

Principio di libertà, principio del danno e malattia mentale

di

Alessandro Attilio Negroni*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. - 2. Excursus sulle matrici storiche e culturali della legge Basaglia - 3. Principio di libertà e malattia mentale. - 4. Principio del danno e malattia mentale. - 5. Principio del danno e pericolosità del malato mentale. - 6. Postilla conclusiva

1. Osservazioni introduttive

La psichiatria è penetrata profondamente nel diritto, così come il diritto è penetrato profondamente nella pratica psichiatrica regolamentandola e limitando il suo raggio di azione¹.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'influenza esercitata dalla psichiatria (e invero anche dalla psicologia) sui giudici che decidono dell'imputabilità dell'autore di un reato, dell'affidamento di figli minori in caso di divorzio, dell'attendibilità di un testimone o sulla capacità di un individuo di amministrare i propri beni.

D'altra parte occorre evidenziare come il diritto, almeno a partire dalla seconda metà del Novecento, sia ampiamente intervenuto nella sfera della psichiatria, in particolare in relazione al ruolo autoritativo di essa all'interno delle società occidentali (e non solo), ruolo che si concretizza nella capacità della psichiatria di intervenire coercitivamente sui cittadini etichettati come "malati mentali" incidendo direttamente su diritti fondamentali.

* Ricercatore in Filosofia del diritto, Università degli Studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza

¹ In argomento R. SLOVENKO, *Psychiatry in Law/Law in Psychiatry*, Routledge, New York London, 2009.

In precedenza, e per quanto già nella prima metà del Novecento (e anche prima) il ricovero psichiatrico coatto richiedesse formalmente il rispetto di alcuni requisiti stabiliti da norme di legge per essere legittimo, le decisioni circa il ricovero e i trattamenti da effettuare sui malati di mente erano di fatto nelle mani dei soli psichiatri e il loro potere non veniva neppure messo in discussione in quanto la materia dei ricoveri coatti e dei trattamenti psichiatrici forzati veniva considerata come di natura essenzialmente medica: le cose sarebbero cambiate totalmente a partire indicativamente dalla metà degli anni Sessanta del Novecento².

La psichiatria coercitiva, a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, è stata sottoposta nei paesi occidentali (anche mediante soft law) a una significativa regolamentazione e limitazione del proprio raggio di azione, così, sotto l'influenza dei movimenti per i diritti civili, la maggior parte dei paesi europei e del Nord America avrebbe revisionato tra la fine degli anni Sessanta e gli anni Settanta la propria legislazione nazionale sulla salute mentale introducendo precisi e più severi criteri per l'intervento psichiatrico coercitivo e offrendo una maggiore tutela per i diritti dei destinatari dei ricoveri psichiatrici coatti.

In Italia, per esempio, proprio nel 1978 avrebbe visto la luce la c.d. "legge Basaglia", ossia la legge 13 maggio 1978, n. 180, "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori" (poi confluita, sostanzialmente senza modifiche, negli articoli 33, 34 e 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del servizio sanitario nazionale), che disciplina il "tso (acronimo per "trattamento sanitario obbligatorio") per malattia mentale, ossia il ricovero psichiatrico coatto, e che prende il nome da Franco Basaglia, psichiatra tra i più attivi protagonisti di quegli anni nella lotta per la chiusura dei manicomi e la realizzazione di forme di cura alternative al manicomio.

Più in generale, esiste attualmente un significativo corpus normativo (di cui fanno parte convenzioni internazionali, risoluzioni del parlamento europeo, raccomandazioni e "libri bianchi" del Consiglio dell'Unione europea, legislazioni nazionali, ecc., ma anche, per esempio, pareri dei comitati di bioetica) finalizzato a porre dei limiti alla psichiatria coercitiva e a garantire e affermare i diritti dei malati di mente; così, a titolo esemplificativo, negli ordinamenti giuridici occidentali il ricovero psichiatrico coattivo

² Cfr., in argomento, S.J. MORSE, *A Preference for Liberty: The Case against Involuntary Commitment of the Mentally Disordered*, in *California Law Review*, 1982, 70, pp. 54 ss.

deve sempre rispettare una procedura legale e il ricorso alla contenzione meccanica in ambito psichiatrico viene visto con particolare disfavore³.

Per quanto non sia finalità del presente contributo condurre una analisi, per esempio, delle convenzioni internazionali o della legislazione italiana in materia di malattia mentale, si possono tuttavia almeno ricordare, all'interno del corpus normativo in parola, due documenti di rilievo in materia di diritti delle persone con malattie mentali.

Il primo è la *Dichiarazione sulla salute mentale per l'Europa* (2005), sottoscritta a Helsinki dai ministri della sanità degli Stati membri della Regione europea dell'Organizzazione mondiale della sanità, che afferma l'esigenza di garantire i diritti umani e la dignità delle persone con malattie mentali e dunque, per usare le parole contenute nella dichiarazione, di «lottare contro lo stigma e la discriminazione, garantire la salvaguardia dei diritti umani e della dignità delle persone e mettere in atto la legislazione necessaria per consentire alle persone a rischio o sofferenti di problemi di salute mentale e di disabilità di partecipare pienamente alla società»⁴.

Di conseguenza i ministri della sanità con la Dichiarazione in parola si impegnano, tra le altre cose, ad «adottare politiche e legislazioni relative alla salute mentale che stabiliscano standard per le attività specifiche e rispettino i diritti umani», a «eliminare lo stigma e la discriminazione e favorire l'inclusione aumentando la generale consapevolezza, consentendo alle persone a rischio di esercitare le proprie responsabilità» e a «offrire alle persone che soffrono di problemi di salute mentale

³ Per un quadro delle norme internazionali, europee e degli Stati membri dell'Unione europea in materia, si rinvia al rapporto AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Placement involontaire et traitement involontaire de personnes souffrant de troubles mentaux*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2012 (disponibile al link: <https://fra.europa.eu/fr/publication/2012/placement-involontaire-et-traitement-involontaire-de-personnes-souffrant-de> [ultimo accesso 25 marzo 2020]); si veda anche COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La cura delle persone con malattie mentali: alcuni problemi bioetici*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Roma, 2017, che richiama anche il quadro normativo sovranazionale e comunitario, oltre ai precedenti pareri del Comitato sul tema della malattia mentale (disponibile al link <http://bioetica.governo.it/it/comunicazione/notizie/la-cura-delle-persone-con-malattie-mentali-alcuni-problemi-bioetici> [ultimo accesso 25 marzo 2020]).

⁴ ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ, Conferenza Ministeriale europea sulla Salute mentale, *Dichiarazione sulla Salute mentale per l'Europa. Affrontare le sfide, creare le soluzioni*, Helsinki, Finlandia, 12-15 gennaio 2005, disponibile al link: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_561_allegato.pdf [ultimo accesso 29 febbraio 2020].

possibilità di scelta e di coinvolgimento nei propri percorsi di cura, ponendo attenzione alle loro esigenze e culture».

Il secondo è la *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* (2006), che si può ritenere essere il più rilevante e significativo documento normativo relativo ai diritti delle persone con malattie mentali (e più in generale con disabilità)⁵.

La Convenzione, che si compone di un preambolo e di cinquanta articoli (oltre a un Protocollo opzionale di diciotto articoli), è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 13 dicembre 2006 (e entrata in vigore il 3 maggio 2008) e non intende riconoscere nuovi diritti alle persone con disabilità, rispetto a quelli sanciti in altri accordi internazionali sui diritti umani, ma assicurare a esse un effettivo godimento di tali diritti, in applicazione dei principi di uguaglianza, pari opportunità e non discriminazione.

La Convenzione vuole promuovere e tutelare i diritti umani e le libertà fondamentali delle persone con disabilità, assicurandone un pieno e uguale godimento, secondo quanto previsto dall'articolo 1 della stessa: «Scopo della presente Convenzione è promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità»; attraverso la Convenzione, come indica l'articolo 4 di essa, «gli Stati Parti si impegnano ad assicurare e promuovere la piena realizzazione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali per tutte le persone con disabilità senza discriminazioni di alcun tipo basate sulla disabilità».

La particolare rilevanza della Convenzione e il suo valore aggiunto risiedono nella volontà di integrare il quadro giuridico esistente in modo tale da creare le condizioni indispensabili a un godimento *effettivo e pieno* dei diritti da parte delle persone con disabilità, anche mentali.

⁵ Il parlamento italiano con legge 3 marzo 2009, n. 18 ha autorizzato la ratifica della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* (e del relativo Protocollo opzionale) sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007. Per il testo della Convenzione vedi: https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione_diritti_person_e_disabili.pdf [ultimo accesso 25 marzo 2020]. In argomento F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 3, pp. 535 ss.; P. HARPUR, *Embracing the new disability rights paradigm: the importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Disability & Society*, 2012, 27, pp. 1 ss.

Prima ancora di indicare la specifica e limitata finalità del presente contributo, pare opportuno accennare brevemente e senza pretesa di esaustività a come la dottrina costituzionalistica abbia affrontato e trattato due elementi tipici della psichiatria coercitiva: il tso per malattia mentale e la contenzione.

La dottrina costituzionalistica si è occupata del tso per malattia mentale con particolare riferimento all'articolo 32 della Costituzione che (al secondo comma) disciplina espressamente la materia dei trattamenti sanitari obbligatori.

Per "trattamento sanitario obbligatorio" si intende in dottrina un trattamento sanitario di cui una legge preveda l'obbligatorietà e il concetto di "trattamento sanitario" viene ritenuto comprendere qualsiasi attività diagnostica o terapeutica finalizzata a prevenire o a curare una malattia⁶.

Il tso per malattia mentale rientra, pacificamente, nella categoria dei trattamenti sanitari obbligatori e, anzi, per quanto nel diritto positivo esistano diverse tipologie di trattamento sanitario obbligatorio, vi è da osservare come proprio il tso per malattia mentale (oltre alle vaccinazioni obbligatorie) rappresenti uno dei più rilevanti e diffusi trattamenti sanitari obbligatori attualmente previsti dall'ordinamento⁷.

Il discorso costituzionalistico intorno al tso per malattia mentale è per lo più inserito nell'ambito di un più generale discorso relativo ai principi costituzionali in materia di

⁶ Cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 1, pp. 30-31; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 1, pp. 52-53.

⁷ Per un elenco delle principali tipologie di trattamento sanitario obbligatorio (con l'avvertenza che la disciplina delle vaccinazioni è stata innovata dal legge n. 119/2017 e con l'avvertenza inoltre che i trattamenti sanitari obbligatori di cui agli articoli 87 e 89 del t.u. n. 1124/1965 devono considerarsi superati e inapplicabili, come ho argomentato in A.A. NEGRONI, *Libertà personale e trattamenti sanitari obbligatori in caso di infortunio sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, pp. 364 ss.) si rinvia a: L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Utet, Torino, 1999, pp. 336 ss.; P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legale*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 185 ss. In linea di principio sono due le possibili modalità mediante le quali una legge può obbligare un individuo a sottoporsi a un trattamento sanitario: prevedendo l'uso della forza finalizzato a sottoporre il soggetto al trattamento sanitario previsto oppure senza prevedere l'uso della forza, ma attraverso sanzioni a carico del soggetto che non osserva l'obbligo di trattamento; dalle due possibili modalità di configurazione dell'obbligatorietà di un trattamento sanitario la dottrina costituzionalistica ha derivato la distinzione tra "tso coattivi" (o "trattamenti sanitari coercitivi") e "tso non coattivi" ("trattamenti sanitari meramente obbligatori" o "trattamenti sanitari obbligatori" in senso stretto): il tso per malattia mentale è un tso coattivo, nell'ambito del quale il destinatario subisce una coazione finalizzata a fargli rispettare l'obbligo del trattamento sanitario. Sulla distinzione tra "tso coattivi" e "tso non coattivi", cfr., tra gli altri, S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, 4, pp. 887 ss.; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Cisu, Roma, 1995, pp. 61 ss. e pp. 97-98.

trattamenti sanitari obbligatori, ossia ai limiti e alla condizioni che la legge incontra e deve rispettare nel rendere obbligatorio un trattamento sanitario⁸; in relazione ai principi in parola e in estrema sintesi, la dottrina costituzionalistica (e sulla stessa linea si colloca la giurisprudenza costituzionale⁹) ha messo in evidenza quanto segue: un trattamento sanitario obbligatorio per essere costituzionalmente legittimo deve essere previsto da una legge (riserva di legge), deve essere determinato (quindi disciplinato in modo sufficientemente preciso e puntuale), deve tutelare la salute dell'individuo che vi è sottoposto (se non altro nel senso che non deve danneggiarla) e avere come finalità la tutela dell'interesse della collettività alla salute (nel senso che l'imposizione del trattamento sanitario deve essere necessaria per scongiurare una situazione di pericolo

⁸ Tra i contributi che trattano delle condizioni che legittimano la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio, senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano i seguenti (alcuni dei quali fanno riferimento, con maggiore o minore ampiezza, anche al tso per malattia mentale): L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Neri Pozza, Vicenza, 1967, pp. 103 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna Roma, 1976, pp. 167 ss.; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., pp. 875 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 2, pp. 769 ss. (ma anche il precedente ID., *A proposito del "diritto alla salute"*, in *Diritto e società*, 2, 1979); R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Diritto e società*, 1981, 3, pp. 529 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 172 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 154-155; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 42 ss. Per una sintetica rassegna dei principali contributi dottrinali in tema di trattamenti sanitari obbligatori, sia inoltre consentito rinviare a A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC*, 2017, 4.

⁹ Per la giurisprudenza costituzionale in materia di trattamenti sanitari obbligatori, si possono vedere le sentenze della Corte costituzionale nn. 307/1990; 218/1994; 258/1994; 118/1996; 27/1998; 226/2000; 107/2012; 268/2017; 5/2018. Già nella fondamentale sentenza n. 307 del 1990 la Corte costituzionale afferma: «Tale precetto [art. 32 Cost.] nel primo comma definisce la salute come "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività"; nel secondo comma, sottopone i detti trattamenti [sanitari obbligatori] a riserva di legge e fa salvi, anche rispetto alla legge, i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione 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. Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella 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» (Corte cost., sentenza n. 307/1990).

o danno per la salute collettiva), inoltre la legge che lo impone deve osservare il limite del rispetto della persona umana.

La dottrina riconosce ordinariamente come la vigente normativa legislativa che regola il tso per malattia mentale nasca dall'intento riformatore di non assimilare la malattia mentale a una forma di devianza sociale e di realizzare un modello in cui la tutela della dignità della persona informi tutte le fasi del procedimento, per quanto metta talvolta in evidenza alcune criticità di tale normativa o della sua applicazione¹⁰; così, con riferimento al tso per malattia mentale, non si è mancato di osservare che, tenuto conto che la malattia mentale non rappresenta una malattia contagiosa in grado di mettere in pericolo la salute collettiva, «non si risolve [...] l'ambiguità di un trattamento sanitario con finalità di (etero)tutela della salute dell'individuo in cui non rileva direttamente l'interesse alla salute pubblica che a norma dell'art. 32, co. 2, Cost. dovrebbe comunque costituire il fine dei trattamenti sanitari obbligatori»¹¹.

