.

Al riconoscimento del valore della persona, al di là dell'efficienza lavorativa e capacità di produzione di reddito, non poteva non conseguire pertanto una lettura del bene primario della salute, quale diritto inviolabile alla pienezza della vita fisica e all'esplicazione della propria personalità morale, intellettuale e culturale nel grado di intensità – anche minimo – da ciascun soggetto raggiungibile. Il che ha determinato un ulteriore avanzamento del progetto, mai concluso, di completamento dell'edificio costituzionale, come testimoniato dall'affermazione del principio del consenso informato, quale punto di incrocio tra il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione¹². In questi termini la questione della tutela più piena della salute si congiunge con quella concernente la tutela dell'identità personale nell'ottica della protezione dell'integrità complessiva del soggetto¹³, sempre più impegnato nella ricerca di un'affermazione del sé, da intendersi, con un'immagine evocativa, come una “lotta per il riconoscimento”¹⁴. Il consenso informato proprio per l'ibridazione da cui nasce, intersecando le istanze del personalismo e quelle del pluralismo nell'incontro tra libertà e diritto alla salute, rappresenta uno strumento analitico peculiare attraverso il quale considerare il diritto alla salute mentale, i suoi paradigmi e il suo statuto; statuto condiviso con quello del diritto alla salute, ma che viene trasceso laddove la salute mentale si apre alle dimensioni stratificate che sono proprie della libertà e della dignità. Se si ha riguardo alla storia della legislazione italiana in tema di salute mentale ci si rende conto che il cambio di paradigma, realizzatosi a partire dal 1968, è stato il frutto di una revisione profonda dei ruoli nel rapporto tra medico e paziente, tra istituzione ed individuo che ha restituito soggettività a chi l'aveva perduta, riscrivendo i confini della *civitas*, del consorzio sociale, per riammettervi i “folli” che ne erano stati esclusi. Sul piano del rapporto dualistico di potere asimmetrico tra medico e paziente, che si acuisce

¹² Il riferimento al diritto alla salute, al diritto alla dignità personale ed al diritto all'autodeterminazione contribuiscono infatti in maniera e misura diversa a costruire il sostrato sul quale si fonda l'essenzialità del consenso informato nel rapporto terapeutico in quanto diritti incidenti profondamente sul piano dell'integrità della persona.

¹³ R. FJELLSTROM, *Respect for persons, respect for integrity*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2005, 321 ss.

¹⁴ Così il diritto a un consenso informato in materia terapeutica si fa presidio essenziale del più complessivo diritto a una salute che trascolora nel diritto all'identità personale e alla propria vita biografica, l'unica che ci rende – sotto il profilo delle dinamiche dei rapporti sociali e del senso degli eventi della vita – realmente noi stessi e diversi dai nostri simili. In assenza del consenso consapevole della persona, potrebbero risultarne vanificate, insomma, la propria storia intima, con una svalutazione e una perdita complessiva di significato del concetto stesso di persona delineato dal nostro ordinamento.

in ambito psichiatrico, lo *slogan* «la libertà è terapeutica» e le correlate “pratiche”¹⁵ hanno rappresentato un primo tentativo di affermazione del principio del consenso informato, strutturando la relazione terapeutica come «confronto con l’altro [riconosciuto] come persona, seppure diversa, in un rapporto finalizzato ad una reciproca conoscenza, su un piano di parità intesa come riconoscimento del valore dell’individualità e dell’uguaglianza dei diritti»¹⁶. L’idea di fondo era, quindi, che per confrontarsi con la malattia mentale si dovessero creare relazioni extra-manicomiali, attraverso la costruzione di una rete di servizi sul territorio¹⁷, al fine di evitare quel fenomeno, proprio della condizione di istituzionalizzazione, di deformazione del volto dell’altro, ridotto alla sola dimensione di paziente e, al contempo, consentendo di ristabilire quei legami fra la malattia e la sua storia complessiva, intesa come plesso di esperienze, sentimenti, relazioni in virtù del quale ciascuno è quello che è¹⁸; legami che quindi strutturano l’identità, definiscono l’integrità della persona, attribuendole quella potestà di governare liberamente la propria esistenza.

Il tema del consenso diviene pregnante nell’analisi dell’istituto del trattamento sanitario obbligatorio, che definisce una sorta di cesura, o forse solo un temporaneo “stato di eccezione”, tra l’effettività del diritto alla salute e alla libertà personale e i loro riflessi nella sfera giuridica della salute mentale.

Se il consenso è la “regola della vita” nell’ambito del governo del corpo, tale regola trova l’unica espressa eccezione nel trattamento sanitario coattivo, ed in particolare in quello per le malattie mentali, laddove il consenso – in determinate e specifiche ipotesi

¹⁵ È pur vero che tale *slogan* ha segnato i confini di una riflessione, impedendo di inserire in una più ampia dimensione storica il tema della liberazione e dunque degli itinerari materiali che essa presuppone, oltre ai mutamenti che, con la fine degli anni settanta, hanno coinvolto le società occidentali.

¹⁶ D. CASAGRANDE, *A trenta anni dalla legge 180. Quale futuro*, in Fogli di Informazione, 2008, 5-6, 37 ss., specie 42.

¹⁷ Così ad esempio nella *Proposta di accordo Stato-Regioni sulla definizione dei percorsi di cura da attivare nei Dipartimenti di salute mentale per i disturbi schizofrenici, i disturbi dell’umore e i disturbi gravi di personalità* approvata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 16 ottobre 2014 si è costruito un percorso complesso nel quale si identificavano le “aree di bisogno prioritarie”, i punti di criticità degli attuali servizi, proponendo la diffusione su tutto il territorio nazionale delle “esperienze virtuose” per la salute mentale in età adulta e in quelle dell’infanzia e dell’adolescenza. Per ciascuna area sono stati elaborati e proposti Lea (intesi come “percorsi di presa in carico e di cura esigibili”) e percorsi di cura differenziati (area esordi, disturbi comuni, disturbi gravi, disturbi dell’infanzia e dell’adolescenza) strumenti, metodologie. Il tutto entro la cornice della “psichiatria di comunità”, quindi con un raccordo stretto e intenso fra Dsm, medici di medicina generale, servizi per le dipendenze, Npia. Una cornice entro cui il soggetto adulto con disturbo mentale è inteso come “parte attiva di una relazione di cura”, in un “rapporto di alleanza e fiducia” con i familiari e le persone “del suo ambiente di vita”.

¹⁸ P. VALERIO, *La legge 180 più di trent’anni dopo*, in L. CHIEFFI, P. GIUSTINIANI (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Giappichelli, Torino, 2010, 260 s.

– trascolora nel suo opposto, ovvero nella mancanza di consenso, espressa volontariamente o indotta dalle condizioni patologiche. In questi casi è la mancanza di consenso che viene a costituire una delle condizioni che legittimano l'intervento coattivo, laddove dunque la libertà sembra cedere il passo alla salute. Si deve tuttavia rammentare che il trattamento sanitario coattivo non è una “terra di nessuno”, ma si struttura entro un'articolazione di principi e di regole tutti teleologicamente orientati al ripristino di quelle condizioni – di salute intesa come stato di benessere – che consentano di accompagnare la volontà debole verso una decisione che ritrovi come protagonista l'individuo sofferente. La libertà non è dunque perduta, ma si adatta all'andamento irregolare della vita sino a penetrarvi, richiedendo una procedura di continuo e solidale coinvolgimento del soggetto debole, che, nel perseguire il ristabilimento di uno stato di benessere come condizione di libertà, sia volta a riaffermarne la graduale capacità ed autonomia.

Quest'ultima considerazione ci riporta ad uno dei nodi problematici della disciplina costituzionale del trattamento sanitario obbligatorio, la cui imposizione è legittima solo quando sia in gioco non soltanto la salute del singolo in quanto tale, ma anche, e direttamente, l'interesse collettivo alla salute. Sicchè 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. Nel verificare la sostenibilità della disciplina dei trattamenti obbligatori in materia di salute mentale abbiamo rilevato il carattere sfuggente dell'interesse collettivo, senza tuttavia rassegnarci alla inane conclusione per cui tale disciplina sarebbe pertanto costituzionalmente illegittima¹⁹. Al contrario è facendo leva sulle virtualità espansive del diritto alla salute che si è tentato di offrire una risposta che non si risolvesse in un semplice “scacco” alla libertà del singolo: così alla rilettura della salute individuale alla luce dell'approccio delle capacità, quale premessa per la “fioritura” e sviluppo della personalità, si è accompagnata una riflessione che rinviene nel concetto di benessere il veicolo per dare sostanza all'altrimenti liquido interesse collettivo alla salute. Restituire capacità per consentire lo svolgimento delle condizioni di sviluppo della personalità umana, limitate ed offese dalla malattia, e, al contempo,

¹⁹ In questo senso A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., 105-107; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 69 ss.

riconoscere che l'interesse collettivo alla salute non può essere ricondotto al controllo sociale della devianza – mascherato sotto le vesti della pericolosità – ma si compendia nella nozione espansa di salute come benessere, anche collettivo, costituiscono i due snodi di una più ampia analisi volta a costruire un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina del trattamento sanitario obbligatorio²⁰.

È difficile proporre una formula capace di dare conto del significato complessivo di una ricerca sui profili giuridici di un settore, come quello della salute mentale, frastagliato e incerto, tuttavia ciò che emerge dall'analisi per formanti è l'inedito fenomeno di espansione che ha coinvolto la costellazione dei diritti posti a tutela dell'integrità della persona.

Si è trattato del risultato di un processo di condivisione delle ragioni profonde²¹ di quei diritti che, in virtù della “logica unitaria” dettata dal principio personalista, sono stati partecipi di una progressiva espansione, che ha visto erodersi i confini tra le sfere giuridiche, ordinate e protette dai singoli diritti, legittimando strumenti di tutela flessibili in grado di armonizzarsi con le sfide poste dal diritto vivente. In termini dialettici, alla fioritura del diritto alla salute che, come diritto fondamentale, «esige un contenuto adeguato all'idea di persona come unità di tutti quegli aspetti che il pensiero, nel suo ragionare per distinzioni ed opposti, osserva e cataloga come componenti della persona [stessa]; in particolare corpo e psiche»²², si è accompagnata – in parallelo, anche se con maggior prudenza – la graduale emancipazione del diritto alla libertà personale dal paradigma penalistico dell'*habeas corpus*, per aprirsi infine al più vasto orizzonte dell'autodeterminazione. Salute e libertà individuano difatti due larghi campi semantici che si intersecano senza confondersi, seguendo percorsi nei quali si condensano le tante forme nelle quali biografia e biologia incrociano i loro cammini.

Tuttavia nel campo della salute mentale tale processo ha assunto connotati inediti, i piani si sono sovrapposti e i diritti si sono embricati fra loro: se l'anelito alla libertà (o alla liberazione)²³ rappresentò una delle parole d'ordine del movimento di riforma

²⁰ Ripensamento della disciplina del Tso, o meglio della pensabilità delle sue condizioni, che inevitabilmente si riflette sulle organizzazioni e sulle pratiche dei servizi di salute mentale.

²¹ O meglio del “nucleo duro” dei diritti su cui S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*. cit.

²² P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit., 2.

²³ Così come dei pochi giuristi che affrontarono le problematiche legate alla salute mentale, si veda S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, cit., 61 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Infermità di mente e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge*

psichiatrica, questa istanza avrebbe avuto ben poca strada senza il supporto di una diversa concezione del diritto alla salute, volta a superare il paradigma custodialistico per far proprio l'approccio della "presa in carico" della persona sofferente²⁴. In modo corrispondente, il riconoscimento, in virtù del diritto all'autodeterminazione, che anche le persone portatrici di una malattia mentale sono soggetti morali, degni di rispetto e di tutela, ha inciso in maniera determinante sui principi della legislazione psichiatrica²⁵ e sugli obiettivi e le pratiche dei servizi territoriali.

Se la salute, intesa come benessere, ha contribuito all'affermazione del principio di autodeterminazione come declinazione della libertà morale, riconosciuta ai sensi degli artt. 2 e 13 Cost., nello stesso senso è l'inquadramento nei limiti del principio di autodeterminazione che impedisce al concetto, sin troppo lato, di benessere di trascorrere in forme di mero soggettivismo²⁶.

Il richiamo ai principi e alla loro interazione dinamica non deve tuttavia distrarre dalla dimensione quotidiana, che, specie nel campo della salute mentale, è divenuta oggetto di interesse da parte del diritto: sicché l'umanità concreta della persona e la protezione giuridica delle sue aspirazioni e bisogni si compenetrano nell'attenzione alle situazioni esistenziali. In questo contesto, teso ad espandere la tutela della persona, il richiamo alla dignità è dunque volto a rafforzarne la protezione dello *status* di soggetto morale, insieme alle condizioni di capacitazione che ne fanno un individuo sociale. La dignità non è ricostruita come struttura fondativa o valore intrinseco, rappresentando altresì un principio relazionale che richiede eguale considerazione per le sorti di tutti e pieno rispetto per la responsabilità personale nel definire le forme di realizzazione della

18 marzo 1968, n. 431, cit., 8 ss.; in questo senso anche D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, cit., 44 ss.

²⁴ Il "folle" che circola per le strade ha rappresentato infatti il miglior *test* per vagliare l'effettività dei diritti costituzionali, per verificare la sostenibilità di un modello sociale solidale come quello auspicato dai costituenti. La presenza del malato psichico tra i "normali" implica la creazione di centri di assistenza, aiuto ed ascolto, strutture terapeutiche aperte, luoghi di istruzione e di lavori nei quali realizzare percorsi di integrazione. Solo quando la società si è fatta carico del problema della salute mentale, prima arginato nell'*Asylum*, ci si è resi conto della necessità di adeguare i servizi ai bisogni di uomini e donne liberi e non di oggetti da mettere sotto custodia.

²⁵ Sarebbe sufficiente rileggere i principi affermati nell'art. 1 della l. n. 180/1978.

²⁶ Il diritto alla autodeterminazione incontra limiti e condizioni di svolgimento nei principi base dell'ordinamento che vede nella persona umana un valore etico in sé, negando pertanto ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, guarda infine al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, vietando «non solo ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società» (Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, 2239 che pur si riferisce al limite del buon costume).

propria vita²⁷. La dignità umana viene pertanto a radicarsi concretamente nella dimensione normativa della prassi dell'interazione umana: lungi dall'essere un principio astratto, essa illustra un *modus operandi* reale che gli esseri umani mettono in atto nelle loro relazioni reciproche, descrivendo primariamente non una qualità di individui intesi come soggetti singoli e isolati, ma una caratteristica inerente al funzionamento della comunicazione sociale²⁸.

E non potrebbe essere altrimenti, se si innesta il principio di dignità nell'ottica della tutela dei diritti fondamentali della persona e, in particolare, nella prospettiva della tutela dell'identità e integrità personali. Se infatti la tutela della salute del sofferente psichico non fosse improntata al rispetto dell'autodeterminazione, o almeno a garantirne le condizioni di effettività, questi finirebbe con il vedersi spogliato di una parte della propria vita, snaturata nella propria gerarchia valoriale, con grave pregiudizio all'essenza stessa dell'umanità, ovvero a ciò che rende ognuno di noi diverso dagli altri. Sono esempi di questa declinazione relazionale della dignità, che si iscrive nell'orizzonte personalistico della nostra Carta costituzionale, le politiche di integrazione e di lotta alla stigmatizzazione della malattia mentale, la battaglia – ancora minoritaria – volta a bandire le forme di contenzione in psichiatria²⁹ ed infine la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari come completamento di una “rivoluzione” rimasta incompiuta.

Se giuridificare la vita significa incidere direttamente su destini, scelte, progetti, la salute mentale, nel porci di fronte all'eccedenza della vita, propone sfide a cui è possibile rispondere solo facendo un uso prospettico del patrimonio costituzionale, valorizzandone dunque il senso quotidiano di “utopia della realtà”³⁰ per dare garanzia a chi reclama il «diritto ad avere diritti».

²⁷ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, cit., 382-385.

²⁸ S. DELLAVALLE, *Dall'immagine Dei al riconoscimento reciproco. L'evoluzione del concetto di dignità umana alla luce della difesa della libertà religiosa*, in www.costituzionalismo.it, 2014, 3, 22 ss.

²⁹ Si rinvia a S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione: diritto, psichiatria e dignità della persona*, AlphaBeta Verlag, Bolzano, 2015.

³⁰ F. BASAGLIA, *L'utopia della realtà*, cit.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Dieci anni dopo. 1945-1955*, Laterza, Bari, 1955.
- AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, Milano – Palazzo Isimbardi, 7-8-9 ottobre 1955, Giuffrè, Milano, 1956.
- AA.VV., *La pratica della follia. Atti del 1° Convegno nazionale di Psichiatria democratica Gorizia, 22-23 giugno 1974*, Centro Internazionale di Studi e Ricerche, Venezia, 1975.
- AA.VV., *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978. Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980*, Giuffrè, Milano, 1981.
- AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Barile*, Cedam, Padova, 1990.
- AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994.
- AA.VV., *1978-2008: trent'anni di Servizio Sanitario nazionale e trent'anni di Fondazione Smith Kline*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- AA.VV., *La medicalizzazione della vita*. Aut Aut, 2008, 340.
- AA.VV., *Raccomandazioni inerenti la contenzione fisica*, adottate dalla Società italiana di psichiatria, in *Quad. it. psichiatria*, 2012, 2, 42-45.
- AA.VV., *Rapporto sanità 2013. Sistema sanitario e crescita del Paese: alcune specificità in un tempo di crisi*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- AA.VV., *La diagnosi in psichiatria*. Aut Aut, 2013, 354.
- ABBAGNANO N., *Le origini storiche dell'esistenzialismo*, Regia Università di Torino, Tip. Viretto, Torino, 1944, 109.
- ABBIATI V., BROGLIA D. et al., *La terapia elettroconvulsiva: revisione critica del suo utilizzo in Italia*, in *Boll. soc. med. chir. Pavia*, 2010, 4, 123, 725 ss.
- ABIGNENTE A., SCAMARDELLA F. (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Esi, Napoli, 2013.
- ADAM C., *Jalons pour une théorie critique du DSM*, in *Déviance et Société*, 2012, 2, 140.
- ADORNO TH. W., *Dialettica negativa*, Einaudi, Torino, 1970, 100.
- AGAMBEN G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.
- AGAMBEN G., *Lo stato d'eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 13.
- AGAZZI E., *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 393 ss.
- AGOSTA S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in www.forumcostituzionale.it, 2009.
- AGOSTA S., *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, 10 ss.
- AGOSTA S., *Bioetica e Costituzione*. I - *Le scelte esistenziali di inizio vita*, Giuffrè, Milano, 2012, 181 ss.

- AGOSTINO, 2.29.2, *De civitate Dei*, in *Opera Omnia*, vol. V/I, lib. I- X, Città Nuova, Roma, 1989.
- AICARDI N., *La sanità*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Le funzioni di ordine, le funzioni del benessere*, Giuffrè, Milano, 2003, 633 ss.
- AINIS M., *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 36.
- ALBERONI F., *Movimenti e istituzioni nell'Italia tra il 1960 e il 1970*, in *Formazione del regime repubblicano e società civile, I, La crisi italiana*, a cura di GRAZIANO L., TARROW S., Torino, Einaudi, 1979, 235.
- ALESSI R. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967.
- ALEXY R., *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in *Rechtstheorie*, 1987, 18, 405 ss.
- ALEXY R., *Begriff und Geltung der Rechts*, München, 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, 35 ss.
- ALEXY R., *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, 13, 3, 294-304.
- ALEXY R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2004, 340 ss. trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, 465 ss.
- ALGOSTINO A., *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, 3215 ss.
- ALLEGRETTI U., *Democratizzazione dell'amministrazione e progetti di riforma delle autonomie locali*, in *Studi economico giuridici della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, III, Giuffrè, Milano, 1980, 120 ss.
- ALLEGRETTI U., *Profili di storia costituzionale italiana*, Il Mulino, Bologna, 1989, 137.
- ALLEGRETTI U., *I principi della Rivoluzione nella dialettica della modernità*, in CARLASSARE L. (a cura di), *Principi dell'89 e Costituzione democratica*, Cedam, Padova, 1991, 64-67.
- ALLEGRETTI U., *Globalizzazione e sovranità nazionale*, in *Dem. Dir.*, 1998, 75 ss.
- ALLPORT G.W., *La natura del pregiudizio*, La Nuova Italia, Firenze, 1973, 27 ss.
- ALPA G., *Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, *ivi*, 1976, I, 2, 443 ss.
- ALPA G., *Commento e confronti con la situazione italiana*, in *Pol. dir.*, 1980, 141 ss.
- ALPA G., *Danno «biologico» e diritto alla salute davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 9.
- ALPA G., *Danno biologico e danno alla salute davanti alla Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1981, II, 1903 ss.
- ALPA G., *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur. merito*, 1989, 467.
- ALPA G., ROPPO V. (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- AMALFI G., *Intervento dell'autorità giudiziaria secondo la nuova legge sui manicomi e sugli alienati*, in *Giust. pen.*, 1906, 1003 ss.
- AMATO F., *L'amministrazione di sostegno: la 'flessibilità' della protezione delle persone non autonome. La procedura, la gestione, i rapporti con gli altri istituti*, in *Quest. giust.*, 2005, 2, 265 ss.

- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 3 ss.
- AMATO G., *La libertà personale*, in BARILE P. (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Neri Pozza, Vicenza, 1967, 138.
- AMATO G., *Regioni e assistenza sanitaria: aspetti costituzionali*, in *Probl. sic. soc.*, 1969, 551.
- AMATO G., Art. 13, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1977.
- AMATO G., *I socialisti al Governo*, in AA.VV., *Giacomo Brodolini e la politica italiana degli anni '60*, Marsilio, Venezia, 1981, 21.
- AMENDOLA F., *La tutela giudiziaria degli alienati ricoverati nei manicomi (Appunti e considerazioni sull'art. 2 delle legge 14 febbraio 1904, n. 36)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1913, 380 ss.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, Fourth Edition, Washington, American Psychiatric Association, 1994.
- AMIRANTE C., *La dignità dell'uomo nella Legge fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1971.
- AMLIN A., OAKES P., *Reflections on deinstitutionalization the United Kingdom*, in *Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities*, 2008, 5, 1, 47-55.
- AMORTH A., *Efficacia abrogativa delle disposizioni costituzionali*, in *Foro padano*, 1948, ora in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano 1999, 1019 ss.
- ANDREOLI V., *La testa piena di droga*, Rizzoli, Milano, 2010, 20 ss.
- ANDRIOLI V., *Libertà personale e rilievi segnaletici*, in *Giur. cost.*, 1962, 541 ss.
- ANDRIOLI V., *Gli infermi di mente avanti la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 1084 ss.
- ANFOSSO L., *La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati. Dottrina, giurisprudenza e formulario*, Unione Tipografica editrice, Torino, 1905, 20.
- ANGELICI M., *L'organizzazione sanitaria sul piano comunale*, in ALESSI R. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 65 ss.
- ANGELINI F., BENVENUTI M. (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Esi, Napoli, 2012.
- ANGELL M., *L'epidemia di malattie mentali e le illusioni della psichiatria*, in *Psicoterapia e scienze umane*, 2012, 2, 263-282.
- ANGIOLINI V., *L'amministrazione locale nella riforma sanitaria: spunti per una definizione obiettiva del fenomeno autonomistico*, in *Jus*, 1979, 2, 15 ss.
- ANGIOLINI V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992.
- ANGIOLINI V., *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino 1994, 15 ss.
- ANGIOLINI V., *Il «pluralismo» nella Costituzione e la Costituzione per il «pluralismo»*, in BIN R., PINELLI C., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 3 ss.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*¹⁵, I, Giuffrè, Milano, 2008, 76 s.
- ANZON A., *L'altra faccia del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 659 ss.
- ANZON A., *Trattamenti sanitari obbligatori e competenza regionale*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1448.

- ANZON A., *La Corte ritorna alla concezione patrimonialistica del danno alla persona ?*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1947 ss.
- ANZON A., *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3, 3199 ss.
- ANZON A., *Modelli ed effetti della sentenza costituzionale sul “caso Di Bella”*, in *Giur. cost.*, 1998, 1528 ss.
- ANZON A., *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002.
- APPELBAUM P.S., *Advance directives for psychiatric treatment*, in *Hospital and Community Psychiatry*, 1991, 42, 983-984.
- APPELBAUM P.S., *Assessment of patients' competence to consent to treatment*, in *N Engl J Med*, 2007, 357, 1834-1840.
- ARAGONA M., *Epistemological reflections about the crisis of the DSM-5 and the revolutionary potential of the RDoC project*, in *Dial. Phil. Ment. Neuro Sci.*, 2014, 7, 11-20.
- ARCIDIACONO L., *Interruzione della gravidanza e principi costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1978, 4, 723 ss.
- ARGIROFFI A., *La filosofia di Lucio Anneo Seneca tra etica, diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2012, 32 ss.
- ARGIROFFI A., BECCHI P., ANSELMO D. (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007)*, Aracne, Roma, 2008.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, I (A), 7, 1097b-1098a, in *Opere*, VII, Laterza, Roma-Bari, 1973, 14-15.
- ARISTOTELE, *Metafisica*, Bompiani, Milano, 2000.
- ARISTOTELE, *Politica*, VIII, 1, 1337, in *Opere filosofiche*, III, Utet, Torino, 2013, 123.
- ARMOCIDA G., CATTORINI P. (a cura di), *Identità della mente, identità dei corpi. Contributi di storia ed etica della psichiatria a cento anni dalla legge manicomiale del 1904*, Insubria University Press, Varese, 2008.
- ARU L., *L'organizzazione sanitaria sul piano centrale*, in ALESSI R. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 31 ss.
- ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale*, Giuffrè, Milano, 1955, 67 ss.
- ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351 ss.
- ASCOLI U., *Movimenti migratori in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1979, 111 ss.
- ASCOLI U., *Il sistema italiano di Welfare*, in AA.VV., *Welfare state all'italiana*, Laterza, Roma-Bari, 1984, 27.
- ASIOLI F., *Le emergenze in psichiatria*, Il Pensiero scientifico, Roma, 1984.
- ATIENZA M., *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo casi tragici*, in *Ars interpretandi*, 1999, 293 ss.
- ATKINSON J.M. et al., *Models of advance directives in mental health care: stakeholder views*, in *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 2004, 39, 8, 673-680.
- AZIZ V.M. et al., *Implication of changes in Mental Health Laws in 2009 and 2010, a local Welsh experience*, in *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 2012, 1-4.

- AZZALINI M., *I malati*, in CENDON P., ROSSI S. (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, cit., 18.
- AZZARITI G., *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Foro it.*, 1948, IV, ripubbl. in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951, 99 ss.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, Cedam, Padova, 1989, 22 ss.
- AZZARITI G., *Ipotesi sui diritti sociali*, in *Nuvole*, 1993, 5, 18 ss.
- AZZARITI G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino 2007.
- AZZARITI G., *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 3, 755 ss.
- AZZARITI G., *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. dir.*, 2013, 1-2, 3 ss.
- AZZARITI G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere ?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, 26 ss.
- AZZONI G., *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 75-97.
- BABINI V.P., *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- BABINI V.P., *Curare la mente: dall'universo manicomiale al "Paese di Basaglia"*, in CASSATA F., POGLIANO C. (a cura di), *Scienze e cultura dell'Italia unita, Annali XXVI*, Storia d'Italia, Einaudi, Torino, 2011, 623-652.
- BAILO F., *La scrittura delle sanzioni. (Una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, Milano, 2012, 15 ss.
- BALANDI G.G., CAZZETTA G. (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2009.
- BALBO L., *Stato di famiglia*, Etas, Milano, 1976, 84 ss.
- BALBONI E., *Salvaguardia dei diritti del singolo e difesa degli interessi della società nell'azione svolta in Inghilterra dai Tribunali amministrativi del Servizio psichiatrico nazionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, I, Giuffrè, Milano, 1987, 25 ss.
- BALBONI E., *Note introduttive allo studio delle formazioni sociali nel pensiero di Mortati*, in LANCHESTER F. (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Esi, Napoli, 1989, 157 ss.
- BALBONI E., *Il concetto di «livelli essenziali e uniformi» come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2001, 1103 ss.
- BALBONI E., *Livelli essenziali. Il nuovo nome dell'uguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 2003, 27 ss.
- BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 2003.
- BALDASSARRE A., *Le ideologie costituzionali dei diritti delle libertà*, in *Dem. dir.*, 1976, 265 ss.
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma 1989, 5 ss.
- BALDASSARRE A., *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, Roma 1989, 3.
- BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XII, Treccani, Roma 1989, 1 ss.
- BALDASSARRE A., *Proprietà*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma 1991, 3 ss.

- BALDASSARRE A., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Giuffrè, Milano, 1996, 63 ss.
- BALDASSARRE A., *Libertà*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino 1997, 130.
- BALDASSARRE A., *La normatività della Costituzione e i suoi «nemici»*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 14 ss.
- BALDASSARE A., MEZZANOTTE C., *Gli uomini del Quirinale*, Laterza, Bari, 1985, 62-104.
- BALDINI V., *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito della disciplina sul trattamento del malato mentale)*, in www.dirittifondamentali.it, 2010.
- BALDINI V., *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Rivista AIC*, 2013, 2, 3 ss.
- BALDOCK J., MANNING N., VICKERSTAFF S. (eds.), *Social Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- BALDUZZI E., *Significato e scopi dell'assistenza psichiatrica unitaria*, in *Atti del convegno sulle realizzazioni e prospettive in tema di organizzazione unitaria dei servizi psichiatrici*, Varese, 20-21 marzo 1965, La Tipografica Varese, Varese, 1965, 27.
- BALDUZZI E., *L'albero della cuccagna. 1964-1978, gli anni della psichiatria italiana*, Grafema, Novara, 2004.
- BALDUZZI R., *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg.*, 2002, 1, 65 ss.
- BALDUZZI R., *L'appropriatezza in sanità: il quadro di riferimento legislativo*, in AA.VV. (a cura di), *L'appropriatezza in sanità: uno strumento per migliorare la pratica clinica, Rapporto sanità 2004*, Il Mulino, Bologna, 2004, 73 ss.
- BALDUZZI R., *La creazione di nuovi modelli sanitari regionali e il ruolo della Conferenza Stato-Regioni (con una digressione sull'attuazione concreta del principio di sussidiarietà "orizzontale")*, in *Quad. reg.*, 2004, 20 ss.
- BALDUZZI R., *Salute (Diritto alla)*, in CASSESE S. (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5395.
- BALDUZZI R. (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, Cedam, Padova, 2007.
- BALDUZZI R., *Sul rapporto tra regionalizzazione e aziendalizzazione in campo sanitario*, in *Quad. reg.*, 2008, 3, 1064 ss.
- BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- BALDUZZI R., *Livelli essenziali e risorse disponibili: un nodo costituzionale ?*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, 71 ss.
- BALDUZZI R., *Livelli essenziali e risorse disponibili. La sanità come paradigma*, in ROVERSI MONACO F.A., BOTTARI C. (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, 79 ss.
- BALDUZZI R. (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Il Mulino, Bologna, 2012.
- BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J. (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice della Leggi*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007.