¹⁰ Tra i contributi dedicati espressamente al ricovero psichiatrico coatto, si segnalano, tra gli altri: A. PIZZI, *Malattie mentali e trattamenti sanitari. Commento alla legge 13 maggio 1978 n. 180*, Giuffrè, Milano, 1978; A. REALDON, *Malati di mente e ricovero coattivo (Nota a Pretura di Monfalcone - 2 giugno 1980)*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1980, 4, pp. 911 ss.; G. VISINTINI, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Politica del diritto*, 1982, 3, pp. 445 ss.; M.G. GIANNICCHEDDA, *Salute, diritti, controllo sociale. Modelli di psichiatria dopo la riforma*, in *Dei delitti e delle pene*, 1986, 1, pp. 5 ss.; P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988 (e in part. i saggi di P. ZATTI, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, e di D. VINCENZI AMATO, *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*); C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 1990, 2-3, pp. 179 ss.; A. VENCHIARUTTI, *Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione (Nota a Cass. civ. 23 giugno 1998, n. 6240)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 15, pp. 384 ss.; G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003; D. PICCIONE, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 5, pp. 4137 ss.; A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 817 ss. Sia consentito inoltre rinviare, anche per ulteriore bibliografia, a A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, Genova University Press, Genova, 2016.

¹¹ E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5963. Nel caso del tso per malattia mentale non si può affermare di trovarsi di fronte a un trattamento sanitario obbligatorio propriamente finalizzato a evitare un pericolo per la salute collettiva. Il legame tra stato di salute del singolo e salute della collettività potrà sussistere con riguardo alle malattie contagiose, che possono mettere direttamente in pericolo la salute degli altri componenti del gruppo sociale, ma pare senz'altro da escludere nel caso delle malattie mentali, per le quali non è possibile sostenere sussista un pregiudizio diretto e immediato per la salute collettiva (in tal senso D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, cit., p. 192; A.M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla legge*

Nel caso del tso per malattia mentale (e più in generale dei tso coattivi) si è anche posto in dottrina il problema se per tali trattamenti, nei quali il fine della coercizione è di tipo sanitario, debba trovare applicazione esclusivamente l'articolo 32 oppure anche l'articolo 13 della Costituzione, ove la soluzione preferibile pare essere quella che richiede l'applicazione delle garanzie costituzionali in materia di libertà personale¹².

n. 36 del 1904 alla legge n. 833 del 1978, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1981, 3, p. 123; ID., *Salute mentale e riforma sanitaria*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 104-105; A. SANTOSUOSSO, G. TURRI, *I trattamenti obbligatori*, in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 107); così è stato osservato che «ove si assuma l'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione dominante in dottrina (per cui la legge non può imporre trattamenti obbligatori senza che ricorra un pericolo per la salute collettiva), la statuizione del ricovero coattivo per malattia mentale non trova un proprio fondamento costituzionale» (G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., p. 132). In dottrina è talvolta possibile trovare il riferimento a una generale "pericolosità" del malato mentale interpretata, più o meno esplicitamente, come elemento in grado di far ritenere che a fondamento del tso per malattia mentale vi sia un "interesse collettivo" idoneo a legittimarlo costituzionalmente, ossia la tutela della sicurezza della collettività ritenuta equivalente alla tutela della salute collettiva (cfr. F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati mente*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1980, 1, pp. 12 ss.; E. PALERMO, *Brevi note sulla natura giuridica del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio per persona affetta da malattia mentale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1981, 3, pp. 337 ss.; B. BLASI, E. FERPOZZI, *Trattamenti sanitari obbligatori per malati mentali. Note critiche sulla normativa vigente e sul disegno di legge governativo del 1990*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1991, 6, pp. 1063 ss.). Si tratta tuttavia di un approccio dottrinale che appare da respingere in quanto nella sfera limitata alla tutela della salute in cui si colloca e si muove l'articolo 32 della Costituzione, l'interesse collettivo che deve essere soddisfatto da una legge impositiva di un trattamento sanitario è l'interesse collettivo alla tutela della salute pubblica, e non un interesse collettivo di altro tipo, fosse anche l'interesse alla sicurezza collettiva (cfr. D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1, p. 2469; A. SANTOSUOSSO, G. TURRI, *I trattamenti obbligatori*, cit., p. 103); e d'altra parte, come si avrà modo di osservare nel proseguo del contributo, non ha neppure fondamento l'idea che i soggetti etichettati come "malati mentali" siano in quanto tali più pericolosi della popolazione generale comparabile.

¹² Nel senso della riconducibilità dei trattamenti sanitari coattivi, in quanto limitativi della libertà personale, alla disciplina dell'articolo 13 della Costituzione, si indicano: A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 296 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pp. 185 ss. Nel senso della riconducibilità dei trattamenti sanitari coattivi all'esclusiva disciplina dell'articolo 32 della Costituzione, si indicano: D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, cit., pp. 167 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., pp. 53 ss. Come osservano condivisibilmente A. Santosuosso e G. Turri, «quando l'obbligatorietà [di un trattamento sanitario] arriva a investire la libertà fisica della persona e quindi assume la forma della coazione è necessario uscire fuori dall'art. 32, che tutto sommato parla solo di obbligatorietà, e adottare un dispositivo procedurale che sia calibrato sull'art. 13 Cost. [...] Risulterebbe infatti oggi poco sostenibile che l'art. 13, che è ormai andato oltre l'ambito penalistico repressivo, non abbia nulla a che fare con la libertà dalla coazione per motivi o in forma sanitaria» (A. SANTOSUOSSO, G. TURRI, *I trattamenti obbligatori*, cit., pp. 117-118).

La dottrina costituzionalistica ha affrontato la psichiatria coercitiva non solo prendendo in esame il tso per malattia mentale come trattamento sanitario obbligatorio, ma anche riflettendo, sia pur assai meno frequentemente, sulla pratica della contenzione in ambito psichiatrico, in particolare valutando la compatibilità della contenzione meccanica rispetto alla Costituzione.

Per “contenzione” si intende, in via del tutto generale, una misura che limita la libertà di movimento di un individuo¹³.

La “contenzione fisica”, per quanto non sia l’unica forma di contenzione, rappresenta per antonomasia la contenzione in psichiatria e in genere, quando in letteratura si discute genericamente di “contenzione”, senza ulteriori specificazioni o precisazioni, è alla contenzione fisica cui si intende far riferimento.

La contenzione fisica può realizzarsi secondo due diverse modalità, per quanto l’obbiettivo sia sempre quello di limitare le possibilità di movimento autonomo e spontaneo di una persona.

Una prima modalità di contenzione fisica coinvolge uno o più membri dello staff (in genere un minimo di tre) che afferrano e/o abbracciano fisicamente il paziente in modo tale da controllare la sua capacità di muoversi liberamente: si parla in tal caso di “contenzione manuale”, ma talvolta anche semplicemente di “contenzione fisica”¹⁴.

Una seconda modalità di contenzione fisica si attua mediante appositi strumenti di tipo meccanico che, applicati o adiacenti al corpo del paziente e non facilmente

¹³ Sul concetto di “contenzione” in ambito psichiatrico sia consentito rinviare al mio A.A. NEGRONI, *On the concept of restraint in psychiatry*, in *European Journal of Psychiatry*, 2017, 31, pp. 99 ss. Una definizione di “contenzione” che può essere richiamata è quella del *Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organization* (JCAHO) statunitense: «Any method (chemical or physical) of restricting an individual’s freedom of movement, physical activity, or normal access to the body» (Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organization, *Restraint And Seclusion: Complying With Joint Commission Standards*, Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organization, Oakbrook Terrace, IL, 2002, p. 2), o anche del Comitato nazionale per la bioetica italiano: «Limitazione meccanica o farmacologica delle possibilità di movimento autonomo di un individuo» (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Bioetica e diritti degli anziani*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2006, p. 7); tali definizioni segnalano come la contenzione possa essere condotta con metodi diversi, fisici o chimici.

¹⁴ Per esempio, afferrare fisicamente un paziente per immobilizzarlo al fine di somministrargli dei farmaci è contenzione manuale; al contrario accompagnare un paziente in un luogo sorreggendolo non è contenzione manuale, purché il paziente possa liberarsi facilmente dalla presa del membro o dei membri dello staff.

rimovibili dallo stesso, siano in grado di impedire, ridurre o controllare i movimenti del suo corpo: si parla in tal caso di “contenzione meccanica”.

Tra gli strumenti di contenzione meccanica utilizzati in ambito psichiatrico si possono ricordare, oltre alla classica camicia di forza (ormai praticamente in disuso, per quanto ne esistano e siano in commercio versioni “moderne”), la cintura con apposite fasce per bloccare i polsi, le cinghie per legare caviglie e polsi del paziente alla struttura fissa del letto, fasce applicate al corpo del paziente a letto, ma anche, per quanto strumenti il cui utilizzo appare in declino, i “letti gabbia” e i “letti rete” (ancora in uso in alcuni paesi come la Repubblica Ceca)¹⁵.

La “contenzione chimica” rinvia all’utilizzo di farmaci con la finalità di controllare il comportamento di un paziente o di limitare la sua libertà di movimento; come la contenzione fisica, anche la contenzione chimica ha lo scopo di limitare la libertà di movimento del paziente e di controllare il suo comportamento, tuttavia, a differenza della contenzione fisica, la contenzione chimica raggiunge tale scopo utilizzando sostanze chimiche e non metodi manuali o meccanici.

Quando un farmaco è prescritto semplicemente come reazione al comportamento del paziente e non come parte di un ragionevole programma di cura, si può affermare di trovarsi in presenza di contenzione chimica¹⁶.

In Italia (ma non solo) gli interventi di contenzione, ivi compresa la contenzione meccanica, sono diffusi all’interno dei servizi di salute mentale e, come rileva un medico responsabile di un servizio psichiatrico di diagnosi e cura (SPDC), «l’attuale realtà dei fatti testimonia come, nonostante pochi ne parlino [della contenzione], molti la pratichino»¹⁷; non a caso di “pratica diffusa”, con riferimento alla contenzione, parla

¹⁵ Per farsi un’idea dei diversi strumenti di contenzione disponibili può essere utile visitare i siti internet dei produttori e dei venditori di tali strumenti (segnalo, tra gli altri, i siti della Posey e della Rehab Mart).

¹⁶ Cfr. G.W. CURRIER, M.H. ALLEN, *Physical and chemical restraint in the psychiatric emergency service*, in *Psychiatric Services*, 2000, 51, pp. 717 ss. Si noti che “contenzione chimica” e “terapia forzata” sono concetti connessi ma non equivalenti: la differenza è che la contenzione chimica non cura il disturbo psichiatrico del paziente (i farmaci sono somministrati senza rispettare le loro indicazioni specifiche, senza rispettare il dosaggio appropriato, sia in termini di quantità che di intervalli nella somministrazione, e/o in assenza di una preventiva diagnosi), laddove invece il fine dichiarato della terapia forzata è quello di curare tale disturbo (indicazioni e dosaggio dei farmaci sono rispettati ed è presente una preventiva diagnosi).

¹⁷ D. FILIPPO, *La contenzione nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2013, 1, p. 228.

anche il documento della Conferenza delle regioni e delle province autonome, *Contenzione fisica in psichiatria: una strategia possibile di prevenzione* (2010), ove peraltro si riconosce, proprio in apertura del documento, la mancanza di ricerche sistematiche sulla frequenza del ricorso alla contenzione e il fatto che la pratica stessa non sia sempre documentata, giungendo ad affermare che «è nel silenzio che si sta realizzando un uso poco critico di questa pratica [la contenzione fisica]»¹⁸.

La dottrina costituzionalistica, come si accennava, si è in particolare interessata alla contenzione meccanica, che è la forma di contenzione che solleva più riserve da un punto di vista giuridico, ma anche etico, per verificarne la legittimità rispetto alla Costituzione, con riferimento a quegli articoli 13 e 32 della Costituzione che vengono in genere ritenuti i parametri costituzionali che congiuntamente disciplinano la contenzione meccanica¹⁹.

Viene osservato come dal punto di vista della legittimità costituzionale la contenzione meccanica, in quanto misura coercitiva, dovrebbe essere prevista espressamente e disciplinata da una legge del parlamento, nel rispetto della riserva di legge assoluta di cui all'articolo 13 della Costituzione e delle modalità ivi previste per le restrizioni della libertà personale, laddove invece si rileva come nel nostro ordinamento manchi una specifica normativa in materia (normativa che sarebbe richiesta anche dalla riserva di legge di cui al secondo comma dell'articolo 32 della

¹⁸ Il testo delle raccomandazioni è reperibile sul sito www.regioni.it [ultimo accesso 1° giugno 2020].

¹⁹ Per una analisi della legittimità costituzionale della contenzione meccanica, *cf.* in particolare D. PICCIONE, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, in www.personaedanno.it, 2012; M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, *Rivista italiana di medicina legale*, 2013, 1, pp. 179 ss.; ID., *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione, Diritto, psichiatria e dignità della persona*, Alpha & Beta, Merano, 2015, pp. 81 ss. Per alcune riflessioni di natura costituzionalistica, G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, 6, pp. 1483 ss. (in part. pp. 1494 ss.). Per un confronto tra giuristi (costituzionalisti, penalisti e civilisti) e psichiatri sul tema della contenzione si veda il focus *Contenzione meccanica tra clinica e diritto* a cura di G. DODARO e L. FERRANNINI, pubblicato sulla *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2013, 1, pp. 167 ss.; per una analisi interdisciplinare della contenzione *cf.* S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione, Diritto, psichiatria e dignità della persona*, cit.; si veda infine M. CARDANO, A. ALGOSTINO, M. CAREDDA, L. GARIGLIO, C. PARDINI, *La contenzione del paziente psichiatrico. Un'indagine sociologica e giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2020 (in part. il capitolo III, *Per una interpretazione costituzionalmente orientata della contenzione meccanica*, pp. 47 ss.).

Costituzione, anche ammettendo, ma non concedendo, che la contenzione meccanica possa considerarsi un trattamento sanitario)²⁰.

Più in generale, la contenzione meccanica è apparsa in contrasto con il *favor libertatis* del nostro ordinamento costituzionale, con l'inviolabilità della libertà personale e il divieto di ogni violenza fisica e morale sulle persone ristrette di cui all'articolo 13 della Costituzione e anche con quel rispetto della persona umana di cui all'articolo 32 della Costituzione che è sempre dovuto nel rapporto tra medico e paziente, anche laddove si sia nell'ambito di un trattamento sanitario obbligatorio.

Anche il riferimento all'articolo 54 del codice penale non viene considerato dalla riflessione costituzionalistica come idoneo a fornire una qualsiasi copertura costituzionale alla contenzione meccanica, stante che il ricorso alla contenzione per stato di necessità può solo escludere la responsabilità penale dei soggetti che la pongono in essere, ma non legittimarla o costituirne il fondamento giuridico²¹.

²⁰ La dottrina costituzionalistica evidenzia come nel nostro ordinamento non sia rinvenibile una normativa specifica che giustifichi e disciplini la contenzione meccanica. L'articolo 60 del regio decreto 16 agosto 1909, n. 615 (*Regolamento sui manicomi e sugli alienati*, attuativo della legge 14 febbraio 1904, n. 36), in base al quale «[n]ei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione», può considerarsi il principale riferimento normativo per la contenzione meccanica. Tuttavia tale articolo viene ritenuto dalla prevalente dottrina (e anche dalla giurisprudenza) tacitamente abrogato dalla legge 180 del 1978, se non altro in quanto tale legge sopprimendo l'istituto manicomiale ha fatto venire meno, per assenza dei presupposti di diritto e di fatto, la vigenza della normativa che disciplina la contenzione manicomiale, normativa il cui necessario presupposto è l'esistenza del manicomio. Peraltro, anche ammettendo (ma non concedendo) la vigenza dell'articolo 60 in parola, tale articolo non sarebbe in grado di soddisfare neppure la riserva di legge di cui all'articolo 32 che impone che la previsione legislativa di un trattamento sanitario obbligatorio sia sufficientemente precisa e articolata, potendo il legislatore rendere obbligatorio solo un "determinato" trattamento sanitario (sulla "determinatezza" del trattamento sanitario obbligatorio cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 1, p. 561; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 385-386). Cfr. G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., pp. 1497 ss.

²¹ Si osservi come in una recentissima sentenza la Cassazione abbia affermato come la contenzione meccanica non sia un atto terapeutico e che, se non scriminata dallo stato di necessità valutato in base a rigorosi criteri, comporti per chi la pone in essere la responsabilità per sequestro di persona (così **Cass. pen., Sez. V, sent. 20 giugno 2018 (dep. 7 novembre 2018), n. 50497, su cui cfr. L. BENCI, "La contenzione fisica non è un atto terapeutico". La Cassazione sul caso "Mastrogiovanni"**, in *Quotidiano sanità*, 12 novembre 2018; F. LAZZERI, *Contenzione del paziente psichiatrico e sequestro di persona: l'antigiuridicità è esclusa (solo) entro i ristretti confini dello stato di necessità (caso Mastrogiovanni)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018).

Venendo alla finalità del presente articolo, nel contributo intendo sondare, rispetto al “principio di libertà” e al “principio del danno”, quello *spazio giuridico* in cui la psichiatria coercitiva, in nome di “regolarità” e “ordine”, è in grado di collocare il cittadino etichettato come “malato mentale”, mettendo in luce come si tratti di uno spazio giuridico che appare essere *altro* rispetto allo spazio giuridico in cui si muovono i cittadini “normali” di uno Stato di diritto nella sua forma contemporanea per come ordinariamente concepito in ambito giuridico-politico²².

Con l’espressione “psichiatria coercitiva” mi riferisco in via generale a quella psichiatria che mediante il ricorso alla violenza (esercitata da psichiatri, infermieri e forze di polizia) impone i propri trattamenti a soggetti etichettati (dalla stessa psichiatria e sovente contro la volontà degli interessati) come “malati mentali”²³.

Esula dalla specifica finalità dell’articolo un’analisi delle argomentazioni che nel discorso psichiatrico vengono addotte (esplicitamente o implicitamente) per giustificare in via generale la psichiatria coercitiva, argomentazioni che attualmente sono *prevalentemente* riconducibili a una sorta di paternalismo psichiatrico in base al quale la psichiatria coercitiva farebbe il “bene” e il “miglior interesse” del paziente psichiatrico (“paziente” suo malgrado si intende), mentre l’idea del malato mentale

²² Mi riferisco nel testo a “regolarità” e “ordine” pensando a quanto osservava Michel Foucault in un articolo intitolato *L’asile illimité* apparso nel 1977 sul *Le Nouvel Observateur*: «Le nostre società e i poteri che vi si esercitano sono posti sotto il segno visibile della legge. Ma di fatto i meccanismi più numerosi, più efficaci e più serrati funzionano nell’interstizio delle leggi, secondo modalità eterogenee rispetto al diritto e in funzione di un obbiettivo che non è il rispetto della legalità, ma la regolarità e l’ordine. [...] Noi oggi stiamo andando a grandi passi [...] verso una società extragiuridica in cui la legge avrà il ruolo di autorizzare interventi coercitivi e regolatori sugli individui. La psichiatria [...] è stata uno dei grandi fattori di questa trasformazione» (M. FOUCAULT, *Dits et écrits 1954-1988*, vol. III, 1976-1979, Gallimard, Paris, 1994, pp. 274-275).

²³ La “psichiatria” non è sempre e necessariamente “psichiatria coercitiva”: si deve almeno ricordare come esistano modelli di cura non coercitivi in psichiatria e come peraltro vi siano evidenze a sostegno di tali modelli come osservano K. SUGIURA, F. MAHOMED, S. SAXENA, V. PATEL, *An end to coercion: rights and decision-making in mental health care*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2020 (Jan 1); si può ricordare, a titolo esemplificativo, l’esistenza in Italia di servizi psichiatrici di diagnosi e cura (SPDC) che rifiutano di principio l’impiego di pratiche contenitive (c.d. “Club SPDC aperti *no restraint*”) (cfr. L. TORESINI (a cura di), *SPDC aperti e senza contenzioni per i diritti inviolabili della persona*, Centro di Documentazione di Pistoia, Pistoia, 2005).

violento e pericoloso riveste, almeno nel discorso psichiatrico, un ruolo relativamente secondario come elemento di giustificazione della psichiatria coercitiva²⁴.

2. *Excursus sulle matrici storiche e culturali della legge Basaglia*

Si è accennato nelle osservazioni introduttive a come tra gli anni Sessanta e Settanta si assista all'introduzione negli ordinamenti giuridici occidentali di normative tese a porre dei limiti precisi e stringenti all'azione della psichiatria coercitiva e a tutelare i diritti dei destinatari di un ricovero psichiatrico coatto²⁵; la già menzionata legge Basaglia, approvata in Italia nel 1978, rappresenta una di tali normative e su di essa ci si intende soffermare nel presente paragrafo al fine di delinearne sinteticamente le matrici storiche e culturali e il ruolo nell'evoluzione della legislazione psichiatrica italiana²⁶.

In Italia un assetto normativo unitario della materia della cura delle malattie mentali venne inizialmente realizzato con l'emanazione della legge 14 febbraio 1904, n. 36 (modificata dai decreti luogotenenziali 1° dicembre 1905, n. 1847 e 25 maggio 1916, n. 704), recante "Disposizioni sui manicomi e gli alienati", e del relativo regolamento di esecuzione contenuto nel regio decreto 16 agosto 1909, n. 615 (modificato dal regio decreto 6 marzo 1913, n. 221, e dal decreto luogotenenziale 25 maggio 1916, n. 704).

La legge n. 36 del 1904 definiva "manicomi" tutti gli istituti, sia pubblici che privati, nei quali dovevano essere ricoverati "alienati di ogni genere" al fine di essere custoditi e curati, nel caso in cui fossero ritenuti pericolosi a sé o agli altri o riuscissero di pubblico scandalo; la norma non permetteva il ricovero volontario, ma soltanto quello

²⁴ Cfr. T.S. SZASZ, *The Psychiatric Will. A New Mechanism for Protecting Persons Against "Psychosis" and Psychiatry*, in *American Psychologist*, 1982, 37, pp. 762 ss.; R. WYNN, *Coercion in psychiatric care: clinical, legal, and ethical controversies*, in *International Journal of Psychiatry in Clinical Practice*, 2006, 10, pp. 247 ss.; M. SJÖSTRAND, G. HELGESSON, *Coercive treatment and autonomy in psychiatry*, in *Bioethics*, 2008, 22, pp. 113 ss.

²⁵ Talvolta, in particolare nella dottrina nordamericana, si è efficacemente fatto riferimento a tale fenomeno con il termine "legalization" del ricovero psichiatrico coatto, termine che vuole indicare un maggiore coinvolgimento dell'ordinamento giuridico nell'ambito della psichiatria coercitiva, coinvolgimento che si concretizza appunto nell'imposizione legislativa di limiti sostanziali e procedurali a tale forma di ricovero. Cfr. l'influente articolo S.J. MORSE, *A Preference for Liberty: The Case against Involuntary Commitment of the Mentally Disordered*, cit., pp. 55 ss.

²⁶ Per una ricostruzione storica del passaggio dalla vecchia legislazione manicomiale alla legge n. 180 del 1978 cfr. A.M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla legge n. 36 del 1904 alla legge n. 833 del 1978*, cit., pp. 115 ss.; ID., *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., pp. 1 ss.; A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, cit., pp. 817 ss.

coattivo ordinato dall'autorità giudiziaria sulla base di una situazione di pericolosità o di pubblico scandalo: i sintomi palesi richiesti per il ricovero in manicomio erano rappresentati dalla «manifesta tendenza a commettere violenza contro se stessi o gli altri o la manifesta tendenza a riuscire di pubblico scandalo»; in base a tale clausola, anche delle donne assolutamente normali, per il solo fatto di esercitare la prostituzione secondo modalità ritenute troppo evidenti, venivano condotte in manicomio appunto per la "tendenza a riuscire di pubblico scandalo": la tutela della salute non era certo la prima preoccupazione della legislazione manicomiale, legislazione animata piuttosto dalla volontà di realizzare un rigido e pervasivo controllo sociale, con caratteri obbiettivamente punitivi nei confronti di quei soggetti deboli che erano ritenuti "disturbare" in qualche modo l'ordine sociale costituito²⁷.

A ciò si aggiunga che la stessa assenza della possibilità di un ricovero volontario mostra inequivocabilmente come la custodia e la cura degli ammalati di mente fossero subordinate alla loro pericolosità sociale e non certo alla volontà (neppure presunta) dello Stato di occuparsi in qualche modo della salute di queste persone²⁸.

La normativa sui manicomi e gli alienati era basata sulla centralità dell'ospedale psichiatrico e della custodia dell'alienato, la sua finalità preminente era rappresentata dalla tutela dell'ordine pubblico e del buon costume, e non dalla tutela della salute dell'infermo; nel complesso l'intera disciplina era ispirata dall'idea, allora dominante, di un legame inscindibile tra disturbo psichico e pericolosità sociale, con la conseguente esigenza di segregare e controllare colui che fosse stato ritenuto un malato di mente.

E in effetti, mentre ancora era vigente, non si mancò in dottrina di classificare la legge n. 36 del 1904 alla stregua di uno strumento di prevenzione e intervento contro soggetti ritenuti socialmente pericolosi, ossia, in altre parole, di configurare

²⁷ Il caso delle donne che si prostituivano è ricordato da A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., p. 4.

²⁸ S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1970, 1-2, pp. 55 ss. In un solo caso il malato poteva chiedere direttamente di essere ricoverato in manicomio: se era maggiorenne e se riteneva di essere parzialmente alienato di mente; tuttavia il direttore del manicomio solo in caso di assoluta urgenza poteva riceverlo e per di più solo in osservazione provvisoria.

l'internamento in manicomio come una vera e propria misura di prevenzione di tipo poliziesco²⁹.

Nel tempo e in coerenza con l'impronta autoritaria del regime fascista, al sistema manicomiale delineato dalla legge n. 36 del 1904 e dal relativo regolamento di attuazione si aggiunsero varie norme (nel codice civile, nel codice di procedura civile, nel codice penale e nel testo unico di pubblica sicurezza) che assimilavano il malato di mente al responsabile di reato e al carcerato.

Si consideri, per esempio, che all'internamento manicomiale seguivano automaticamente l'avvio del procedimento di interdizione (il ricovero in manicomio provocava l'automatica perdita della capacità giuridica, anche nei casi in cui non fosse poi intervenuto il giudizio di interdizione), l'iscrizione nel casellario giudiziario e la perdita dei diritti civili e politici; inoltre, ogni medico che assisteva un malato di mente doveva farne denuncia all'autorità di pubblica sicurezza, denunciare l'eventuale evasione o fuga dal manicomio (come fosse un carcere) e sempre al medico era attribuita la responsabilità della custodia dell'infermo di mente in manicomio.

Per un lungo periodo la situazione normativa rimase senza modifiche, per quanto l'approvazione della Costituzione rese sempre più evidente la necessità di una riforma della legislazione manicomiale che la rendesse più coerente con i principi costituzionali.

Negli anni Sessanta, dietro la pressione di una componente avanzata della psichiatria e dell'opinione pubblica che richiedeva la revisione della legislazione manicomiale, il parlamento approvò la legge 18 novembre 1968, n. 431 ("Provvidenze per l'assistenza psichiatrica") che, pur lasciando nel complesso immutato l'impianto della legislazione manicomiale del 1904, mediante alcune innovazioni portava in primo piano la finalità terapeutica dell'intervento psichiatrico.

In particolare con la nuova legge si introduceva la possibilità del ricovero volontario e di trasformazione, nel corso della degenza, del ricovero coatto in volontario a seguito della semplice richiesta dell'interessato; si stabiliva l'abolizione dell'iscrizione del ricovero manicomiale nel casellario giudiziario e si prevedeva l'istituzione dei centri di igiene mentale (prima forma di assistenza psichiatrica territoriale) a scopo di

²⁹ Cfr. R. CANOSA, *Storia del manicomio in Italia dall'unità a oggi*, Feltrinelli, Milano, 1979, p. 177; A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, cit., p. 818.

prevenzione prima che curativi; e ancora la persona affetta da disturbo psichico, ricoveratasi volontariamente, poteva interrompere in qualunque momento il ricovero (e eventualmente rivolgersi a un centro territoriale di igiene mentale) e non subiva più d'ufficio l'interdizione.

La legge n. 431 del 1968 non fu uno stravolgimento della legislazione psichiatrica, ma, come osserva Ambretta Maria Vecchietti, «si limitò ad essere un tentativo di razionalizzazione del sistema psichiatrico vigente, un correttivo, seppur parziale, della abnormità della legislazione precedente [...]. La legge n. 431 fu, comunque, pur nei limiti insiti nella stessa, il punto di partenza per ogni successiva riforma»³⁰.

Al superamento del sistema manicomiale basato sulla legge n. 36 del 1904 si sarebbe giunti solo con la legge n. 180 del 1978, che dopo alcuni mesi sarebbe confluita, con modifiche marginali, nella legge n. 833 del 1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale.

La riforma psichiatrica del 1968 e ancor più quella del 1978 furono senza dubbio influenzate dal nuovo contesto teorico degli anni Sessanta e Settanta, caratterizzato da una critica radicale alle istituzioni totali e dalle teorie della cosiddetta "antipsichiatria".

Il movimento antipsichiatrico, sorto negli anni Sessanta negli Stati Uniti e in Europa (in particolare in Gran Bretagna, Italia e Francia), mise in discussione il paradigma psichiatrico della malattia mentale come condizione biomedica distinta dal contesto sociale, giungendo a contestare la validità stessa di un concetto di "malattia mentale" basato su definizioni culturali di normalità (e spesso mediato da interessi di natura sociale e economica) e a considerare le cosiddette "malattie mentali" non tanto come "malattie" ma piuttosto come delle prevedibili risposte a circostanze difficili e problemi di varia natura vissuti dall'individuo; ma ad accomunare gli autori chiave dell'antipsichiatria è soprattutto la critica alla violenza esercitata dalla psichiatria sulle persone etichettate come "malate mentali", una violenza organizzata in modo ampio e sistematico, capace di produrre un radicale annichilimento della persona, violenza di cui gli antipsichiatri considerano casi emblematici il manicomio, del quale Franco Basaglia si chiedeva: «Che funzione terapeutica ha il manicomio se riesce a distruggere

³⁰ A.M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla legge n. 36 del 1904 alla legge n. 833 del 1978*, cit., p. 119.

chiunque vi entri?»³¹, ma anche trattamenti psichiatrici come l' elettroshock e la lobotomia (forma di mutilazione celebrale che sarebbe stata abbandonata dalla psichiatria solo sul finire degli anni Settanta, anche se già dalla metà degli anni Cinquanta il ricorso ad essa iniziò a declinare).