- BALDUZZI R., DI GASPARE G. (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99*, Giuffrè, Milano, 2001.
- BALDUZZI R., DI GASPARE G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002.
- BALDUZZI R., PARIS D., *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4962 ss.
- BALDUZZI R., SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, 1210 ss.
- BALLADORE PALLIERI G., *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro pad.*, 1954, IV, 60.
- BALLESTRERO M.V., *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2010, 99, 13 ss.
- BALSDON J.P., *Auctoritas, Dignitas, Otium*, in *The Classical Quarterly*, 1960, 10, 1, 43-50.
- BANOTTI E., *La sfida femminile: maternità e aborto*, De Donato, Bari, 1971, 28 ss.
- BARALDI C., ROSSI E., *Le politiche preventive*, in FAZZI L., SCAGLIA A., *Tossicodipendenza e politiche sociali in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2001, 83 ss.
- BARANZINI F., *Discriminazione ed accoglienza della persona con disturbo psichico nella popolazione*, in *Noos*, 2005, 245-268.
- BARBATO A. et al., *Psychiatry in transition: outcomes of mental health policy shift in Italy*, in *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 1998, 32, 673-679.
- BARBATO A., *Violenza e disturbi mentali: cosa dicono i dati ?*, in DODARO G. (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011, 177 ss.
- BARBERA A., *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, 2, 117 ss.
- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 52.
- BARBERA A., Art. 2, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 105 ss.
- BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 32.
- BARBERA A., *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, in *Una e indivisibile*, Giuffrè, Milano, 2007, 10-11.
- BARBERA A., *Ordinamento costituzionale e Carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 311 ss.
- BARBERA A., *La laicità come metodo*, in MAZAS L. (a cura di), *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d'oggi*, Donzelli, Roma, 2011, 83.
- BARBERA A., COCOZZA F., CORSO G., *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*⁵, Il Mulino, Bologna, 1997, 223 ss.
- BARBERA A., MORRONE A., *L'istituto referendario*, in DE ROSA G., MONINA G. (a cura di), *Sistema politico e istituzioni, L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta*, I, Rubettino, Soveria Mannelli, 2003, 325 ss.
- BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, XIX ss.

- BARBERA M., *I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, in NIVARRA L. (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, 135 ss.
- BARBERIS M., *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus. European constitutionality review*, 2011, 16, 55 ss.
- BARBERIS M., *Intervista a Luigi Ferrajoli*, in *Il Mulino*, 2011, 3, 519-526.
- BARBERIS M., *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Reggio Emilia, 2012, 30 ss.
- BARBISAN B., *Paradossi e finzioni del «diritto a morire» nella giurisprudenza statunitense a partire dal caso Quinlan*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 262.
- BARCELLONA M., *Sul danno non patrimoniale. Analisi di un itinerario giurisprudenziale*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 321 ss.
- BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011, 758 ss.
- BARCELLONA P., *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1967, 782 ss.
- BARCELLONA P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I-II, Laterza, Roma-Bari, 1973.
- BARCELLONA P., COTTURI G., *Stato e giuristi*, De Donato, Bari, 1974, 121 ss.
- BARCELLONA P., *Complessità e questione democratica*, in *Dir. dem.*, 1987, 1-2, 7 ss.
- BARCELLONA P., *Diritto senza società, dal disincanto all'indifferenza*, Dedalo, Bari, 2003, 70 ss.
- BARDUSCO A., *Il labirinto della malattia di mente e la legge 180*, in *Dir. soc.*, 1978, 4, 717.
- BARHAM P., *Closing the Asylum. The Mental Patient in Modern Society*, Sage Publications, London, 1997, 23 ss.
- BARILE P., *La Costituzione come norma giuridica*, Barbèra, Firenze, 1951, 27 ss.
- BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, 14 ss.
- BARILE P., *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 308 ss.
- BARILE P., *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova, 1967, 161 ss.
- BARILE P. (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Neri Pozza, Vicenza, 1967.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 58.
- BARILE P., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982.
- BARNES C., *Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation*, Hurst & Co. in association with the British Council of Organisations of Disabled People, London, 1991.
- BARRY B., *Tragic Choices*, in *Ethics*, 1984, 94, 2, 303-318.
- BARTLETT P., SANDLAND R., *Mental Health Law: Policy and Practice*⁴, Oxford University Press, Oxford, 2013, 236 ss.
- BARTOLE S., *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, 1179-1197.
- BARTOLE S., *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986.
- BARTOLE S., *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig., disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 317.

- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 115 ss.
- BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2008, 27 ss.
- BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008.
- BARTOLE S., BIN R., FALCON, TOSI R., *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- BARTOLOMEI F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale. Saggio*, Giappichelli, Torino, 1987, 10 ss.
- BASAGLIA F. (a cura di), *Che cos'è la psichiatria ?*, Amministrazione provinciale Parma, Parma, 1967.
- BASAGLIA F. (a cura di), *L'istituzione negata*, Einaudi, Torino, 1968.
- BASAGLIA F., *Appunti di psichiatria istituzionale*, in *Recenti progressi in medicina*, 1969, 46, 5, 486 ss.
- BASAGLIA F., *La distruzione dell'ospedale psichiatrico*, in BASAGLIA F., TRANCHINA P. (a cura di), *Autobiografia di un movimento. 1916-1979. Dal Manicomio alla Riforma sanitaria*, cit., 12.
- BASAGLIA F., *Il corpo nell'ipocondria e nella depersonalizzazione*, in ID., *Scritti, 1953-1968. Dalla psichiatria fenomenologica all'esperienza di Gorizia*, Einaudi, Torino, 1981, 411 ss.
- BASAGLIA F., *Conferenze brasiliane*, Raffaello Cortina, Milano, 2000, 121-122.
- BASAGLIA F., *L'utopia della realtà*, Einaudi, Torino, 2005, 129 ss.
- BASAGLIA F., ONGARO BASAGLIA F., *Postfazione*, in GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, cit., 404.
- BASAGLIA F., ONGARO BASAGLIA F. (a cura di), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all'oppressione*, Einaudi, Torino, 1975.
- BASAGLIA F., TRANCHINA P. (a cura di), *Autobiografia di un movimento. 1916-1979. Dal Manicomio alla Riforma sanitaria*, Unione delle Province Italiane, Arezzo, 1980.
- BASILICO G., *Accertamenti tecnici e ispezioni giudiziali sulla persona*, in *Giur. it.*, 1991, I, 621.
- BASSI F., *Diritti fondamentali e art. 4, secondo comma, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 613 ss.
- BATTAGLINI E., *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad.*, 1951, IV, 272.
- BAUMAN Z., *Società, etica, politica: Conversazioni con Zygmunt Bauman*, Feltrinelli, Milano 2002, 104.
- BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 159-160.
- BAUMAN Z., *Vite di scarto*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- BAUMAN Z., *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 3 ss.
- BAUMAN S., *Salute e disuguaglianze*, in ID., *Cose che abbiamo in comune. 44 lettere dal mondo liquido*, Laterza, Bari-Roma, 2012, 91 ss.
- BAYERTZ K., *Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1995, 3, 81, 465-481.
- BAZZICALUPO L., *Governo della vita. Il corpo come oggetto e soggetto politico*, in *Ragion pratica*, 2004, 273 ss.

- BEAUCHAMP T.L., *Principi della bioetica: autonomia, beneficiabilità, giustizia*, in RUSSO G. (a cura di), *Bioetica fondamentale e generale*, Sei, Torino, 1995, 84.
- BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1979, trad. it. *Principi di etica biomedicale*, Le Lettere, Firenze, 1999, 140 ss.
- BECCHI P., *Dignità umana*, in POMARICI U. (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2007, 153 ss.
- BECCHI P., *La dignità umana nel «Grundgesetz» e nella Costituzione italiana*, *Ragion pratica*, 2012, 38, 25 ss.
- BÉGUIN A., *Qui est fou ?*, in *Esprit*, 1952, 197, 777 ss.
- BELLINI P., *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, 1983, 64 ss.
- BELLOMIA S., *Sei anni dopo*, in *Giur. cost.*, 1971, 554 ss.
- BELLOMIA S., *La legge sull'aborto*, in *Dir. soc.*, 1979, 1, 99 ss.
- BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, 105 ss.
- BELUSSI G., *L'ospedale psichiatrico e la legge n. 180 del 1978*, in *Giur. merito*, 1980, IV, 1005 ss.
- BELVISI F., *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 162.
- BENDA E., *Verständigungsversuche über die Würde des Menschen*, in *NJW*, 2001, 2147 ss.
- BENHABIB S., *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Routledge, New York, 1992, 161.
- BENHABIB S., *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Il Mulino, Bologna, 2005, 182.
- BENIGNI B., *I LEA per la salute mentale*, in *Sistema Salute*, 2012, 2, 205 ss.
- BENNET D.H., YATES J.M., *Closure of large psychiatric hospitals in England*, in *Psychiatry Prax*, 1995, 22, 2, 55-57.
- BENVENUTI M., *Diritti sociali*, in *Dig., disc. pubbl.*, Agg. V, Utet, Torino, 2012, 270 ss.
- BERARDO F., *«La dignità umana è intangibile»: il dibattito costituente sull'art. 1 del Grundgesetz*, in *Quad. cost.*, 2006, 2, 387-398.
- BERLINGUER G., *Una riforma per la salute. Iter e obiettivi del Servizio sanitario nazionale*, De Donato, Bari, 1979, 128.
- BERNHEIM E., *La médication psychiatrique comme contention: entre autonomie et protection, quelle place pour un cadre juridique ?*, in *Santé mentale au Québec*, 2010, 35, 2, 163-184.
- BERRA L., *La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati. Commento alla legge 14 febbraio 1904, n. 36 ed al regolamento 16 agosto 1909, n. 615*, Tip. Ostinelli, Como, 1915, 11-13.
- BERTI CERRONI G., GRAVA G., *Tana libero tutti. Storie di vita in un Centro di Salute Mentale: pratica e teoria*, Franco Angeli, Milano, 2013, 13 ss.
- BERTI E., *Aristotele nel Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 222 ss.
- BERTI G., *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986, 56 ss.

- BERTI G., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, 506.
- BERTOLINO M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 191 ss.
- BERTOLINO M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 243.
- BERTOLINO M., *Le incertezze della scienza e la certezza del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 543 ss.
- BERTOLINO M., *“Normalità” del male e patologia mentale sul tema dell’infermità mentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 285 ss.
- BERTOLINO M., *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Cedam, Padova, 2009, 121 ss.
- BERTUCCELLI PAPI M., *Che cosa è la pragmatica*, Bompiani, Milano, 1997, 10.
- BESSONE M., Art. 29, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali (art. 29-34)*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, 3 ss.
- BESSONE M., *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi e condizione giuridica della donna*, , in *Pol. dir.*, 1976, 216 ss.
- BESSONE M., *Valore precettivo dell’art. 32 Cost., tutela della salute e danno biologico*, in *Foro pad.*, 1981, 322 ss.
- BESSONE M., FERRANDO G., *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 1321 ss.
- BESSONE M., ROPPO E., *Diritto soggettivo alla «salute», applicabilità diretta dell’art. 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, 766 ss.
- BESSONE M., ROPPO V., *Lesione dell’integrità fisica e «diritto alla salute». Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 53 ss.
- BESSONE M., ROPPO V., *Il diritto di famiglia*, Utet, Torino, 1977, 112 ss.
- BETTINELLI E., RIGANO F. (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- BEVERIDGE W.H., *Social Insurance and Allied Services. Report by the Sir William Beveridge*, HmsO, London, 1942.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*², I, *La norme giuridica - I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2002, 139-147.
- BIANCHETTI A., TRABUCCHI M., *Alzheimer*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- BIANCHETTI R., *I giocatori compulsivi*, in CENDON P., ROSSI S. (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, II, Aracne, Roma, 2013, 859 ss.
- BIANCHI L., *La legge sui manicomi*, in *Riv. sperimentale di freniatria e medicina legale*, 1904, 220 ss.
- BIANCHI L., *A proposito della riforma della legge sui Manicomi e sugli alienati*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 1922, 222.
- BIANCHI D’URSO F., *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Jovene, Napoli, 1980, 193-194.
- BIFFI G., DE ISABELLA G., *Nuove sfide per la salute mentale: innovazioni cliniche e organizzative*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012.
- BIFULCO D., *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, 59-88.

- BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008, 10 ss.
- BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2006.
- BILANCIA P., *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2010, 3-4, 231 ss.
- BILOTTA F., *L'applicazione della categoria del danno esistenziale nelle pronunce del 2005*, in *Giur. merito*, 2006, 5, 1084 ss.
- BILOTTA F., *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 6, 215 ss.
- BILOTTA F., *Transessualismo*, in *Dig. priv., sez. civ.*, Agg. VIII, Utet, Torino, 2013, 732-769.
- BILOTTA F., ZIVIZ P., *Il nuovo danno esistenziale. Dalla cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008*, Zanichelli, Bologna, 2009, 59 ss.
- BIN, R. *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 331-332.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 18 ss.
- BIN R., «Al cuor non si comanda». *Valori, regole, argomenti e «il caso» nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale. Atti del Seminario (Messina, 7-8 maggio 1993)*, Giappichelli, Torino, 1994, 326 s.
- BIN R., *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 14, 17.
- BIN R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss.
- BIN R., *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Le Regioni*, 2002, 6, 1445 ss.
- BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in LA TORRE M., SPADARO A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, 62 ss.
- BIN R., *Lo Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- BIN R., *La Corte e la scienza*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, 6 ss.
- BIN R., *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 34 ss.
- BIN R., *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Jovene, Napoli, 2009, 55.
- BIN R., *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XX Convegno annuale dell'AIC (Roma 27-28 ottobre 2006), Jovene, Napoli, 2010, 216 ss.
- BIN R., *La libertà di ricerca scientifica in campo genetico*, in BIN R., LORENZON S., LUCCHI N. (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights. Atti della Conferenza di Ferrara, 21-21 gennaio 2011*, Springer, Milano, 2012, 135 ss.
- BIN R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013, 69-73.

- BIN R., PINELLI C., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Esi, Napoli, 2006.
- BIONDI DAL MONTE F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettiva sovranazionale*, Giappichelli, Torino, 2013, 30 ss.
- BIONDI DAL MONTE F., *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in ROSSI E., BIONDI DAL MONTE F., VRENN M. (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, Il Mulino, Bologna, 2013, 91 ss.
- BIONDI F., *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 106 ss.
- BIONDI F., *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in NICOTRA I., GIUFFRÈ F. (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, Esi, Napoli, 2014, 5 ss.
- BLOCH E., *Diritto naturale e dignità umana* (1961), Giappichelli, Torino, 2005, 170.
- BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1323 ss.
- BOBBIO N., *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, Torino, 1976, 44 ss.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, 67 ss.
- BOBBIO N., *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* [1988], in ID., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi 1999, 437-439.
- BOBBIO M., *Il malato immaginario*, Einaudi, Torino, 2010, 13 ss.
- BOCCIA M.L., *Il conflitto sulla decisione della donna. Un confronto tra uomini e donne del Pci sull'aborto*, in *Reti*, 1988, 3-4, 77-86.
- BOCCIA M.L., *La differenza politica*, Milano, 2000, 182 ss.
- BOCCIA M.L., *È alla donna che dobbiamo la vita*, in *Liberazione*, 26 febbraio 2008
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 19. Oktober 1989*, München, 1990, 22 ss.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Überlegungen zu einer Theologie des modernen säkularen Rechts*, in *Stimmer der Zeit*, 1999, 124, 579 ss.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Bleibt die Menschenwürde unantastbar ?*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 2004, 10, 1216 ss.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in ID., *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Francoforte, 1991, 112, trad. it. *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006, 68.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Staat. Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, 160-161, trad. it. *Stato, Costituzione, Democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 211 ss.

- BÖCKENFÖRDE E.W., *Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte*, in ID., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, trad. it. *Stato, Costituzione, democrazia, cit.*, 390 ss.
- BOGNETTI G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 1994, 157 ss.
- BOGNETTI G., *Federalismo*, Utet, Torino, 2009, 15 ss.
- BOLLINI P., *L'applicazione e l'impatto della riforma psichiatria in Italia. Le evidenze disponibili*, in *Epidemiologia e Psichiatria Sociale*, 1994, 3, 83-85.
- BONA M., *Danno esistenziale*, in *Dig. priv., sez. civ.*, XVIII, Agg. II, Utet, Torino, 2003, 654 ss.
- BONA M., *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*, in *Danno resp.*, 2003, 10, 939 ss.
- BONA M., IADECOLA G., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, Milano, 2009, 8.
- BONA M., MONATERI P.G., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- BONASIA E., ROSSATI A., *La situazione psichiatrica attuale nella provincia di Torino*, in *Annali di Freniatria e Scienze Affini*, 1977, 90, 3, 237 ss.
- BONETTI A., BORTINO R., *Follia, tossicodipendenza e bisogni della persona. La doppia diagnosi tra psichiatria e dipendenze*, Franco Angeli, Milano, 2014, 52 ss.
- BONGIOVANNI G., *Diritti dallo statuto difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra*, in *Scienza&Politica*, 2001, 24, 87.
- BONGIOVANNI G., *Neocostituzionalismo*, in *Annali Enc. dir.*, IV, 2011, 751 ss.
- BONINI F., *Storia costituzionale della Repubblica*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, 80 ss.
- BONNAFFÈ L., DUBUISSON M., LAINÉ T., *La psichiatria di settore. Dibattito sull'esperienza francese*, Cluep, Milano, 1978.
- BOORSE C., *Health as a theoretical concept*, in *Philosophy of science*, 1977, 44, 542-573.
- BORGNA E., *Nei luoghi perduti della follia*, Feltrinelli, Milano, 2008, 386 ss.
- BORGNA E., *La contenzione è sempre evitabile se c'è relazione*, in *Cura e qualità della vita. La contenzione*. Atti della giornata di studio, Manno, 11 ottobre 2010, 22 ss.
- BORGNA E., *Noi siamo un colloquio. Gli orizzonti della conoscenza e della cura in psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 2012, 11 ss.
- BORGNA E., *La dignità ferita*, Feltrinelli, Milano, 2013.
- BORSELLINO P., *Bioetica. Tra autonomia e diritto*, Zadig, Milano, 1999, 70 ss.
- BORZAGA C., FAZZI L. (a cura di), *Del no profit sociosanitario*, Franco Angeli, Milano, 2006.
- BOTHA H., *Human Dignity in Comparative Perspective*, in *Stellenbosch Law Review*, 2009, 2, 196 ss.
- BOTHELO R.J., *A negotiation model for the doctor-patient relationship*, in *Fam. Pract.*, 1992, 9, 210-216.
- BOTTARI C., *Editoriale*, in *San. pubbl.*, 1999, 9, 1073 ss.
- BOULANGER N., CHAIX J.F., *Lavoro, famiglia, psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1974.

- BOWEN P., *Blackstone's Guide to The Mental Health Act 2007*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 10 ss.
- BRACCI L., *Note alla legislazione penale sugli stupefacenti*, in *Arch. pen.*, 1957, I, 29 ss.
- BRACCI L., *È reato la detenzione di sostanze stupefacenti per uso personale ?*, in *Giust. pen.*, 1957, II, c. 762 s.
- BRECCIA U., *Immagini del diritto privato. I, Teoria generale, fonti, diritti. Scritti di Umberto Breccia*, Giappichelli, Torino, 2013, 95 ss.
- BRENNAN W.J., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in *South Texas Law Review*, 1985, 27, 433 ss.
- BRICOLA F., *Custodia di minori, alienati di mente o persone detenute (contravvenzioni concernenti la)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 579 ss.
- BROOKER C., REPPER J., *Mental Health: From Policy to Practice*, Churchill Livingstone, London, 2008, 14 ss.
- BROWN P., *The name Game: Toward a Sociology of Diagnosis*, in *The Journal of Mind and Behaviour*, 1990, 3-4, 385 ss.
- BRUGNOLI G., *Il comportamento criminale violento è un disturbo psicopatologico ?*, in PANCHERI P. (a cura di), *Psicopatologia dell'aggressività e della violenza*, Scientific Press, Firenze, 2005, 465-504.
- BRUNELLI G., *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in MANCINA C., RICCIARDI A. (a cura di), *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, cit., 69 ss.
- BRUNELLI G., *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, 850 ss.
- BRUNELLI G., *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, in www.forumcostituzionale.it.
- BRUNELLI G., CAZZETTA G. (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013.
- BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Jovene, Napoli, 2009.
- BRUNO F., *La pericolosità sociale psichiatrica*, in FERRACUTI F. (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, XIII, Giuffrè, Milano 1990, 349 ss.
- BRUSCUGLIA L., *Infermità mentale e capacità di agire. Note critiche e sistematiche in relazione alla legge 18 marzo 1968, n. 431*, Giuffrè, Milano, 1971.
- BRUSCUGLIA L., *Legittimità costituzionale del ricovero volontario*, in *Foro it.*, 1973, V, 278.
- BRUSCUGLIA L., *Art. 1*, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 182.
- BRUSCUGLIA L., *Art. 2*, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 192.
- BRUSCUGLIA L., *Art. 3*, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 197.
- BRUSCUGLIA L., *Art. 6*, in ID., *Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, cit., 205.
- BRUSCUGLIA L., *Sul cosiddetto testamento psichiatrico*, in FERRANDO G., VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 100 ss.

- BRUSCUGLIA L., BUSNELLI F.D., GALOPPINI A., *Salute mentale dell'individuo e tutela giuridica della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 658 ss.
- BUBLITZ J.C., *Habeas mentem ? Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug und die Freiheit gefährlicher Gedanken*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, 8-9, 718.
- BUCHANAN A.E., *Medical Paternalism*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1978, 7, 370 ss.
- BUCHANAN A.E., BROCK DW., *Deciding for others. The ethics of surrogate decision making*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, 18 ss.
- BURDEAU G., *Le démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, in *Traité de sciences politique*, Paris, 1973, VII, 39 ss.
- BUSATTA L., *Il diritto alla salute a geometria variabile*, Tesi di dottorato in Studi giuridici comparati ed europei, Università di Trento, 2011, 97 ss.
- BUSNELLI F.D., *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978, 417 ss.
- BUSNELLI F.D., *Tre punti esclamativi, tre punti interrogativi, e un punto e a capo*, in *Giust. civ.* 1994, I, 3029.
- BUSNELLI F.D., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2003, 8-9, 816 ss.
- BUSNELLI F.D., *...E venne l'estate di San Martino*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè, Milano, 2009, 97 ss.
- BUSNELLI F.D., *Cosa resta della legge 40 ? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, 459.
- BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Il diritto alla salute*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1979.
- BUSNELLI F.D., PATTI S., *Danno e responsabilità civile*³, Giappichelli, Torino, 2013, 234 ss.
- BUTLER T., *Mental Health, Social Policy and the Law*, MacMillan, London, 1985, 13 ss.
- BUTLER T., *Changing Mental Health Services. The Politics and Policy*, Chapman & Hall, London, 1993, 102 ss.
- BUZZACCHI C., *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Giuffrè, Milano, 2003.
- CAFAGGI F., *Responsabilità del professionista*, in *Dig. priv., sez. civ.*, XVII, 1998, 177 ss.
- CAFFÈ F., *Umanesimo nel Welfare*, in ID., *La solitudine del riformista*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, 244 ss.
- CAGGIA F., ZOPPINI A., Art. 29, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 604 ss.
- CAIANELLO V., *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in *Atti del convegno celebrativo 'Cento anni di giurisdizione amministrativa Torino 10-12 novembre 1989'*, Giuffrè, Milano, 1996, 15 ss.
- CALABRESI G., BOBBITT P., *Tragic Choices – The Conflicts Society Confronts in The Allocation of Tragically Scarce Resources*, New York-London, 1978, trad. it. *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006.

- CALABRIA A., *Le presunzioni di pericolosità nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima e dopo la legge abrogatrice del 1986*, in *Giur. cost.*, 1989, 377 ss.
- CALAMANDREI P., *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 149 ss.
- CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, in CAPPELLETTI M. (a cura di), *Opere giuridiche*, III, Morano, Napoli, 1968, 183-210.
- CALAMANDREI P., *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori (1950)*, in *Opere giuridiche*, III, cit., 288 ss.
- CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla (1955)*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 511 ss.
- CALAMANDREI P., *La Costituzione si è mossa*, in *La Stampa*, 16 giugno 1956, ora in *Opere giuridiche*, III, cit., 655 ss.
- CALAMANDREI P., *Discorso sulla Costituzione*, in VASSALLI G. (a cura di), *Piero Calamandrei e la Costituzione*, M&B, Roma, 1997, 155.
- CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, in ID., *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Sansoni, Firenze, 2004, 21 ss.
- CALLAHAN D., *The WHO Definition of Health*, in *Hastings Center Studies*, 1973, I, 3, 77 ss.
- CALLAHAN D., *What Kind of Life. The Limits of Medical Progress*, Georgetown University Press, Washington, 1990, 34 ss.
- CALVI G., *Valori e stili di vita degli italiani*, Isedi, Milano, 1977.
- CAMERLENQO Q., *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002, 5, 685 ss.
- CAMERLENQO Q., *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale*, in STAIANO S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005, Giappichelli, Torino, 2006, 85 ss.
- CAMERLENQO Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, 339 ss.
- CAMERLENQO Q., *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna, 2013, 69 ss.
- CAMMELLI M., *Strategia e congiuntura: il finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, in *Il Mulino*, 1981, 6, 817-837.
- CAMMELLI M., *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, 454.
- CAMMEO F., *Sanità pubblica*, I, *Principi generali, fonti ed organi dell'amministrazione sanitaria*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, cit., 213 ss.
- CAMPBELL P., *The Bigger Picture*, in *Mental Health Today*, 2007, 20 ss.
- CAMPESE G., *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 2, 126.
- CAMPESE G., *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2008, 472.
- CANEPA G., *Accertamento e revisione della pericolosità sociale: la diagnosi psicologica*, in GULOTTA G. (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1987, 146 ss.

- CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI M.C., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, I-II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà S., Zatti P., Giuffrè, Milano, 2011.
- CANGUILHEM G., *Sulla medicina*, Einaudi, Torino, 2002, 31.
- CANOSA R., *Storia del manicomio in Italia dall'Unità a oggi*, Feltrinelli, Milano, 1979, 130 ss.
- CANOSA R., FEDERICO P., *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- CANOVA L., *Considerazioni sul percorso legislativo dell'assistenza psichiatrica (dalla legge 180 al progetto-obiettivo)*, in SCAPICCHIO P.L., TRABUCCHI M. (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Il Mulino, Bologna, 1999, 84 ss.
- CAPIZZANO E., *Vita e integrità fisica (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, 1975, 1007 s.
- CAPONI R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1205 ss.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, 100.
- CAPPUCCI A., *Il processo evolutivo della sanità italiana: dagli "spedali" alle aziende sanitarie*, in *Ragiusan*, 215-216/2002, 6 ss.
- CAPUANO G., *Il trattamento coattivo dei tossicodipendenti: rilievi critici*, in *Temi romani*, 1984, 58 ss.
- CARACCIOLI I., *Sulla legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1009 ss.
- CARACCIOLO A., *In margine a vent'anni di Quaderni storici*, in GROSSI P. (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986, 155 ss.
- CARAVITA B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 1, 31.
- CARAVITA B., *Oltre l'eguaglianza formale*, Cedam, Padova, 1984, 71 ss.
- CARAVITA B., *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni ed autonomie tra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002.
- CARBONE C., *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, 15 ss.
- CARBONE E., *Stigma psichiatrico e diritto civile. Itinerari privatistici per la realizzazione personale e il coping*, in www.personaedanno.it
- CARDIA C., *L'art. 29 della Costituzione: la famiglia come società naturale e la indissolubilità del matrimonio*, in *Studi sul divorzio*, Cedam, Padova, 1972, 204.
- CARETTI P., *La disciplina della libertà personale nei più recenti sviluppi legislativi*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Barile*, Cedam, Padova, 1990, 235 ss.
- CARETTI P., *Libertà personale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1994, 234 ss.
- CARETTI P., *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2003.
- CARETTI P., *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali²*, Giappichelli, Torino, 2005.
- CARETTI P., *I diritti sociali nella Costituzione italiana e gli strumenti di garanzia*, in FACURY SCAFF F., REVENGA M., ROMBOLI R., *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2010, 53 ss.
- CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali³*, Giappichelli, Torino, 2011, 172 ss.

CARINGELLA F., *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, Relazione tenuta al Tar di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale Amministrativo, Lecce, 14 e 15 Marzo 2008, in www.giustizia-amministrativa.it

CARIOLO A., *La dubbia utilizzazione del modello di famiglia come formazione sociale*, in BIN R., PINELLI C. (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 47 ss.

CARLASSARE L., *L'art. 32 cost. e il suo significato*, in ALESSI R. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, cit., 105 ss.

CARLASSARE L., *Detenzione di stupefacenti, tutela della salute, ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1972, 27.

CARLASSARE L., *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, Roma, 1990, 1 ss.

CARLASSARE L., *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 1, 95 ss.

CARLI R., PANICCIA R.M., *La cultura dei servizi di salute mentale in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2011, 88 ss.

CARNEY T., *Involuntary mental health treatment laws: the "rights" and the wrongs of competing models* ?, in MCSHERRY B., WELLER P. (eds), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, 257 ss.

CAROPPO M.S., TURATI G., *I sistemi sanitari regionali in Italia. Riflessioni in una prospettiva di lungo periodo*, Franco Angeli, Milano, 2007, 379 ss.

CAROZZA P.G., *"My Friend Is a Stranger": The Death Penalty and the Global Jus Commune of Human Rights*, in *Texas L. Rev.*, 2003, 81, 1031 ss.

CARPANI G., MORANA D., *Le competenze legislative in materia di "tutela della salute"*, in BALDUZZI R., CARPANI G. (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, 126 ss.

CARPENTER JR W.T., GOLD J.M., LAHTI A.C. et al., *Decisional capacity for informed consent in schizophrenia research*, in *Arch Gen Psychiatry*, 2000, 57, 533-538.

CARRER M., *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.