Per la critica alle istituzioni totali come il manicomio si devono ricordare i nomi di Erving Goffman, autore peraltro di quel *Asylums. Essay on the Social Situation in Mental Patients and Other Inmates* (1961) in cui viene elaborato il concetto di "istituzione totale", e di Michel Foucault che nella sua *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique* (1961) evidenzia, tra le altre cose, i processi di segregazione radicatisi nella realtà manicomiale³².

Per quanto riguarda gli autori chiave di quel movimento antimedicalizzante e anticustodialistico in psichiatria che viene in genere indicato con il termine "antipsichiatria", si possono menzionare i nomi di Ronald David Laing, massimo teorico del movimento antipsichiatrico, di cui si può ricordare *The Divided Self. An Existential Study in Sanity and Madness* (1959), di David Cooper, fondatore insieme a Laing della *Philadelphia Association* per l'antipsichiatria e di cui si ricorda *Psychiatry and Anti-Psychiatry* (1967), e di Thomas Stephen Szasz, di cui si ricorda il saggio manifesto *The Myth of Mental Illness* (1961)³³.

³¹ F. BASAGLIA, F. BASAGLIA ONGARO, *Crimini di pace*, in F. BASAGLIA, F. BASAGLIA ONGARO (a cura di), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all'oppressione* (1975), Dalai Editore, Milano, 2009, p. 31. In argomento: A. DEL BOCA, *Manicomi come lager*, Edizioni dell'Albero, Torino, 1966; F. BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Einaudi, Torino, 1968.

³² E. GOFFMAN, *Asylums. Essay on the Social Situation in Mental Patients and Other Inmates*, Anchor Books, New York, 1961, trad. it. *Asylums. Le istituzioni totali*, Einaudi, Torino, 1972; M. FOUCAULT, *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique*, Plon, Paris, 1961 (prima edizione presso l'editore Plon, seconda edizione modificata, con una nuova prefazione e due appendici, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris 1972, presso l'editore Gallimard); per una traduzione italiana (dell'edizione del 1972) si può da ultimo vedere *Storia della follia nell'età classica*, Rizzoli, Milano, 2012.

³³ R.D. LAING, *The Divided Self*, Tavistock, London, 1959, trad. it. *L'io diviso. Studio di psichiatria esistenziale*, Einaudi, Torino, 2010; D. COOPER, *Psychiatry and Anti-psychiatry*, Tavistock, London, 1967, trad. it. *Psichiatria e antipsichiatria*, Armando, Roma, 1969; T.S. SZASZ, *The Myth of Mental Illness*, Harper & Row, New York, 1961, versione modificata Harper & Row, New York, 1974, trad. it. *Il mito della malattia mentale*, Spirali, Milano, 2003 (per la versione del 1961, trad. it. Il Saggiatore, Milano, 1966); si noti che già nel 1960 Szasz pubblicò sulla rivista *American Psychologist* un breve articolo con il titolo *The Myth of Mental Illness*. Sull'insieme delle teorie antipsichiatriche cfr. C. RAVASINI, *La follia contestata. Da Freud a Laing*, Guaraldi, Firenze, 1977;

In Italia la critica alle istituzioni totali e le prime esperienze di cura e assistenza alternative al ricovero manicomiale trovarono in Basaglia uno dei più attivi protagonisti; Basaglia condusse una lunga lotta per la chiusura dei manicomi e, prima nell'ospedale psichiatrico di Gorizia, poi in quello di Trieste, cercò di restituire dignità umana al malato di mente.

Anche in altre città italiane, tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta, una molteplicità di operatori del settore psichiatrico realizzarono iniziative finalizzate al concreto superamento dell'apparato istituzionale manicomiale: attraverso tali iniziative, oltre che attraverso la coeva letteratura sull'argomento, veniva incrinata quella logica manicomiale ancora caratterizzante la legislazione del 1904 e si apriva la strada alla riforma psichiatrica del 1978³⁴.

Più in generale, anche al di fuori dell'ambito della psichiatria, diverse forze politiche e ampi settori della società civile avvertirono la necessità di un superamento dell'ospedale psichiatrico, visto come istituzione che finiva per aggiungere sofferenza e disabilità al disturbo mentale e per aggravare le condizioni dell'infermo, anziché migliorarle.

Tutto ciò rappresentava una novità, se si pensa che fino a quel momento la questione dell'esclusione sociale e della segregazione di una grande fascia di persone era stata notevolmente sottovalutata, in un contesto generale in cui, almeno fino agli Sessanta, il costante abbinamento del concetto di "follia" ai concetti di "pericolosità" e "immoralità" erano persino sfociate nell'idea che i malati mentali non meritassero alcun diritto: non è certo casuale che l'alienato durante le varie fasi dei provvedimenti

N. CROSSLEY, *Contesting Psychiatry. Social Movements in Mental Health*, Routledge, London, 2006. Si vedano anche i testi citati nella nota che segue.

³⁴ Cfr. F. BASAGLIA (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, cit.; F. BASAGLIA, F. BASAGLIA ONGARO (a cura di), *Crimini di pace. Ricerche sugli intellettuali e sui tecnici come addetti all'oppressione*, cit. (raccolta di saggi che comprende scritti di diversi autori "antipsichiatrici"); G. JERVIS, *Manuale critico di psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1975; E. VENTURINI (a cura di), *Il giardino dei gelsi. Dieci anni di antipsichiatria*, Einaudi, Torino, 1979; M. COLUCCI, P. DI VITTORIO, *Franco Basaglia*, Bruno Mondadori, Milano, 2001; G. CORBELLINI, G. JERVIS, *La razionalità negata. Psichiatria e antipsichiatria in Italia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008. Ampie indicazioni bibliografiche di quella letteratura italiana che negli anni Sessanta e Settanta critica il manicomio e la psichiatria tradizionale sono contenute in A.M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla legge n. 36 del 1904 alla legge n. 833 del 1978*, cit., p. 117, nota 5, e p. 119, nota 8; ID., *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., p. 21, nota 28; A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, cit., p. 820, nota 12.

giurisdizionali, innanzi al pretore per l'internamento in via provvisoria, innanzi al tribunale per l'internamento in via definitiva o per la dimissione definitiva, non fruisse di alcun diritto di difesa.

Solo nel 1968 la Corte costituzionale avrebbe provveduto ad adeguare la tutela dell'infermo di mente nelle varie fasi del giudizio con la sentenza n. 74 del 1968, in relazione al procedimento innanzi al tribunale per l'internamento in via definitiva, e successivamente, con la sentenza n. 223 del 1976, in relazione al procedimento pretorile per l'internamento in via provvisoria³⁵.

Nel complesso l'intervento della Corte costituzionale nei confronti della legge manicomiale fu assai modesto e anche deludente: oltre alle due menzionate sentenze, si può solo ricordare come nella sentenza n. 39 del 1977 sia contenuto un vago invito al legislatore ad ammodernare la legislazione manicomiale: siamo già nel 1977 e la Corte si limita a definire «auspicabile l'ammodernamento della legislazione vigente dal 1904 in questa delicatissima materia»³⁶.

Si può affermare che la riforma psichiatrica del 1978 costituisca l'approdo legislativo di un lungo percorso scientifico e culturale e sia anche il frutto della pressione di movimenti politici e di opinione, sulla scia del dominante filone riformatore in tema di diritti civili e di leggi sociali che caratterizza gli anni Settanta e dietro il quale deve anche essere letta l'influenza culturale e sociale del movimento sessantottesco e delle sue istanze libertarie; proprio negli anni Settanta furono realizzate importanti riforme

³⁵ Nella sentenza n. 74/1968 sono contenute la declaratoria di illegittimità del procedimento innanzi al tribunale per l'internamento definitivo, a causa della violazione dei diritti di difesa ex art. 24 Costituzione in capo al ristretto; e la declaratoria di illegittimità della norma che consentiva all'organo di pubblica sicurezza di riferire all'autorità giudiziaria, circa il provvedimento urgente di restrizione dell'infermo, oltre il termine di quarantotto ore previsto dall'art. 13, comma 3, Costituzione. Con la sentenza n. 223/1976 il necessario rispetto dei diritti di contraddittorio fu esteso al procedimento pretorile per l'internamento provvisorio, nonché al procedimento innanzi al tribunale in sede di reclamo avverso il provvedimento del pretore.

³⁶ G. VISINTINI, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, cit., p. 448, attribuisce alla Corte costituzionale un atteggiamento minimalista nei confronti della legislazione manicomiale del 1904, atteggiamento che secondo l'Autore finì per risolversi in un ruolo di sostegno della legge stessa; A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, cit., p. 818, nota 7, considera modesto e deludente l'intervento della Corte costituzionale al riguardo.

sui diritti civili e sociali che, insieme a riforme di altra natura (come la riforma fiscale), costituirono in Italia il più rilevante ciclo riformatore a partire dagli anni postbellici³⁷.

All'approvazione della legge n. 180 del 1978 il parlamento giunse sulla spinta della richiesta di referendum abrogativo della legge manicomiale del 1904 proposto dal partito radicale; per evitare un vuoto legislativo, in attesa di approvare la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, il parlamento varò in tutta fretta la legge n. 180 del 1978, stralciata dalla riforma sanitaria, al fine di dare un provvisorio assetto alla riforma psichiatrica.

Alla guida del governo che varò la riforma psichiatrica e la successiva riforma sanitaria vi era il democristiano Giulio Andreotti; peraltro quattro giorni prima dell'approvazione della riforma psichiatrica, il 9 maggio 1978, si consumava la tragedia dell'uccisione di Aldo Moro da parte delle brigate rosse³⁸.

La legge Basaglia ha senza dubbio rappresentato un innegabile cambiamento rispetto alla legislazione psichiatrica preesistente, nettamente incentrata sulla categoria

³⁷ Si pensi a riforme come l'approvazione dello statuto dei lavoratori (1970); la legge sull'obiezione di coscienza (1972); l'abbassamento della maggiore età a 18 anni, cui era legato il diritto di voto (1975); l'approvazione della legge sul divorzio (1970) e il successivo referendum abrogativo (1974) in cui quasi il 60 per cento dei votanti respinse la proposta di abrogazione della legge sul divorzio; l'introduzione dell'interruzione volontaria di gravidanza (1978), dopo che il movimento di liberazione delle donne (Mld) e il partito radicale avevano nel 1975 organizzato una raccolta di firme per indire un referendum sulla legalizzazione dell'interruzione di gravidanza: da notare come tale questione divenne occasione per porre al centro dell'attenzione la condizione delle donne nella società italiana. Solo le elezioni politiche, indette per il giugno del 1976, impedirono il regolare svolgimento del referendum; nel 1981 la legge che introduceva l'interruzione volontaria di gravidanza avrebbe anche superato il vaglio di un referendum abrogativo e sarebbe rimasta legge dello Stato italiano. Di grande rilievo poi la riforma del diritto di famiglia (1975): si stabiliva il principio della parità tra coniugi, eliminando la supremazia del marito come "capofamiglia" responsabile del comportamento e dell'attività della moglie; fu solo grazie al risultato del referendum sul divorzio e alle pressioni del movimento delle donne che si riuscì a realizzare effettivamente tale riforma. In argomento P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi. Società e politica 1943-1988*, Einaudi, Torino, 1989, pp. 469 ss.; G. MAMMARELLA, *L'Italia contemporanea (1943-1942)*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 461 ss.

³⁸ Erano gli anni del "compromesso storico", progetto politico lanciato, già nel 1973, dal segretario del Pci Enrico Berlinguer e che trovò una sua realizzazione nel periodo 1976-1979; nell'agosto 1976 era stato varato un governo Andreotti che si reggeva sull'astensione di Pci e Psi, che non facevano parte del governo, ma erano d'accordo di non provocarne la caduta e, come contropartita, avevano ottenuto di essere consultati per la stesura del programma. Nel gennaio 1978 Andreotti si sarebbe dimesso per formare immediatamente un altro governo che sarebbe durato sino al gennaio 1979: i due governi Andreotti passarono alla storia come "governi di solidarietà nazionale".

della pericolosità e sulla logica della segregazione e dell'istituzionalizzazione del malato mentale.

La rottura con la vecchia legislazione manicomiale si manifesta, in modo evidente, nell'affermazione del principio della volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari, nell'imporre che anche nell'ambito del trattamento sanitario obbligatorio si pongano in essere iniziative atte ad assicurare il consenso e la partecipazione del paziente, nell'assenza di qualsiasi riferimento alla pericolosità sociale del malato di mente, nell'idea che gli interventi di prevenzione e cura della malattia mentale debbano essere attuati di norma dai servizi e presidi psichiatrici extraospedalieri, nella creazione dei servizi psichiatrici di comunità, nel divieto di costruire nuovi ospedali psichiatrici e nella previsione della progressiva chiusura di quelli allora esistenti³⁹; inoltre, altra fondamentale innovazione apportata dalla legge in parola, nell'affermazione dell'esigenza del rispetto della dignità della persona sottoposta a tso per malattia mentale e dei suoi diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione.

3. Principio di libertà e malattia mentale

Il 19 luglio 1940 Heinrich Himmler dispose l'arresto degli omosessuali che avessero sedotto più di un partner (anche nel caso avessero scontato la relativa pena) in applicazione di quell'arresto preventivo attraverso il quale un individuo che avesse già scontato la sua pena o in assenza di reati poteva comunque essere arrestato e trattenuto dalle autorità di polizia; il decreto di Himmler non era propriamente una novità, ma legittimava e radicalizzava una tendenza, già in atto dal 1933, a detenere illegalmente cittadini omosessuali (o presunti tali) e non solo⁴⁰.

³⁹ Riguardo agli ospedali psichiatrici, la legge dispose il divieto di costruirne di nuovi e attribuì alle regioni il compito di realizzare il graduale superamento delle strutture esistenti (art. 7, commi 5 e 6, legge n. 180/1978, poi art. 64, commi 1 e 3, legge n. 833/1978). Va detto che solo alla fine del 2002 ha formalmente chiuso l'ultima struttura manicomiale pubblica, dopo che la legge n. 724/1996 aveva disposto la definitiva chiusura di tutti gli ospedali psichiatrici italiani entro il 31 dicembre 1996.

⁴⁰ Cfr. E.N. JENSEN, *The Pink Triangle and Political Consciousness: Gays, Lesbians, and the Memory of Nazi Persecution*, in *Journal of the History of Sexuality*, 2002, 11, pp. 319 ss.; E. COLLOTTI, *Ordine e terrore nei campi di concentramento nazisti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero*, 2009, 38, p. 714; R. PLANT, *The Pink Triangle: The Nazi War Against Homosexuals*, Holt Paperbacks, New York, 2011; M. MURPHY, *Homosexuality and the Law in the Third Reich*, in J.J. MICHALCZYK (ed.), *Nazi Law. From Nuremberg to Nuremberg*, Bloomsbury Academic, 2018. Si noti che durante il nazismo (e non solo) l'omosessualità era un reato previsto dal codice penale (vedi *infra* nel testo).