CARRIER J., KENDALL I., *Evolution of Policy*, in LEFF J. (ed.), *Care in the Community: Illusion or Reality* ?, John Wiley & Sons, Chichester, 1997, 15.

CARRIERI F., CATANESI R., *Psichiatria e giustizia: una crisi di crescita*, in CERETTI A., MERZAGORA I. (a cura di), *Questioni sull'imputabilità*, Padova, 1994, 88-90.

CARRIERI F., GRECO O., CATANESI R., *Le tossicodipendenze*, Liviana, Padova, 1989, 90 ss.

CARRINO A., *Esperienza giuridica e nichilismo*, in *Dir. dem.*, 1987, 291 ss.

CARRO V., *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, Salamanca 1951, 287 ss.

CARROZZA P., *Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, in CAMPEDELLI M., CARROZZA P., PEPINO L. (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 2010, 234-235.

CARSON C. et al. (eds.), *The Papers of Martin Luther King, Jr.*, II, *Rediscovering Precious Values*, July 1951 - November 1955, University of California, Berkeley, 1994, 236.

- CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- CARTABIA M., *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 456 ss.
- CARTER I., *Funzionamenti e capacità. Una critica liberale alle teorie di Sen e Nussbaum*, in *Riv. filosofia*, 2001, 1, 55.
- CARTER I., *La libertà eguale*, Feltrinelli, Milano, 2005, 190-191.
- CARTER I., GALEOTTI A.E., OTTONELLI V. (a cura di), *Eguale rispetto*, Bruno Mondadori, Milano, 2008.
- CARUSI D., CASTIGNONE S., FERRANDO G. (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CARUSO B., *Lo Statuto dei lavoratori è morto: "viva lo Statuto"*, in *Lav. dir.*, 2010, I, 85 ss.
- CARUSO E., DIRINDIN N., *La sanità nel 2005: il rigore finanziario tra adempimenti, allarmi e crociate per la salute*, in GUERRA M.C., ZANARDI A. (a cura di), *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2006*, Il Mulino, Bologna, 2006, 101 ss.
- CASABURI G., *Il restyling giurisprudenziale della l. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. merito*, 2009, 12, 3002.
- CASACCHIA M., SCONCI V., *Urgenza, emergenza e crisi in psichiatria*, in CASACCHIA M., ANDREOLI V. (a cura di), *Urgenze in psichiatria*, Masson, Milano, 1985, 1-13.
- CASADEI TH. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CASADEI TH., *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012, 28 ss.
- CASAGRANDE D., *A trenta anni dalla legge 180. Quale futuro*, in *Fogli di Informazione*, 2008, 5-6, 37 ss.
- CASALINI B., *Etica della cura, dipendenza e disabilità*, in *Associazione internazionale delle filosofe, Annuario 2013-2014*, IAPh, Roma, 2014, 450-482.
- CASALINI B., CINI L. (a cura di) *Giustizia, uguaglianza e differenza: una guida alla lettura della filosofia politica contemporanea*, Firenze University Press, Firenze, 2012, 71 ss.
- CASAVOLA F.P., *Genesi e valore del Welfare State*, in *Studium*, 1994, 171 ss.
- CASSETTA E., *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 799.
- CASSETTA E., *Considerazioni generali sulla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale*, in *Trib. amm. reg.*, 1979, II, p. 405 ss.
- CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3, 545 ss.
- CASONATO C., *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrenticostituzionali.org, 2014.
- CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009.
- CASSATA F., MORAGLIO M. (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, Bfs, Pisa, 2005.

- CASSATA F., *Il lavoro degli "inutili": fascismo e igiene mentale*, in CASSATA F., MORAGLIO M. (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 23-36.
- CASSESE S., *Lo Stato «pluriclasse» in Massimo Severo Giannini*, in CASSESE S., CARCATERRA G., D'ALBERTI M., BIXIO A. (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1994, 11 ss.
- CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, 604.
- CASSESE S. (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006.
- CASSETTI L., *Stabilità economica e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, 100 ss., 196 ss.
- CASTEL R., *Diseguaglianze e vulnerabilità sociale*, in Rass. it. sociologia, 1997, 1, 55 ss.
- CASTELLANA A.R., *L'incapacità processuale della persona inferma di mente, sebbene non interdetta né inabilitata*, in Foro it., 1930, I, 817 ss.
- CASTELLS M., *The Rise of the Network Society*, Blackwell, Oxford, 1996, 232.
- CASTIGLIONI M., CORRADINI A., *Modelli epistemologici in psicologia*, Roma, 2003, 133.
- CASTORINA E., *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute. La sperimentazione "terapeutica" di farmaci ed il "rispetto della persona umana"*, in Giur. Cost., 2535.
- CASTRONOVO C., *Secolarizzazione e diritto alla follia*, in Vita e Pensiero, 1980, 2, 16.
- CASTRONOVO C., *La 180, la Costituzione e il dopo*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 194 ss.
- CASTRONOVO C., *Danno biologico senza miti*, in Riv. crit. dir. priv., 1988, 3 ss.
- CASTRONOVO C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in Jus, 1990, 191-191.
- CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in Danno resp. 2009, 1, 8 ss.
- CASTRONOVO C., *Autodeterminazione e diritto privato*, in D'AGOSTINO F. (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale ?*, Atti del Convegno nazionale dell'UGCI Pavia 5-7 dicembre 2009, Quaderni di Iustitia, Giuffrè, Milano, 2010, 49 ss.
- CASTRONOVO V., *La storia economica*, in Storia d'Italia, IV, Utet, Torino, 1975, 430 ss.
- CASUSCELLI G., *"A chiare lettere" – Il diritto alla moschea, lo Statuto lombardo e le politiche comunali: le incognite del federalismo*, in Stato&Chiese, 2009, 9, 1-14.
- CATANESI R. et al., *La valutazione del consenso informato alle cure quale variabile del trattamento psichiatrico*, in Riv. psichiatria, 2010, 45, 3, 170-177.
- CATANESI R., CARABELLESE F., TROCCOLI G., *Contenzione fisica in psichiatria*, in V. VOLTERRA (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Masson, Milano, 2010, 970.
- CATANESI R., GRATTAGLIANO I., ROSSI P., *Medicina penitenziaria e Aids: una indagine sperimentale*, in Rass. it. crim., 1993, 513 ss.
- CATANESI R., SACCO M. et al., *Assenso o consenso informato ? Indagine sui ricoverati nel Spdc del Policlinico di Bari*, in FORNARI U., CODA S., IORIO M. (a cura di), *La valutazione della capacità decisionale in psichiatria di consultazione*, cit., 105-121.

- CATAUDELLA A., *La dignità del lavoratore (Considerazioni sul titolo I dello Statuto dei lavoratori)*, in *Dir. lav.*, 1973, I, 5 ss.
- CATELANI A., LABRIOLA S. (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milano 2001.
- CATELANI E., *Profili costituzionali della cura e della riabilitazione dei tossicodipendenti, in Nuove dimensioni dei diritti di libertà. (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990, 253 ss.
- CATTANEO G., *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1957, 949 ss.
- CAVANA P., *L'edilizia di culto e il problema delle moschee*, in *Libertà civili. Bimestrale di studi e documentazione sui temi dell'immigrazione*, 2011, 5, 69-77.
- CAVARERO A., PERETTI I., *Conversazioni sul corpo*, in *Dem. dir.*, 1996, 39, 46.
- CAVASINO E., *La Corte costituzionale ed i «principi generali che regolano l'attività terapeutica»*, in *Quad. cost.*, 2003, 1, 153.
- CAVASINO E., *Trattamenti sanitari obbligatori*, in CASSESE S. (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5960.
- CAVASINO E., *Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni". Considerazioni sull'effettività della tutela*, in CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 338.
- CAVASINO E., *La flessibilità del diritto alla salute*, Esi, Napoli, 2013, 10 ss.
- CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza. Atti del Convegno di Trapani 8-9 giugno 2012*, Esi, Napoli, 2013.
- CAVASINO E., TULUMELLO G., *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 10, 2000 ss.
- CAVICCHI I., *Salute e federalismo. Forma e contenuti dell'emancipazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2001, 190.
- CAVICCHI I., *Le metamorfosi della salute*, Airplane, Roma, 2002.
- CAVICCHI I., *Sanità: un libro bianco per discutere*, Dedalo, Bari, 2005, 15 ss.
- CAVINO M., TRIPODINA C. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012.
- CAYLA J.S., *La santé et le droit*, in *Riv. droit. sanit. soc.*, 1996, 282.
- CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Esi, Napoli, 2008.
- CECCHETTI M., BUFFONI L., *Le fonti nazionali*, in RODOTÀ S., TALLACCHINI M.C. (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto, Trattato di Biodiritto*, cit., 813.
- CELANO B., *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in POZZOLO S. (a cura di), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, 89-123.
- CELANO B., *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, 427-441.
- CENA L., IMBASCIATI A. (a cura di), *Neuroscienze e teoria psicoanalitica. Verso una teoria integrata del funzionamento mentale*, Springer, Milano, 2014, 147 ss.
- CENDON P., *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 34.

- CENDON P., *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 118-119.
- CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Esi, Napoli, 1988.
- CENDON P., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 11.
- CENDON P., *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in ID. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 36 ss.
- CENDON P., *Violenza sessuale ad una minorenne e danno esistenziale dei familiari*, in *Dir. fam.*, 2001, I, 519 ss.
- CENDON P., *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in PATTI S. (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Quaderni di Famiglia, Giuffrè, Milano, 2002, 36.
- CENDON P., *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675 ss.
- CENDON P., *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005, 29.
- CENDON P., *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.
- CENDON P., *Il diritto dal basso*, in www.personaedanno.it, 2006
- CENDON P., *Il danno esistenziale nella giurisprudenza post 2008. Guida pratica dopo le "sentenze di San Martino"*, Aracne, Roma, 2013, 13 ss.
- CENDON P., ROSSI S. (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, Aracne, Roma, 2013.
- CENDON P., ZIVIZ P. (a cura di), *Il danno esistenziale*, Giuffrè, Milano, 2000.
- CENSIS, *L'attuazione della riforma psichiatrica nel quadro delle politiche regionali e dell'offerta quantitativa e qualitativa dei servizi*, Isis, Roma, 1989.
- CENTONZE F., *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1232 ss.
- CENTONZE F., *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 276.
- CERETI C., *Diritto costituzionale italiano*⁷, Torino, 1966, 211 ss.
- CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 473.
- CERRI A., *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, 11 ss.
- CERRI A., *Libertà. II. Libertà personale – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1991, 5.
- CERRI A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma, 1994, 7 ss.
- CERRI A., *Diritto-Scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in COMANDÈ G., PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, 368.
- CERRI A., PFERSMANN O. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo nel sapere giuridico*, II, Roma, 2007.

- CERRINA FERONI G., PALERMO F., PARODI G., RIDOLA P. (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale. Tra memoria e futuro*, Giappichelli, Torino 2012.
- CERRONE F., *Annotazioni sul diritto alla salute tra bioetica, processo e ragionamento giuridico*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Esi, Napoli, 2012, 1187 ss.
- CERRONE F., *L'attesa dell'attuazione della Costituzione e la crisi della politica*, in BRUNELLI G., CAZZETTA G. (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013, 99.
- CERRONE F., VOLPI M. (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli, 2007.
- CHARLES C. et al., *Medical necessity in Canadian health policy: four meanings and...a funeral ?*, in *Milbank Q*, 1997, 75, 3, 365-394.
- CHELI E., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 57 ss.
- CHELI E. (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979.
- CHELI E., *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano 1995, 1774.
- CHELI E., *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, in CHELI E., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Il Mulino, Bologna, 2012, 29 ss.
- CHERCHI R., *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in www.costituzionalismo.it, 16.11.2010
- CHERUBINI M.C., *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1979, 76 ss.
- CHESSA O., *La misura essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1170 ss.
- CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 339 s.
- CHIAPPAROLI R., MANDIROLA S., *Italia-Inghilterra: psichiatrie a confronto. Politiche, leggi, pratiche*, Centro di documentazione di Pistoia, Pistoia, 2005, 62 ss.
- CHIARELLI G., *Lo Stato e l'assistenza sanitaria*, in *Feder. medica*, 1957, 10.
- CHIARELLI G., *Appunti sulla sicurezza sociale*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, 287 ss.
- CHICO V., HERVEY T. et al., *Markets and Vulnerable Patients: Health Law After the 2012 Act*, in *Medical Law Review*, 2013, 22, 2, 157-161.
- CHIEFFI L., *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, 594 ss.
- CHIEFFI L. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003.
- CHILDRESS J.F., *Who Should Decide ? Paternalism in Health Care*, Oxford University Press, New York, 1982.
- CHINDEMI D., *Una nevicata su un campo di grano*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 219 ss.
- CHINNI D., *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in www.giurcost.org.
- CHIODI V., *Della responsabilità professionale del medico*, in *Manuale di medicina legale*, Vallardi, Torino, 1970, 90.

- CHIOLA C., *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, in *Giur. cost.*, 1975, I, 1099 ss.
- CHOW W.S., PRIEBE S., *Understanding psychiatric institutionalization: a conceptual review*, in *BMC Psychiatry*, 2013, 13, 169-183.
- CIAPPI S., TRAVERSO G.B., *La voce universale ed il contesto critico. Fondamenti teorici e pratiche di fondo in criminologia e psichiatria forense*, in CERETTI A., MERZAGORA I. (a cura di), *Questioni sull'imputabilità*, Cedam, Padova, 1994, 151 ss.
- CIARI B., *La grande disadattata, in Riforma della scuola*, 1970, 4, 18 ss.
- CIARLO P., *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 123 ss.
- CIERVO A., *I beni comuni*, Ediesse, Roma, 2013.
- CIERVO A., *Diritti dal basso*, in *Dig. priv., sez. civ.*, Agg. IX, Utet, Torino, 2014, 188 ss.
- CILIBERTI R., ALFANO L., *Il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari tra esigenze di controllo e istanze di libertà*, Abstract della comunicazione al XIII Congresso Nazionale della Società Italiana di Psichiatria Forense, Alghero, 28-30 maggio 2010, 64-66.
- CILIONE G., *Il trasferimento delle funzioni in materia sanitaria*, in *Istituzioni del federalismo*, 2001, 5, 983 ss.
- CIMINO L., *Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: un'analisi critica*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, 2014, 2, 40-41.
- CIOCCA A., MARELLA M.R., *I beneficiari dell'amministrazione di sostegno*, in FERRANDO G., LENTI L. (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, cit., 105.
- CIOFFI F., *Modelli di sofferenza mentale in Freud e Jung*, in *Riv. di psichiatria*, 2002, 37, 4, 190-191.
- CIOLLI I., *I diritti sociali*, in ANGELINI F., BENVENUTI M. (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Esi, Napoli, 2012, 83 ss.
- CIOLLI I., *I TSO e le proposte di riforma della legge 180 del 1978. Problemi e prospettive*, in FOSCHI R. (a cura di), *La libertà sospesa. Il trattamento sanitario obbligatorio – psicologia, psichiatria, diritti*, Fefè ed., Roma, 2012, 36.
- CIPRIANI N., *I trattamenti sanitari obbligatori nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *San. pubbl.*, 1982, 149 ss.
- CLERICI POLI S., AMBROSIO A., *Prevenzione e gestione operativa della contenzione. Esperienze legate al disagio psichico*, in *Cura e qualità di vita. La contenzione*, cit., 32-33.
- COCCONI M., *Il valore costituzionale della salute come criterio-guida delle scelte legislative e di organizzazione: fra esigenze di concreta realizzazione e fedeltà alla propria consistenza ontologica*, in *San. pubbl.*, 1991, 289 ss.
- COCCONI M., *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998, 37.
- COING H., *Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit*, in *Juristische Schulung*, 1981, 601 ss.
- COLAIANNI L., «Per incapacità di intendere e volere». *Il consenso informato della psichiatria*, Aracne, Roma, 2009, 52 ss.
- COLAPIETRO C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1998, 251 ss.

- COLAPIETRO C., *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del "multitrattamento Di Bella"*, in *Giur. it.*, 1999, 160 ss.
- COLLICA M.T., *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 300 ss.
- COLLICA M.T., *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2007.
- COLLICA M.T., *Giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1170 ss.
- COLUCCI M., *Fabrizio, con una zeta. Per una critica della ragione diagnostica*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 12 ss.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere sull'eticità della terapia elettroconvulsivante*, 22 settembre 1995, Presidenza del Consiglio, Dipartimento per l'Informazione e l'Editoria, Roma, 1995.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Psichiatria e Salute mentale: orientamenti bioetici*, 24 novembre 2000, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'editoria, Roma, 2000, 13.
- COMOGLIO L.P., *Art. 24*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 1981, 55 ss.
- COMOGLIO L.P., *Contact tracing e partner notification nel quadro delle strategie anti-Aids*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 88 s.
- COMOGLIO L.P., *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719 ss.
- CONSENSUS CONFERENCE DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI PSICOPATOLOGIA, *Il consenso al trattamento in psichiatria*, in *Giorn. it. psicopatol.*, 1998, 2, 5-14.
- CONTI F., SILEI G., *Breve storia dello Stato sociale*, Carocci, Roma, 2005, 15 ss.
- CONTI R., *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle corti europee*, Aracne, Roma, 2014, 204 s.
- CONTICELLI M., *Pubblico e privato nel settore sanitario*, Giuffrè, Milano, 2012, 229 ss.
- COPPETTA M.G., *Art. 41*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2006, 407 ss.
- COPPI F., *Plagio*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 932 ss.
- CORAGGIO C., *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione regionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 4981 ss.
- CORAGGIO L., *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.
- CORASANITI A., *Artt. 1-2*, in BRUSCUGLIA L., BUSNELLI F.D., CORASANITI A. (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 1201.
- CORASANITI A., *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 1990, 189-214.
- CORBELLINI G., JERVIS G., *La razionalità negata*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, 149.
- CORSALE M., *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 1012 ss.
- CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.
- CORSO G., *Diritti umani*, in *Ragion pratica*, 1996, 7, 59-67.

- CORTESE F., *La libertà individuale come funzione dell'organizzazione pubblica: ordine giuridico e ordine politico* in Silvio Trentin, in Riv. trim. dir. pubbl., 2008, 4, 1067 ss.
- CORTESE F., *I diritti inviolabili dell'uomo*, in FLORENZANO D., BORGONOV D., CORTESE F. (a cura di), *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 1-45.
- COSMACINI G., *Storia della medicina e della sanità nell'Italia contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 247 ss.
- COSMACINI G., *Storia della salute e della sanità in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 489 ss.
- COSSO G., *La «libertà per Aids» tra illusioni, sfasature ed equivoci*, in Dir. pen. proc., 1995, 1029 ss.
- COSSUTTA M., *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Eut, Trieste, 2011, 15 ss.
- COSSUTTA M., *Una declinazione del sintagma diritto sociale: appunti per una ridiscussione della categoria della positività del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, EUT, Trieste, 2012, 40.
- COSTA P., *L'alternativa presa sul serio: manifesti giuridici degli anni settanta*, in Dem. dir., 1987, 54 ss.
- COSTA P., *Alle origini dei diritti sociali: «Arbeitender Staat» e tradizione solidaristica*, in GOZZI G. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1997, 277 ss.
- COSTA P., *Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in Quaderni fiorentini, 1999, 28, 66.
- COSTA P., *Diritti individuali e governo dei soggetti: un quadro tipologico*, in Gior. storia cost., 2004, 7, 31 ss.
- COSTA P., *Diritti fondamentali (storia dei)*, in Enc. dir., Annali, II, 2, Giuffrè, Milano, 2008, 365 ss.
- COSTA P., *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in Lav. e dir., 2009, 35 ss.
- COSTA P., *Dalla "inattuazione" alla "inattualità" della Costituzione: qualche considerazione introduttiva*, in BRUNELLI G., CAZZETTA G. (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, cit., 28 ss.
- COSTANTINI C., *Diritto di famiglia: teorie e prospettive. Una indagine oltre le tradizioni*, in PEZZINI B. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, cit., 85-86.
- COTTA S., *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968, 187-188.
- COTTI M., *L'istituzione manicomiale nel nuovo Stato unitario. Regime sanitario, regime amministrativo e armonia istituzionale*, in AA.VV., *Tra sapere e potere. La psichiatria italiana nella seconda metà dell'Ottocento*, Il Mulino, Bologna, 1982, 210 ss.
- COZZA M., NAPOLITANO G.M., *L'assistenza psichiatrica in Italia: la normativa e la diffusione dei servizi sul territorio*, Istituto Italiano di Medicina Sociale, Roma, 1996.
- CRAINZ G., *Il paese mancato. Dal miracolo economico agli anni Ottanta*, Donzelli, Roma, 2005, 321 ss.

- CRAVERI P., *La Repubblica dal 1958 al 1992*, in GALASSO G. (a cura di), *Storia d'Italia*, XXIV, Utet, Torino, 1995, 489 ss.
- CRICENTI G., *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno resp.*, 2003, 10, 957.
- CRICENTI G., *I diritti sul corpo*, Jovene, Napoli, 2008, 198 ss.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 11 ss.
- CRISAFULLI V., *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. pen.*, 1955, II, 117.
- CRISAFULLI V., *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 12 ss.
- CRISAFULLI V., *Partiti, parlamento e governo*, in *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano, 1967, 96 ss.
- CRISAFULLI V., *Costituzione*, in *Enc. del Novecento*, Roma, 1975, I, 1030.
- CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 561.
- CRISAFULLI V., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 53 ss.
- CROSA E., *Diritto costituzionale*⁴, Utet, Torino, 1955, 135-146.
- CROSETTI A., *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, in FERRARA R. (a cura di), *Salute e sanità, Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, 163 ss.
- CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, S. Arcangelo di Romagna, 2012, 273 ss.
- CUOCOLO L., CANDIDO A., *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in www.forumcostituzionale.it, 2014, 10.
- CUZZOLARO M., *L'urgenza in psichiatria*, in REDI G.C. (a cura di), *Trattato di psichiatria*, Uses, Firenze, 1981, 663-670.
- D'ADDINO SERRAVALLE P., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona*, Napoli, 1983, 141 ss.
- D'AGOSTINO F. (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'Unione giuristi cattolici italiani Atti del Convegno nazionale dell'UGCI Pavia 5-7 dicembre 2009, Quaderni di Iustitia*, Giuffrè, Milano, 2010.
- D'AGOSTINO F., PALAZZANI L., *Bioetica. Nozioni fondamentali*, La Scuola, Brescia, 2007, 12-15.
- D'ALESSANDRO R., *Lo specchio rimosso. Individuo, società, follia da Goffman e Basaglia*, Franco Angeli, Milano, 2008, 21 ss.
- D'ALESSIO G., *Alle origini della Costituzione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1979, 669 ss.
- D'ALESSIO R., *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1975, I, 538 ss.
- D'ALESSIO R., *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, *Libertà e autonomie nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1982, 85 ss.
- D'ALOIA A., *Autonomie territoriali e «autonomie sociali» nelle dinamiche di garanzia del principio di eguaglianza sostanziale*, in CHIEFFI L. (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Cedam, Padova, 2001, 91 ss.

D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002.

D'ALOIA A. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003

D'ALOIA A., *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1064 ss.

D'ALOIA A., *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.

D'ALOIA A., *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in BETTINELLI E., RIGANO F. (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, 114 ss.

D'ALOIA A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

D'ALOIA A., *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in Id. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., XIII.

D'ALOIA A., *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Jovene, Napoli 2008, 689 ss.

D'ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 237.

D'ALOIA A., *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in VIOLINI L. (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2011, 19.

D'ALOIA A., *Eutanasia*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Utet, Torino, 2012, 317.

D'ALOIA A., *Biodiritto oltre lo Stato*, in POMARICI U. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013, 68.

D'ALOIA A., *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 571.

D'ALOIA A., TORRETTA P., *Questioni costituzionali in tema di famiglia (art. 29 Cost.)*, in BONILINI G., CONFORTINI M. (a cura di), *Codice ipertestuale della Famiglia*, Utet, Torino, 2009, 21.

D'ALOIA A., TORRETTA P., *La procreazione come diritto della persona*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., 1358 ss.

D'AMICO G., *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alla certezza del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 262 ss.

D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002, 444 ss.

D'AMICO M., *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in D'AMICO M., LIBERALI B. (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 18-54.

- D'AMICO G., *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it.
- D'AMICO M., CLARA M., ALESSO I., *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2010.
- D'AMICO M., LIBERALI B. (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Franco Angeli, Milano, 2012, 55 ss.
- D'AMICO M., LIBERALI B. (a cura di), *La legge 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2012.
- D'AMICO M., PELLIZZONE I. (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2010.
- D'ANGELOSANTE M., *Il mercato dei servizi sanitari nell'Unione europea: dalla concorrenza tra operatori a quella tra sistemi ?*, in *Dereito*, 2012, 21, 173 ss.
- D'ANIELLO F., *La dignità umana e gli spazi della detenzione*, in www.altrodiritti.unifi.it.
- D'ANTONA M., *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, I, 3 ss.
- D'ARAGONA L., *Orientamenti programmatici della riforma della previdenza sociale*, in *Prev. soc.*, 1947, 6, 201-205.
- D'ARRIGO C., *Salute (Diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2001, 1013.
- D'ATENA A., *Commento all'art. 9 della legge 22 maggio 1978, n. 194*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, I, 1660-1661.
- D'ATENA A., *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*³, Giappichelli, Torino, 2012, 5 ss.
- DAHRENDORF R., *Il conflitto sociale nella modernità. Saggio sulla politica della modernità*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 46.
- DAL CANTO F., *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «spiegazione» al matrimonio al «diritto» alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Esi, Napoli, 2011, 1195 ss.
- DAL LAGO A., *Il politeismo moderno*, Unicopli, Milano, 1985, 23 ss.
- DALLA TORRE G., *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma, 2006, 68 ss.
- DALMASSO S., *Il sessantotto e la psichiatria*, in CASSATA F., MORAGLIO M. (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 45 ss.
- DARWALL S.L., *Two Kinds of Respect*, in *Ethics*, 1977, 88, 1, 36-49.
- DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Giappichelli, Torino, 2006, 43 ss.
- DAUMÉZON G., *Le fondements d'une psychothérapie collective*, in *L'évolution psychiatrique*, 1948, 57-85.
- DAVIES A.C.L., *This time, it's for real: the Health and Social Act 2012*, in *The Modern Law Review*, 2013, 76, 3, 564-588.
- DAVYDOV J., *Trud i svoboda*, trad. it. di V. Strada, *Il lavoro e la libertà*, Torino, 1966, 35.
- DAW R., *The Mental Health Act 2007: The Defeat of an Ideal*, in *Journal of Mental Health Law*, 2007, 11, 131 ss.

- DE BERNARDI A. (a cura di), *Follia, psichiatria e società. Istituzioni manicomiali, scienza psichiatrica e classi sociali nell'Italia moderna e contemporanea*, Franco Angeli, Milano, 1982.
- DE BERNARDI A., *Il movimento giovanile degli anni Sessanta e il sistema politico*, in LUSSANA F., MARRAMAO G. (a cura di), *Culture, soggetti, identità*, cit., 178 ss.
- DE CESARE C., *Sanità, 1) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, 249-255.
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*², continuato da Mengoni L., IV, Giuffrè, Milano, 1982, 51 ss.
- DE CUPIS A., *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 535.
- DE CUPIS A., *Sulla "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 482 ss.
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*², diretto da Cicu A., Messineo F. e continuato da Mengoni L., IV, Giuffrè, Milano, 1982, 50-56.
- DE FAZIO F., LIBERTO S., *La prassi della perizia psichiatrica*, in CANEPA G., MARUGO P. (a cura di), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Cedam, Padova, 1995, 108.
- DE FILIPPI M., *Dignitas tra repubblica e principato*, Cacucci, Bari 2009, 191 ss.
- DE FIORES C., *Le trasformazioni dello Stato regionale*, Esi, Napoli, 2013.
- DE FRANCO R.G., *Ancora in tema di rilievi segnaletici di P.S.*, in *Giur. cost.*, 1962, 242.
- DE GIROLAMO G., BARBATO A. et al., *PROGRES-Acute group. Characteristics and activities of acute psychiatric in-patient facilities: national survey in Italy*, in *Br J Psychiatry*, 2007, 191, 170-177.
- DE GIROLAMO G., BASSI M., NERI G., RUGGERI M., SANTONE G., PICARDI A., *The current state of mental health care in Italy: problems, perspectives, and lessons to learn*, in *Eur. Arch Psychiatry Clin Neurosci*, 2007, 257, 83 ss.
- DE LAS CASAS B., *Apologia*, in *Obra Completas*, II, Alianza Editorial, Madrid, 1992, 88 ss.
- DE LEO M., TARICONE F., *Le donne in Italia. Diritti civili e politici*, Liguori, Napoli, 1992.
- DE LEONARDIS O., *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche*, in *Delitti e pene*, 1985, 323 ss.
- DE LEONARDIS O., *In un diverso Welfare*, Franco Angeli, Milano, 1998, 175.
- DE LEONARDIS O., *L'onda lunga della soggettivazione: una sfida per il welfare pubblico*, in *Riv. pol. soc.*, 2006, 2, 13 ss.
- DE LEONARDIS O., *Legge 180 e Legge 194: esperienze dell'inconciliabile*, in *Fogli di Informazione*, 5-6, 2008, 156 ss.
- DE LEONARDIS O., *Verso un equilibrio dei legami sociali ? Sguardi obliqui sulle metamorfosi della penalità*, *Studi sulla questione criminale*, 2009, 1, 15.
- DE LEONARDIS O., EMMENEGGER T., *Le istituzioni della contraddizione*, in *Riv. sper. freniatria*, 2005, 3, 27 ss.
- DE LEONARDIS O., GOERGEN R., *Un'impresa sociale*, Relazione al convegno «La questione psichiatrica», Trieste, 1988, in *www.exclusion.net*, 3.