Si deve ricordare, a tal proposito, come nella Germania nazista furono ampiamente utilizzate due forme di arresto preventivo che consistevano nella possibilità di trattenere chiunque fosse sospettato di essere un nemico dello Stato, anche in assenza di qualsiasi infrazione legale, senza processo e per tutto il tempo ritenuto necessario dalle autorità.

Il fine specifico delle forme di arresto preventivo era di poter intervenire coercitivamente su individui che non potevano essere giudicati dai tribunali ordinari in quanto non si erano resi colpevoli di reati perseguibili per legge (o avevano già scontato la relativa pena) o anche su individui di cui non era possibile dimostrare la commissione di un reato (come omosessuali, testimoni di Geova, zingari, vagabondi, donne ritenute asociali, disoccupati di lungo periodo, ma anche elementi “nocivi alla nazione” come detenuti politici che avessero già scontato la pena o imputati assolti) e il cui risultato era ordinariamente la detenzione a tempo indeterminato in un campo di concentramento: il *Vorbeugungshaft* (arresto preventivo), per coloro che erano sospettati dalla polizia di essere coinvolti in attività illegali o di costituire una minaccia per l'ordine pubblico, e il *Schutzhaft* (detenzione di protezione), per coloro che invece erano sospettati dalla polizia segreta di Stato (Gestapo) di condurre attività ritenute in qualche modo ostili agli interessi dello Stato⁴¹.

Lasciando la Germania nazista degli anni Quaranta, possiamo ora rivolgere la nostra attenzione a quanto può accadere in Italia nel 2009 a un cittadino etichettato come “malato mentale” destinatario di un provvedimento di tso per malattia mentale (ossia di un ricovero psichiatrico coatto), e per farlo ci si richiamerà al caso di Francesco (detto Franco) Mastrogiovanni, non tanto per occuparci del trattamento disumano subito dallo stesso presso l'ospedale San Luca di Vallo della Lucania, ove Mastrogiovanni è deceduto dopo essere stato sottoposto a contenzione meccanica ininterrottamente per ottantadue ore, quanto per occuparci della fase che precede tale

⁴¹ Cfr. N. FREI, *Der Führerstaat. Nationalsozialistische Herrschaft 1933 bis 1945*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1987, trad. it. *Lo Stato nazista*, Laterza, Roma Bari, 1998, pp. 143 ss.; J. CAPLAN, *Gender and the Camps*, in N. WACHSMANN, J. CAPLAN (eds.), *Concentration Camps in Nazi Germany. The New Histories*, Routledge, London New York, 2009, in part. pp. 86 ss. Si veda inoltre UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, *Arrests without Warrant or Judicial Review: Preventive Police Action in Nazi Germany, as of February 28, 1933*, disponibile al link: www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007890 [ultimo accesso 10 marzo 2020].

mortale contenzione in quanto ben documentata, anche nella sentenza della Cassazione penale che ha posto fine alla vicenda giudiziaria⁴².

Nella notte del 30 luglio 2009 Mastrogiovanni avrebbe attraversato a forte velocità l'isola pedonale di Acciaroli (frazione del comune di Pollica), come segnalato dalla polizia locale che peraltro contestualmente indicava (non è noto sulla base di quale elementi) come il guidatore fosse in stato di agitazione; non sono provati danni né a persone, né a cose come conseguenza della violazione del codice della strada da parte di Mastrogiovanni, e neppure è certo che tale infrazione del codice della strada sia mai stata commessa, stando all'indagine condotta da un giornalista nei giorni immediatamente successivi al fatto⁴³.

Il sindaco del comune di Pollica, tale Angelo Vassallo, dispose così un tso per malattia mentale per Mastrogiovanni (lasciamo da parte ogni valutazione circa il rispetto da parte del sindaco delle condizioni previste dalla legge n. 833 del 1978 affinché un sindaco, su proposta di un medico peraltro, possa legittimamente disporre un provvedimento di tso); è possibile ipotizzare, ma è appunto solo un'ipotesi, che la decisione del sindaco sia stata influenzata dal fatto che Mastrogiovanni avesse in precedenza subito, diversi anni prima, due provvedimenti di tso (uno nel 2002 e uno nel 2005) o forse dal fatto che lo stesso fosse un "noto anarchico".

⁴² Per la ricostruzione del caso Mastrogiovanni, oltre a Cassazione penale, Sez. V, sent. 20 giugno 2018 (dep. 7 novembre 2018), n. 50497, cfr. L. BENCI, "La contenzione fisica non è un atto terapeutico". *La Cassazione sul caso "Mastrogiovanni"*, cit.; F. LAZZERI, *Contenzione del paziente psichiatrico e sequestro di persona: l'antigiuridicità è esclusa (solo) entro i ristretti confini dello stato di necessità (caso Mastrogiovanni)*, cit.; L. PAIS DEI MORI, P. LATTARULO, *Morire di contenzione: riflessioni di deontologia e di infermieristica legale sulla vicenda di Francesco Mastrogiovanni*, in *Pratica Medica & Aspetti Legali*, 2019, 13, pp. 9 ss. Si veda inoltre G. TURANO, *Così hanno ucciso Mastrogiovanni*, in *L'Espresso*, 28 dicembre 2012; A. MASTRANDREA, *Morte di un povero cristo anarchico*, in *Internazionale*, 6 novembre 2015; G. GALZERANO, *Caso Mastrogiovanni, dalla Cassazione tutta la disumanità della contenzione*, in *Il Manifesto*, 27 dicembre 2018. E di recente: *Caso Mastrogiovanni, l'infermiere: "Abbiamo commesso una barbarie ma nei reparti di psichiatria degli ospedali italiani si continua a morire per contenzione meccanica"* in *Huffington Post*, 18 novembre 2019.

⁴³ Indagine condotta da MASSIMO ROMANO, giornalista di *Napoli Today* e di *Il Cilento*, di cui al seguente link: <https://www.avvocatisenzafrontiere.it/?p=1103> [ultimo accesso 10 marzo 2020]. Sulla presunta infrazione al codice stradale vedi anche l'articolo *Franco Mastrogiovanni, terzo anniversario della morte: ancora mistero sulle 83 ore di contenzione*, in *Giornale del Cilento*, 4 agosto 2012, disponibile al seguente link: <https://www.giornaledelcilento.it/04-08-2012-franco-mastrogiovanni-terzo-anniversario-della-morte-ancora-mistero-sulle-83-ore-di-contenzione-13688> [ultimo accesso 10 marzo 2020].

La mattina del 31 luglio 2009, mentre Mastrogiovanni si trovava al mare in un campeggio del comune di San Mauro Cilento, si apre una vera e propria “caccia all’uomo” che vede impegnata la polizia locale del comune di Pollica (che peraltro appare sconfinare territorialmente), i carabinieri e la guardia costiera: Mastrogiovanni, evidentemente impressionato, tenta una fuga in mare, ma alla fine si consegna e viene condotto dalle forze di polizia nell’ospedale di Vallo della Lucania (per quanto avesse chiesto di non essere portato proprio in quell’ospedale, temendo profeticamente per la sua vita, e per quanto la legge n. 833 del 1978 permetta al destinatario di un tso per malattia mentale, per quanto possibile, la scelta del medico e del luogo di cura).

Nel quadro delle misure coercitive che Mastrogiovanni subisce, si colloca anche la contenzione chimica cui è sottoposto presso l’ospedale e alla quale neppure si oppone a fronte dell’evidenza che si tratterebbe di una inane resistenza; alla contenzione chimica seguirà la contenzione meccanica: a Mastrogiovanni, che peraltro non aveva manifestato alcuna condotta aggressiva, vengono applicate fascette dotate di viti di fissaggio ai quattro arti, a mezzo delle quali viene legato alle sbarre del letto.

L’aspetto che interessa rilevare è il fatto che Mastrogiovanni sostanzialmente *senza aver fatto nulla* sia stato sottoposto, nell’ordine, all’uso della forza da parte delle forze di polizia, a contenzione chimica (al suo arrivo nel reparto psichiatrico gli vengono somministrate una fiala di Entumin più due fiale di Trimeton) e infine alla contenzione meccanica a partire dalle ore 14.24 del 31 luglio 2009, e lo «stato di contenzione, disposto per iniziativa del dottor Barone, perdurava ininterrottamente fino alla mattina del giorno 4 agosto 2009, allorché veniva constatato il decesso del paziente» (Cassazione penale, Sez. V, sent. 20 giugno 2018 (dep. 7 novembre 2018), n. 50497).

Per durata e caratteristiche la contenzione cui Mastrogiovanni è stato sottoposto non può considerarsi ordinaria e di prassi nei reparti psichiatrici italiani, ove comunque è pacifico si pratici la contenzione meccanica, ma è invece prassi che i soggetti etichettati come “malati mentali” siano sottoposti a *misure coercitive in assenza di infrazioni legali*.

Per “misure coercitive” si devono intendere quelle misure che raggiungono il loro obbiettivo in virtù non già della collaborazione più o meno spontanea dell’individuo che vi è sottoposto, ma in virtù dell’assoggettamento di quest’ultimo all’impiego, anche solo potenziale, della forza (coercibilità): a tale impiego potenziale della forza, e non

necessariamente alla concreta applicazione della forza (coazione), poiché basta che l'evidenza del suo possibile impiego sia tale da dissuadere il soggetto da un'inane resistenza per essere di fronte a una misura coercitiva a carico del soggetto⁴⁴; e al riguardo deve peraltro osservarsi come la psichiatria coercitiva mantenga il proprio carattere coercitivo non solo quando ricorre all'uso della forza materiale, ma anche nel suo palesarsi dinanzi al paziente come apparato in grado di ricorrere in qualsiasi momento all'uso della forza materiale.

Con l'espressione "in assenza di infrazioni legali", che utilizzo per brevità e in modo generico, intendo riferirmi in questa sede fondamentalmente al caso di un individuo che non abbia commesso né reati né in generale violazioni di legge, ma anche, in via subordinata, alla situazione di un individuo che abbia eventualmente commesso una qualche violazione di legge, ma per la quale violazione l'ordinamento non reagisce in modo diretto attraverso il ricorso all'uso della forza.

Nella prassi della psichiatria coercitiva i trattamenti psichiatrici appaiono ordinariamente essere imposti, per così dire, con le "buone" o con le "cattive": sino a quando la persona etichettata come "malata mentale" ubbidisce allo psichiatra e *consente* alle sue pratiche non vi è materialmente ricorso alla coercizione; quando la stessa persona *non consente* più, allora lo psichiatra cerca di esperire diversi tentativi per convincerla a ubbidire e a consentire, se i tentativi non vanno a buon fine, allora si ricorre materialmente alla violenza e alla coercizione, sotto forma di trattamento sanitario coattivo, per vincere il dissenso del paziente.

E che tale sia la prassi lo possiamo per esempio inferire tra le righe di un articolo scritto da alcuni psichiatri, tra cui uno autorevole come Alberto Siracusano, ove si legge: «In Italia l'applicazione del tso [per malattia mentale] costituisce una delle eccezioni più frequenti all'obbligo, che il medico normalmente ha, di ottenere il consenso dell'avente diritto. In psichiatria, inoltre, *si è soliti considerare il tso anche come l'esito del fallimento di ogni tentativo di ottenere il consenso del paziente*» (corsivo mio)⁴⁵.

Il caso degli omosessuali (e più generale degli individui a vario titolo vittima dell'arresto preventivo e della detenzione di protezione) nella Germania nazista e il

⁴⁴ Cfr. S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., pp. 888-889.

⁴⁵ G. MANDARELLI, R. TATARELLI, S. FERRACUTI, A. SIRACUSANO, *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, in *Nóos*, 2012, 18, p. 44.

caso Mastrogiovanni, che può considerarsi rappresentativo di quanto può accadere a un cittadino etichettato come “malato mentale” (se si prescinde dall’estenuante contenzione meccanica subita da Mastrogiovanni), sono casi assai differenti, non fosse altro per il diverso contesto storico e giuridico in cui accadono: uno Stato totalitario nel primo caso, uno Stato costituzionale nel secondo.

Non intendo sostenere che i casi in parola siano identici e tanto meno che il “malato mentale” nella nostra società sia in qualche modo l’erede di ciò che rappresentava l’ “omosessuale” nella Germania nazista, ciò che intendo sostenere e mettere in evidenza è l’esistenza in entrambi i casi di un dispositivo di potere in grado di ricorrere alla violenza nei confronti di individui che non hanno commesso infrazioni legali; e si tratta peraltro di un dispositivo di potere che non ha come finalità prioritaria l’imposizione della legalità, bensì l’imposizione della regolarità, dell’ordine e di un certo modello di essere umano (poco importa se un modello plasmato dall’ideologia nazista o dal discorso psichiatrico).

Ed è proprio su tale *dispositivo di potere* che occorre fissare la nostra attenzione in quanto in grado di configurare uno spazio giuridico per il cittadino etichettato come “malato mentale” che è *altro* rispetto allo spazio giuridico dei cittadini “normali”.

Riccardo Guastini, nel suo *La sintassi del diritto* (2011), scrive: «L’espressione “Stato di diritto” è soggetta ad usi diversi, ma tutti i suoi usi condividono un semplice nocciolo comune: lo Stato di diritto si contrappone al governo dispotico e arbitrario. Dal punto di vista della teoria del diritto, un governo “non dispotico” e “non arbitrario” è, molto semplicemente, un ordinamento nel quale vengano congiuntamente (1) il principio di libertà e (2) il principio di legalità. In virtù del *principio di libertà* ai privati cittadini è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato. In virtù del *principio di legalità* ai pubblici poteri è vietato tutto ciò che non è espressamente permesso»⁴⁶.

⁴⁶ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 336-337. Al principio di libertà si fa anche riferimento con le espressioni “norma generale esclusiva” o “norma generale negativa”, e diffusa in dottrina è l’idea che tutti gli ordinamenti necessariamente includano (esplicitamente o implicitamente) una norma generale esclusiva in quanto norma di chiusura. In argomento R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 170 ss. e pp. 191-192.

Negli ordinamenti giuridici di matrice liberale vale per i cittadini, se non altro quando in gioco vi sia la libertà personale, il menzionato principio di libertà che appunto prevede che tutto ciò che non sia espressamente vietato dalla legge sia dalla legge implicitamente permesso; si noti come il principio di libertà valga per i privati cittadini, ma non per la pubblica amministrazione, per la quale vige piuttosto l'opposto principio di legalità in senso stretto, in base al quale tutto ciò che non è espressamente autorizzato dalla legge deve ritenersi implicitamente vietato dalla legge.

In alcuni ordinamenti giuridici liberali il principio di libertà è espressamente previsto: così la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (26 agosto 1789) vigente in Francia prevede all'articolo 5: «Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che la legge non ordina».

L'ordinamento giuridico italiano non contiene una norma simile a quella francese e il principio di libertà non è pertanto positivamente stabilito; tuttavia dal punto di vista della teoria costituzionale dei diritti il principio di libertà deve ritenersi un principio implicito dell'ordinamento giuridico complessivo e l'interpretazione deve muovere dal riconoscimento che la situazione di libertà del cittadino sia un presupposto e che possa essere limitata solo dalla legge.