- DE LUCA TAMAJO R., *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in ICHINO P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, 79 ss.
- DE MONTICELLI R., *La libertà di divenire se stessi*, in MONTI D. (a cura di), *Che cosa vuol dire morire*, Einaudi, Torino, 2010, 92.
- DE NOTARISTEFANI R., *Penitenziari (sistemi)*, in *Dig. it.*, XVIII, II, Utet, Torino, 1906, 76 ss.
- DE PALMA RAINONE E., *La tutela della salute come diritto pubblico soggettivo*, in *Probl. sic. soc.*, 1968, 18 ss.
- DE PETRIS A., *Dignità umana e federalismo nella tutela della sicurezza collettiva in Germania*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 2, 729 ss.
- DE PLATO G., *La riforma sanitaria del 1978 e la fondazione scientifica della psichiatria, in Autonomie locali e servizi sociali*, 2008, 3, 397 ss.
- DE SEPÚLVEDA J.G., *Democrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, Madrid, 1984, 19 ss.
- DE SIERVO U. (a cura di), *Verso la nuova Costituzione. Indice analitico dei lavori dell'Assemblea Costituente. Spoglio sistematico delle riviste giuridiche dell'epoca*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- DE SIERVO U., *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano, 1980, 62 ss.
- DE SIERVO U., *Corte costituzionale e materia sanitaria*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, cit., 95 ss.
- DE SWAAN A., *In care of the State. Health care, education and welfare in Europe and USA in the modern era*, Polity Press, Cambridge, 1988, 125 ss.
- DE VITA A., Art. 10, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Persone fisiche. Art. 1-10*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, 505 ss.
- DE VITO C.G., *I luoghi della psichiatria. Una ricerca sulla rete dei servizi di salute mentale in Toscana a trent'anni dalla legge Basaglia*, Polistampa, Firenze, 2010, 46.
- DEL CORSO S., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 536 ss.
- DEL GIUDICE G., *...e tu slegalo subito. Il caso Cagliari*, Alpha Beta Verlang, Merano, 2014.
- DELL'ACQUA G., VIDONI D., ZANUS P., *Servizi, carico familiare e disturbo mentale. Informazioni, organizzazioni, reti, aiuto reciproco*, in www.triestesalute.it, 1998.
- DELL'ACQUA P., *Non ho l'arma che uccide il leone*, Stampa Alternativa, Roma, 2007.
- DELL'ACQUA P., *Il miraggio del farmaco*, in *La medicalizzazione della vita*, Aut Aut, 2008, 340, 100-101.
- DELL'ACQUA P., *Fuori come va ? Famiglie e persone con schizofrenia. Manuale per un uso ottimistico delle cure e dei servizi*, Feltrinelli, Milano, 2010, 62 ss.
- DELL'ACQUA P., *Persone, malattia mentale e guarigione*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 783 ss.
- DELL'ACQUA P., D'AUTILIA S., *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 3, 1355 ss.

- DELL'OSSO B., ALTAMURA A.C., *Tecniche di brain stimulation disturbi psichiatrici resistenti: indicazioni e prospettive*, in *Riv. psichiatria*, 2006, 41, 5, 289 ss.
- DELLA CASA F., *Basta con gli OPG ! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. pen. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 64 ss.
- DELLAVALLE S., *Dall'immagine Dei al riconoscimento reciproco. L'evoluzione del concetto di dignità umana alla luce della difesa della libertà religiosa*, in *www.costituzionalismo.it*, 2014, 3, 22 ss.
- DELMAS MARTY M., *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain*, in *Rev. sc. crim.*, 1994, 477 ss.
- DELOGU S., *Sanità pubblica, sicurezza sociale e programmazione economica*, Einaudi, Torino, 1967, 55 ss.
- DELOGU S., *La tutela della salute mentale e il servizio sanitario nazionale*, in Aa.Vv., *Psichiatria ed enti locali. Atti del convegno*, Reggio Emilia, 1970, 212.
- DENNIGER E., *Grundrechte und Menschenwürde im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit*, in CERRINA FERONI G., PALERMO F., PARODI G., RIDOLA P. (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale. Tra memoria e futuro*, Giappichelli, Torino, 2012, 137-148.
- DENNINGER E., *La garanzia della dignità dell'uomo nella Legge fondamentale tedesca e lo sviluppo di questo principio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Esi, Napoli, 2012, 1353 ss.
- DI CIOMMO M., *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nelle Costituzioni italiane e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze, 2010, 19 ss.
- DI FIANDRA T., *Le politiche per le demenze in Italia e in Europa*, in Aa.Vv., *Home Care. Le cure domiciliari nella medicina della complessità*, Atti del IV Congresso europeo, Milano, 2012, 66 ss.
- DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Utet, Torino, 1969, 64 ss.
- DI GIOVINE A., *Dall'approvazione all'attuazione della Carta costituzionale: l'ineluttabile dilazione*, in *Dem. dir.*, 2005, 4, 38 ss.
- DI LISO S., *La legge naturale e il diritto dei popoli nel XVI secolo: il contributo di Domingo De Soto e Bartolomé de Las Casas*, in *Quaestio*, 2008, 8, 695-702.
- DI PERI F., *Il medico e il folle: istituzione psichiatrica, sapere scientifico e pensiero medico fra Otto e Novecento*, in DELLA PERUTA F. (a cura di), *Annali della Storia d'Italia*, VII, *Malattia e medicina*, Einaudi, Torino, 1984, 1059 ss.
- DI PILLA F., *Procreazione medicalmente assistita: uno sguardo d'insieme*, in *Diritto privato*, II, *Persona, famiglia e successioni*, Studi in onore di Antonio Palazzo, Torino, 2009, 247 ss.
- DI SCIASCIO G., *La contenzione farmacologica in psichiatria*, in CATANESI R., FERRANINI L., PELOSO P.F. (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Franco Angeli, Milano, 2006, 51 ss.
- DI VITTORIO P., *Malati di perfezione. Psichiatria e salute mentale alla prova del DSM*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 37 ss.
- DICIOTTI E., *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2004, 4, 60 ss.
- DICIOTTI E., *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quad. cost.*, 2004, 4, 733-762.

- DIDI-HUBERMAN G., *Come le lucciole. Una politica delle sopravvivenze*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.
- DIRINDIN N., MARCHISIO C.M., *Il Servizio sanitario nazionale: una sanità all'avanguardia, ma non ancora integrata con il settore sociale*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 138.
- DODARO G. (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011.
- DODARO G., *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidiario*, in Riv. it. med. leg., 2011, 6, 1509 ss.
- DODARO G., *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2013.
- DODARO G., *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'Opg in regione Lombardia: verso l' "istituzionalizzazione" ospedaliera del malato di mente autore di reato ?*, in Riv. it. med. leg. dir. san., 2013, 3, 1387 ss.
- DODARO G., *Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio istituzionale"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014.
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982, 95 ss.
- DOGLIANI M., *La concezione della costituzione in Togliatti*, in FRANCESCHINI C., GUERRIERI S., MONNINA G. (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Atti del convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 19-21 Ottobre 1995, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1997, 382 ss.
- DOGLIANI M., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in Dir. pubbl., 2009, 2, 297 ss.
- DOGLIOTTI M., *Danno non patrimoniale e diritto alla salute*, in Rass. dir. civ., 1981, 783 ss.
- DOGLIOTTI M., *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in Giur. it., 1981, I, 1, 27 ss.
- DOGLIOTTI M., *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in Giust. civ., 1982, II, 467-471.
- DOGLIOTTI M., *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in Foro it., 1987, I, 235.
- DOLSO G.P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, ivi, 1999, 4111 ss.
- DONISI C., *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in Rass. dir. civ., 1980, 644 ss.
- DONOLO C., *Italia sperduta*, Donzelli, Roma, 2011.
- DORIA A.R., *Individualità e valore di genere nel pensiero delle suffragiste*, in Reti, 1989, 3-4, 100-110.
- DÖRNER K., *Il borghese e il folle. Storia sociale della psichiatria*, Laterza, Bari, 1975, 25 ss.
- DREIER H., *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hennies&Zinkeisen, Hannover, 1993, 27 ss.

- DREIER H., *Grundgesetz. Kommentar*, hrs. von H. Dreier, 2. Aufl. Sohr Siebeck, Tübingen, 2004, 144-147
- DREIER H., *Lo Stato costituzionale delle libertà come ordinamento azzardato*, Mucchi, Reggio Emilia, 2013, 22-24
- DRESSER R., *Ulysses and the psychiatrists: a legal and policy analysis of the voluntary commitment contract*, in *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, 1982-1983, 16, 777-854.
- DREYER E., *Du caractère fondamental de certains droits*, in *Rise of the Roman Jurist*, 2006, 551 ss.
- DRIGO C., *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss.
- DUDEN B., *Il corpo della donna come luogo pubblico: sull'abuso del concetto di vita*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994
- DURANTE V., *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 2, 132 ss.
- DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 590 ss.
- DÜRING G., *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in *AöR*, 1956, 117 ss.
- DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, trad. it. *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano, 1990, 142 s.
- DWORKIN R., *Law as Interpretation*, in *Texas Law Review*, 1982, 60, 527 ss.
- DWORKIN R., *Natural Law Revisited*, in *University of Florida Law Review*, 34, 1982, 165 ss.
- DWORKIN R., *Law's empire*, Harvard University Press, Harvard, 1986, trad. it. *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, 249 ss.
- DWORKIN R., *Life's Dominion. An argument about abortion and euthanasia*, London, 1993, trad. it. *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Comunità, Milano, 1994, 114.
- DWORKIN R., *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in DWORKIN R., MAFFETTONE S., *I fondamenti del liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1996, 44 s.
- DWORKIN R., *The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 20-24.
- DWORKIN R., *Sovereign Virtue. Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- DWORKIN R., *Tasse e legittimità*, in Id., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano 2007, 113-114.
- DWORKIN R., *Justice in Robes*, Harvard University Press, Harvard, 2006, trad. it. *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 13 ss.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977 trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010, 48.

- DWORKIN R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2013, trad. it. *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano, 2013, 121-122.
- DWORKIN R., MAFFETTONE S., *I fondamenti del liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 123.
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, 30.
- ELIA L., *Governo (Forme di)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XIX, 1970, 634 ss.
- ELSTER J., *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, precommitment and constraints*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, trad. it. *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- EMANUEL E.J., EMANUEL L.L., *Four models of the physician-patient relationship*, in *Journal of American Medical Association*, 1992, 267, 2221-2226.
- ENDERS C., *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, 404-425.
- ENDERS C., *Das Bekenntnis zur Menschenwürde im Bonner Grundgesetz – ein Hemmnis auf dem Weg der Europäisierung ?*, in CERRINA FERONI G., PALERMO F., PARODI G., RIDOLA P. (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale. Tra memoria e futuro*, Giappichelli, Torino 2012, 123-136.
- ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 18, 64 ss.
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 8.
- ESPOSITO C., *Sulla punizione del solo adulterio femminile*, in *Giur. cost.*, 1961, 1224 ss.
- EUSEBI L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 734 ss.
- FABRE C., *Social Rights under the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 39.
- FALZEA A., *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, 8 s.
- FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1 ss.
- FALZEA A., *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Esi, Napoli, 1988, 17.
- FALZEA A., *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, in SCALISI V. (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2004, 38.
- FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 458 ss.
- FAMIGLIETTI G., *Verso il superamento della "pena manicomiale"*, in *Giur. cost.*, 2003, 2116 ss.
- FAMIGLIETTI G., *Diritti culturali e diritto alla cultura. La voce "cultura" dal campo delle tutele a quello della tutela*, Giappichelli, Torino, 2010.
- FARGNOLI B., *Droga e tossicodipendenza. Aspetti sociali e giuridici con un commento alla legge 162 del 26 giugno 1990*, Giuffrè, Milano, 1990.
- FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, Milano 1953, 65 ss.
- FAZZI L., *Il welfare mix come costruzione culturale*, in SCAGLIA S. (a cura di), *Regole e libertà. Pianificazione sociale, teoria sociologica, ambiti e tecniche di intervento*, Franco Angeli, Milano, 1999, 174 ss.

- FEDERICI F., *Il superamento degli O.P.G.: una riforma possibile ?*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 luglio 2013.
- FEINBERG J., *Legal paternalism*, in *Can. J. Phil.*, 1971, 1, 106.
- FEINBERG J., *The Nature and Value of Rights*, in ID., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, Princeton, 1980, 151.
- FEMIA P., *Segni di valore*, in RUGGERI L. (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Esi, Napoli, 2012, 83-156.
- FENNELL P., *Mental Health: Law and Practice*², Jordans Publishing Limited, Bristol, 2011, 250 ss.
- FENNELL P., *Controlling clinical power: therapy, discipline and punishment*, in SAKS E. (ed.), *Restraint in Mental Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 10 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1988, 2, 15.
- FERRAJOLI L., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 273-274.
- FERRAJOLI L., *Democrazia e Costituzione*, in *Ragion pratica*, 1994, 3, 227-244.
- FERRAJOLI L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 75 ss.
- FERRAJOLI L., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in ZOLO D. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 288 ss.
- FERRAJOLI L., *Lo statuto come attuazione della Costituzione*, in *Econ. lav.*, 2001, 2, 28 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, 5 ss.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Laterza, Roma-Bari, 2007, 668 ss.
- FERRAJOLI L. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*³, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- FERRAJOLI L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 1-2, 41 ss.
- FERRANDO G., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 57-58.
- FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 278.
- FERRANDO G., *Nascita indesiderata e danno risarcibile*, in D'ANGELO A. (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, Giuffrè, Milano, 1999, 217.
- FERRANDO G., *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 770.
- FERRANDO G., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, 810 ss.
- FERRANDO G., *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Pol. dir.*, 2008, 1, 7.
- FERRANDO G., *Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Fam. dir.*, 2008, 10, 923 ss.
- FERRANDO G., *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1123.

- FERRANDO G., *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, 5, 517 ss.
- FERRANDO G., LENTI L. (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Utet, Torino, 2006.
- FERRANDO G., VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- FERRANNINI L., PELOSO P.F., *I trattamenti senza consenso in psichiatria e in medicina tra norme, culture e pratiche. Appunti per una discussione*, in *Nooç*, 2012, 1, 27-42, specie 33.
- FERRANTE V., *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2011, 211 ss.
- FERRARA G., *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Giuffrè, Milano 1974, 1089-1105.
- FERRARA G., *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, 245 ss.
- FERRARA G., *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in www.costituzionalismo.it, 2008.
- FERRARA R., *Diritto alla salute e prestazioni finanziarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, 1513 ss.
- FERRARA R., *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 514-516.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 59.
- FERRARA R., *L'ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, 235 ss.
- FERRARA R. (a cura di), *Salute e sanità, Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà S., Zatti P., Giuffrè, Milano, 2010.
- FERRARA R., *Rapporti Stato-Regioni in materia di sanità*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, Roma, 2012, 377 ss.
- FERRARA R., VIPIANA P.M., *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1999.
- FERRARESE M.R., *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Esi, Napoli, 1984, 80 ss.
- FERRARESE M.R., *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, 114-115.
- FERRARI E., Art. 19, in ROVERSI MONACO F.A. (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833, cit.*, 233 ss.
- FERRARI E., Art. 33, in ROVERSI MONACO F.A. (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833, cit.*, 339.
- FERRARI E., *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile ?*, in *Le Regioni*, 1989, 1928-1929.
- FERRARI E., *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie fra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, 1520 ss.
- FERRARI E., COLOMBINI E., *Il Servizio Sanitario Nazionale*, Giuffrè, Milano, 1979, 345 ss.
- FERRARI G.F., *La sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 936 ss.
- FERRARI V., *Il cielo dei concetti e le diaboliche applicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 169 ss.
- FERRARO F., *Il linguaggio dei diritti tra inflazione e scetticismo*, in *Etica & Politica*, 2013, 1, 25 ss., specie 35.

- FERRATO D., *Legislazione sull'aborto e Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1973, 1, II, 82 ss.
- FERRERA M., *Modelli di solidarietà*, Il Mulino, Bologna, 1993, 49.
- FERRERA M., MAINO F., *Le politiche sanitarie*, in FERRERA M. (a cura di), *Le politiche sociali*, il Mulino, Bologna, 2006, 171-226.
- FERRERA M., ZINCONE G. (a cura di), *La salute che noi pensiamo. Domanda sanitaria e politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1987.
- FERRI E., *Sociologia criminale*⁴, 1900, Torino, 4 ss.
- FERRI G.B., *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Maggioli, Rimini, 1987, 234.
- FERRIO C., *Nota conclusiva sull'assistenza psichiatrica non coattiva in Italia*, *ivi*, 1937, 101 ss.
- FIANDACA G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2005, 5, 18 ss.
- FIANDACA G., *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2006, 257 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, II, t. I, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna, 2010, 54 s.
- FIGONE A., *Il diritto all'identità sessuale e la libera esplicazione della propria individualità*, in *Dir. fam. pers.*, 1983, 2, 338-347.
- FINLEY M.I., *Moralità e valori*, in ID., *Il mondo di Odisseo*, Marietti, Casale Monferrato, 1992, 83 ss.
- FINNIS J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996.
- FIORANI M., *Follia senza manicomio. Assistenza e cura dei malati di mente nell'Italia del secondo novecento*, Esi, Napoli, 2012, 48 ss.
- FIORAVANTI M., *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per una storia della cultura giuridica*, 1981, 10, 198 ss.
- FIORAVANTI M., *Potere costituente e diritto pubblico*, in POMBENI P. (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 1992, 73 ss.
- FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998, 18.
- FIORAVANTI M., *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Il Mulino, Bologna, 1999, 37 ss.
- FIORAVANTI M., *Costituzione e Legge Fondamentale*, in *Dir. pubbl.* 2006, 2, 489 ss.
- FIORAVANTI M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 150 ss.
- FIORENTINI G. (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- FIORITTI A. (a cura di), *Leggi e salute mentale. Panorama europeo delle legislazioni di interesse psichiatrico*, Centro Scientifico editore, Bologna, 2002, 12 ss.
- FJELLSTROM R., *Respect for persons, respect for integrity*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2005, 321 ss.
- FLAMIGNI C., MORI M., *La fecondazione assistita dopo 10 anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo !*, Ananke, Torino, 2014, 10 ss.

FLICK C., *Privacy e legge penale nella società dell'informazione e della comunicazione*, in CUNIBERTI M. (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Giuffrè, Milano, 2008, 243 ss.

FLICK G.M., *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Giuffrè, Milano, 1972, 7 ss.

FLICK G.M., *Droga e legge penale: miti e realtà di una repressione*, Giuffrè, Milano, 1979, 55 ss.

FLICK G.M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2012, 1, 194 ss.

FLORES M., *Il secolo mondo. Storia del Novecento*, Il Mulino, Bologna, 2002, 415-426.

FLORES M., DE BERNARDI A., *Il Sessantotto*, Il Mulino, Bologna, 1998, 119 ss.

FOGLIETTA F., *La integrazione socio-sanitaria nei Lea*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 3, 8 ss.

FOIS S., *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963, 292 ss.

FOIS S., *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Dir. soc.*, 1999, 186 ss.

FONDAZIONE BENETTON STUDI E RICERCHE (a cura di), *Per un atlante degli ospedali psichiatrici pubblici in Italia. Censimento geografico, cronologico e tipologico al 31 dicembre 1996 (con aggiornamento al 31 ottobre 1998)*, Fondazione Benetton Studi e Ricerche, Treviso, 1999.

FONTANA G.L., Art. 35, in BRUSCUGLIA L., BUSNELLI F.D., CORASANITI A. (a cura di), *Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833, cit.*, 1260 ss.

FORNARI U., *Psicopatologia e psichiatria forense*, Utet, Torino, 1997, 152-153.

FORNARI U. (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Centro Scientifico Editore, Torino, 1997.

FORNARI U., *Quale "consenso informato" in psichiatria*, in ID. (a cura di), *Il consenso informato in psichiatria*, Centro Scientifico Editore, Torino, 1997, 1-20.

FORNARI U. (a cura di), *Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2001.

FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*⁵, Utet, Torino, 2013, 964 s.

FORNARI U., CODA S., *Il consenso nella pratica psichiatrico-forense*, in FORNARI U., CODA S., IORIO M. (a cura di), *La valutazione della capacità decisionale in psichiatria di consultazione*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2003, 147 ss.

FORNARI U., CODA S., IORIO I. (a cura di), *La valutazione della capacità decisionale in psichiatria di consultazione*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2003.

FORTINO M., *Sesso (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, 425.

FORTINO M., *I danni ingiusti alla persona*, Cedam, Padova, 2009, 71 ss.

FORTINO M., *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 5, 1048 ss.

FORTUNA E., *L'intervento del giudice nel ricovero obbligatorio del malato di mente*, in *La riforma sanitaria: problematiche socio-giuridiche nella fase di prima attuazione e nelle prospettive future*. Atti del convegno CIDIS, Jesolo, 17-19 settembre 1981, Cedam, Padova, 1983, 161 ss.

- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1976, 27 ss.
- FOUCAULT M., *La casa della follia*, in BASAGLIA F., ONGARO BASAGLIA F. (a cura di), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all'oppressione*, cit., 153.
- FOUCAULT M., *Nascita della clinica*, Einaudi, Torino, 1998, 12 ss.
- FOUCAULT M., *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)*, Feltrinelli, Milano, 2004, 28 ss.
- FRABOTTA B., *Femminismo e lotta di classe in Italia, (1970-1973)*, Savelli, Roma, 1973, 60.
- FRANCES A., *It's Not Too Late to Save the "Normal"*, in *Los Angeles Times*, 1° marzo 2010.
- FRANCES A., *Il DSM nel paese della filosofia*, in *La diagnosi in psichiatria*, *Aut Aut*, 2013, 357, 103.
- FRANCHI B., *La nuova legge sui manicomi e i rapporti giuridici*, in *Scuola positiva*, 1904, 193 ss.
- FRANCHI G., *Intorno alla tutela giurisdizionale della libertà personale. I procedimenti manicomiali*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 184 ss.
- FRANCHI G., *All'indomani della legge di riforma dei ricoveri per malattie mentali. Le premesse di un nuovo fallimento*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1978, 569 ss.
- FRÄNKEL H., *Dichtung und Philosophie des frühen Griechentums*, München 1962, trad. it. *Poesia e filosofia della Grecia arcaica. Epica, lirica e prosa greca da Omero alla metà del V secolo*, Il Mulino, Bologna, 1997, 134 ss.
- FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale e il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, 3, 1031 ss.
- FRANZONI M., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 18 ss.
- FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 1, 13 ss.
- FRASER D., *The Evolution of the British Welfare*, MacMillan, London, 2002.
- FREDDI G., *Presentazione. Sanità, politica e società*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2009, 2, 5 ss.
- FREUD S., *Compendio di psicoanalisi*, Boringhieri, Torino, 1979.
- FRISH M., *Inconsistency, Asymmetry and Non-locality*, Oxford University Press, New York, 2005, 25-26.
- FROTSCHER W., *Zlatko und Caroline. Der verfassungsrechtliche Schutz der menschlichen Würde und Persönlichkeit in der Medienberichterstattung*, in *ZUM*, 2001, 555 ss.
- FULLER L.L., *Human Purpose and Natural Law* (1956), in *Natural Law Forum*, 3, 1958, 71.
- GADAMER H.G., *Dove si nasconde la salute*, Raffaello Cortina, Milano, 1994, 28 ss.
- GALARDI A., *Stress e lavoro nella società dell'informazione: identificazione, prevenzione, strategie di coping*, Isu, Milano, 2004.
- GALEOTTI G., *Storia dell'aborto*, Il Mulino, Bologna, 2008, 82 ss.
- GALEOTTI S., *La libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1953, 12 ss.
- GALEOTTI S., *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 859 ss.
- GALEOTTI S., *Strutture garantistiche e strutture governanti nel modello e nella realtà costituzionale*, in *Alla ricerca della governabilità*, Giuffrè, Milano, 1983, 164 ss.

- GALEOTTI S., *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 7.
- GALIMBERTI U., *Il corpo*, Feltrinelli, Milano, 1996, 143-148.
- GALLI DELLA LOGGIA E., *La crisi del «politico»*, in AA.VV., *Il trionfo del privato*, Laterza, Roma-Bari, 1980, 6 ss.
- GALLI P.F., *L'aziendalizzazione nei Dipartimenti di salute mentale*, in *Psicoterapia e Scienze umane*, 2006, 1, 87 ss.
- GALLO C.E., *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in GALLO C.E., PEZZINI B. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, 138 ss.
- GALLO C.E., *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in FERRARA R. (a cura di), *Salute e sanità – Trattato di Biodiritto*, cit., 381 ss.
- GALLO C.E., PEZZINI B. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998.
- GALOPPINI A.M., *Il problema del divorzio nella storia della legislazione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, II, 532 ss.
- GALOPPINI A.M., *Il caso Gennarino, ovvero quanto vale il figlio dell'operaio*, in *Dem. dir.*, 1971, 225.
- GALOPPINI A.M., *Problemi di una legislazione sull'aborto*, in *Dir. fam. pers.*, 1974, 1188 ss.
- GALOPPINI A.M., *Profilo storico del divorzio in Italia*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, II, 594 ss.
- GAMBINO S., *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico costituzionale nella prospettiva comparatistica*, in *Dir. pubbl. comp. eu*, 2002, 1, 112 ss.
- GAMBINO S., *Stato e diritti sociali. Fra Costituzioni nazionali ed Unione europea*, Liguori, Napoli, 2009, 2 ss.
- GAMBINO S., *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 7-9.
- GARDINI G., ZANETTI L., *Editoriale*, in *San. pubbl.*, 1999, 3, 381 ss.
- GARUTTI M., MACIOCE F., *Il diritto all'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, II, 273 ss.
- GATTA G.L., *La riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in GAROFOLI R., TREU T. (a cura di), *Treccani: il libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, 128-131.
- GATTA G.L., *Aprite le porte agli internati ! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in www.penalcontemporaneo.it, 6 giugno 2014.
- GAZZANIGA L., *Concetti antropologico-culturali del lavoro sociale e psichiatrico*, in *Riv. servizio sociale*, 1967, 4, 33 ss.
- GEMELLI A., *Aspetti psicologici*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, cit., 163 ss.
- GEMMA G., *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 254 ss.
- GEMMA G., *Integrità fisica*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 457.
- GEMMA G., *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-technologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 49 ss.,
- GEMMA G., *Costituzionalismo liberaldemocratico e dignità imposta*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 132 s.

- GEMMA G., *Non diritti "insaziabili", ma micro-diritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Dir. soc.*, 2013, 2, 207 ss.
- GERACI L., JAEGER N., *Note critiche alla legislazione sugli stupefacenti*, in *Riv. dir. pen.*, 1958, 63 ss.
- GERSON S., BASSUK M., *Psiatric emergencies: an overview*, in *Am. J. Psychiatry*, 1980, 137, 1, 1-11.
- GHERA E., *Diritto del Lavoro*, Carocci, Roma, 2006, 19 ss.
- GHERA E., PACE A. (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009.
- GIACANELLI F., *Per una storia sociale della psichiatria italiana*, in *Storia della sanità in Italia. Metodo ed indicazioni di ricerca*, Il Pensiero scientifico, Roma, 1978, 222.
- GIACANELLI F., *Prefazione*, in ASIOLI F., BALLERINI A., BERTI CERONI G. (a cura di), *Psichiatria nella comunità. Cultura e pratica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, XV-XXI.
- GIANFORMAGGIO L., *La soggettività politica delle donne: strategie contro*, in *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, 155 ss.
- GIANFRANCESCO E., *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, 4, 2709 ss.
- GIANNI F., *L'infermo di mente, ricoverato in manicomio su ordine dell'autorità giudiziaria, ma non interdetto, può ritenersi soggetto legalmente capace ?*, in *Foro pad.*, 1958, I, 1151 ss.
- GIANNICHEDDA M.G., *Sul trattamento sanitario coatto*, in *Dem. dir.*, 1988, 4-5, 253.
- GIANNICHEDDA G.M., *Per noi una normalità che non costi il loro internamento*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 1, 112 ss.
- GIANNINI M.S., *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, 6.
- GIANNINI M.S., *La Costituzione fluida*, in *Società*, 1951, 500 ss.
- GIANNINI M.S., *I diritti economici e sociali della persona umana nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Infortuni*, 1959, 539.
- GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo. Dispense – Anno accademico 1964-1965*, Milano, 1965, 54 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1970, 1181 ss.
- GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 445 ss.
- GIANNINI M.S., *I poteri pubblici negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 29, 389 ss.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1986, 391 ss.
- GIARDINA F., *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e responsabilità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1990, 1880 ss.
- GIARDINA F., *L'ultimo atto di una storia senza fine: l'incostituzionalità dell'art. 12 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 41 ss.
- GIARELLI G., *Convergenza e divergenza nelle riforme dei servizi sanitari nazionali euro-mediterranei*, in VICARELLI G. (a cura di), *Regolazione e governance nei sistemi sanitari europei*, Il Mulino, Bologna, 2011, 39.

- GIDDENS A., *The Consequences of modernity*, Polity Press, Cambridge, 1990 trad. it. *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna, 1994, 23 ss.
- GIDDENS A., *Modernizzazione riflessiva. Politica, tradizione ed estetica nell'ordine sociale della modernità*, Asterios, Trieste, 1999, 284.
- GILARDONI A., *Manicomi*, in *Dig. it.*, XV, Utet, Torino, 1903-1907, 667 ss.
- GINSBORG P., *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, Einaudi, Torino, 1989, 193 ss.
- GIOLLA P., *In tema di stupefacenti e parastupefacenti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 206 ss.
- GIORGIS A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, 25 ss.
- GIORGIS A., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, 121.
- GIORGIS A., *Diritti sociali*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano, 2006, 1096.
- GIUBBONI S., *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 2012, 4, 525 ss.
- GIUFFRÈ F., *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- GIUFFRÈ F., *I doveri di solidarietà sociale*, in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J. (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice della Leggi*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007, 25 ss.
- GIUGNI G., *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960.
- GIUGNI G., *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 365 ss.
- GIUGNI G., *L' "autunno caldo" sindacale*, in *Il Mulino*, 1970, 23 ss.
- GIUGNI G., *Prefazione*, in DE CRISTOFARO M.L., *La giusta retribuzione. L'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 comma 1 della Costituzione nella giurisprudenza delle corti di merito*, Il Mulino, Bologna, 1971, 11.
- GIUGNI G., *Lo Statuto trent'anni dopo*, in *Econ. lav.*, 2001, 2, 17-18.
- GIULIANI A., *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1957, 3 ss.
- GIULIANI L., *La custodia cautelare degli imputati affetti da infezione da HIV tra il divieto previsto dall'art. 286-bis c.p.p. e le più recenti prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1994, 3071 ss.
- GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 388 ss.
- GIUPPONI T.F., *Nascita e trasfigurazione di una materia trasversale. Il caso della "sicurezza"*, in *Le Regioni*, 2010, 1118 ss.
- GIURI D., *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 214 ss.
- GOFFMAN E., *Stigma. L'identità negata*, Einaudi, Torino, 1972, 13 ss.
- GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1974, 34 ss.
- GOLDWURM G.F., *Psichiatria e riforma sanitaria*, Teti, Milano, 1979, 25 ss.