La Corte costituzionale riconosce la vigenza nel nostro ordinamento del principio di libertà come "principio supremo dello Stato di diritto" laddove afferma che quando in gioco vi sia la generale sfera di libertà dei consociati «questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge» (Corte cost., sentenza n. 115/2011); la libertà dei cittadini per la Corte è «suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare» (Corte cost., sentenza n. 115/2011)⁴⁷.

Nella sentenza in parola la Corte costituzionale afferma con forza la centralità del principio di libertà nella vita dell'ordinamento, oltre a richiamare la centralità del correlativo principio di legalità sostanziale: il primo principio valido per i singoli, il secondo principio valido invece per l'amministrazione.

⁴⁷ Sulla sentenza n. 115/2011 della Corte cost., vedi P. Cerbo, *Principio di legalità e "nuove ed inedite" fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le Regioni*, 2012, pp. 215 ss.

Riguardo al principio di legalità sostanziale la Corte osserva: «Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» (Corte cost., sentenza n. 115/2011).

In altri termini, nell'ambito di uno Stato di diritto, vi è una sfera individuale di libertà sottratta all'invasione dei pubblici poteri e lo Stato, per usare le parole di Giuseppe Rescigno, «non pretende di sindacare l'uso che di tali [diritti di] libertà fa l'individuo, e quindi non pretende di entrare nella sua coscienza, nella sua ideologia, nelle sue intenzioni. Il diritto si limita a definire il più rigorosamente possibile i comportamenti vietati, e al di fuori di questi lascia piena e totale libertà all'individuo»: se ciò non accade, allora vi è «un regresso secco rispetto alla ideologia liberale»⁴⁸.

In ambito penale, ove più che in altri settori lo Stato ricorre all'uso della forza ed è più grave e immediato il pregiudizio che la libertà personale del cittadino può subire, il principio di libertà ricordato da Guastini trova diretta ed esplicita espressione in quel *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* che caratterizza il modello garantista di diritto penale.

Si può affermare che in uno Stato di diritto, per come ordinariamente ritenuto dalla nostra cultura giuridico-politica, al di fuori dei comportamenti vietati espressamente dal diritto vi debba essere libertà e che sia inconcepibile (anche perché emblematicamente arbitrario e dispotico) un ricorso diretto a misure coercitive da parte degli apparati dello Stato nei confronti di un cittadino che non abbia posto in essere un comportamento vietato espressamente dal diritto.

⁴⁸ G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 640.

Il caso di Mastrogiovanni (almeno sino al momento in cui inizia la contenzione meccanica) è rappresentativo del *modus operandi* ordinario e tipico della psichiatria coercitiva: ricorso alla violenza (anche ad atti di violenza brutale) nei confronti di cittadini etichettati come “malati mentali” al fine di recluderli e assoggettarli a trattamenti psichiatrici non richiesti e non voluti.

La psichiatria coercitiva colloca il cittadino etichettato come “malato mentale” in uno spazio giuridico in cui (presunti) difetti della personalità senza illegalità determinano misure coercitive nonostante nessuna legge positiva vieti, per esempio, di essere depressi, di avere delle turbe emotive o dei gravi stati di ansia; e si tratta peraltro di misure coercitive che non si limitano a imporre la detenzione in un luogo, ma che implicano la sottoposizione del cittadino a trattamenti invasivi dell'integrità fisica e con possibili effetti collaterali gravi e irreversibili.

Nello spazio giuridico in cui è collocato il cittadino etichettato come “malato mentale” si affievolisce allora quel *principio di libertà* che è elemento qualificante dello spazio giuridico tipico dello Stato di diritto.

4. Principio del danno e malattia mentale

In un ordinamento costituzionale di impronta liberale sussiste per l'individuo una generale situazione di libertà costituzionalmente garantita e le limitazioni della libertà possono essere poste in essere solo in presenza di un interesse collettivo direttamente rilevante che rappresenti una adeguata giustificazione della limitazione stessa; per usare le parole di un'autorevole costituzionalista, Lorenza Carlassare, essendo la nostra Costituzione (oltre che “sociale”) «legata alla tradizione liberale e ai suoi principi, che vi trovano energica riaffermazione», si ha che «ogni limitazione alla libertà [...] deve trovare un'adeguata giustificazione negli interessi collettivi» e che «in principio la Costituzione pone delle affermazioni di libertà e la limitazione non è la regola, ma l'eccezione»⁴⁹.

Da un punto di vista costituzionale, con riferimento al nostro ordinamento costituzionale (di impronta garantistica nel senso della tradizione liberale, e non solo

⁴⁹ L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., pp. 110-111, proprio discutendo di diritto alla salute; ma vedi anche, nel medesimo senso, S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., p. 904.

solidaristica, almeno per le libertà non economiche) ma più in generale agli ordinamenti degli Stati costituzionali, si può affermare che una limitazione della libertà individuale possa giustificarsi in funzione di un superiore e direttamente rilevante interesse collettivo.

Lo Stato è l'ente dotato del monopolio della forza che governa una società in un determinato territorio: una sua fondamentale caratteristica posseduta in via esclusiva consiste nella possibilità di usare la forza (nel senso materiale del termine, ossia come violenza fisica su persone e cose) e di avere il monopolio dell'uso della forza entro i suoi confini.

Non vi è dubbio che uno Stato costituzionale possa limitare i diritti dei cittadini in nome di "interessi collettivi" e anche far ricorso a misure coercitive, ma la domanda alla quale occorre rispondere è la seguente: quali sono le circostanze che si ritengono poter giustificare e legittimare un diretto e immediato intervento coercitivo sul cittadino da parte dello Stato?

La risposta a tale domanda ci fornisce peraltro anche delle indicazioni circa gli "interessi generali" che possono ritenersi idonei a giustificare limitazioni della libertà dei cittadini, in particolare ove si tratti di limitazioni particolarmente significative, stante che un interesse riconosciuto dallo Stato come "generale" non giustifica *ipso facto* limitazioni della libertà in nome di quell'interesse⁵⁰.

Per rispondere alla domanda che ci siamo posti vale la pena intanto richiamare le parole utilizzate da un insigne filosofo del diritto, Paolo Comanducci, nel suo nel suo *Assaggi di metaetica due* (1998): «Le uniche limitazioni legittime, in un'ottica liberale, al principio di uguaglianza [tutti gli uomini hanno uguali diritti fondamentali] sono costituite dalle restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali basate (non su di un essere o un appartenere) ma su di un fare. Non qualunque azione, però, può essere considerata ragione giustificante di una tale restrizione: deve trattarsi esclusivamente di azioni che provochino un danno ad altri. E sono ritenute provocare un danno ad

⁵⁰ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al caso della natalità: lo Stato può senza dubbio ritenere che l'incremento del tasso di natalità costituisca un interesse generale, può anche promuovere e favorire con apposite politiche la natalità, ma sarebbe inconcepibile per un ordinamento liberale la previsione di restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali a carico dei soggetti che non hanno prole pur essendo in grado di averne.

altri solo quelle azioni che violano i diritti altrui, ad esclusione quindi degli atti esterni che ledono soltanto interessi non (giuridicamente o moralmente) protetti degli altri»⁵¹.

Ora, la risposta alla domanda in argomento più ampiamente accettata nel discorso politico-giuridico contemporaneo fa riferimento al cosiddetto “harm principle” e consiste nel ritenere che la libertà individuale possa essere limitata solo per prevenire un danno ad altri, danno che può includere danni fisici e psicologici, ma anche, per esempio, danni alla reputazione e alla proprietà, o ancora danni all’ambiente.

Il principio del danno viene in genere associato all’opera di John Stuart Mill, che nel suo *On Liberty* (1859) afferma e difende tale principio, ossia che l’unico fine per il quale la forza può legittimamente essere esercitata su di un individuo contro la sua volontà sia quello di impedire che cagioni danni ad altri, e precisamente danni a quegli interessi che per espressa disposizione di legge o per convenzione siano considerati diritti⁵².

Mill nel formulare il principio del danno si ispira peraltro all’idea di Jeremy Bentham, espressa nella sua opera fondamentale *Introduction to the principles of morals and legislation* (1789), per cui non sono moralmente giustificabili norme che vietano condotte che procurano un danno solo a chi le pone in essere, cosa che implica che siano moralmente giustificate solo proibizioni di condotte dannose per terzi⁵³.

Già in apertura del suo saggio, Mill afferma: «Il principio è che l’umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d’azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri» e che «perché la costrizione o la punizione siano giustificate, l’azione da cui si desidera distoglierlo deve essere intesa a causar danno a qualcun altro. Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve render conto

⁵¹ P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 32-34 (la citazione è ripresa dal capitolo *Diritti umani e minoranze*, testo rivisto di una relazione presentata a un simposio internazionale tenutosi a Città del Messico nel 1993).

⁵² J.S. MILL, *Saggio sulla libertà* (1859), Il Saggiatore, Milano, 1991.

⁵³ Una prima edizione di *Introduction to the principles of morals and legislation* viene pubblicata nel 1789, mentre una seconda edizione, rivista e approvata dallo stesso Bentham, appare nel 1823. Per una traduzione in italiano della seconda edizione: J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Utet, Torino, 1998. Da ricordare che Mill è stato un ammiratore di Bentham, cui si riferiva come “the great questioner of things established” e “the father of English innovation”.

alla società è quello riguardante gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano»⁵⁴.

Il diritto per Mill deve occuparsi di reprimere le azioni che recano "danno", quindi «in presenza di un preciso danno, o di un preciso rischio di danno», a "terzi", cioè ad altri individui, diversi dall'individuo che pone in essere la condotta dannosa⁵⁵; quando invece in gioco vi sia il bene (fisico o morale) dell'individuo o anche condotte dell'individuo che coinvolgano solo i suoi interessi (o di altre persone consenzienti), non sono giustificate costrizioni o punizioni nei confronti dell'individuo stesso in nome di tale bene o in ragione di tali condotte⁵⁶.

Importante osservare come per Mill siano sanzionabili solo condotte lesive di diritti altrui e non condotte lesive di meri interessi o che determinino un generico dispiacere: «Il fatto di vivere in società rende indispensabile che ciascuno sia obbligato a osservare una certa linea di condotta nei confronti degli altri. Questa condotta consiste, in primo luogo, nel non danneggiare gli interessi reciproci, o meglio certi interessi che, per esplicita disposizione di legge o per tacito accordo, dovrebbero essere considerati diritti»⁵⁷, fermo restando che «gli atti di un individuo possono arrecare danno ad altri o non tenere in giusta considerazione il loro benessere, senza giungere al punto di

⁵⁴ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 12-13.

⁵⁵ «In breve, in presenza di un preciso danno, o di un preciso rischio di danno, per il pubblico o per un individuo, il caso esula dalla sfera della libertà e rientra in quella della moralità o della legge» (*Ivi*, p. 94).

⁵⁶ Così Mill al riguardo: «Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell'opinione altrui, è opportuno o perfino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporti diversamente. Perché la costrizione o la punizione siano giustificate, l'azione da cui si desidera distoglierlo deve essere intesa a causar danno a qualcun altro» (*Ivi*, pp. 12-13); e inoltre: «Non appena qualsiasi aspetto della condona di un individuo diventa pregiudiziale degli interessi altrui, ricade sotto la giurisdizione della società, e ci si può chiedere se questa interferenza giovi o meno al benessere generale. Ma tale questione non si pone in alcun modo quando la condotta di un individuo coinvolge soltanto i suoi interessi, o coinvolge quelli di altre persone consenzienti (tutti essendo maggiorenni e dotati di normali facoltà mentali). In tutti questi casi, vi dovrebbe essere piena libertà, legale e sociale, di compiere l'atto e subirne le conseguenze» (*Ivi*, p. 87).

⁵⁷ *Ivi*, p. 86.

violare alcuno dei loro diritti costituiti. In questo caso il colpevole può essere giustamente condannato dall'opinione, ma non dalla legge»⁵⁸.

Un individuo può subire un danno ai propri interessi senza tuttavia subire un danno ai propri diritti; così, per esempio, un individuo può ritenere lesi i propri interessi per il fatto che nel negozio vicino casa non si vendano abiti della sua taglia, per il fatto che una persona con la quale doveva fare una passeggiata nel bosco non si sia presentata all'appuntamento o anche per il fatto di aver perso una partita di tennis, ma non potrà dire di aver subito un danno ai propri diritti in quanto non tutti gli interessi (interesse a comprare abiti vicino casa, interesse a fare una passeggiata con una persona, interesse a vincere la partita di tennis) sono diritti, essendo diritti solo quegli interessi che la legge o il tacito accordo riconoscono come diritti.

Il principio del danno, che rappresenta un limite morale all'attività del legislatore, esprime un principio fondamentale del liberalismo e viene poi ripreso e approfondito, tra gli altri, dal classico Joel Feinberg, *Harm to Others* (1984), per il quale peraltro non solo l'*harm principle*, ma anche l'*offence principle* è da considerarsi in grado di giustificare l'intervento dello Stato⁵⁹.

Nell'ambito di una visione liberale si sostiene il principio del danno e si esclude (contro il moralismo legale) la possibilità che lo Stato sia moralmente legittimato a imporre a un individuo di fare ciò che altri considerino "buono" e "giusto" (o anche, correlativamente, di vietare azioni sulla base esclusiva del fatto che tali azioni siano moralmente censurabili).

A prescindere dall'attenzione riservata al principio del danno dai liberali contemporanei, si può affermare che tale principio sia anche penetrato profondamente nella mentalità dei decisori politici e dei cittadini comuni delle democrazie occidentali,

⁵⁸ *Ivi*, pp. 86-87.

⁵⁹ Per recenti e autorevoli difese dell'*harm principle*, oltre a J. FEINBERG, *Harm to Others*, Oxford University Press, New York, 1984 (primo dei quattro volumi che compongono *The Moral Limits of the Criminal Law* di Feinberg, trattato dedicato in modo specifico al diritto penale, ma contenente considerazioni per lo più riferibili al diritto in generale), vedi anche, per esempio, H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986. Ma si veda anche, per una critica del paternalismo che fa ampiamente appello al principio del danno, R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Gallimard, Paris, 2007.

una mentalità che appare orientata in senso liberale rispetto al trattamento che si ritiene lo Stato possa riservare agli individui e alle loro condotte.

In accordo con il principio del danno, il danno è una condizione necessaria ma non sufficiente dell'intervento dello Stato, dal momento che il danno può essere di entità troppo scarsa per giustificare un intervento limitativo della libertà oppure in quanto il danno può verificarsi nell'ambito di attività nelle quali i partecipanti accettino in modo volontario e consapevole la possibilità di subire un danno; e come anche sottolineava Comanducci, solo azioni che violano "diritti" di altri e non meri "interessi" sono considerate poter determinare un "danno" in grado di legittimare un intervento dello Stato teso a evitare che tali azioni siano poste in essere.

In un'ottica liberale appaiono potersi riconoscere come valide le seguenti affermazioni e ciò anche da chi ponga in evidenza alcuni profili problematici del limite del danno: i) un danno irrilevante e relativo a meri interessi (non giuridicamente o moralmente protetti) non legittima alcun intervento limitativo della libertà da parte dello Stato in accordo con il principio del danno; ii) morte, lesioni fisiche e inoltre furto e danneggiamento di una proprietà altrui, sono casi paradigmatici di un "danno" che legittima l'intervento statale in accordo con il principio del danno⁶⁰; iii) una *minima* restrizione della libertà di un individuo per evitare un danno a un *rilevante* bene dell'individuo stesso (con l'esclusione di beni di natura morale), ossia una forma di paternalismo legale soft, può ritenersi tendenzialmente accettabile anche da un punto di vista liberale antipaternalistico⁶¹.

Se poniamo da un lato il "danno" (che terzi possono subire) e dall'altro le "restrizioni della libertà" (che uno Stato può legittimamente porre in essere per evitare il danno o rispondere a esso), si può affermare che si tratti di elementi che possono considerarsi essere in un rapporto di proporzionalità diretta: a danni di gravità crescente, corrispondono restrizioni della libertà di intensità crescente, mentre meno grave è il danno, meno intense devono essere le restrizioni della libertà; al limite, in assenza di danno a terzi, non vi può essere restrizione della libertà, anche se, come si è pocanzi ricordato, siano ritenute in genere ammissibili in un'ottica liberale forme di

⁶⁰ Cfr. A. WERTHEIMER, *Liberty, Coercion, and the Limits of the State*, in R.L. SIMON (ed.), *The Blackwell Guide to Social and Political Philosophy*, Blackwell, Malden, 2002, p. 45.

⁶¹ Cfr., in tal senso, J. FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986, pp. 98 ss. (con esempi relativi alla regolamentazione dei farmaci e alla guida di motocicli).

soft paternalismo (purché il possibile danno a se stessi sia grave e le restrizioni della libertà minime).

A quest'ultimo riguardo si può fare l'esempio del motociclista cui si imponga l'obbligo di indossare il casco: il danno temuto per quanto non relativo a terzi è grave (morte o grave trauma in caso di incidente), mentre la restrizione della libertà è minima: permette di andare comunque in moto, consiste nell'indossare temporaneamente un casco (dispositivo privo di particolari effetti collaterali) e la sanzione in caso di inosservanza dell'obbligo è di natura pecuniaria.

L'idea che un intervento coercitivo incidente sulla libertà personale e configurato dall'ordinamento come reazione diretta e immediata alla condotta di un individuo possa essere giustificato solo per condotte che rechino (o possano recare) danni (gravi) a terzi può ritenersi per *communis opinio* una caratteristica essenziale dello Stato di diritto di matrice liberale⁶².

Tuttavia nello spazio giuridico in cui è collocato il cittadino etichettato come "malato mentale" si affievolisce quel principio del danno che è elemento qualificante dello spazio giuridico tipico dello Stato di diritto nella sua forma contemporanea.

Il cittadino etichettato come "malato mentale" subisce infatti un intervento coercitivo a opera della psichiatria coercitiva senza aver posto in essere alcuna condotta che abbia determinato un danno a terzi (nel senso di una violazione di diritti

⁶² Cfr. C.S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, trad. it. *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 371 ss. e A. PINTORE, *Diritto e Stato*, in M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 101-102. Più in generale nella dottrina costituzionalistica si osserva come nello Stato costituzionale valga, come spiega Giuseppe De Vergottini nel suo *Diritto costituzionale* (2010), «un principio di *compatibilità* della libertà individuale di ognuno rispetto alle molteplici sfere di libertà di ogni altro soggetto. Per l'ordinamento costituzionale il concetto di libertà individuale non vale come concetto assoluto ma sempre come *concetto relativo*, in quanto la libertà di ognuno deve essere garantita e protetta senza provocare interferenze o offese alla libertà dei molteplici altri soggetti con cui l'individuo viene in relazione. [...] La pienezza della libertà individuale trova quindi un inevitabile limite nelle molteplici altre sfere di libertà individuali esistenti» (G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, p. 297). E si tratta di idee e principi che possiamo vedere all'opera già nelle formule di due articoli della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: «La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Questi limiti possono essere determinati solo dalla legge» (art. 4) e «La legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società» (art. 5).

di terzi) o comunque, al limite, avendo posto in essere condotte alle quali l'ordinamento non risponde direttamente mediante l'uso della forza.

Si tratta di porsi la seguente domanda: è accettabile l'affievolirsi del principio del danno nel caso dei cittadini etichettati come "malati mentali"?

La risposta differisce in base al contesto ideologico, politico e giuridico all'interno del quale ci collochiamo: è intuitivo che porsi la domanda nel quadro di un ordinamento totalitario (ove la domanda invero neppure si pone) sia diverso dal porsi la domanda nel quadro di un ordinamento liberale, così come porsi la domanda aderendo a una prospettiva di rigido paternalismo legale sia diverso dal porsi la domanda aderendo a una prospettiva di liberalismo antipaternalista.

Per tale ragione la domanda deve essere così riformulata: *in una prospettiva liberale* è accettabile l'affievolirsi del principio del danno nel caso dei cittadini etichettati come "malati mentali"?

E cosa significa affrontare la domanda "in una prospettiva liberale"? Significa ricercare e formulare la risposta che sia in grado di garantire la maggior sfera di libertà possibile e di offrire la più incisiva protezione della libertà dei cittadini.

Il principio del danno è un principio liberale da intendersi come potente strumento di limitazione del potere del legislatore e, come è stato correttamente osservato, «si tratta di un principio che ha cittadinanza solamente nell'ambito di una dottrina morale che assegni alla libertà un ruolo centrale, e nell'ambito di una corrispondente dottrina politica che affermi che il ruolo dello Stato è quello di proteggere le libertà individuali nella misura più ampia possibile»⁶³.

E non è un caso che, in relazione ai diritti dei cittadini, si possa affermare che lo Stato costituzionale sia quello Stato la cui ragion d'essere e il cui fine istitutivo consistano nel rispettare, proteggere e promuovere i diritti fondamentali degli individui, anche nel senso di permettere la massima espansione possibile di tali diritti⁶⁴.

⁶³ P. TINCANI, *Principio del danno e omosessualità*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2015, 15, p. 55.

⁶⁴ Sulla nozione di Stato costituzionale, cfr., tra gli altri, G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 20 ss.; A. PINTORE, *Diritto e Stato*, cit., pp. 89 ss. (in part. pp. 93 ss.); E. CHELI, *I fondamenti dello "Stato costituzionale"*, in www.astrid-online.it, 2005; B. CELANO, *Stato di diritto*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero*

Riguardo alla risposta alla domanda in argomento ritengo che in una prospettiva liberale non sia accettabile che per i cittadini etichettati come “malati mentali” si affievolisca il principio liberale del danno e ciò in particolare per le due ragioni di cui qui di seguito.

In primo luogo, la privazione della libertà subita dal cittadino etichettato come “malato mentale” è la più grave e pervasiva privazione della libertà che un cittadino possa subire a opera dello Stato, consistendo non solo nel subire misure coercitive a opera delle forze di polizia e una forma di detenzione, ma anche nell’invasione della sfera corporale della persona attraverso la sottoposizione coercitiva a trattamenti psichiatrici, come la somministrazione di psicofarmaci (che è attualmente la terapia dominante in ambito psichiatrico).

E si tratta di trattamenti che possono presentare effetti collaterali anche gravi e irreversibili, come pacificamente riconosciuto nella letteratura medica e senza considerare il parere di chi, come lo psichiatra Peter R. Breggin nel suo *Brain-Disabling Treatments in Psychiatry. Drugs, Electroshock, and the Psychopharmaceutical Complex* (2008), osserva che «all psychiatric treatments - drugs, electroshock, and lobotomy - work by disrupting the function of the brain and mind, creating effects that are then interpreted (or misinterpreted) as improvements»⁶⁵.

Peraltro, si osservi incidentalmente, nel caso in cui il cittadino opponga una qualche resistenza all’essere catturato dalle forze di polizia o all’invasione della propria sfera corporale da parte di psichiatri e infermieri, tale forma di resistenza determina una reazione ancora più violenta da parte della psichiatria coercitiva che può sfociare nel sottoporre il cittadino a contenzione chimica e a contenzione meccanica, dopo averlo etichettato come “aggressivo”; e qui sta peraltro il carattere grottesco di ciò che subisce il cittadino etichettato come “malato mentale”: la sua eventuale reazione alla violenza della psichiatria coercitiva (che comprende anche la violenza posta in essere dalle forze di polizia), viene utilizzata per giustificare e legittimare un surplus di violenza ai suoi danni in una sorta di irragionevole “guerra” degli apparati dello Stato nei confronti del singolo cittadino.

giuridico e al diritto positivo, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 401 ss.; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 21 ss.

⁶⁵ P.R. BREGGIN, *Brain-Disabling Treatments in Psychiatry. Drugs, Electroshock, and the Psychopharmaceutical Complex*, Springer, New York, 2008, p. 1.

Ora, a prescindere da ogni valutazione degli effetti dei trattamenti psichiatrici, il principio liberale del danno non può cedere proprio di fronte alla più grave e pervasiva privazione della libertà che un cittadino possa subire, anche in quanto in caso contrario non sarebbero garantite né la maggior sfera di libertà possibile, né la più ampia protezione della libertà.

In una prospettiva liberale si può anche ritenere ammissibile che il principio del danno possa affievolirsi di fronte a una *minima* restrizione della libertà imposta dalla legge (come nel caso dell'obbligo di indossare il casco per i motociclisti), ma di fronte a una *grave* restrizione della libertà come quella imposta ai cittadini etichettati come "malati mentali" dalla psichiatria coercitiva non solo diventa inammissibile l'affievolirsi del principio del danno, ma tale principio andrebbe anzi applicato nella maniera più piena e rigorosa.

In secondo luogo, il principio del danno non può ritenersi poter cedere di fronte a un'etichetta come "salute" o "malattia mentale" in quanto in caso contrario verrebbe fortemente indebolita quella protezione della libertà dei cittadini che in una prospettiva liberale deve essere invece garantita al massimo grado.

Tenere fermo il principio del danno anche in materia di salute (e di malattia mentale), riconoscendone la piena operatività anche in tale materia, significa garantire la massima protezione della libertà; all'opposto pensare che in nome della salute sia legittimo non rispettare e obliterare il principio del danno indebolisce gravemente la libertà e la sua protezione.

Ritengo che un esempio possa essere utile a mostrare perché il principio del danno debba trovare piena applicazione anche nel caso di un individuo etichettato come "malato mentale" al quale si pretenda di far subire interventi coercitivi in nome della sua "salute".

Nella Germania nazista gli omosessuali furono oggetto di un'ampia persecuzione, nell'ambito della quale un omosessuale (in particolare attraverso gli strumenti dell'arresto preventivo e della detenzione di protezione) poteva essere internato anche senza aver commesso il reato previsto dal codice penale tedesco (già in sé persecutorio) e anche nel caso avesse già scontato la pena prevista⁶⁶.

⁶⁶ In argomento vedi i testi citati *supra* alla nota 40.

Si ricordi al riguardo che l'omosessualità maschile nella Germania nazista era considerata un reato e che veniva punita con la reclusione, come previsto dall'allora vigente paragrafo 175 del codice penale tedesco, paragrafo già in vigore nell'Impero tedesco sin dal 1871 e che riprendeva una norma anti-sodomia dello Stato prussiano; nel 1935 al paragrafo 175 venne aggiunto il paragrafo 175a in base al quale anche i semplici atti erotici tra uomini (senza rapporti sessuali) venivano puniti: se il paragrafo 175 originario richiedeva per la condanna che si fosse consumato un rapporto sessuale e che vi fossero prove di tale consumazione, in base al paragrafo 175a, per come interpretato e applicato dai nazisti, qualsiasi forma di contatto fisico tra uomini (ma anche uno sguardo ritenuto lascivo) determinava la possibilità di detenzione dell'omosessuale (o presunto tale), e il tutto anche sulla base di meri sospetti⁶⁷.

Ora, ed è ciò che interessa particolarmente rilevare in questa sede, nella Germania nazista una delle giustificazioni di carattere generale per l'internamento e il trattamento degli omosessuali riguardava proprio la "salute": gli omosessuali venivano internati in quanto l'omosessualità veniva considerata una "malattia", una "inclinazione contro natura" che andava "curata" attraverso, per esempio, lo svolgimento costante di un'attività lavorativa (lavoro forzato) o la castrazione⁶⁸.

E proprio in quanto "malati" gli omosessuali internati nei campi di concentramento furono sottoposti a trattamenti medici per "guarirli" e a specifiche sperimentazioni mediche (come l'impianto chirurgico di una ghiandola ormonale artificiale) per individuare una "cura" contro l'omosessualità⁶⁹; non è neppure un caso che tra gli internati proprio gli omosessuali, in proporzione, si possano ritenere essere stati utilizzati con particolare frequenza per gli esperimenti dei medici durante il nazismo⁷⁰.

Himmler in diversi suoi discorsi, per esempio nel 1937 a Bad Tölz in un centro di addestramento per ufficiali delle SS o nel 1939 ad Amburgo davanti ai leader delle SS,

⁶⁷ Il paragrafo 175 rimase in vigore (sia pur modificato) in Germania sino al 1994, quando tale paragrafo venne abrogato dal codice penale.

⁶⁸ Cfr. L. PINE, *Hitler's 'National Community'. Society and Culture in Nazi Germany*, Bloomsbury Academic, London New York, 2017, pp. 190-191.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Cfr. E. KOGON, *Der SS-Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager*, Heyne, München, 1988, pp. 271 ss.

parlò esplicitamente dell'omosessualità come di una "malattia" che andava combattuta e che riteneva essersi ampiamente diffusa in Germania al pari delle malattie veneree⁷¹.

Immaginiamo ora di trovarci di fronte a una siffatta argomentazione per giustificare interventi coercitivi su persone etichettate come "omosessuali": l'omosessualità è una "malattia mentale" e gli omosessuali, per quanto possano non riconoscere o non essere consapevoli di essere "malati", devono comunque essere curati anche contro la loro volontà a tutela della loro stessa "salute".

E non si tratta di una argomentazione esclusiva del discorso nazista sull'omosessualità: così, per esempio, tuttora in alcuni paesi, come l'Ecuador e la Cina, si procede a internamenti di omosessuali (uomini e donne), in genere contro la volontà dei diretti interessati, in strutture sanitarie che hanno come finalità la "cura" dell'omosessualità, una "cura" che sovente comporta violenze di ogni tipo ai danni dei "pazienti"⁷².

Si osservi inoltre come l'omosessualità non sia stata considerata una "malattia" solo nella Germania nazista: sino al 1973 il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), testo di riferimento per tutti i professionisti della salute mentale, la annoverava tra i disturbi mentali, e la scelta dell'American Psychiatric Association di non considerare più l'omosessualità una malattia psichiatrica non fu una scelta propriamente volontaria e autonoma, bensì una conseguenza delle azioni di lotta e di protesta del movimento gay statunitense⁷³.

⁷¹ Cfr. R. PLANT, *The Pink Triangle: The Nazi War Against Homosexuals*, cit., pp. 46 ss.