- GOLINI A., ROSINA A. (a cura di), *Il secolo degli anziani*, Il Mulino, Bologna, 2013, 21 ss.
- GONON F., *La psichiatria biologica: una bolla speculativa ?*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 143 ss.
- GOSTIN L., *Contemporary Social Historical Perspectives on Mental Health Reform*, in *Journal of Law and Society*, 1983, 47, 48.
- GOSTIN L. et al (eds.), *Principles of Mental Health Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 300 ss.
- GOZZI G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 176 ss.
- GOZZINI G., *Dalle assicurazioni sociali alla Social Security. Politiche sociali in Europa e negli Stati Uniti (1919-1939)*, in ZAMAGNI V. (a cura di), *Povert  e innovazioni istituzionali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2000, 751 ss.
- GRANDI F., *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Esi, Napoli, 2014.
- GRASSETTI C., *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in CALAMANDREI P., LEVI F. (dir. da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Barbera, Firenze, 1950, 295.
- GRASSI G., *L'emergenza in psichiatria. Strategie e percorsi operativi nel servizio pubblico*, Franco Angeli, Milano, 1993, 15 ss.
- GRASSI L., RUGGIANO M.G., *Medici, amministratori e giudici di fronte ai trattamenti sanitari obbligatori*, in *Quest. giust.*, 1990, 423 ss.
- GRASSI L., RUGGIANO M.G., *Alcune considerazioni sui trattamenti sanitari obbligatori, con particolare riferimento alla situazione bolognese*, in *Dir. fam.*, 1992, 106 ss.
- GRASSI S., GRAGNANI A., *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in CHIEFFI L. (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Giappichelli, Torino 2003, 164.
- GRASSO G., *Consenso informato, libert  di scelta e disponibilit  del proprio corpo*, in G. Cocco (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffr , Milano, 2012, 19 ss.
- GRASSO G., *Federalismo, federalismo fiscale, federalismo sanitario. Il lessico costituzionale alla prova dei costi standard*, in BALDUZZI R. (a cura di), *La sanit  italiana alla prova del federalismo fiscale*, cit., 149 ss.
- GRASSO P.G., *Controllo sulla rispondenza alla realt  empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, 806.
- GRAZIA D., *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 1993, 89 ss.
- GRAZIADEI M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 191 ss.
- GRAZIANI C.A., CORTI I., *I diritti delle donne*, Giuffr , Milano, 1996.
- GREBLO E., *Dai diritti alle capacit . L'universalismo contestuale di Martha Nussbaum*, in *Filos. pol.*, 2002, 2, 261-262.
- GREBLO E., *Capacit  e diritti umani*, in *Etica & Politica*, 2013, 1, 574 ss.
- GRECO O., SCAPATI F., *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori alla luce della legge n. 180*, in *Atti del XXVII congresso nazionale della Societ  italiana di medicina legale e delle assicurazioni*, Giuffr , Milano, 1983, 203 ss.

- GREGORIO M., *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2006, 35, 849 ss.
- GREVI V., *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano 1974, 315 ss.
- GREVI V., *Gravi condizioni di salute dell'imputato e custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 159 ss.
- GRIMM D., *Reformalisierung des Rechtsstaates als Demokratiepostulat ?*, in *Jus*, 1980, 10, 706-709.
- GRIMM D., *Die Zukunft der Verfassung*, in *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 1990, 1, 18 ss., trad. it. *Il futuro della Costituzione*, in ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 153 ss.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale*, II, Giuffrè, Milano, 1950, 19.
- GRISPINI A., DUCCI G., *Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Considerazioni e riflessioni*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 1, 9 ss.
- GRISSE T., APPELBAUM P.S., *Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals*, Oxford University Press, New York, 1998.
- GROPPI T., *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giur. cost.*, 1998, 2798 ss.
- GROPPI T., *La garanzia dei diritti tra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in www.federalismi.it, 2001.
- GROPPI T., *La sentenza n.253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, in www.giurcost.org, 29 luglio 2003
- GROPPI T., OLIVETTI M. (a cura di), *La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003.
- GROSSFELD B., *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1996, 10 ss.
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 43.
- GROSSI P., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, 24.
- GROSSI P., *Le aporie dell'assolutismo giuridico. (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano, 2008, 453.
- GROSSI P., *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio*, in *Quaderni fiorentini per una storia della cultura giuridica*, 2010, 39, 471.
- GROSSI P., *Crisi del diritto, oggi ?*, in *Dir. soc.*, 2011, 1, 45 ss.
- GROSSI P., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 19 ss.
- GROSSI P.F., *Problematica della buona condotta nell'ordinamento italiano*, in *Arch. giur.*, 1959, 103 ss.
- GROSSI P.F., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205 ss.
- GROSSI P.F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, 158 ss.
- GROSSI P.F., *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 712-731.
- GROSSI P.F., *I diritti di libertà ad uso lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991, 244-245.

- GROSSI P.F., *Attuazione e inattuazione della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002, 10 ss.
- GROSSI P.F., *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*², Cedam, Padova, 2008, 1 ss.
- GROSSI P.F., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*², Cedam, Padova, 2008, 13 ss.
- GROSSI P.F., *La dignità nella Costituzione italiana*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, cit., 100 ss.
- GROSSI P.F., *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 2008, 31-32.
- GROSSMANN A., *Würde*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cit., XII, Basel-Stuttgart, Schwabe, 2004, coll. 1088-1093.
- GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Giuffrè, Milano, 1964, 226 ss.
- GROSSO C.F., *Necessità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, 889 ss.
- GROSSO E., *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, cit., 157 ss.
- GROUND S. A., *Reforming the mental Health Act*, in *The British Journal of Psychiatry*, 2001, 179, 387-389.
- GUARINO G., *Lezioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1967, 88 ss.
- GUARINO G., «Classi» e «Gruppi» nel pensiero di M.S. Giannini e nella realtà contemporanea, in *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, IV, Jovene, Napoli, 1994, 171 ss.
- GUARINO G., *Dalla Costituzione all'Unione europea. Del fare diritto per cinquant'anni*, I, Esi, Napoli, 1994, 437.
- GUARNIERI P., *La storia della psichiatria. Un secolo di studi in Italia*, Leo S. Olschki, Firenze, 1991, 22.
- GUARNIERI P., *Madness in the Home: Family Care and Welfare Policies in Italy before Fascism*, in GIJSWIJT-HOFSTRA M., OOSTERHUIS H., VIJSELAARE J., FREEMAN H. (eds.), *Psychiatric Cultures Compared. Psychiatry and Mental Health Care in the Twentieth Century*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2005, 312-328.
- GUARNIERI P., *Matti in famiglia. Custodia domestica e manicomio nella provincia di Firenze (1866-1938)*, in *Studi storici*, 2007, 2, 482.
- GUASTINI R., *Tre problemi di definizione*, in FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., 43-48.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in SCHLESINGER P. (dir. da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010, 137.
- GUAZZAROTTI G., *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta a Elisabetta Lamarque*, *ivi*, 2009, 2, 303 ss.
- GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Jovene, Napoli, 2011, 93 ss.
- GUERRA G., *Una nuova soggettività: femminismo e femminismi nel passaggio degli anni settanta*, *ibidem*, 25 ss.
- GUICCIARDI E., *La decisione del "chiunque"*, in *Giur. it.*, 1970, 3, 193 ss.

- GUIGLIA G., *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Giuffrè, Milano, 2007, 15 ss.
- GUTMANN T., *La dignità curata: diritti e capacità del malato*, in *Ragion pratica*, 2012, 38, 61 ss.
- HÄBERLE P., *Grunrechte im Leistungsstaat*, in *VVDStRL*, 1972, 30, 121 ss.
- HÄBERLE P., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001, 77 ss.
- HÄBERLE P., *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in ISENSEE J., KIRCHHOF P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II, Heidelberg, 2004, 343 ss.
- HÄBERLE P., *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* ⁴, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, 36 ss.
- HABERMAS J., *Eine Art Schadensabwicklung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, 140 ss.
- HABERMAS J., *Recht und Moral*, Tanner Lectures, 1988, trad. it. *Morale, diritto e politica*, Einaudi, Torino 1992, 36.
- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. it., *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1996, 128 ss.
- HABERMAS J., *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2010, 58, 343-57, ristampato in J. HABERMAS, *Zur verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2011, trad. it. *Il concetto di dignità umana e l'utopia realistica dei diritti dell'uomo*, in ID., *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 3-31.
- HALL J.N., *Mental Health Delivery Systems in Great Britain*, in OLSON R.P. (ed.), *Mental Health Systems Compared: Great Britain, Norway, Canada and United States*, Thomas Publisher, Springfield, 2006, 24 ss.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1963.
- HART H.L.A., *Postscript*, in Id., *The Concept of Law*, Oxford, 1994, trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002, 309 ss.
- HASE H., *Steuerung der Evolution des sozialen Sektors durch Verdassungsrecht*, in *Sozialer Fortschritt*, 1988, 32, 265 ss.
- HASSEMER W., *Über den argumentativen Umgang mit der Würde des Menschen*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2005, trad. it. *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, 12, 134 ss.
- HASSLER T., *La crise d'identité des droits de la personnalité*, in *Pet. Aff.*, 2004, 244, 3 ss.
- HEIDEGGER M., *Essere e Tempo*, Longanesi, Milano, 2005.
- HELLER A., *Scrivere dopo Auschwitz*, in *Lettera Internazionale*, 1997, 51-52, 47.
- HELLER H., *Staats-lehre*, Tübingen, 1983, 291.
- HENKING T., MITTAG M., *Die Zwangsbehandlung in der öffentlich-rechtlichen Unterbringung – Vorschlag einer Neuregelung*, in *Juristische Rundschau*, 2013, 8, 341-351.
- HERDEGEN M., Art. 1, Abs. 1, in MAUNZ T., DÜRIG G., *Grundgesetz Kommentar*, Beck, München, 2003.

- HERDEGEN M., *Deutungen der Menschenwürde im Staatsrecht*, in BRUDERMÜLLER G., SEELMAN K. (eds.), *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2008, 57-66.
- HESSLER K., BUCHANAN A., *Specifying the Content of the Human Right to Health Care*, in RHODES R. et al. (eds.), *Medicine and Social Justice: Essays on the Distribution of Health Care*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 84-85.
- HIRSCHMANN A.O., *I conflitti come pilastri della società democratica a economia di mercato*, in *Stato e Mercato*, 1994, 41, 134 ss.
- HÖFLING W., *sub Art. 1*, in SACHS M., *Grundgesetz Kommentar*, München, 1999, 125.
- HOFMANN H., *Naturzustand*, in RITTER J., GRÜNDER K. (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VI, Schwabe, Basel, 1984, 654.
- HOFMANN H., *Die versprochene Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993, 118, 353 ss., trad. it. *La promessa della dignità umana*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1999, 620 ss.
- HOHFELD W.N., *Concetti giuridici fondamentali* (1923), Einaudi, Torino, 1966, 16 ss.
- HOLMES S., SUNSTEIN C.R., *The Costs of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, New York – London, 1999, tr. it. *Il costo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- HÖMIG D., *Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2007, 633 ss.
- HONNETH A., *Die zerrissene Welt des Sozialen. Socialphilosophische Aufsätze* Suhrkamp Verlag, Frankfurt, trad. it. *Riconoscimento e disprezzo: sui fondamenti di un'etica post-tradizionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1993, 23 s.
- HONNETH A., *Lotta per il riconoscimento*, Il Saggiatore, Milano, 2002.
- HORSTMANN R.P., *Menschenwürde*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. v. J. Ritter, V, Basel-Stuttgart, Schwabe, 1980, coll. 1124-1127.
- HOUREAU J., PEIGNÈ F., *Les urgences psychiatriques*, in *Encyclo Méd. Chir., Psychiatrie*, 37678 A 10, 12, 1987.
- HUNTER D.J., MARKS L., SMITH K.E., *The Public Health System in England*, The Policy Press, Bristol, 2010, 50 ss.
- HURST M., *National Health Service and local authority responsibilities for continuing NHS healthcare and social care services*, in *Journal of Personal Injury Law*, 2005, 247 ss.
- HUSSERL E., *Meditazioni cartesiane*, Bompiani, Milano 1960, § 44.
- IADECOLA G., *Il trattamento medico chirurgico di emergenza ed il dissenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 1989, 126 s.
- IADECOLA G., *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue “salvavita” rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 1998, 950 ss.
- IADECOLA G., FIORI A., *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto «diritto di morire», criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 310 ss.
- ICHINO P., *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in ID. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2007, 18 ss.

- ICHINO P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008.
- ILLICH I., *Nemesis medica. L'espropriazione della salute*, Mondadori, Milano, 1977, 13 ss.
- IMMERGUT E., *Health politics. Interests and institutions in Western Europe*, Cambridge, 1992.
- INGHILLERI C., *Relazione parlamentare su Il progetto di legge Giolitti sui manicomi e sugli alienati*, in *Riv. sperimentale di freniatria e medicina legale*, 1903, 412 ss.
- INTRONA F., *La disciplina degli stupefacenti nella legislazione vigente*, in *Riv. dir. pen.*, 1970, 533 ss.
- INVERNIZZI G., PORCELLANA M., *Emergenze in psichiatria*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, 2007, 26, 4, 102-105.
- IORI V., MORTARI L., *Per una città solidale. Le risorse informali nel lavoro sociale*, Unicopli, Milano, 2005, 31 ss.
- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 60.
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 19.
- IRTI N., *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 23 ss.
- ISENSEE J., *Tabu im freiheitlichen Staat. Jenseits und diesseits der Rationalität des Rechts*, Schöningh Verlag, Paderborn, 2003, 79 ss.
- ISENSEE J., *Menschenwürde: die säkulare auf der Suche nach dem Absolute*, in *AöR*, 2006, 131, 175 ss.
- ISRAEL G., NASTASI P., *Scienza e razza nell'Italia fascista*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- IZZO U., *Aids e misure di sicurezza: i giudici, il legislatore, le leggi dimenticate (e quelle da rifare)*, in *Foro it.*, 1995, I, 32 ss.
- J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II, Heidelberg, 2004.
- JABBAR F. et al., *Implementing the Mental Health Act 2007*, in *British general practice: Lessons from Ireland*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2011, 34, 414-418.
- JANNARELLI A., *Il «sistema» della responsabilità civile proposto dalla Corte costituzionale e i «problemi» che ne derivano*, in *Giur. it.*, 1995, II, 406 ss.
- JARASS H.D., *sub Art. 1*, in JARASS H.D., PIEROTH B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*⁵, München, 2000, 45 ss.
- JASPERS K., *Psicopatologia generale*, Il Pensiero scientifico, Roma, 1964, 100 ss.
- JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Milano 1912, 92 ss.
- JELLINEK G., *Dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano 1921, 671 ss.
- JENKINS J., *Cosa è cambiato nella salute mentale*, in www.souquonline.it.
- JERVIS G., *Sulla difesa della salute mentale in Italia*, in *Riv. degli ospedali*, 1970, II, 5 ss.
- JERVIS G., *Promesse e difficoltà dell'assistenza psichiatrica esterna*, in *La provincia di Reggio Emilia*, 1970, 6, 27 ss.
- JERVIS G., *Manuale critico di psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1997, 55 ss.
- JESTE D.V., DEPP C.A., PALMER B.W., *Magnitude of impairment in decisional capacity in people with schizophrenia compared to normal subjects: an overview*, in *Schizophr. Bull.*, 2006, 32, 121-128.

- JODELET D., *Folies et représentations sociales*, Les Presses universitaires de France, 1989, 175 ss.
- JOHNES K., *The Making of Social Policy in Britain: From the Poor Law to the New Labour*, Athlon Press, London, 2000.
- JONAS H., *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, in *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, Mimesis, Milano-Udine, 2011, 195-196.
- JONES K., *A History of the Mental Health Services*, Routledge and Keegan Paul, London, 1972, 181 ss.
- JONES M., *Ideologia e pratica della psichiatria sociale*, Etas Kompass, Milano 1970.
- JONES M., *Al di là della comunità terapeutica. Apprendimento sociale e psichiatria sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1974.
- KANT I., *La metafisica dei costumi* (1798), Laterza, Roma-Bari, 1989, 279.
- KEMPEN O.E., *Historische und aktuelle Bedeutung der «Ewigkeitsklausel» des Art. 79 Abs. 3 GG*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1990, 21, 354-366.
- KENNET W., THORNTON J., *Il ruolo dei poteri pubblici*, in *Frontiere della vita*, IV, Treccani, Roma, 1999, 76.
- KHUN T.S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Utet, Torino, 1978, 197.
- KILLASPY H., *From the Asylum to community care: learning from experience*, in *British Medical Bulletin*, 2006, 79-80
- KIM S.Y.M. et al., *Variability of Judgments of Capacity: Experience of Capacity Evaluators in a Study of Research Consent Capacity*, in *Psychosomatics*, 2011, 52, 4, 346-353.
- KLEINMAN A., *Culture, bereavement and psychiatry*, in *Lancet*, 2012, 379, 9816, 608-609.
- KORNHAUSER A., *Lavoro operaio e salute mentale*, Franco Angeli, Milano, 1973, 27 ss.
- KRAEPELIN E., *Introduzione alla clinica psichiatrica*, Sel, Milano, 1905.
- KRUEGER R.F., EATON N.R., *Structural validity and the classification of mental disorders*, in KENDLER K.S., PARNAS J. (eds.), *Philosophical Issues in Psychiatry II: Nosology*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 199-212.
- KUNIG P., *sub Art. 1*, in I.V. MÜNCH, P. KUNIG, *Grundgesetz-Kommentar*⁴, Band 1, München, 1992, 80 ss.
- LA BARBERA M.C., *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento chirurgico*, in *Dir. fam.*, 1998, 1035.
- LA BRUSSE-RION C. (a cura di), *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Librairie generale de droit et jurisprudence, Paris, 1996.
- LA NOTTE A., *L'obbligo di informazione: adempimento di un 'dovere burocratico' ?*, in *Danno resp.*, 2006, 537 ss.
- LA TORRE M.E., *La rettificazione di attribuzione di sesso*, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, t. II, *Trattato di diritto di famiglia*, P. Zatti (diretto da), Giuffrè, Milano, 2011, 1599 ss.
- LABOS, *Il dopo 180: primo bilancio di una riforma*, Edizioni Ter, Roma 1989.
- LACCHÈ L., *La Costituzione italiana e il Buongoverno*, in *Gior. storia cost.*, 2008, 16, 5 ss.

- LACCHÈ L., *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in BRUNELLI G., CAZZETTA G. (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, cit., 379.
- LADÉUR K.H., AUSBERG I., *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik-Neurowissenschaft-Medien*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2008, 10 ss.
- LAI GUAITA M.P., *La comunità terapeutica: origini storiche, interventi attuali in Italia*, Edizioni universitarie Jaca, Milano, 1988, 37 ss.
- LAJOLO L., TORNABENE M. (a cura di), *Memorie del manicomio. L'ospedale psichiatrico di Collegno a trent'anni dalla 180*, ArabaFenice, Boves, 2008.
- LALLI P., *Itinerari dello stigma: pericolosità del folle o rappresentazioni pericolose ?*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 2011, 1, 11-32.
- LAMARQUE E., *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 2, 269 ss.
- LAMARQUE E., *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno resp.*, 2009, 4, 365 ss.
- LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 20 ss.
- LANARO S., *Storia dell'Italia repubblicana*, Marsilio, Venezia, 1992, 334.
- LANCHESTER F., *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 ed 1954*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, II, 28, 749 ss.
- LANFRANCHI L., *Giusto processo, 1) processo civile*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2001, 9 ss.
- LANGE K., *Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in der derzeitigen Länderverfassungen*, in BÖCKENFÖRDE E.W., JEREWITZ J., RAMM T. (edd.), *Soziale Grundrechte*, Karlsruhe, 1981, 49-60.
- LASAGNO D., *Oltre l'istituzione. Crisi e riforma dell'assistenza psichiatrica a Torino ed in Italia*, Ledizioni, Milano, 2012, 55 ss.
- LATTANZI G., *Sul trattamento delle persone con infezione da HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione*, in *Cass. pen.*, 1994, 2897 ss.
- LAVAGNA C., *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi dell'Università di Cagliari*, Cedam, Padova, 1953, 18.
- LAZZARI R., *I problemi aperti della sanità in Italia*, in *Probl. sic. soc.*, 1977, 289 ss.
- LE GRAND J., *Quasi-markets and Social Policy*, in *The Economic Journal*, 1991, 101, 1256 ss.
- LE GRAND J., COOPER Z., *Framing Health Reform*, in *Policy and Law*, 2013, 8, 2, 251-257.
- LE GUILLANT L., BONNAFÉ L., *La condition du malade à l'hôpital psychiatrique*, in *Esprit*, 1952, 197, 843 ss.
- LEARY V.A., *The Right to Health in International Human Rights Law*, in *Health and Human Rights*, 1994, 1, 24-56.
- LECALDANO E. (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 59-60.
- LEGA C., *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Istituto di medicina legale, Roma, 1952, 27 ss.

- LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà S., Zatti P., Giuffrè, Milano, 2011.
- LEONE S., *Nuovo manuale di bioetica*, Città Nuova, Roma, 2007, 39 ss.
- LEONI M., *Organizzazione dei servizi di igiene mentale*, in *Rass. amm. sanità*, 1969, 422 ss.
- LEPSIUS O., *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-Terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act*, in *German Law Journal*, 2006, 9, 761 ss.
- LESSONA S., *Trattato di diritto sanitario*, I, Bocca, Torino, 1914.
- LESSONA S., *La tutela della salute pubblica*, in CALAMANDREI P., LEVI A. (dir. da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Barbera, Firenze, 1950, 333 ss.
- LESSONA S., *Salute pubblica e diritto sanitario*, in *Riv. bim. dir. sanit.*, 1962, 11.
- LIBERALI B., *La diagnosi genetica pre-impianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014, 2, 2 ss.
- LIEBMAN E.T., *Invalidità e abrogazione delle leggi anteriori alla Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 161 ss.
- LINDQUIST S.A., CROSS F.B., *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, in *New York University Law Review*, 2005, 80, 1156 ss.
- LIPARI M.C., *La dignità dello straniero*, in *Pol. dir.*, 2006, 2, 283.
- LIPARI N., *L'interpretazione giuridica*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, 119-120.
- LIPARI N., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, De Donato, Bari, 1974, XVII.
- LIPARI N., *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, in *La famiglia di fatto*, Atti del Convegno di Pontremoli, Montereeggio, 1977, 53 ss.
- LIPARI N., *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Studium, Roma, 2004, 27 ss.
- LIPARI N., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, 151 ss.
- LISO F., *Lo statuto dei lavoratori, tra amarcord e prospettive del futuro*, *Lav. dir.*, 2010, 1, 77 ss.
- LOMBARDI G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 39 ss.
- LOMBARDI G., *Persona umana (libertà della)*, in *Nss. Dig. It.*, XII, Utet, Torino 1968, 1082.
- LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970, 97.
- LOMBARDI G., *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 1, 13 ss.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, 353 ss.
- LOMBARDO A., *La comunità psicoterapeutica. Cultura, strumenti, tecnica*, Franco Angeli, Milano, 2007, 40 ss.
- LONGATO F., *La felicità: un diritto dell'uomo ? Sul rapporto tra felicità, benessere, vita buona e diritti umani nella filosofia pratica contemporanea*, in *Ragion pratica*, 2001, 16, 171-172.

- LONGO E., *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Cedam, Padova, 2012, 8 ss.
- LONGO E., *Le relazioni come fattore costitutivo dei diritti sociali*, in *Dir. soc.*, 2014, 1, 71-102.
- LONGO N., *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Aracne, Roma, 2012.
- LONNI A., *Pubblica sicurezza, sicurezza pubblica e malato di mente. La legge del 1904*, in DE BERNARDI A. (a cura di), *Follia, psichiatria e società. Istituzioni manicomiali, scienza psichiatrica e classi sociali nell'Italia moderna e contemporanea*, Franco Angeli, Milano, 1982, 264 ss.
- LORA A., *An overview of the mental health system in Italy*, in *Annali Istituto Superiore di Sanità*, 2009, 45, 1, 5.
- LORENZETTI A., *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano, 2013, 29 ss.
- LORENZETTI L.M., *Psicologia e Personalità*, Franco Angeli, Milano, 1995, 77 ss.
- LORETTU L., NIVOLI G., *La pericolosità sociale psichiatrica tra attualità e criticità*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 2011, 1, 43-53.
- LUBAN D., *The Rule of Law and Human Dignity: re-examing Fuller's Canons*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2010, 2, 40 ss.
- LUCARELLI A., *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- LUCCHINI V., *Progetto di legge sui manicomi e sugli alienati*, in *Riv. pen.*, 1904, 79.
- LUCIANI M., *A proposito del diritto alla salute*, in *Dir. soc.*, 1979, 409 ss.
- LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983.
- LUCIANI M., *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1986, 439 ss.
- LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 543.
- LUCIANI M., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Utet, Torino, 1990, 373 ss.
- LUCIANI M., *Salute I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, 5 ss.
- LUCIANI M., *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in ANGIOLINI V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 121-129.
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 96.
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, 115 ss.
- LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *San. pubbl.*, 2002, 1025 ss.
- LUCIANI M., *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in CHIEFFI L. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio, cit.*, 64 ss.

- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.
- LUCIANI M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 7 ss.
- LUCIANI M., *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.
- LUCIANI M., *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Giappichelli, Torino, 2010, 2023 ss.
- LUCIANI M., *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 629 ss.
- LUCIANI M., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI E., CERRINA FERONI G., GRISOLIA M. (a cura di), *Il diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 14.
- LUCIANI M., *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La magistratura ordinaria nella storia dell'unità d'Italia*. Atti del Convegno di studi del CSM, Torino 6 marzo 2012, Giappichelli, Torino, 2012, 75 ss.
- LUCIANI M., *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in BRUNELLI G., CAZZETTA G. (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, cit., 32.
- LUCIFREDI R., *La nuova Costituzione italiana raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione*, Società editrice libraria, Milano, 1952, 275 ss.
- LUHMANN N., *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), trad. it. *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990, 36 ss.
- LUHMANN N., *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), Duncker & Humblot, Berlin, 1992, 53-83, trad. it., a cura ed introduzione di PALOMBELLA G., PANNARALE L., *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002, 98-138.
- LUSETTI V., *La pericolosità del malato di mente*, Edizioni universitarie romane, Roma, 2013, 143 ss.
- LUSETTI V., *La pericolosità del malato di mente*, in *Etica & Politica*, 2014, 1, 686.
- LUSSANA F., *Le donne e la modernizzazione. Il neofemminismo degli anni settanta*, in BARBAGALLO F. (dir. da), *Storia dell'Italia repubblicana*, III, *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, 2. Istituzioni, politiche, culture, Einaudi, Torino, 1997, 479 ss.
- LUTHER J., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Utet, Torino, 1997, 344 ss.
- LUTHER J., *Ragionevolezza e dignità umana*, in CERRI A., PFERSMANN O. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo nel sapere giuridico*, II, Roma, 2007, 185.
- LUTHER J., *Razonabilidad y dignidad humana*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 4, 7, 2007, 295 ss.
- LYOTARD J.F., *La Condition postmoderne: rapport sur le savoir*, 1979, trad. it. *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1981, 25 ss.
- MACCHIA M., *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209 ss.

- MAGNI S.F., *Etica delle capacità. La filosofia pratica di Sen e Nussbaum*, Il Mulino, Bologna, 2006, 10 ss.
- MAIFREDA G., *La disciplina del lavoro. Operai, macchine e fabbriche nella storia d'Italia*, Bruno Mondadori, Milano, 2007, 130 ss.
- MAINARDIS C., Art. 13 Cost., in BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 111.
- MAIOCCHI R., *Scienza italiana e razzismo fascista*, La Nuova Italia, Firenze, 2003.
- MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002.
- MALVESTITI B., *La dignità a partire dalla "Carta di Nizza": una norma suprema non bilanciabile ?*, Tesi di dottorato di ricerca in Filosofia del diritto, Università Statale di Milano, 2012, 74 ss.
- MANCINA C., *Oltre il femminismo. Le donne nella società pluralista*, Il Mulino, Bologna, 2002, 102-103.
- MANCINA C., RICCIARDI M. (a cura di), *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli Roma, 2012.
- MANDARELLI G., TATARELLI R. et al., *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, in *Nooç*, 2012, 1, 49.
- MANDRIOLI C., *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., IX*, Utet, Torino, 1993, 144-146.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*²⁰, IV, Giappichelli, Torino, 2009, 353.
- MANGIA A., 'Attuazione' legislativa e 'applicazione' giudiziaria del diritto alla salute, in *Dir. pubbl.*, 1998, 751 ss.
- MANGIA A., *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo ? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in VIOLINI L. (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, cit., 51 ss., specie 58-63.
- MANGIA A., *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, in CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 585.
- MANGIAMELI S., *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002.
- MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *www.giurcost.org*, 2, ora in PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 478 ss.
- MANGIAMELI S., *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 4-10, ora in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, 2-3, 258 ss.
- MANGIAMELI S., *Lecture sul regionalismo italiano. Il titolo V tra attuazione e riforma della riforma*, Giappichelli, Torino, 2011.
- MANIACI G., *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2008, 250 ss.
- MANNA A., *Legislazione «simbolica» e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, 2, 217 ss.

- MANNA A., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Giappichelli, Torino, 1997.
- MANNA A., *Sull' "abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia ?*, in *Riv. pen. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1329 ss.
- MANNELLA F., *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Esi, Napoli, 2011, 25 ss.
- MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova 1974, 210.
- MANUALI C., *Intervento*, in ONNIS L., LO RUSSO G. (a cura di), *Dove va la psichiatria ? Pareri a confronto su salute mentale e manicomi in Italia dopo la nuova legge*, Feltrinelli, Milano, 1980, 136 ss.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1902², 80 s.
- MAPELLI V., *Tre riforme sanitarie e ventuno modelli regionali*, in BERNARDI L. (a cura di), *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2000*, il Mulino, Bologna, 2000, 299-327.
- MAPELLI V., *Il sistema sanitario italiano*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- MARANINI G., *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, in *Atti e commenti del XII congresso nazionale* (Brescia Gardone, 25-28 settembre 1965), Roma, 1966, 7 ss.
- MARCENÒ V., *I trattamenti sanitari obbligatori nel circuito legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: il ruolo della argomentazione nella risoluzione di un "caso difficile"*, in CAVINO M., TRIPODINA C. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 229 ss.
- MARCHESI C., *Seneca*³, Principato, Milano-Messina, 1944, 372 s.
- MARCHETTONI L., *Habermas sui diritti umani. Dalla validità discorsiva alla dignità umana*, in *Jura Gentium*, 2012, 9, 12.
- MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67-103.
- MARELLA M.R., *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 356 ss.
- MARGALIT A., *La dignità umana tra kitsch e deificazione*, in *Ragion pratica*, 2005, 25, 507 ss.
- MARINI G., *Il consenso*, in RODOTÀ S., TALLACCHINI M.C. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà S., Zatti P., Giuffrè, Milano, 2010, 363.
- MARINO F., *La tutela della salute mentale nelle leggi regionali e nei progetti-obiettivo nazionali*, in SCAPICCHIO P.L., TRABUCCHI M. (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, cit., 33 ss.
- MARINO G., *Principi generali del diritto, ordine giuridico e interpretazione*, in RIZZO V. (a cura di), *Emilio Betti e l'interpretazione*, Esi, Napoli, 1991, 46.
- MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 3, 333 ss.
- MARRA A.D., *Diritto e Disability Studies. Materiali per una nuova ricerca multidisciplinare*, Falzea, Reggio Calabria, 2010.
- MARRA A.D., *Disabilità*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. V, Utet, Torino, 2010, 555 ss.
- MARSHALL T., *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari 2002, 13 ss.
- MARTÌN R.H., *La lezione sugli indios di Francisco De Vitoria*, Jaca Book, Milano, 1999, 61 ss.

- MARTINES T., *La democrazia pluralista*, ora in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano, 2000, 239 ss.
- MARTINES T., *Il diritto alla casa*, in ID., *Opere*, IV, *Libertà e altri temi*, Giuffrè, Milano, 2000, 11 ss.
- MARWICK A., *The Sixties. Cultural Revolution in Britain, France, Italy and the Unites States, 1958-1974*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 5-15.
- MARX K., *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, in K. MARX, F. ENGELS, *Opere*, III, Editori Riuniti, Roma, 1976, 334.
- MARZOCCO V., *Il diritto ad autodeterminarsi ed il 'governo di sé'. La 'vita materiale' tra proprietà e personalità*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi, cit.*, 21 ss.
- MARZOCCO V., *La dignità tra eredità e promesse. Appunti per una genealogia concettuale*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 2, 285 ss.
- MASERA L., *Contagio da Aids e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1180 ss.
- MASSA M., *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, 159 s.
- MASSA M., *Contenzione (La)*, in *Dig. priv., sez. civ.*, X, Utet, Torino, 2015 (in corso di pubblicazione).
- MATTARELLA B., *Discrezionalità amministrativa*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano, 2006, 1993 ss.
- MATTIONI A., *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sinottica di snodi istituzionali fondamentali*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare, cit.*, 269.
- MATTIONI A., *Salute, Corti e pubblica amministrazione*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, Cedam, Padova, 2007, 5 ss.
- MATTIONI A., *Profili costituzionali della dignità*, in NAPOLI M. (a cura di), *La dignità, Vita&Pensiero*, Milano, 2011, 69 ss.
- MAUNZ T., DÜRIG G., HERZOG R., *Grundgesetz Kommentar*, Bick, München-Berlin, 1958.
- MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 3, 619 ss.
- MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 804 ss.
- MAZZONI C.M., *Libertà e salvaguardia per l'infermo di mente: una «contrattualità della vita quotidiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 464.
- MAZZONI C.M., *Libertà e salvaguardia nella disciplina dell'infermità mentale*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente, cit.*, 489.
- MAZZONI C. M. (a cura di), *Etica della ricerca biologica*, Vallecchi, Firenze, 2000.
- MAZZONI G., *Lo Statuto dei lavoratori: problematica generale in relazione alle modificazioni legislative al codice civile e alle leggi speciali*, in *Lo Statuto dei lavoratori e la sua incidenza sul rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1974, 11 ss.
- MAZZOTTA O., *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2010, 36 ss.
- MAZZOTTI M., *Incitamento e pratiche contro la procreazione e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 67-77.

- MC HUGH P.R., SLAVNEY P.R., *The perspectives of psychiatry*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1986.
- MCCOWAN T., *Human Rights, capabilities and the normative basis of 'Education for All'*, in *Theory and Research in Education*, 2011, 9, 3, 283 ss.
- MCCRUDDEN CH., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 2008, 19, 655-724.
- MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana, 1861-1993*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- MENGONI L., *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *L'applicazione dello Statuto*, Franco Angeli, Milano, 1973, 165 ss.
- MENGONI L., *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1121 ss.
- MENGONI L., *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Diritto e Valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 189.
- MENGONI L., *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 9 ss.
- MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 143.
- MENGONI L., *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 1, 13.
- MENICHETTI E., *L'aziendalizzazione del Servizio sanitario nazionale: profili di organizzazione e ruolo della dirigenza*, in BALDUZZI R., DI GASPARO G. (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99*, cit., 77 ss.
- MERELLI M., *Donne migranti: le difficili scelte di maternità*, Carocci, Roma, 2005, 60 ss.
- MERKEL R., § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum kann der Staat töten ?, in *JZ*, 2007, 8, 373 ss.
- MERLINI S., *La libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, 1-2, 55 ss.
- MERLINI S., *La lunga vita di una legislazione repressiva*, in *Il Ponte*, 1970, 8-9, 1003 ss.
- MERLINI S. (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- MERRYMAN J.H., *Lo stile italiano: la dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1169 ss.
- MERRYMAN H.J., *Lo stile italiano: l'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 373 ss.
- MERUSI F., *Momenti transitori della riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1976, 81 ss.
- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990, 28.
- MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Esi, Napoli, 2011, 51.
- MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità, pericolosità sociale, capacità di partecipare coscientemente al procedimento*, in GIUSTI G. (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, IV, Cedam, Padova, 2009, 169 ss.
- MESSINEO D., *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali, Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino, 2012.
- MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 355 ss.
- MESSINETTI D., *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 197 ss.

- MESSINETTI D., *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. cir. dir. priv.*, 2008, 552.
- MEZZANOTTE A., *Profili comparatistica fra ordinamento italiano e tedesco sulla condizione giuridica dei transessuali dopo il mutamento di sesso*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 808-826.
- MEZZETTI E., *Stato di necessità*, in *Dig., disc. pen.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 670 ss.
- MEZZETTI L., ZAMA A., *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, XXV, Utet, Torino, 1999, 337 ss.
- MICHELI G.A. (a cura di), *La questione anziana. Ridisegnare le coordinate di una società che invecchia*, Franco Angeli, Milano, 2004, 22 ss.
- MICHELI G.A., *Il vento in faccia. Storie passate e sfide presenti di una psichiatria senza manicomio*, Franco Angeli, Milano, 2013, 9, 13 ss.
- MIDDLETON J.F., *The exceptional potential of the consultation revisited*, in *J.R. Coll. Gen. Pract.*, 1989, 39, 383-386.
- MIGONE P., *Brevi note sulla storia della psichiatria in Italia*, in *Il Ruolo terapeutico*, 1996, 71, 35.
- MIGONE P., *Il rapporto tra ICD-10 e DSM-IV*, in *Neurologia Psichiatria Scienze umane*, 1996, 4, 543-557.
- MIGONE P., *La "filosofia" della diagnosi psichiatrica*, in *La diagnosi in psichiatria, cit.*, 78 ss.
- MINARD M., *La validità delle diagnosi psichiatriche. Dalla battaglia degli omosessuali alla lotta dei veterani*, in *La diagnosi in psichiatria, cit.*, 113 ss.
- MISITI R. et al., *La riforma psichiatrica. Prima fase di attuazione*, Cnr, Roma, 1981, 35 ss.
- MODUGNO F., *L'adulterio come delitto e come causa di separazione (in margine al commento del Prof. Salvatore Satta alle sentenze 126 e 127 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1968, 2190 ss.
- MODUGNO F., *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 312.
- MODUGNO F., *Nuovi diritti e principi supremi della Costituzione*, relazione al V Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, 30 novembre-1 dicembre 1990, testo a stampa, 62 ss.
- MODUGNO F., *Chiosa a chiusa. Un modello di bilanciamento di valori*, in *Giur. it.*, 1995, 1, 64 ss.
- MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, 3 ss.
- MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino 2000, 216 ss.
- MODUGNO F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in AZZARITI G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 60.
- MODUGNO F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Esi, Napoli, 2008, 29 ss.
- MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Giappichelli, Torino, 2008.
- MOLASCHI V., *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità – Trattato di Biodiritto, cit.*, 445 ss.

- MOLINARI P.A., *Le droit à la santé: de la solennité des énoncés aux enjeux de l'exercice*, in Riv. int. leg. san., 1998, 49, 1, 41-57.
- MONACO G., *La tutela della dignità: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in Pol. dir., 2011, 1, 69 ss.
- MONACO G., *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, in CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 425 ss.
- MONATERI P.G., *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico («Staatsrecht verghe, Privatrecht besteht»)*, in Giur. it., 1986, I, 2, c. 2976 ss.
- MONATERI P.G., *Danno morale e danno esistenziale (alle soglie di una nuova categoria)*, in MONATERI P.G., BONA M., OLIVA U., *Il nuovo danno alla persona*, Giuffrè, Milano, 1999, 25 ss.
- MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in Resp. civ. prev., 2009, 57-58.
- MONSERRAT PAPPALETTERE E., *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in Nuova giur. civ. comm., I, 37 ss.
- MONTALE E., *Ossi di seppia*, in *Tutte le poesie*⁷, Mondadori, Milano, 1996, 29.
- MONTANARI E., *Il nodo della pericolosità tra psichiatria e diritto in Italia*, in Riv. sperimentale di freniatria, 2013, 1, 79-94.
- MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, 172 ss.
- MONTANARO C., *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari «non obbligatori»)*, in Giur. cost., 1983, I, 1172 ss.
- MONTEVERDE L., *La nozione di imputabilità penale*, in FERRANDO G., VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 201 ss.
- MONTUSCHI L., *Art. 32, 1° comma*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico-sociali. Artt. 29-34*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, 147-148.
- MONTUSCHI L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano 1989, 15-16.
- MONTUSCHI L., *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in Riv. giur. lav. prev. soc., 2001, 1, 512 ss.
- MONTUSCHI L., *La Costituzione come fonte regolatrice del lavoro*, in PERSIANI M. (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, I, Cedam, Padova, 2010, 424-425.
- MOR G., *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 4, 984.
- MORAGLIO M., *La psichiatria italiana nel secondo dopoguerra*, in CASSATA F., MORAGLIO M. (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, Bfs, Pisa, 2005, 37 ss.
- MORAGLIO M., *Dentro e fuori il manicomio. L'assistenza psichiatrica in Italia tra le due guerre*, in *Contemporanea*, 2006, 1, 17.
- MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002.

- MORANA D., *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, 2034.
- MORANA D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano, 2007, 188.
- MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 4971 ss.
- MORANA D., *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione (riduttiva) dell'art. 32 Cost. nel primo «trentennio sanitario»*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, cit., 330.
- MORANA D., *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista Aic*, 2013, 4, 1.
- MORANA D., *L'effettività dei diritti costituzionali, tra crisi della legge e (in)disponibilità di risorse*, in DE MARTIN G.C., MORANA D. (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, Cedam, Padova, 2013, 69 ss.
- MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013, 49 ss.
- MORELLO M., *I malati di mente dalla legislazione preunitaria alla legge Basaglia*, San Marino, Guardigli, 2008.
- MORIN P., MICHAUD C., *Mesures de contrôle en milieu psychiatrique: trois perspectives pour en guider la réduction, voire l'élimination*, in *Santé mentale au Québec*, 2003, 28, 1, 126-150.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Il principio di dignità come clausola generale*, in *Dem. dir.*, 2004, 195.
- MORRIS B., *Dignity of Man*, in *Ethics*, 1946, 57, 1, 57.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 385 ss.
- MORRONE A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. II, Giuffrè, Milano, 2008, 185-204.
- MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura*, in *www.giurcost.org.*, 2014
- MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.
- MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, 148 ss.
- MORTATI C., *La Comunità statale*, in *Iustitia*, 1957, 357 ss.
- MORTATI C., *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689 ss.
- MORTATI C., *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze, 1969, 463 ss.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*⁸, II, Cedam, Padova, 1969, 955.
- MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, 1, 1, ora in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, 435.
- MORTATI C., *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge*, in *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1972, 662 ss.
- MORTATI C., *Art. 1*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione. I principi fondamentali*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 6-7.

- MORTILLARO F., *La problematica della retribuzione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978, 160 ss.
- MOUNIER E., *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Edizioni di Comunità, Milano, 1955, 275.
- MOUNIER E., *Che cos'è il personalismo ?*, Einaudi, Torino, 1975, 31.
- MOUNIER E., *Revolution personaliste et communautaire*, Aubier, Paris. 1935, trad. it. *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Ecumenica, Bari, 1984, 77-78.
- MUNIZZA C. et al., *Emergency psychiatry: a review of the literature*, in *Acta Pschy. Scan., Supply*, 1993, 88, 374 ss.
- MUNIZZA C., GONELLA R. et al., *CMHC adherence to National Mental Health Plan standards in Italy: a survey 30 years after national reform law*, in *Psychiatr Serv.*, 2011, 9, 62, 1090-1093.
- MUSCO E., *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1584 ss.
- MUSUMECI A., *Gli orientamenti legislativi regionali in materia di tutela dei diritti del malato*, in *Pol. dir.*, 1990, 329.
- MUSUMECI A., *Dal "potere" alla "libertà" di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.*, 1991, 626 ss.
- MUSUMECI A., *Costituzione e Bioetica*, Aracne, Roma, 2005, 22 ss.
- NANIA R., *Il valore della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1986, 95 ss.
- NANIA R., *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Giappichelli, Torino, 1989, 44-45.
- NANIA R., *Riflessioni sulla «costituzione economica» in Italia: il «lavoro» come «fondamento», come «diritto», come «dovere»*, in GHERA E., PACE A. (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, 61-79.
- NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*², I, Giappichelli, Torino, 2006.
- NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico*, Giuffrè, Milano, 1989, 130 ss.
- NAPOLETANO D., *Natura ed efficacia della norma di cui all'art. 36, 1° comma, della Costituzione e la sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1951, 216 ss.
- NAPOLI M., *Lo Statuto dei lavoratori ha quarant'anni, ben portati*, in *Lav. dir.*, 2010, 128.
- NAPOLI M. (a cura di), *La dignità*, Vita&Pensiero, Milano, 2011.
- NATOLI S., *Stare al mondo*, Feltrinelli, Milano, 2008, 89.
- NATOLI U., *Limiti costituzionali della autonomia privata nel rapporto di lavoro. I. Introduzione*, Giuffrè, Milano, 1955, 93 ss.
- NATOLI U., *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3 ss.
- NATOLI U., *Alcune osservazioni su Costituzione, interpretazione evolutiva e giurisprudenza alternativa*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, I, Giuffrè, Milano, 1983, 281 ss.
- NATOLI U., *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3 ss., ora in ID., *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Giuffrè, Milano, 1993, 431 ss.

- NAVARRETTA E., *Il danno non patrimoniale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 2010, 7, 728 ss.
- NEGRO A., *Il nuovo danno biologico. Prova, liquidazione, casistica*, Giuffrè, Milano, 2011, 117 ss.
- NEGRONI A., *Libertà personale e trattamenti sanitari obbligatori in caso di infortuni sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 2, 364 ss.
- NELSTROP L. et al., *A systematic review of the safety and effectiveness of restraint and seclusion as interventions for the short-term management of violence in adult psychiatric inpatient settings and emergency departments*, in *Worldviews on Evidence-Based Nursing*, 2006, 8-18.
- NERI A., *Il casellario giudiziario*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, cit., 581 ss.
- NERI S., *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, Franco Angeli, Milano, 2006, 46 ss.
- NEUMANN U., *Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet*, in *Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2008, 35-55.
- NEUMANN V., *Menschenwürde und psychische Krankheit*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1993, 276 ss.
- NICCOLAI S., *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 564.
- NICCOLAI S., *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.
- NICOLOSI A., *Epidemiologia dell'AIDS e della infezione da Hiv: incidenze, fattori di rischio, trasmissione*, Cnr, Roma, 1989.
- NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad.cost.*, 2010, 2, 269 ss.
- NICOLUSSI A., *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento dei valori o un nuovo dogma della volontà*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 457 ss.
- NICOTRA GUERRERA I., *«Vita» e sistema dei valori nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1997, 147 ss.
- NIGRO M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 580 ss.
- NINO C.S., *Dworkin and Legal Positivism*, in *Mind*, 1980, 520.
- NISCO A., *La tutela penale dell'integrità psichica*, Giappichelli, Torino, 2012, 40 ss.
- NIVARRA L. (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008.
- NOBILE C., *L'assistenza psichiatrica extraospedaliera in Italia*, in *Igiene mentale*, 1963, 4, 949 ss.
- NOCITO W., *Dinamiche del regionalismo italiano ed esigenze unitarie*, Giuffrè, Milano, 2011.
- NONINO F., MAGRINI N., *DSM-5: una diagnosi e un farmaco non si nega a nessuno*, in *Recenti pross. med.*, 2014, 105, 51-55.
- NUSSBAUM M.C., *Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution*, in P. PATZIG (ed.), *Aristoteles' «Politik». Akten des XI Symposium Aristotelicum*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1987, 152-86.

- NUSSBAUM M.C., *Equity and mercy*, in *Philosophy and public affairs*, 1993, 22, 2, 85.
- NUSSBAUM M.C., *Aristotle on Human Nature and the Foundation of Ethics*, in ALTHAM J.E.J., HARRISON R. (eds.), *World, Mind and Ethics: Essays on the Ethical Philosophy of Bernard Williams*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, 86-131.
- NUSSBAUM M.C., *Non-relative Virtues: An Aristotelian Approach*, in NUSSBAUM M.C., SEN A. (eds.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993, trad. it. *Virtù non-relative: un approccio aristotelico*, in MANGINI M. (a cura di), *L'etica delle virtù e i suoi critici*, La Città del Sole, Napoli, 1996, 17 ss.
- NUSSBAUM M.C., *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, trad. it. *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001, 92.
- NUSSBAUM M.C., *La vita delle persone disabili. Chi se ne prende cura ?*, in *Il Mulino*, 2001, 5, 793 ss.
- NUSSBAUM M.C., *Aristotelian Social Democracy*, in DOUGLASS R.B., MARA G.R., RICHARDSON H.S. (eds.), *Liberalism and the Good*, Routledge, London, 1990, trad. it. *Una concezione aristotelica della socialdemocrazia*, in ID., *Capacità personale e democrazia sociale*, Diabasis, Reggio Emilia, 2003, 123-125.
- NUSSBAUM M.C., *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2004, trad. it. *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2005, 393.
- NUSSBAUM M.C., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge, 2006, trad. it. *Le nuove frontiere della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2007, 97 ss.
- NUSSBAUM M.C., *Upheaval of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, trad. it. *L'intelligenza delle emozioni*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- NUSSBAUM M.C., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2010, 27-51.
- NUSSBAUM M.C., *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, trad. it. *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Il Mulino, Bologna, 2012, 29.
- NUVOLONE P., *Il casellario giudiziario*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, cit., 597 ss.
- OCCHIOCUPO N., *Profili costituzionali dell'assistenza psichiatrica*, in *Studi parmensi*, Cedam, Padova, 1994, 466 ss.
- OCCHIOCUPO N., *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano, 1995, 33 ss.
- OKAI D. et al., *Mental capacity in psychiatric patients: systematic review*, in *British Journal Psychiatry*, 2007, 191, 291-297.
- OLIVECRONA K., *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano, 1967.
- OLIVER A., *Reflecting on the UK government's Health and Social Care Act 2012: introduction*, in *Health Economics, in Policy and Law*, 2013, 8, 2, 235-236.
- OLIVER M., *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990, 93 ss.
- OLIVETTI P., *La Costituzione e la sicurezza sociale, I principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1988, 81 ss.

- OMAGGIO V., *Individuo, persona e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1, 77 ss.
- ONGARO BASAGLIA F., *Nota introduttiva alla nuova edizione*, in BASAGLIA F. (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Baldini & Castoldi Dalai, Milano, 2010, 5.
- ONGARO BASAGLIA F., *Salute/Malattia. Le Parole della medicina*, a cura di M.G. GIANNICCHEDDA, AlphaBeta Verlag, Merano, 2012, 27 ss.
- ONIDA V., *La Costituzione nella storia della Repubblica, in 1945-1975 Italia*, Giuffrè, Milano, 1975, 377 ss.
- ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977, 510 ss.
- ONIDA V., *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in BARILE P., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, 171 ss.
- ONIDA V., *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VI, 1989, Utet, Torino, 29-30.
- ONIDA V., *Il "mito" delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino*, 2004, 1, 22-23.
- ONNIS L., LO RUSSO G. (a cura di), *Dove va la psichiatria ? Pareri a confronto su salute mentale e manicomi in Italia dopo la nuova legge*, Feltrinelli, Milano, 1980.
- OROFINO M., *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2014.
- ORTOLEVA P., *Saggio sui movimenti del '68 in Europa e in America*, Editori Riuniti, Roma, 1988, 25 ss.
- OTTONELLI V., *Leggere Ralws*, Il Mulino, Bologna, 2010, 106 ss.
- OWEN G.S. et. al., *Decision-making capacity for treatment in psychiatric and medical in-patients: cross-sectional, comparative study*, in *The British Journal of Psychiatry*, 2013, 203, 461-467.
- PACE A., *Misure di sicurezza e pericolosità sociale presunta*, in *Giur. cost.*, 1966, 191 ss.
- PACE A., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, 87 ss.
- PACE A., *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 306.
- PACE A., *Corte costituzionale e «altri» giudici tra «garantismo» e «sensibilità politica»*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, 587 ss.
- PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 700 ss.
- PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, Cedam, Padova, 1990, 109-126.
- PACE A., *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Pietro Calamandrei*, in BARILE P. (a cura di), *Ventidue saggi su un grande maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, 303-332.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, 174 ss.
- PACE A., *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 1, 3 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*³, Cedam, Padova 2003, 5.

- PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006.
- PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in AZZARITI G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino 2007, 104
- PACE A., *Libertà individuali e qualità della vita*, Esi, Napoli, 2008, 23.
- PACI M., *Mercato del lavoro e classi sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1973, 110 ss.
- PACI M., *La struttura sociale italiana*, Il Mulino, Bologna, 1982, 114 ss.
- PACI M., *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*², Il Mulino, Bologna, 2007
- PADOVANI T., *L'ospedale psichiatrico giudiziario*, in BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, cit., 242.
- PALADIN L., *Costituzione, preleggi e codice civile*, in Riv. dir. civ., 1993, 35.
- PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, 137 ss.
- PALAZZO F.C., *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Cedam, Padova, 1994, 42 ss.
- PALAZZOLO J., *À propos de l'utilisation de l'isolement en psychiatrie: le témoignage de patients*, in L'Encéphale, 2004, 30, 3, 276-280.
- PALERMO F., *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2007-2008*, in Giur. cost., 2009, 11, 611 ss.
- PALERMO FABRIS E., *Brevi note sulla natura giuridica del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio per persona affetta da malattia mentale*, in Riv. med. leg., 1981, 337 ss.
- PALMERI G., *Il cambiamento di sesso*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, I, Trattato di Biodiritto, cit., 768 ss.
- PALMERI G., VENUTI M.C., *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in Dir. fam., 1999, 1342.
- PALMERINI E., *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in Riv. dir. civ., 2008, 3, 366.
- PALMIERI F., *Medicina forense*, I, Napoli, 1964, 67.
- PALOMBELLA G., *Costituzione e sovranità*, Dedalo, Bari, 1997, 48 ss.
- PALOMBELLA G., *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006, 5 ss.
- PANARA C., *I dilemmi del dopo 11 settembre: l'abbattimento «preventivo» degli aerei usati per attacchi suicidi è compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla vita ? Una risposta parzialmente negativa viene dal Bundesverfassungsgericht*, in Giur. cost., 2006, 1793 ss.
- PANEBIANCO G., *Il minore reo*, in PENNISI S. (a cura di), *La giustizia minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 2004, 94 ss.
- PANEBIANCO M., *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, Dir. soc., 2002, 2, 151-242.
- PANTOZZI G., *Storia delle idee e delle leggi psichiatriche*, Erickson, Trento, 1994, 139 ss.

- PANUNZIO S.P., *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, 900 ss.
- PANUNZIO S.P., *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, III, Giuffrè, Milano, 1988, 135 ss.
- PANZERA C., *Un diritto tra i doveri ? Lo «strano caso» del diritto alla salute*, in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J. (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice della Legge*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007, 438 ss.
- PARAVINI M., *Il folle che delinque: rapsodia al margine*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 2011, 3, 145-154.
- PARIS D., *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione della sussidiarietà*, in www.amministrazioneincammino.it, 2007, 31.
- PARIS D., *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg.*, 3, 2008, 1091 ss.
- PARIS D., *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011, 187 ss.
- PARODI G., *Tecnica ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Giappichelli, Torino 1990, 112-115.
- PASOLINI P.P., *Il vuoto del potere in Italia ovvero l'articolo delle lucciole*, in *Scritti corsari*, I, Garzanti, Milano, 1975, 157.
- PASQUINO G., *Restituire lo scettro al principe. Proposte di riforma istituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, 25 ss.
- PASSANTI P., *Lo Statuto dei lavoratori nel Novecento giuslavoristico*, in BALANDI G.G., CAZZETTA G. (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2009, 117 ss.
- PASSERIN D'ENTREVES A., *Introduzione*, in TOMMASO D'AQUINO, *Scritti Politici*, Zanichelli, Bologna 1946, xv ss.
- PASTORE B., *Coerenza e integrità nella teoria del ragionamento giuridico di Ronald Dworkin*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 423-445.
- PASTORE B., *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2004, 44.
- PASTORE B., *La concretezza dei diritti umani*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2014, 1, 64 s.
- PASTORI G., *Diritti della persona e interesse della collettività nel servizio sanitario nazionale*, in *Atti del Convegno nazionale su La Riforma sanitaria*, Milano 21-22 ottobre 1977, Giuffrè, Milano, 1978, 41 ss.
- PASTORI G., *L'attuazione del Servizio sanitario nazionale nei primi anni della riforma*, in *Il Mulino*, 1981, 6, 838-849.
- PASTORI G., *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Giuffrè, Milano, 1993, 1082 ss.
- PATRUNO L., *L'elasticità della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 26 ss.
- PATTI S., *Transessualismo*, in *Dig. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, Utet, 1999, 426 ss.

- PATTI S., WILL M.R., *Commento alla legge 14 aprile 1982, n. 164*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1983, 35-46.
- PAVARINI M., *Il folle che delinque: rapsodia sul margine*, in *Riv. sperimentare freniatria*, 2011, 3, 145 ss.
- PECORELLA G., *Intervento*, in *Libertà e salute: la nuova legislazione psichiatrica, La Questione criminale*, 1979, 398 ss.
- PELAGATTI G., *I trattamenti sanitari obbligatori*, Cisu, Roma, 1995.
- PELAZZA M., *La coazione terapeutica. Uno studio comparato*, Tesi di dottorato in Scienze giuridiche, Università di Milano-Bicocca, 2013, 31 ss.
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.
- PELISSERO M., *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari al tempo della crisi*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2012, 1017 ss.
- PELISSERO M., *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 261 ss.
- PELLEGRINO E.D., THOMASMA D.C., *For the Patient's Good. A Restoration of Beneficence in Medical Ethics*, Oxford University Press, New York, 1988, trad. it *Per il bene del paziente. Tradizione e innovazione nell'etica medica*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 1992, 40 ss.
- PELLICANI G., *I servizi di profilassi neuro-mentale in Italia*, in *L'igiene mentale*, 1934, 28 ss.
- PELOSO P.F., *La contenzione meccanica in psichiatria e la posizione abolizionista di Ernesto Belmondo (1904)*, in *Atti dell'Accademia patavina di scienze, lettere ed arti*, 1995, 107, II, 55-84.
- PELOSO P.F., *Il consenso nei trattamenti urgenti*, in FORNARI U. (a cura di), *Aspetti del consenso in psichiatria clinica e forense*, Centro Scientifico Editore, Torino, 2001, 51-64.
- PENASA S., *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 4, 817-842.
- PENASA S., *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, 2013, 21, 1, 235-270.
- PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza ? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in www.forumcostituzionale.it, 2014.
- PEPINO L. (a cura di), *Droga, tossicodipendenza, legge*, Franco Angeli, Milano, 1989.
- PERA G., *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1953, I, 99 ss.
- PERA G., Art. 1, in ASSANTI C., PERA G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 4 ss.
- PERA G., *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *Nss. Dig.*, 1989, IV, 897 ss.
- PÉREZ LUÑO A.E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992, 147 ss.
- PERFETTI L.R., *I diritti sociali. I diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 86.
- PERGOLESI F., *Appunti su alcuni lineamenti dei 'diritti sociali'*, in *Quaderni della Costituzione*, Milano, 1953, 7.

PERGOLESI F., *Tutela costituzionale della salute*, in *Corso aggiornato di diritto sanitario*, Empoli, 1961, 6 ss.

PERINI L., *Il corpo della cittadina. La costruzione del discorso pubblico sulla legge n. 194/1978 in Italia negli anni settanta*, Tesi di dottorato di ricerca in Storia e geografia d'Europa. Spazi, linguaggi, istituzioni e soggetti in età moderna e contemporanea, Università di Bologna, 2011, 25-26, consultabile in www.personaedanno.it

PERLIGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 20 ss., 74 ss.

PERLIGIERI P., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.

PERLINGIERI P., *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 1 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 175 ss.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1984, 368.

PERRONE R., *Il consumo di sostanze stupefacenti fra libertà individuale e limiti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2010, 3-4, 451 ss.

PERSIANI M., *Sicurezza sociale e persona umana*, in *I problemi della sicurezza sociale*, 1970, 609 ss.

PERSIANI M., LEPORE M. (dir. da), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2012, 406 ss.

PESARESI E., *In tema di effettività del diritto alla salute*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 3, 991 ss.

PESARESI E., *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute»: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 1734.

PESCARA R., *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in RESCIGNO P. (dir. da), *Trattato di diritto privato*, 4, III, Utet, Torino, 1997, 756.

PESTELLI G., *Diritto penale e manipolazione mentale: tra vecchi problemi e prospettive de jure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 3, 1274 ss.

PETRELLI P., *Legge-campione: legge 13 maggio 1978, n. 180*, in G. VISINTINI (a cura di), *Analisi di leggi-campione. Problemi di tecnica legislativa*, Cedam, Padova, 1995, 213 ss.

PETRETTO A., LORENZINI S., SCICOLONE N., *Il processo di decentramento sanitario tra passato e futuro*, in FIORENTINI G. (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2003, 39 ss.

PETRINI C., *Ethical considerations for evaluating the issue of physical restraint in psychiatry*, in *Ann. Ist. Sup. Sanità*, 2013, 49, 3, 281-285.

PETRONI F., *Dalla legge Bonomi alla riforma sanitaria*, in *Prot. soc.*, 1978, 175 ss.

PETRONI F., *Il punto sulla riforma sanitaria: dalla legge 349 del 1977 al compromesso sanitario del 1978*, in *Prev. soc. artig.*, 1978, I, 4 ss.

PETTINI A., *Benessere ed equità. Il contributo di Amartya Sen*, Olschki editore, Firenze, 1993, 93 ss.

PETTIT P., *Republicanism*, Oxford University Press, Oxford, 1997, trad. it. *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Feltrinelli, Milano 2000, 32 ss.

PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, I, 21 ss.

PEZZINI B., *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, I, 461 ss.

PEZZINI B., *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in PEZZINI B., GALLO C.E. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milano, 1998, 28.

PEZZINI B., *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001, 19-42.

PEZZINI B., *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in BALDUZZI R., DI GASPARE G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002, 103.

PEZZINI B., *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in CHIEFFI L. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003, 53-54.

PEZZINI B., (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008.

PEZZINI B., *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti- subordinazione*, in BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III – *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli, 2009, 1141 ss.

PEZZINI B., *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in ID. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, 103.

PEZZINI B., *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Aic, Cagliari 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli, 2010, 169 ss.

PEZZINI B., *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss.

PEZZINI B., *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in STRADELLA E. (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Plus, Pisa, 2011, 173-174.

PEZZINI B., *Inizio e interruzione della gravidanza*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, II, *Trattato di Biodiritto*, cit., 1660 ss.

PEZZINI B., *Polisemia del fabbisogno sanitario. Prime osservazioni sull'impostazione del d.lgs. 68/2011*, in BALDUZZI R. (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, cit., 211 ss.

PEZZINI B., *Le persone transessuali*, in CENDON P., ROSSI S. (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, Aracne, Roma, 2013, 715-755.

PEZZINI B., *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15.06.2014.

PHILLIPS J. et al., *The six most essential questions in psychiatric diagnosis: a pluralogue part I: conceptual and definitional issues in psychiatric diagnosis*, in *Philosophy, ethics and humanities in medicine*, 2012, 3, 7 ss.

PICCIONE D., *La crisi della giurisdizione sui provvedimenti limitativi della libertà personale estranei a fini penali*, in *Giur. cost.*, 2002, 4, 3157 ss., specie 3162.

PICCIONE D., *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 4137 ss.

- PICCIONE D., *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Alfabeta, Bolzano, 2013, 31 ss.
- PICCIONE R. et al., *La nuova cronicità: aspetti preventivi*, in PASTORE V., BIONDI G., FORMICHINI M. (a cura di), *Questioni attuali in psichiatria*, Edizioni del Cerro, Pisa, 1992, 135 ss.
- PICCIONE R., *Il futuro dei servizi di salute mentale in Italia. Significato e prospettive del sistema italiano di promozione e protezione della salute mentale*, Franco Angeli, Milano, 2004, 222 ss.
- PICIOCCHI C., *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Cedam, Padova, 2013, 105 ss.
- PIEPOLI G., *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 2295-2296.
- PIFFERI G., *Considerazioni sul ricovero volontario in ospedale psichiatrico a norma dell'art. 4 della legge 18 marzo 1968, n. 431*, in *Riv. amm.*, 1969, 202 ss.
- PIFFERI G., *L'assistenza agli infermi di mente*, in *Nuova rass.*, 1970, 334 ss.
- PIFFERI G., *Come può avvenire il ricovero volontario in ospedale psichiatrico ?*, in *Nuova rass.*, 1970, 2927; ID., *L'istituto dell'ammissione volontaria nella legislazione psichiatrica*, ivi, 1972, 868 ss.
- PINELLI C., *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 881 ss.
- PINELLI C., *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Jovene, Napoli, 2004, 1663 ss.
- PINELLI C., *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario (1994)*, in ID., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*, Giappichelli, Torino, 2012, 269.
- PINO G., *Giudizi di valore e dottrine civilistiche. Il caso dei diritti della personalità*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2002, 2, 136-137.
- PINO G., *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giur.*, 2003, 1, 256 ss.
- PINO G., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, 31 ss.
- PINO G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, 174 ss.
- PINO G., *L'identità personale*, in RODOTÀ S., TALLACCHINI M.C. (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto, Trattato di Biodiritto*, cit., 308 ss.
- PINTORE A., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Ets, Firenze, 83.
- PIOGGIA A., *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1, 127 ss.
- PIOGGIA A., DUGATO M., RACCA G., CIVITARESE MATTEUCCI S., *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2008.
- PIRELLA A., *Poteri e leggi psichiatriche in Italia (1968-1978)*, in CASSATA F., MORAGLIO M. (a cura di), *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 122.

- PIRELLA A., *Poteri e leggi psichiatriche in Italia (1968-1978)*, in LAJOLO L., TORNABENE M. (a cura di), *Memorie del manicomio. L'ospedale psichiatrico di Collegno a trent'anni dalla 180*, ArabaFenice, Boves, 2008, 58.
- PIRO S., *La sofferenza impropriamente detta psichica e la legge impropriamente detta Basaglia*, in *Fogli di Informazione*, 2008, 5-6, 202.
- PIRO S., ODDATI A. (a cura di), *La riforma psichiatrica del 1978 e il meridione d'Italia: studio sull'attuazione della Legge n.180 del 13 maggio 1978 in sei province dell'Italia meridionale peninsulare*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 1983.
- PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Aracne, Roma, 2007, 20 ss.
- PIROZZOLI A., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Esi, Napoli, 2012, 93 ss.
- PITCH T., *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milano, 1998, 71 ss.
- PITCH T., *L'embrione e il corpo femminile*, in www.costituzionalismo.it, 2005.
- PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, 140.
- PIZZI A., *Malattie e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Giuffrè, Milano, 1978, 89 ss.
- PIZZOLATO F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita&Pensiero, Milano, 1999, 148 ss.
- PIZZOLATO F., *Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, 767 ss.
- PIZZOLATO F., *La procedura di determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2002, 14.
- PIZZOLATO F., *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- PIZZOLATO F., *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012, 10 ss.
- PIZZORNO A., *I soggetti del pluralismo*, Il Mulino, Bologna, 1980, 229 ss.
- PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Il Foro italiano, Roma, 1978, 97 ss.
- PIZZORUSSO A., *Artt. 1-4*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, 181 ss.
- PIZZORUSSO A., *Le stagioni della Costituzione*, in ID. (diretto da) *Commentario della Costituzione italiana. Disposizioni transitorie e finali*, Zanichelli, Bologna, 1995, XLI.
- PIZZORUSSO A., *Il disgelo costituzionale*, in BARBAGALLO F. (dir. da), *Storia dell'Italia repubblicana*, II, *La trasformazione dell'Italia: sviluppo e squilibri. 2 Istituzioni, movimenti, culture*, Einaudi, Torino, 1995, 120-136.
- PIZZORUSSO A., *Le fonti del diritto. Artt. 1-9*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca², Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2011, 705 ss.
- POCAR V., *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in *Sociologia dir.*, 2009, 3, 159 ss.
- PODLECH A., *sub Art. 1*, in *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland²*, Band 1, Neuwied, 1989, 205 ss.

- POGLIANI M., *La «regola del calzolaio» per la corretta valutazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 1975, 417 ss.
- POLANYI K., *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Einaudi, Torino, 1974, 297.
- POLETTI DI TEODORO B., *Il diritto alla salute dallo Stato liberale alla riforma sanitaria*, in BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Il diritto alla salute*, Il Mulino, Bologna, 1978, 2 ss.
- POLI E., CIONI P., *Modelli di malattia in psichiatria*, in PANCHERI P., CASSANO G.B. (a cura di), *Trattato italiano di psichiatria*, Masson, Milano, 1999, 125 ss.
- POLI R., *Fra speranza e responsabilità. Introduzione alle strutture ontologiche dell'etica*, Polimetria, Milano, 2006, 22 ss.
- POLLMANN A., *Integrität. Aufnahme einer sozialphilosophischen Personalie*, Bielefeld, 2005, 77 ss.
- POLLMANN A., *Ein Recht auf Unversehrtheit? Skizze einer Phänomenologie moralischer Integritätsverletzungen*, in VAN DER WALT S., MENKE C., *Die Unversehrtheit des Körpers. Geschichte und Theorie eines elementaren Menschenrechts*, Frankfurt-New York, 2007, 218-219.
- POMARICI U. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013.
- POMBENI P., *L'eredità degli anni settanta*, in LUSSANA F., MARRAMAO G. (a cura di), *Culture, soggetti, identità*, in *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta*, II, cit., 23 ss.
- PONTI G., MERZAGORA I., PONTI G., *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, IX, 1987, 18-24.
- PONTI G., *Psichiatria e giustizia*, Raffaello Cortina, Milano, 1993, 62.
- PONZANELLI G., *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 689.
- PONZANELLI G., *La Corte di Cassazione e il danno alla salute*, in *Resp. civ. prev.* 1981, 694 ss.
- PONZANELLI G., *Il cammino del danno alla salute*, secondo cui la salute costituisce una posizione soggettiva autonoma, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 333.
- PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053.
- PONZANELLI G., *Lesioni da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo*, in *Foro it.*, 1990, I, 1694.
- PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, in *Danno resp.*, 2003, 10, 962.
- POPPER K., *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, Torino, 1970, 21 ss.
- POPPER K., *La psicoanalisi tra mito e scienza*, in ANTISERI D. (a cura di), *Analisi epistemologica del marxismo e della psicoanalisi*, Roma, 1974, 212 ss.
- PORTIGLIATTI BARBOS M., *Trattamenti sanitari obbligatori (dir. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1999, 335 ss.
- PORTINARO P.P., *Il grande legislatore e il custode della Costituzione*, in ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., 8.
- POSSENTI V., *Nichilismo giuridico. L'ultima parola ?*, Rubettino, Soveria, 2012, 19 ss.

- POUSSON-PETIT J., *Procréation artificielle dans les pays romanistes*, in MEULDERS M.T. et al. (a cura di), *Biomedicine, the Family, and Human Rights*, The Hague, 2002, 515.
- PREDIERI A., *Pianificazione e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1963, 194.
- PREDIERI A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, Vallecchi, Firenze, 1969, 399.
- PREITE G., *Il diritto alla salute tra federalismo e politiche di sviluppo dei servizi e-health. Prospettive organizzative in sanità*, Comunicazione presentata al XXIV Congresso SISP – Società Italiana di Scienze politiche, Venezia, 16-18.09.2010.
- PRETI L., *Diritto elettorale politico*, Giuffrè, Milano, 1957, 62 ss.
- PREUß U.K., *Legalität und Pluralismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1973, 26 ss.
- PREZIOSO F., *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2978 ss.
- PRIMAVERA R., *Industrializzazione e migrazioni interne 1950-1970*, Massari, Bolsena, 2002, 10 ss.
- PRINCIGALLI A.M., *La responsabilità del medico*, Jovene, Napoli, 1983, 214 ss.
- PRINCIGALLI A.M., *Tutela della salute e vaccinazioni a rischio*, in *Foro it.*, 1990, I, 1698.
- PRINCIPATO L., *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive ?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2500.
- PRINCIPATO L., *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 2, 873 ss.
- PROCACCI G., *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- PRODI G., *Salute/Malattia*, in *Enc. Einaudi*, XXII, Einaudi, Torino, 1981, 394 ss.
- PUCCELLA R., *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, Milano, 2010, 153 ss.
- PUCHTA G.F., *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, I, Leipzig, 1847, 52.
- PUGIOTTO A., *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, 254 ss.
- PUGIOTTO A., *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative "penali"*, in *Giur. cost.*, 1995, 3460 ss.
- PUGIOTTO A., *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, 9.
- PUGIOTTO A., *«Purchè se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Dir. soc.*, 2009, 483 ss.
- PUGIOTTO A., *L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 2, 343 ss.
- PUGLIATTI S., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, II, 189 ss.
- PUGLIESE E., *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Il Mulino, Bologna, 1996, 15 ss.
- PUGLIESE V., *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica e deontologia medica*, Cedam, Padova, 2009, 103.

- PULITANÒ D., *La giustizia minorile: dopo una battaglia vinta, quali prospettive ?*, in *Leg. pen.*, 2004, 186 ss.
- PULITANÒ D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 1010.
- QUADRI E., *Rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Dig. priv., sez. civ.*, 1990, 531 ss.
- QUARANTA A., *Situazione giuridica e tutela dell'ammalato mentale*, in *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978. Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980, cit.*, 44.
- RABAGLIETTI G., *Manicomi*, in *Ns. Dig. it.*, X, Utet, Torino, 1964, 177 ss.
- RADBRUCH G., *Die natur der Sache als juristische Denkform*, in *AA.VV., Festschrift zur Ehren von Prof. Dr. jur. R. Laun*, Toth, Hamburg, 1948, 155-176, trad. It *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 3, 145-156.
- RAFFARD S., FOND G. et al., *Cognitive insight as an indicator of competence to consent to treatment in schizophrenia*, in *Schizophrenia Research*, 2013, 144, 1-3, 118-121.
- RAGOZZINO D., *Manicomi giudiziari: depositi di malati o veri ospedali ?*, in *Quad. crim. clin.*, 1970, 97 ss.
- RAMON S., *Psychiatry in Britain: meaning and policy*, Croom Helm, London, 1985, 100 ss.
- RAWLS J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982.
- RAWLS J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1996, trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino, 1992, 149.
- RAWLS J., *Reply to Habermas*, in *The Journal of Philosophy*, 1995, 178.
- RAZZANO G., *Lo "Statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza. Atti del Convegno di Trapani 8-9 giugno 2012*, Esi, Napoli, 2013, 25 ss.
- RE E. (a cura di), *I servizi di salute mentale: storia e organizzazione istituzionale*, Azienda Ospedaliera Niguarda, Milano, 2006.
- REALDON A., *Commento a Pret. Monfalcone, 2 giugno 1980*, in *Riv. med. leg.*, 1980, 910 ss.
- REALDON A., *Malati di mente e ricovero coatto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 911 ss.
- REALDON A., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 410 ss.
- REALMUTO E., MARLETTA M., *I servizi di igiene mentale in Italia. Risultati di una rilevazione a carattere nazionale*, in *Annali della Sanità pubblica*, 1960, 5, 1114-1161.
- REALMUTO E., MARLETTA M., LEONI M., *L'attuale situazione ospedaliera psichiatrica nel nostro paese (Risultati di una rilevazione a carattere nazionale. Aspetti igienico-sanitari e psico-medico-sociali)*, in *Annali della Sanità pubblica*, 1962, 6, 15 ss.
- RECUPERO P.R. et al., *Restraint and Seclusion in Psychiatric Treatment Settings: Regulation, Case Law, and Risk Management*, in *Journal Am. Acad. Psychiatry Law*, 2011, 39, 465-476.
- REPETTO G., *"Non di sola CEDU..."*. *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 131 ss.
- RESCIGNO G.U., *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.

- RESCIGNO G.U., *Il progetto consegnato nel comma secondo dell'art. 3 della Costituzione italiana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008, 11 ss.
- RESCIGNO G.U., *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 21 ss.
- RESCIGNO G.U., *Libertà e potere*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Esi, Napoli, 2012, 901 ss.
- RESCIGNO P., *Le società intermedie*, in *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966, 58.
- RESCIGNO P., *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 301 ss.
- RESTA E., *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 181
- RESTA E., *Biodiritto*, in *Enc. Treccani*, Roma, Treccani, 2009, 43.
- RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 801 ss.
- RESTA G., *Contratto e diritti della personalità*, in ROPPO V. (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, Giuffrè, Milano, 2006, 10 ss.
- RESTA G., *I diritti della personalità*, in ALPA G., RESTA G., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in SACCO R. (dir. da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2006, 371 ss.
- RESTA G., *La dignità*, in RODOTÀ S., TALLACCHINI M.C. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà S., Zatti P., Giuffrè, Milano, 2010, 278 ss.
- RESTA G., *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, 23 ss.
- RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V., *La storia "giuridificata"*, in ID. (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Esi, Napoli, 2012, 5 ss.
- REVELLI M., *Movimenti sociali spazio politico*, in BARBAGALLO F. (dir. da), *Storia dell'Italia repubblicana*, II, *La trasformazione dell'Italia: sviluppo e squilibri. 2 Istituzioni, movimenti, culture, cit.*, 385 ss.
- REVELLI M. (a cura di), *Lezioni Bobbio. Sette interventi su etica e politica*, Einaudi, Torino, 2006, 65.
- RICOEUR P., *Filosofia della volontà*, Marietti, Genova, 1990.
- RICOEUR P., *Sé come un Altro*, Jaka Book, Milano, 1993.
- RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006.
- RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in RIDOLA P., NANIA R. (a cura di), *I diritti costituzionali*², I, Giappichelli, Torino, 2006, 10 ss.
- RIDOLA P., *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista Aic*, 2014, 2, 5 ss.
- RIDOLA P., NANIA R. (a cura di), *I diritti costituzionali*², I, Giappichelli, Torino, 2006.
- RIMOLI F., *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3772 ss.
- RIMOLI F., *Pluralismo*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, Treccani, 1997.
- RIMOLI F., *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999.
- RIPEPE E., *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Esi, Napoli, 2008, 14.

- RIQUIER G.C., *Osservazioni intorno alla proposta di legge dell'On. Ceravolo «sugli ospedali psichiatrici e per la cura e la profilassi delle malattie mentali»*, in *Riv. sper. freniatria*, 1954, 689 ss.
- RITTER G.A., *Storia dello Stato sociale*², Laterza, Roma-Bari, 2007, 33 ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, 103 ss.
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 99 ss.
- RODOTÀ S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971.
- RODOTÀ S., *Una sentenza classista*, in *Pol. dir.*, 1971, 435 ss.
- RODOTÀ S., *Le «tentazioni» della politica*, in *Pol. dir.*, 1972, 3-4, 311.
- RODOTÀ S., *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, 661 ss.
- RODOTÀ S., *Una strategia per i diritti civili*, in *Alla ricerca delle libertà*, Il Mulino, Bologna, 1978, 25.
- RODOTÀ S., *Introduzione*, in AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1997, 12 ss.
- RODOTÀ S., *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in COMANDÈ G., PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, 409.
- RODOTÀ S., *Variazioni sulla libertà personale*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, 363.
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, 28-30.
- RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 2007, 3, 370.
- RODOTÀ S., *Nuovi soggetti, nuovi diritti, nuovi conflitti*, in PIZZETTI F.G., ROSTI M. (a cura di), *Soggetti, diritti e conflitti. Percorsi di ridefinizione*, Giuffrè, Milano, 2007, 9.
- RODOTÀ S., *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, 6.
- RODOTÀ S., TALLACCHINI M.C. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà S., Zatti P., Giuffrè, Milano, 2010.
- RODOTÀ S., *Il corpo giuridificato*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 63 ss.
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 148 ss.
- ROELLECKE G., *Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror*, in *JZ*, 2006, 6, 265 ss.
- ROGERS A., PILGRIM D., *Mental Health Policy in Britain: a critical introduction*, MacMillan, London, 1996, 70 ss.
- ROLLI R., PINNA A., *Il diritto alla salute*, in SESTA M., CUFFARO V. (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 1-40.
- ROMAGNOLI U., *Art. 3, 2° co.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 162-165.
- ROMAGNOLI U., *Lo Statuto dei Lavoratori vent'anni dopo*, in *Lav. dir.*, 1990, 171 ss.
- ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia: un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995, 163 ss.

- ROMAGNOLI U., *“Collettivo” e “individuale” nel diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2008, 2, 207-211.
- ROMAGNOLI U., *Tornare allo Statuto*, in *Lav. dir.*, 2010, 1, 39-48.
- ROMANO M., STELLA F., *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 389 ss.
- ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, I, Milano, 1905, 117 ss.
- ROMANO S., *Le prime carte dei diritti*, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, 165.
- ROMBOLI R., Art. 5, in GALGANO F. (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca, Delle persone fisiche. Artt. 1- 10*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, 225 ss.
- ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»*, in *Foro it.*, 1991, I, 17 ss.
- ROMBOLI R., *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol dir.*, 1991, 4, 571.
- ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino 1994.
- ROMBOLI R., *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in CAPUTO A., PEPINO L. (a cura di), *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, Quaderni di *Questione Giustizia*, 2009, 195 ss.
- ROMBOLI R., *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Jovene, Napoli, 2009, 1527 ss.
- ROMBOLI R., *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giur. cost.*, 2010, 1629 ss.
- ROMBOLI R., *La legittimità costituzionale del 'divorzio imposto': quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Il Foro it.*, 2014, 2680 ss.
- RONCHETTI L., *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in www.costituzionalismo.it, 2006.
- RONCO M., *Il controllo penale degli stupefacenti. Verso la riforma della L. n. 685/1975*, Jovene, Napoli 1990, 15 ss.
- RONCO M., *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 5.
- RONFANI P., PIRO S. (a cura di), *La riforma psichiatrica del 1978 e il Meridione d'Italia (Studio sull'attuazione della legge 13 maggio 1978, n. 180)*, in *Quaderni di documentazione sulla prevenzione delle malattie mentali*, Il Pensiero scientifico, Roma, 1983, 289 ss.
- ROSCIONI L., *“Luoghi infami di sequestri arbitrari”. Diritti e garanzie nella legislazione sull'internamento manicomiale dal Settecento alle legge del 1904*, in CASSATA F., MORAGLIO M., *Manicomio, società e politica. Storia, memoria e cultura della devianza mentale dal Piemonte all'Italia*, cit., 10 ss.
- ROSE G., *The broken middle: out of our ancient society*, Blackwell, Oxford, 1992.
- ROSS A., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1963.
- ROSSANO C., *L'applicazione delle leggi e degli atti aventi forza di legge e la competenza della Corte costituzionale e del giudice ordinario e speciale*, in *Giust. civ.*, 1956, 189 ss.
- ROSSANO C., *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1964, 376.

- ROSSI A., *La questione droga. Repressione, liberalizzazione, autodeterminazione*, in AA.VV., *Il testo unico delle leggi in materia di stupefacenti. Un'analisi critica*, Giuffrè, Milano, 1991, 17-18.
- ROSSI A., *Neuroscienze e psichiatria*, Masson, Milano, 2006, 106 ss.
- ROSSI E., *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro it.*, 1988, I, 758 ss.
- ROSSI E., *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989, 119 ss.
- ROSSI E., *Problemi di costituzionalità della nuova legge sugli stupefacenti: la necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1990, 677 ss.
- ROSSI E., *Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale: alcune riflessioni*, in BIN R., PINELLI C. (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 257.
- ROSSI E., Art. 2, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Giappichelli, Torino, 2006, 56 ss.
- ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Esi, Napoli, 2012, 77 ss.
- ROSSI E., *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, in *Dir. soc.*, 2014, 1, 4 ss.
- ROSSI E., BIONDI DAL MONTE F., VRENNA M. (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- ROSSI R., *Psichiatria o psichiatra che cambia ? Vicende evolutive dello psichiatra*, in *Italian Journal of Psychopathology*, 2005, 11, 4 ss.
- ROSSI S., *Consenso informato (II)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. VII*, Utet, Torino, 2012, 177 ss.
- ROSSI S., *Corpo (Atto di disposizione sul)*, in *Dig. priv., sez. civ., Agg. VII*, Utet, Torino, 2012, 216 ss.
- ROSSI S., *Il giudice amministrativo alla prova dei diritti fondamentali: il caso del rimborso delle cure all'estero*, in BONETTI P., CASSATELLA A., CORTESE F., DEFFENU A., GUAZZAROTTI A. (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2012, 480 ss.
- ROSSI S., *Sussurri e grida: riflessioni su follia e libertà nell'ennesimo testo di riforma della legge Basaglia*, in *Pol. dir.*, 2012, 2-3, 469 ss.
- ROSSI S. (a cura di), *Il nodo della contenzione: diritto, psichiatria e dignità della persona*, AlphaBeta Verlag, Bolzano, 2015.
- ROSSI CARLEO L., Art. 4, in BIANCA C.M., BUSNELLI F.D., *Commentario alla legge 22 maggio 1978, n. 194, in Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 1620-1621.
- ROSSI DORIA A., *Ipotesi per una storia che verrà*, in BERTILOTTI T., SCATTIGNO A. (a cura di), *Il femminismo degli anni settanta*, Viella, Roma, 2005, 3 ss.
- ROVAGNATI A., *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti del Convegno di Trapani 8-9 giugno 2012, Esi, Napoli, 2013, 153 ss.
- ROVERSI MONACO F.A. (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Giuffrè, Milano, 1979.

- ROVERSI MONACO F.A., BOTTARI C., *Art. 1 (I principi)*, in ROVERSI MONACO F.A. (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Giuffrè, Milano, 1979, 12.
- ROVERSI MONACO F.A., BOTTARI C., *Art. 2 (Gli obiettivi)*, in ROVERSI MONACO F.A. (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 24.
- ROVERSI MONACO F.A., *Il Piano sanitario nazionale nel coordinamento del servizio sanitario*, in *L'organizzazione del Servizio Sanitario nazionale*, Roma, 1981, 25 ss.
- ROYCE J., *The Philosophy of Loyalty*, in ROTH J.K.(ed.), *The Philosophy of Josiah Royce*, Hackett, Indianapolis, 1982, 279.
- RUDOLF KLEIN M.A., *The Troubled Transformation of Britain's National Health Service*, in *The new England journal of medicine*, 2006, 409 ss.
- RUFFILLI R., *Santi Romano e la «crisi dello Stato» agli inizi dell'età contemporanea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 27, 320 ss.
- RUFFILLI R., *Sulla fondazione della Repubblica democratica in Italia*, in *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, I, Il Mulino, Bologna, 1979, 13-29.
- RUGGERI A., *Stato di diritto e dinamica istituzionale (Spunti per una riflessione)*, in *Pol. dir.*, 1990, 417 ss.
- RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.
- RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale. Atti del Seminario (Messina, 7-8 maggio 1993)*, Giappichelli, Torino, 1994.
- RUGGERI A., *Il pluralismo tra «regola» e «principi» costituzionali sulla produzione giuridica*, in BIN R., PINELLI C., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 279 ss.
- RUGGERI A., «*La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*», in www.costituzionalismo.it, 2005, 2, 13
- RUGGERI A., *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in ID. (a cura di), «*Itinerari*» di una ricerca sul sistema delle fonti, X, *Studi dell'anno 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, 170 s.
- RUGGERI A., *Teoria e usi della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 3, 519 ss.
- RUGGERI A., *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, Relazione all'incontro di studio "G. Mor" su *Sanità e salute alla prova del regionalismo*, Milano 3-4 dicembre 2009, in www.forumcostituzionale.it, nonché in *San. pubbl. e priv.*, 2010, 3, 5 ss.
- RUGGERI A., «*Livelli essenziali*» delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010), in www.forumcostituzionale.it, 2010, 2.
- RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in www.forumcostituzionale.it, nonché in GENSABELLA FURNARI M., RUGGERI A. (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici (Atti di due incontri di studio, Messina 3 aprile e 15-16 ottobre 2009)*, Giappichelli, Torino 2010, 307 ss.
- RUGGERI A., *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, *Studi dell'anno 2010*, Giappichelli, Torino, 2011, 518 ss.
- RUGGERI A., *Dignità versus vita ?*, Relazione al convegno su *Del diritto alla vita*, Messina 24-25 marzo 2011, in *Rivista Aic*, 2011, 1, 12, ora in ID., *Itinerari per una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, *Studi dell'anno 2011*, Giappichelli, Torino, 2012, 127 ss.

- RUGGERI A., *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 2014, 4, 1-15.
- RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 5 ora in ID., *Itinerari per una ricerca sul sistema delle fonti. XVII – Studi dell'anno 2013*, Giappichelli, Torino, 2014, 191 ss.
- RUGGERI A., *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in www.giurcost.org, 2014.
- RUGGERI R., *Fra malati di mente*, Garzanti, Milano, 1949, 15 ss.
- RUGGIERO F.P., *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico-chirurgico: prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 203.
- RUOTOLO M., *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2000, 2-3, 235 ss.
- RUOTOLO M., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 903 ss.
- RUOTOLO M., Art. 13, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 321 ss.
- RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, Esi, Napoli, 2011, 57 ss.
- RUOTOLO M., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Esi, Napoli, 2012, 205 ss.
- RUSSO P. (a cura di), *I danni esistenziali*, Utet, Torino, 2014.
- SABBATUCCI G., *La soluzione trasformista. Appunti sulla vicenda del sistema politico italiano*, in *Il Mulino*, 1990, 172.
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1980, 3 ss.
- SACCO R., *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, in VISCONTI J. (a cura di), *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Led, Milano, 2010, 11 ss.
- SACHS M., *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Berlin-Heidelberg-New York, 2000, 178 ss.
- SACKETT D.L. et al., *Evidence -based Medicine: what it is and what it isn't*, in *British Medical Journal*, 1999, 312, 71-72.
- SAJA F., *La giustizia costituzionale nel 1987*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 175-189.
- SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, 9-31.
- SALVATERRA E., *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa. Capacità e competence*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 341 ss.
- SALVI C., *Note sulla tutela della salute come interesse collettivo*, in BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978, 445 ss.
- SANDULLI A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 465 ss.
- SANDULLI A.M., *La sperimentazione clinica sull'uomo (Profili costituzionali)*, in *Dir. soc.*, 1978, 508.

- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, II, *La giustizia amministrativa*, Jovene, Napoli, 1989, 1320 ss.
- SANDULLI A.M., *Rilevanza delle norme della Costituzione sul regime attuale del decentramento e delle autonomie locali*, in *Amm. it.*, 1953, ripubbl. in *Scritti giuridici*, II, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, 254 ss.
- SANTAGATI G., *La filosofia pratica di Amartya Sen e Martha Nussbaum. «Deprivation of capabilities» e il caso delle mutilazioni genitali femminili*, Tesi di dottorato in Scienze umane, Università di Catania, 2012, 99.
- SANTANIELLO G., *L'organizzazione sanitaria sul piano provinciale*, in ALESSI R. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, cit., 41 ss.
- SANTANIELLO P., *Sanità pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 547-549.
- SANTILLI SUSINI M., *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 408 ss.
- SANTINELLO P., *Sanità pubblica*, in *Dig., disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 547-549.
- SANTONI F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Esi, Napoli, 1979, 107 ss.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, 146 ss.
- SANTOSUOSSO A., *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina, Milano, 2001, 21 ss.
- SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004.
- SARACENO B., *Discorso globale, sofferenze locali. Analisi critica del Movimento di salute mentale globale*, Il Saggiatore, Milano, 2014.
- SARACENO B., GALLIO G., *Diagnosi, "common language" e sistemi di valutazione delle politiche di salute mentale*, in *La diagnosi in psichiatria*, cit., 22.
- SARACENO C., NALDINI M., *Sociologia della famiglia*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- SAULLE M.R., *Il lungo cammino dei diritti dei disabili*, in *Affari sociali internazionali*, 2008, 3-4, 5 ss.
- SAVORANI G., *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Pol. dir.*, 2006, 129 ss.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 222 ss.
- SCACCIA G., *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 461 ss.
- SCACCIA G., *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al Convegno «Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach», Roma, 26 ottobre 2009, in *Rivista AIC*, 2010, 9, ora in *Dir. soc.*, 2011, 3, 123-144.
- SCAGLIARINI S., *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma della Consulta*, in *Giur. cost.*, 2005, 486 ss..
- SCALFI G., *Errare humanum est, perseverare diabolicum*, ivi, 1976, 466 ss.
- SCALISI A., *Il danno esistenziale. La «svolta» della Suprema Corte di Cassazione avallata «quasi in simultanea» dalla Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 58 ss.
- SCAPATI F., SUMA D., BELLOMO A., *Il ricovero in regime di TSO: un atto tra diritto ed etica*, in *Psichiatria di Comunità*, 2007, 4, 6, 215-223.

- SCAPICCHIO P.L., TRABUCCHI M. (a cura di), *I servizi psichiatrici nella sanità riformata*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- SCARAMELLA F., *La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 2, 305 ss.
- SCARPELLI U., *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, 72 ss.
- SCHARFF T., *Seelenrettung und Machtinszenierung. Sinnkonstruktionen der Folter im Kirchlichen Inquisitionsfahren des Mittelalters*, in BURSHEL P. (ed.), *Das Quälen des Körpers. Eine historische Anthropologie der Folter*, Köln, 2000, 154.
- SCHEFOLD D., *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 122 ss.
- SCHEFOLD D., *La dignità umana. Aspetti e problemi della giurisprudenza tedesca*, in CERRONE F., VOLPI M. (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli, 2007, 623 ss.
- SCHEFOLD D., *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo, cit.*, 113-136.
- SCHIAVELLO A., *Il diritto come integrità. Incubo o nobile sogno ?*, Giappichelli, Torino, 1998, 228-244.
- SCHIAVELLO A., TRUJILLIO PÉREZ I. (a cura di), *Diritti sociali v. Diritti di libertà?*, in *Ragion Pratica*, 2000, 14.
- SCHIAVONE A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005.
- SCHIAVONE M., *Riflessioni epistemologiche sull'eziologia della schizofrenia*, in AGAZZI E., VIESCA C. (a cura di), *Le cause della malattia. Un'analisi storica e concettuale*, Genova, 1999, 224.
- SCHIAVONE M., *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.
- SCHMITT C., *Dottrina della Costituzione* (1928), Giuffrè, Milano, 1981, 219.
- SCHOMERUS G., ANGERMEYER M.C., *Stigma and its impact on help-seeking for mental disorders: what do we know ?*, in *Epidemiologia e Psichiatria Sociale*, 2008, 17, 31-37.
- SCIANCELEPORE G., STANZIONE P., *Transessualismo e tutela della persona*, Ipsoa, Milano, 2002, 80 ss.
- SCIANCELEPORE G., STANZIONE P. (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004.
- SCIRÈ G., *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Bruno Mondadori, Milano, 2008, 8-16, 48 ss.
- SCIURBA A., *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2009, 9, 704 ss.
- SCOCA F.G., *Il governo regionale del servizio sanitario nazionale*, in *L'organizzazione del servizio sanitario nazionale*, Ragno, Roma, 1981, 42.
- SCOCA F.G., *L'assistenza psichiatrica nel servizio sanitario nazionale*, in *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978. Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980*, Giuffrè, Milano, 1981, 7.

- SCOGNAMIGLIO R., *Sull'applicabilità dell'art. 36 Cost. in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro civ.*, 1951, 352 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 288 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Illecito (diritto vigente)*, in *Nuov. Dig. it.*, 1962, 164 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile*, in *Nuov. Dig. it.*, XV, 1968, 628 ss.
- SCOPPOLA P., *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Il Mulino, Bologna, 1997, 232 ss.
- SCORZA M., *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 Cost.*, in *Dir. lav.*, 1951, 450 ss.
- SEELMANN K., *Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht*, in KETTNER M. (ed.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Suhrkamp, Frankfurt, 2004, 66 ss.
- SEELMANN K., *Menschenwürde: ein neuer Schlüsselbegriff*, in *Rechtsphilosophie* 3. Auflage, C.H. Beck, München, 2004, trad. it. *Filosofia del diritto*, Guida, Napoli, 2006, 257.
- SEGATORI A., *Oltre l'utopia basagliana. Per un nuovo paradigma della psichiatria*, Mimesis, Udine, 65 ss.
- SEN A., *Well-being, Agency and Freedom*, in *Journal of Philosophy*, 1985, 82, 202.
- SEN A., *Justice: Means versus Freedoms*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1990, 9, 2, 111-121.
- SEN A., *The Standard of Living*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, trad. it. *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, Marsilio, Venezia, 1993, 109.
- SEN A., *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1992, trad. it. *La disegualianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1994, 64.
- SEN A., *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, trad. it. *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000, 75 ss.
- SEN A., *The Idea of Justice*, Allen Lane, London, 2009, trad. it. *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, 264-265.
- SENECA L.A., *De beneficiis*, III, 18, 4, in *Tutte le opere. Dialoghi, trattati, lettere e opere in poesia*, Bompiani, Milano, 2000.
- SENECA L.A., *Epistola* 44, 1-7, in *Lettere a Lucinio*, Rizzoli, Milano, 2004.
- SENNET R., *Respect in a World of Inequality*, Norton & Company, New York, 2003, trad. it. *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Il Mulino, Bologna, 2004, 209 ss.
- SERMONTI A., *L'adeguatezza della retribuzione di fronte ai contratti collettivi di diritto comune e al primo comma dell'art. 36 Cost.*, in *Mass. giur. lav.*, 1952, 128 ss.
- SERVIZIO CENTRALE DEL SISTEMA DI PROTEZIONE PER RICHIEDENTI ASILO E RIFUGIATI, *Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza e di integrazione per richiedenti e titolari di protezione internazionale*, Roma, 2011, 64 ss.
- SESSUMS L.L. et al., *Does This Patient Have Medical Decision-Making Capacity ?*, in *JAMA*, 2011, 306, 4, 420-427.
- SESTA M., *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita ?*, in *Corr. giur.*, 2004, 1405.
- SHORTER E., *Storia della psichiatria. Dall'ospedale psichiatrico al Prozac*, Masson, Milano, 2000, 242.

- SICLARI M., *Le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute e di diritto all'assistenza*, in BALDUZZI R., DI GASPARE G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 111 ss.
- SILVESTRI G., *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 432 ss.
- SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 2008.
- SIMMEL G., *La differenziazione sociale*³, Laterza, Roma-Bari, 1997, 54 ss.
- SIMON J., *Human dignitas a regulative instrument for human genomeresearch*, in MAZZONI M.C. (a cura di), *Etica della ricerca biologica*, Vallecchi, Firenze, 2000, 41 ss.
- SIMON R.I., TARDIFF K. (a cura di), *Valutazione e gestione della violenza. Manuale per operatori della salute mentale*, Springer, Milano, 2014, 3-14.
- SIMONCINI A., LONGO E., Art. 32 Cost., in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 656 ss.
- SIRACUSANO A., SARCHIOLA L., NIOLU C., *Psichiatria, psicoterapia e neuroscienze*, in *Nooç*, 2008, 1, 68 ss.
- SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), Giuffrè, Milano, 1988, 72-74.
- SMURAGLIA C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 345 ss.
- SOFRÌ A., *Piccola posta*, Sellerio, Palermo, 1999, 65.
- SORGI C., *Prime riflessioni operative sulla nuova legge in tema di tossicodipendenze*, in *Crit. dir.*, 1990, 16, 4-12.
- SORRENTI G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, 177 ss.
- SORRENTI G., *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.giurcost.org, 2014.
- SORRENTINO F., *L'art. 553 nell'interpretazione «adeguatrice» della Corte*, in *Giur. cost.*, 1965, 80 ss.
- SPADARO A., *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, in *Dir. soc.*, 1991, 1, 458 ss.
- SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, 132.
- SPADARO A., *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, in *I diritti fondamentali oggi*, Cedam, Padova, 1995, 295 ss.
- SPADARO A., *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 572 ss.
- SPADARO NORELLA C., *Condizionamento dei poteri regionali in materia di assistenza sanitaria: dalla legge n. 382 del 1975 alla legge n. 833 del 1978*, in *Assistenza Sanitaria*, 1979, 235 ss.
- SPAEMANN R., *Natura e ragione. Saggi di antropologia*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2006, 74.

- SPINELLI L., *Prevenzione e repressione dell'uso della droga, alla luce dei principi costituzionali*, in *Iustitia*, 1973, 234 ss.
- SPINSANTI S., *Chi decide sul mio corpo ? Nuovi rapporti tra medico e paziente*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 1999, 63 ss.
- SREBNIK D.S., LA FOND J.Q., *Advance Directives for Mental Health Treatment*, in *Psychiatric Service*, 1999, 50, 7, 919-925.
- STAIANO S. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005, Giappichelli, Torino, 2006.
- STAIANO S., *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi, cit.*, 374-38.
- STANZIONE P., *La soluzione normativa del transessualismo: l'esperienza tedesco-occidentale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1232 ss.
- STANZIONE P., *Transessualismo e tutela della persona: la l. 164 del 1982*, in *L. giust.*, 1984, 762.
- STANZIONE P., *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir. fam.*, 2009, 2, 713.
- STARCK C., *sub Art. 1*, in MANGOLDT H.V., KLEIN F., STARCK C., *Bonner Grundgesetz Kommentar*⁴, Band I, München, 1999, 51.
- STEINERT T., LEPPING P. et al., *Incidence of seclusion and restraint in psychiatric hospitals: a literature review and survey of international trends*, in *Soc Psychiat Epidemiol*, 2010, 45, 9, 889-897.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, 479 ss.
- STRADELLA E. (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Plus, Pisa, 2011.
- STRATA P., HARVEY R., *L'antitesi monismo-dualismo nel problema mente-cervello*, in LENZI L. (a cura di), *Neurofisiologia e teoria della mente*, Vita&Pensiero, Milano, 2005, 74 ss.
- STRAUSS J.S., *Negative Symptoms: Future Development of the Concept*, in *Schizophrenia Bulletin*, 1985, 3, 457-460.
- SUNSTEIN C., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, trad. it. *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- SUPIOT A., *Critica del diritto del lavoro*, Carocci, Roma, 1997, 121 ss.
- SYLOS LABINI P., *Saggio sulle classi sociali*, Laterza, Bari, 1975, 164 ss.
- SZASZ T., *Il mito della malattia mentale*, Spirali, Milano, 2003.
- TAGLIARINI F., *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 6 s.
- TALLACCHINI M.C., *Biotecnologie e diritto della scienza incerta*, in *Notizie di Politeia*, 1999, 54, 100.
- TALLACCHINI M.C., *La costruzione giuridica della scienza come co-produzione tra scienza e diritto*, in SANTOSUOSSO A., GENNARI G. (a cura di), *Le questioni bioetiche davanti alle Corti*, *Notizie di Politeia*, 2002, 126 ss.

- TALLACCHINI M.C., TERRAGNI F., *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali e ambientali*, Bruno Mondadori, Milano, 2004, 10.
- TAMBURINI A., FERRARI G.C., ANTONINI G., *L'assistenza degli alienati in Italia e nelle altre nazioni*, Utet, Torino, 1918.
- TAMBURINI A., *Urgenti riforme nell'assistenza degli alienati in Italia*, in *Riv. sperimentale di freniatria e medicina legale*, 1905, 7 ss.
- TAMBURRANO G., *L'Italia durante la presidenza Gronchi*, Giardini, Pisa, 1990, 40 ss.
- TANZI E., *Trattato delle malattie mentali*, Milano, 1905, 728.
- TARELLO G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.
- TARELLO G., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Pol. dir.*, 1972, 3-4, 459 ss.
- TARELLO G., *Teorie e ideologie del diritto sindacale*², Giuffrè, Milano, 1972, 130 ss.
- TARELLO G., *Tecniche interpretative e referendum popolare*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1, c. 913.
- TARELLO G., *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981, 157 ss.
- TARELLO G., *Le idee della codificazione*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, cit., 31 ss.
- TARONI F., *Livelli essenziali di assistenza: sogno, miraggio o nemesi ?*, in FIORENTINI G. (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, 2000, Il Mulino, Bologna, 2000, 27 ss.
- TARONI F., *Livelli essenziali di assistenza: sogno, miraggio o nemesi ?*, in FIORENTINI G. (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2001, 27 ss.
- TARONI F., *La non nascita del SSN: occasione perduta o strada non presa ? Continuità e cesure nelle politiche sanitarie e nella legislazione sociale del secondo dopoguerra in Italia*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Il Mulino, Bologna, 2009, 377 ss.
- TARONI F., *Politiche sanitarie in Italia. Il futuro del SSN in una prospettiva storica*, Il Pensiero scientifico, Roma, 2011, 320 ss.
- TARONI F., *Tempi moderni*, in *Pol. san.*, 2011, 12, 64-65.
- TARONI F., *Aspettando il federalismo ?*, in BALDUZZI R. (a cura di), *La sanità italiana alla prova del federalismo fiscale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 264 ss.
- TARROW S., *Democrazia e disordine. Movimenti di protesta e politica in Italia. 1965-1975*, Laterza, Roma-Bari, 1990, 10 ss.
- TAVANI M. et al., *Il significato del trattamento sanitario obbligatorio in psichiatria nell'attualità*, in *Difesa sociale*, 2007, 3, 131-144.
- TAYLOR C., *Kant's Theory of Freedom*, in PELCZYNSKI Z., GRAY J. (eds.), *Conceptions of Liberty in Political Philosophy*, Athlone Press, London, 1984, 114.
- TEN C.L., *Paternalism and morality*, in *Ratio*, 1971, 13, 60.
- TESAURO A., *Spunti problematici in tema di dignità come bene penalmente rilevante*, in *Diritto & Questioni pubbl.*, 2011, 11, 906.
- TESAURO G., *L'azione sanitaria nel quadro delle libertà costituzionali del cittadino*, in *Rass. amm. sanità*, 1972, 2 ss.

- TIGANO V., *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014.
- TINCANI P., *Perché l'antiproibizionismo è logico [e morale]. Filosofia, diritto e libertà individuali*, Sironi, Milano, 2012, 159 ss.
- TODOROV T., *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Einaudi, Torino, 1992, 184 ss.
- TORESINI L., CORLITO G., *Editoriale*, in *Nuova rass. studi psichiatrici*, 2014, 9 reperibile in www.asl7.toscana.it
- TORESINI L., DIETRICH-DAUM E., TAIANI R., *Dalla Legge Mariotti a Basaglia. L'evoluzione dell'assistenza psichiatrica*, in *Geschichte und Region*, 2008, 2, 146-159.
- TOSI G., *Alle origini della modernità: i diritti degli indigeni del Nuovo Mondo*, in *Jura Gentium*, 2007.
- TOSQUELLES F., *La Société vécue par les malades psychiques*, in *Esprit*, 1952, 197, 897 ss.
- TOTH F., *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 64 ss.
- TOTH F., *Le riforme sanitarie in Europa: tra continuità e cambiamento*, in *Riv. it. pol. pubb.*, 2009, 2, 69 ss.
- TRABUCCHI A., *Il governo della famiglia*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1972, 42 ss.
- TREU T., Art. 36, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 75.
- TREU T., *Lo Statuto dei lavoratori vent'anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 5, 7 ss.
- TREU T., *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 1, 10 ss.
- TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, 132 ss.
- TRIPODINA C., Art. 32 Cost., in BARTOLE S., BIN R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 321.
- TRIPODINA C., *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere»?*, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1696 ss.
- TRIPODINA C., *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa: sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino, 2013, 220 ss.
- TROILO S., *Tutti per uno o uno contro tutti ? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- TROISI A., *Statuto dei lavori e protezione della sfera privata del lavoratore*, in *Dem. dir.*, 2004, 3, 53 ss.
- TRONTO J., *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, Diabasis, Reggio Emilia, 2006, 118.
- TRUCCO L., *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 281 ss.
- TRUCCO L., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in CAVASINO E., SCALA G., VERDE G. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 103 ss.

- TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bonomia University Press, Bologna, 2008.
- UNGARI P., *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Il Mulino, Bologna, 2002, 250 ss.
- USAI A., *L'evoluzione del reato di plagio nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giust. pen.*, 1993, II, 723.
- USAI A., *Profili penali dei condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei nuovi movimenti religiosi*, Giuffrè, Milano, 1996, 95.
- VACCARI G., *I fatti scientifici nella giurisprudenza costituzionale. Il caso del diritto alla salute*, Tesi di dottorato di ricerca in diritto costituzionale, Università di Ferrara, 2006/2008, 36-37.
- VACCARI G., *Diritto, scienza e Costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, in CASONATO C., PICCOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, 109 ss.
- VALERIO P., *La legge 180 più di trent'anni dopo*, in CHIEFFI L., GIUSTINIANI P. (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Giappichelli, Torino, 2010, 260 ss.
- VALLAURI M.L., *L'argomento della "dignità umana" nella giurisprudenza in materia di danno alla persona del lavoratore*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 659 ss.
- VALLI V., *L'economia e la politica economica italiana (1945-1979)*, Etas Libri, Milano, 1979, 82-83.
- VALLINI A., *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 1, 193-194.
- VAN DER VEN J.J., *Sozialrecht und Menschenbild*, in *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 1981, 9, 4 ss.
- VANDELLI L., *Art. 3 (Programmazione di obiettivi e di prestazioni sanitarie)*, in ROVERSI MONACO F.A. (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833, cit.*, 26.
- VANDELLI L., *Art. 53 (Piano sanitario nazionale)*, in ROVERSI MONACO F.A. (coord. da), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833, cit.*, 547 ss.
- VANDELLI L., *Introduzione a La razionalizzazione del servizio sanitario nazionale: novità e prospettive*, in *San. pubbl.*, 1999, 2, 159 ss.
- VANDELLI L., *Art. 1*, in ROVERSI MONACO F.A. (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Maggioli, Rimini, 2000, 38 ss.
- VARGA E., *Defining mental disorder. Exploring the "natural function" approach*, in *Philosophy, ethics and humanities in medicine*, 2011, 6, 21, 1 ss.
- VASSALLI G., *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova 1958, 363 ss.
- VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di F. Vassalli*, II, Utet, Torino, 1960, 1629 ss.
- VASSALLI G., *Presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, in *Giur.cost.*, 1967, 742 ss.
- VASSALLI G., *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, 8-9.

- VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Arch. pen.*, 1973, I, 81-85.
- VASSALLI G., *Intervento*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale di studio per la riforma della legislazione sugli ospedali psichiatrici*, cit., 606.
- VASSALLI G., *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, 1202 ss.
- VEBLEN T., *The Theory of the Leisure Class*, Modern Library, New York, 1924, 18.
- VECCHI P.M., *Transessualismo* (voce), in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, Treccani, 1994.
- VECCHIETTI A.M., *Salute mentale e riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1983.
- VELACCIO R., *Il consumo di droga e la Costituzione italiana. Contributo per una disciplina del consumo di droga più conforme ai principi costituzionali*, ivi, 1994, 54, 565 ss.
- VELLUCCI A., STARNINI G., FARINELLI S., DE DONATIS V., *L'infezione da HIV e il regime carcerario*, in *Cass. pen.*, 1994, 2899.
- VENCHIARUTTI A., *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina, Trattato di Biodiritto*, cit., 817 ss.
- VENDER S., POLONI N., GAMBARINI S., *La stigmatizzazione nella storia e nelle cultura*, in *Nooç*, 2005, 3-4, 149-166.
- VENTURINI E. (a cura di), *Il giardino dei gelsi. Dieci anni di antipsichiatria italiana*, Einaudi, Torino, 1979.
- VENUTI G., *Integrità della persona e multietnicità*, in *Famiglia*, 2003, 601 ss.
- VERARDO G., *Le organizzazioni del volontariato e gli altri soggetti del terzo settore quali attori del servizio integrato dei servizi sociali e del sistema sanitario nazionale*, in BALDUZZI R., DI GASPARE G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 233 ss.
- VERGA P., *Il manicomio e la famiglia*, in *Arch. it. per le malattie nervose e più in particolarmente per le alienazioni mentali*, 1879, 247.
- VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 10 ss.
- VERONESI P., *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 3, 591 ss.
- VERONESI P., *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in CARUSI D., CASTIGNONE S., FERRANDO G. (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, Torino, 2012, 55 ss.
- VERONESI P., *Uno statuto costituzionale del corpo*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 137 ss.
- VERONESI P., *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2014, 2, 320.
- VETERE C., *Aspetti organizzativi e funzionali della psichiatria dopo le recenti leggi di riforma*, in *La assistenza psichiatrica dopo le norme del 1978. Atti del Convegno nazionale tenuto a Roma il 13-14 ottobre 1980*, cit., 29 ss.
- VIANI G., TIBERIO A., *Manuale di legislazione sanitaria*, Milano, Franco Angeli, 2002, 169 ss.
- VICECONTE N., *La giustizia costituzionale e il nuovo regionalismo*, Giuffrè, Milano, 2013.

- VIDETTA C., *Corte costituzionale e indennizzo da lesioni alla salute conseguenti a trattamenti vaccinali. Nuove prospettive*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1030-1040.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Giuffrè, Milano, 2000, 451 ss.
- VILLANI R., *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004.
- VILLANI R., *La procreazione medicalmente assistita in Italia: profili civilistici*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, II, cit., 1517 ss.
- VINCENTI U., *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- VINCENZI AMATO D., Art. 32, 2° co., in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico-sociali*. Artt. 29-34, cit., 167 ss.
- VINCENZI AMATO D., *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 171 ss.
- VINCENZI AMATO D., *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità. Atti del Convegno di studi, Roma 1 dicembre 1982*, Jovene, Napoli, 1983, 20 ss.
- VINCENZI AMATO D., *La famiglia e il diritto*, in MELOGRANI P., *La famiglia italiana dall'800 ad oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1988, 630 ss.
- VIOLA F., *Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana*, in VIOLA F., VILLA V., URSO M. (a cura di), *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, I, Celup, Palermo, 1974, 167 ss.
- VIOLA F., *La volontà del malato e l'etica del medico: il problema del conflitto*, in *Ragion Pratica*, 1994, 2, 215 ss.
- VIOLA F., *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, Bompiani, Milano, 2006, 2863 ss.
- VIOLA F., *Lo statuto normativo della dignità umana*, in ABIGNENTE A., SCAMARDELLA F. (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Esi, Napoli, 2013, 295
- VIOLINI L. (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2011.
- VIOLA F., *Diritti umani e ragion pratica*, in *Metodo International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2014, 2, 1, 54.
- VIOLINI L., *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, 975 ss.
- VIOLINI L., *La tutela della salute e i limiti del potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 6, 1450 ss.
- VIOLINI L., *Note minime a una decisione problematica*, in D'AMICO M., PELLIZZONE I. (a cura di), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, cit., 191 ss.
- VIOLINI L., OSTI A., *Le linee di demarcazione della vita umana*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 185 ss.

- VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993, XI.
- VISCIANI E., *È delitto il consumo abusivo degli stupefacenti ?*, in *Riv. pen.*, 1954, II, 227 ss.
- VISINTINI G., *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 1982, 3, 447 ss.
- VISINTINI G., *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.
- VISINTINI G., *La crisi della nozione di imputabilità nel diritto civile*, in FERRANDO G., VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, cit., 189 ss.
- VITARELLI T., *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Aracne, Roma, 2013, 75 ss.
- VITELLI R., FAZZARI P., VALERIO P., *Le variazioni di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: al varianza di genere è un disturbo mentale ? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale ?*, in CORBISIERO F. (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Franco Angeli, Milano, 2013, 221 ss.
- VITIELLO B., *La Sanità pubblica: specchio della realtà dei rapporti Stato-Regioni (con riferimenti alla finanziaria 2007)*, in *Istituzioni del federalismo*, 2006, 6, 964.
- VÖGELE W., *Menschenwürde zwischen Recht und Theologie. Begründungen von Menschenrechten in der Perspektive öffentlicher Theologie*, Gütersloher Verlagshaus, Gütersloher, 2000, 227-311.
- VOLPE G., *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 164 ss.
- VOLPI M., *Introduzione*, ID. (a cura di), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Il Mulino, Bologna, 2001, 9 ss.
- VON DER PFORDTEN D., *Sulla dignità in Kant*, in *La Cultura*, 2011, 2, 220 s.
- VON GERBER C.F., *Über öffentliche Rechte* (1852), trad. it., *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, 43 ss.
- WAKEFIELD J.C., *Realtà e valori nel concetto di disturbo mentale: il disturbo come disfunzione dannosa*, in *Psicoterapia e Scienze umane*, 2004, 4, 439-464.
- WAKEFIELD J.C., *Patologizzare la normalità: l'incapacità della psichiatria di individuare i falsi positivi nelle diagnosi di disturbi mentali*, in *Psicoterapia e Scienze umane*, 2010, 3, 315-329.
- WALDRON J., *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in *Harvard Law Review*, 2005, 119, 129-147.
- WHITE B.C., *Competence to consent*, Georgetown University Press, Washington, 1994, 15 ss.
- WIDDERSHOVEN G., BERGHMANS R., *Advance directives in psychiatric care: a narrative approach*, in *Journal of Medical Ethics*, 2001, 27, 92-97.
- ZACCARIA R., *Adulterio: violazione dell'eguaglianza tra i coniugi non giustificato dall'unità della famiglia*, in *Giur. cost.*, 1968, 2198 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, 505
- ZAGREBELSKY G., *I diritti fondamentali oggi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, 1.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 11 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Storia e Costituzione*, in ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 35 ss.

- ZAGREBELSKY G., *Antigone tra diritto e politica (Prolusione al corso 2002 del Seminario di Studi e ricerche parlamentari dell'Università di Firenze)*, Quaderno n. 13 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Giappichelli, Torino, 2003, 5.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 210 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, 95 ss.
- ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.
- ZAMBRANO M., *Verso un sapere dell'anima*, Raffaello Cortina, Milano, 1996, 81.
- ZANALDA E., MENCACCI C., *Percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giuridiziari in Italia. L'impatto sui dipartimenti di salute mentale. L'opinione della Società italiana di psichiatria*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, 1, 25 ss.
- ZANELLA M., *L'assistenza sanitaria direttamente erogata dagli enti mutualistici attraverso propri ospedali e ambulatori*, in ALESSI R. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria italiana*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, 220 ss.
- ZANETTI G., *Ragion pratica e diritto. Un percorso aristotelico*, Giuffrè, Milano, 2001, 188.
- ZANETTI M., *La riforma dell'assistenza psichiatrica*, in *Riv. province*, 1973, 383 ss.
- ZANETTI M., *Realtà manicomiale e servizi di salute mentale*, in BASAGLIA F., TRANCHINA P. (a cura di), *Autobiografia di un movimento: 1961-1979: dal manicomio alla Riforma sanitaria*, cit., 211.
- ZANGANI P., AVECONE P., *Mancata trasfusione di sangue, da negato consenso, in paziente testimone di Geova, seguita in nesso causale dal decesso. Aspetti medico-legali e giuridici*, in *Giust. pen.*, 1998, II, 663 ss.
- ZARECKI J., *Cicero's Ideal Statesman in Theory and Practice*, Bloomsbury, New York, 2014, 85.
- ZATTI P., *Infermità mentale e diritti fondamentali della persona*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, cit., 116.
- ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, 1 ss.
- ZATTI P., *Familia, Familiae – Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 1, 11.
- ZATTI P., *Oltre la capacità di intendere e volere*, in FERRANDO G., VISINTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 49 ss.
- ZATTI P., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza dalla sovranità alla proprietà*, in MAZZONI C.M. (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Giuffrè, Milano, 2008, 80.
- ZATTI P., *Una ricerca sulle persone*, in www.personaedanno.it (14 dicembre 2008).
- ZATTI P., *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, 95.
- ZATTI P., «Parole tra noi così diverse». *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 3, 149.
- ZATTI P., *Principi e forme del 'governo del corpo'*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, cit., 121-122.

ZATTI P., *Appunti di viaggio di un 'biogiurista'*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, cit., 47.

ZATTI P., NANNINI U.G., *Gravidanza (interruzione della) nel diritto civile*, in *Dig. priv., sez. civ.*, IV, Utet, Torino, 1993, 264 ss.

ZAVOLI S., *La notte della Repubblica*, Mondadori, Milano, 1995.

ZENO-ZENCOVICH V., *Personalità (diritti della)*, in *Dig. priv., sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, 434.

ZENO ZENCOVICH V., *La libertà di espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 2004.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 94 ss.

ZOCCHETTI C., *I livelli di assistenza (LEA): prima parte di un racconto in 3 puntate*, in *Statistica e Società*, 2013, 2, 31 ss.

ZOLO D., *Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, in FERRAJOLI L. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*³, Laterza, Roma-Bari, 2009, 67-68.

ZUCCALÀ G., *Il plagio nel sistema italiano di tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 357 ss.

ZULLO S., *La dimensione normativa dei diritti sociali: aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Torino, 2013, 91 ss.

RINGRAZIAMENTI

Il percorso del dottorato è stato un'avventura complessa e stimolante, che mi ha consentito di acquisire nuove conoscenze e competenze, aprendo, al contempo, al mio sguardo nuove strade. E del resto, come canta Francesco De Gregori "alla fine di un viaggio, c'è sempre un viaggio da ricominciare".

Al termine di questo viaggio, desidero ricordare tutti coloro che mi hanno arricchito, facendomi dono della loro amicizia e, attraverso il confronto, delle loro conoscenze. I loro suggerimenti, le critiche e le riflessioni su vari ambiti e temi iscritti nella costellazione dei diritti sono state per me fondamentali nell'elaborazione della tesi.

Devo un ringraziamento anzitutto alla Prof.ssa Barbara Pezzini che, con attenzione e rigore, mi ha guidato in questo percorso intorno alla salute mentale che muove dalle sue riflessioni sull'art. 32 Cost. e sui diritti sociali. La sua stima e fiducia è stata un presupposto indispensabile per costruire "reti" e per intessere trama e ordito di questo lavoro .

Un pensiero particolare va ai colleghi ed agli amici delle diverse Università italiane ed estere con cui ho condiviso la passione per il diritto costituzionale, ma anche speranze ed illusioni.

Vorrei infine ringraziare le persone a me più care: i miei genitori a cui questo lavoro è dedicato.