⁷² Vedi F. LEPORE, *Ecuador, ragazze seviziate per guarire dall'omosessualità. Lo scandalo delle cliniche degli orrori*, in *Huffington Post*, 30 luglio 2013, disponibile al link: https://www.huffingtonpost.it/2013/07/30/ecuador-gay-curati-con-sevizie_n_3674711.html [ultimo accesso 15 maggio 2020]; HUMAN RIGHTS WATCH, *Report Conversion Therapy Against LGBT People in China* (2017), disponibile al link: <https://www.hrw.org/report/2017/11/15/have-you-considered-your-parents-happiness/conversion-therapy-against-lgbt-people> [ultimo accesso 15 maggio 2020].

⁷³ Il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM) è la classificazione dei disturbi mentali dall'American Psychiatric Association (APA). L'ultima edizione del DSM è stata pubblicata nel maggio 2013 e denominata DSM-5 (American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, DSM-5*, American Psychiatric Association, Arlington, 2013), le edizioni precedenti sono state: nel 1952 il DSM-I, nel 1968 il DSM-II, nel 1980 il DSM-III, nel 1987 la revisione DSM-III-R, nel 1994 il DSM-IV e nel 2000 il DSM-IV-TR, *Text Revision* della quarta edizione. Alla cancellazione dell'omosessualità dall'elenco delle malattie mentali si arrivò grazie alla lotta e alle pressioni del movimento gay. Il punto di svolta fu la rivolta di Stonewall del 1969, quando gay e poliziotti si scontrarono per giorni al *Greenwich Village* di New York: il movimento di liberazione gay nacque in seguito ai

L'argomentazione pocanzi formulata può essere affrontata ritenendo che il principio del danno sia operativo anche di fronte a etichette come "salute" e "malattia mentale" oppure ritenendo che il principio del danno non sia operativo essendo in gioco la "salute" e la "malattia mentale".

Se rinunciamo al principio del danno, l'argomentazione in parola non può essere immediatamente respinta e diventa plausibile un intervento coercitivo nei confronti dell'omosessuale in quanto "malato mentale" a tutela della sua "salute".

Se all'opposto manteniamo fermo il principio del danno, l'argomentazione in parola può essere immediatamente respinta e diventa inaccettabile qualsiasi intervento coercitivo sull'omosessuale in nome della "salute" dello stesso, anche nell'eventualità si dovesse considerare l'omosessualità una "malattia mentale".

Non solo, mantenere fermo il principio del danno, sbarrando la strada alla possibilità che "salute" e "malattia mentale" possano diventare potenti strumenti nella mani del potere legislativo o del potere esecutivo in grado di restringere fortemente e al limite annichilire la libertà dei cittadini.

L'esempio fatto mette in evidenza come la scelta di mantenere pienamente operativo il principio del danno di fronte alle etichette "salute" e "malattia mentale" permetta di garantire una maggiore e più intensa protezione della libertà dei cittadini rispetto alla scelta opposta, con la conseguenza che in una prospettiva liberale si debba necessariamente optare per rispettare il principio del danno anche nel caso e a beneficio delle persone etichettate come "malate mentali" e contro la pretesa di intervenire coercitivamente su di esse in nome di quella che sarebbe la loro "salute".

fatti di Stonewall; gli attivisti gay organizzati iniziarono forti proteste contro l'*American Psychiatric Association*, anche interrompendo i lavori del suo congresso annuale nel 1970 e poi ancora nel 1971, congresso che per quattro anni, dal 1970 al 1973, fu la scena principale delle proteste sulla diagnosi psichiatrica di omosessualità. Sull'omosessualità come malattia psichiatrica, cfr. R. BAYER, *Homosexuality and American Psychiatry: The Politics of Diagnosis*, Princeton University Press, Princeton, 1987 (seconda edizione ampliata rispetto alla prima Basic Books, New York, 1981); H. KUTCHINS, S.A. KIRK, *Making Us Crazy. DSM - The Psychiatric Bible and the Creation of Mental Disorders*, Free Press, New York, 1997, trad. it. *Ci fanno passare per matti. Il DSM: la bibbia della psichiatria e la creazione dei disturbi mentali*, Fioriti, Roma, 2003, pp. 59 ss.; J. DRESCHER, *Storia del rapporto tra omosessualità e istituzione psicoanalitica*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, 2010, 2, pp. 151 ss.

5. Principio del danno e pericolosità del malato mentale

Si potrebbe in ipotesi affermare che il principio del danno sia in via generale rispettato dalla psichiatria coercitiva sostenendo che il soggetto etichettato come “malato mentale” sia pericoloso e violento, precisamente *più a rischio* di commettere atti di violenza rispetto alla popolazione generale, ma si tratta di una posizione insostenibile in quanto l’idea che i soggetti etichettati come “malati mentali” siano in quanto tali pericolosi e violenti non ha un reale fondamento.

L’immagine del “paziente mentale violento” è ancora oggi perpetuata dai notiziari e dall’industria dell’intrattenimento⁷⁴; e non si tratta di qualcosa di “innocuo”: la percezione pubblica del legame tra malattia mentale e violenza, plasmata dai mezzi di comunicazione, è centrale nel condurre alla stigmatizzazione e alla discriminazione dei soggetti etichettati come “malati di mente” e nel far ritenere giustificati trattamenti coercitivi verso tali soggetti⁷⁵; non solo, la presunzione che tali soggetti siano violenti, può finire per giustificare la violenza contro di loro, che infatti è molto più frequente rispetto a quella subita dalla popolazione in generale⁷⁶.

L’idea che alcune persone malate di mente debbano essere sottoposte coercitivamente a dei trattamenti psichiatrici al fine di promuovere la sicurezza collettiva ha un ampio sostegno nell’opinione pubblica e invero anche nelle legislazioni

⁷⁴ Cfr. tra gli altri, G. GERBNER, L. GROSS, N. MORGAN, N. SIGNORIELLI, *Health and medicine on television*, in *New England Journal of Medicine*, 1981, 305, pp. 901 ss.; J. PHELAN, B. LINK, A. STUEVE, B. PESCOLIDIO, *Public conceptions of mental illness in 1950 and today: Findings from the 1996 General Social Survey Module on Mental Health*, Paper presented at the annual meeting of the American Sociological Association, Toronto, 1997.

⁷⁵ Cfr. J.C. PHELAN, B.G. LINK, *The growing belief that people with mental illnesses are violent: the role of the dangerousness criterion for civil commitment*, in *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 1998, 33, pp. 7 ss.; B.A. PESCOLIDIO, J. MONAHAN, B.G. LINK, ET AL., *The public’s view of the competence, dangerousness, and need for legal coercion of persons with mental health problems*, in *American Journal of Public Health*, 1999, 89, pp. 1339 ss.; B.G. LINK, J.C. PELAN, *Labeling and Stigma*, in C.S. ANESHENSEL, J.C. PHELAN, A. BIERMAN (eds.), *Handbook of the Sociology of Mental Health*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 525 ss.

⁷⁶ Peralto, si osservi incidentalmente, in alcuni studi si è evidenziato come le forze di polizia abbiano la propensione a ricorrere più facilmente e in modo più inteso all’esercizio materiale della forza (fino al caso estremo dell’utilizzo di armi da fuoco) quando si trovino ad interagire con soggetti etichettati come “malati mentali” rispetto a quanto accade con soggetti “normali”; tale propensione, secondo alcuni, sarebbe da collegarsi al fatto che gli agenti di polizia tendano a ritenere i malati mentali come imprevedibili e pericolosi e al limite ad avvicinarsi a essi come a dei pericolosi criminali piuttosto che come a dei soggetti malati. In argomento J. RUIZ, C. MILLER, *An Exploratory Study of Pennsylvania Police Officers’ Perceptions of Dangerousness and Their Ability to Manage Persons with Mental Illness*, in *Police Quarterly*, 2004, 7, pp. 359 ss.

nazionali, così, per esempio, negli Stati Uniti il “danger to others” è un espresso criterio legale per l'internamento coatto (*civil commitment*, indicato anche come *involuntary hospitalization*), per quanto non l'unico⁷⁷.

Nel 1992 John Monahan, autorevole studioso del fenomeno, prendendo in considerazione la modesta relazione emersa tra malattia mentale e violenza, osservava: «Compared with the magnitude of risk associated with the combination of male gender, young age, and lower socio-economic status for example, the risk of violence presented by mental disorder is modest. Compared with the magnitude of risk associated with alcoholism and other drug abuse, the risk associated with major mental disorders such as schizophrenia and affective disorder is modest indeed. Clearly, mental health status makes at best a trivial contribution to the overall level of violence in society»⁷⁸.

L'importanza di fattori diversi dalla malattia mentale nel determinare comportamenti violenti è stata peraltro evidenziata in una recente e ampia ricerca (che ha utilizzato le interviste fatte a quasi trentacinquemila soggetti in due fasi temporali, nel 2001-2003 e nel 2004-2005, registrando gli atti di violenza intercorsi tra le due fasi e dichiarati dagli intervistati) di Elbogen e Johnson, pubblicata nel 2009 e relativa agli Stati Uniti, in cui si è concluso che la malattia mentale grave (schizofrenia, disturbo bipolare, depressione maggiore) da sola non predice futuri comportamenti violenti, ma solo in associazione con una serie di altri fattori di vario tipo (una storia passata di violenza, l'aver avuto un genitore arrestato, l'abuso di sostanze, la giovane età, il genere maschile, uno stato di disoccupazione, un recente divorzio, ecc.)⁷⁹; in altre parole, la malattia mentale grave in sé non è un fattore di rischio significativo di comportamenti violenti futuri.

⁷⁷ Il criterio del “danger to others”, nelle leggi dei diversi Stati degli Stati Uniti, appare essere sempre accostato ad altri criteri (anche alternativi) di impronta paternalistica, come il fatto che la persona, a causa della malattia mentale, non sia in grado di provvedere ai propri bisogni essenziali (cibo, vestiti, abitazione, cure mediche) o di comprendere che la propria salute (compresa quella mentale) sia in pericolo. In argomento D. M. BENEDEK, T. A. GRIEGER, *Legal Issues in Psychiatric Practice*, in A. TASMAN, J. KAY, J.A. LIEBERMAN, M.B. FIRST, M.B. RIBA (eds.), *Psychiatry, Fourth Edition*, Wiley Blackwell, Chichester, 2015, p. 85 ss.

⁷⁸ J. MONAHAN, *Mental disorder and violent behaviour perceptions and evidence*, in *American Psychologist*, 1992, 47, p. 510.

⁷⁹ E.B. ELBOGEN, S.C. JOHNSON, *The Intricate Link Between Violence and Mental Disorder Results From the National Epidemiologic Survey on Alcohol and Related Conditions*, in *Archives of General Psychiatry*, 2009, 66, pp. 152 ss.

Il *MacArthur Violence Risk Assessment Study*, condotto negli Stati Uniti tra il 1992 e il 1995, è una delle più influenti ricerche che ha indagato la questione del rapporto tra malattia mentale e violenza. I primi risultati di tale studio furono pubblicati nel 1998 in un influente articolo di Steadman et al., *Violence by People Discharged From Acute Psychiatric Inpatient Facilities and by Others in the Same Neighborhoods*, ove, mettendo in discussione il legame tra malattia mentale e violenza, si rilevava: «There was no significant difference between the prevalence of violence by patients without symptoms of substance abuse and the prevalence of violence by others living in the same neighborhoods who were also without symptoms of substance abuse»⁸⁰.

Importanti e ampie ricerche hanno chiarito come la malattia mentale grave di per sé (ossia non in associazione con altri fattori di rischio) non predica futuri comportamenti violenti e che la percentuale di soggetti con comportamenti violenti tra i malati mentali (senza abuso o dipendenza da sostanze psicoattive, tra cui anche gli psicofarmaci) sia sostanzialmente identica a quella della popolazione generale comparabile⁸¹.

Si osservi, incidentalmente, come fattori come il sesso maschile, la giovane età e il basso status socioeconomico contribuiscano a una percentuale molto più elevata di violenza sociale rispetto alla modesta percentuale attribuibile alle malattie mentali, e inoltre come rispetto all'entità del rischio di violenza associato alla combinazione dei fattori in parola, il rischio di violenza presentato dal disturbo mentale sia modesto⁸².

La rilevazione di un'associazione tra malattia mentale e violenza in alcune ricerche non indica di per sé quale sia la direzione della relazione in termini temporali e di causalità: anche chi, come Arboleda-Florez, dopo un'ampia revisione della letteratura, ha ritenuto possibile affermare l'esistenza di un'associazione tra malattia mentale e violenza, ha dovuto riconoscere da un lato che solo una ridotta minoranza di pazienti

⁸⁰ H.J. STEADMAN, E.P. MULVEY J. MONAHAN ET AL., *Violence by People Discharged From Acute Psychiatric Inpatient Facilities and by Others in the Same Neighborhoods*, in *Archives of General Psychiatry*, 1998, 55, p. 93.

⁸¹ Cfr. J. MODESTIN, O. WUERMLE, *Criminality in men with major mental disorder with and without comorbid substance abuse*, in *Psychiatry and Clinical Neurosciences*, 2005, 59, pp. 25 ss.; E.B. ELBOGEN, S.C. JOHNSON, *The Intricate Link Between Violence and Mental Disorder Results From the National Epidemiologic Survey on Alcohol and Related Conditions*, cit.; S. FAZEL, G. GULATI, L. LINSELL, J.R. GEDDES, M. GRANN, *Schizophrenia and violence: systematic review and meta-analysis*, in *PLoS Medicine*, 6, 2009.

⁸² In tal senso J. MONAHAN, *Mental disorder and violent behaviour perceptions and evidence*, cit., p. 510; E. WALSH, T. FAHY, *Violence in society. Contribution of mental illness is low*, in *British Medical Journal*, 2002, 325, p. 508.

ospedalizzati pone in essere atti di violenza e dall'altro che, stante le numerose variabili che influenzano l'associazione, non esistono evidenze scientifiche del fatto che la malattia mentale determini causalmente la violenza⁸³.

Vi sono poi alcuni punti fermi da tenere in considerazione: il contributo della malattia mentale alla violenza sociale è minimo, si stima in genere che solo dal 3 al 5 per cento della violenza sociale (atti di violenza e omicidi) sia attribuibile ai disturbi psichiatrici, cosa che significa che se anche eliminassimo tutta la violenza attribuita ai malati mentali, la quasi totalità degli atti di violenza continuerebbe a essere presente in società in quanto perpetrata da persone "normali"⁸⁴; inoltre, altro punto fermo, solo una minima parte dei soggetti etichettati come "malati mentali" commettono atti di violenza: la quasi totalità di tali soggetti non commette alcun atto di violenza.

Anche ammesso (ma non concesso) che i soggetti etichettati come "malati mentali" siano più pericolosi della popolazione generale, in una prospettiva liberale ciò non implicherebbe *ipso facto* la legittimità di interventi coercitivi nei loro confronti giustificati dal principio del danno per le ragioni che seguono, oltre al fatto che sarebbe impossibile predire la pericolosità di un soggetto sulla base del fatto che sia etichettato come "malato di mente" e che tale predizione sarebbe fallace nella quasi totalità dei casi (solo una piccola minoranza di soggetti etichettati come "malati mentali" commette atti di violenza).

⁸³ Cfr. J. ARBOLEDA-FLOREZ, *Mental illness and violence: An epidemiological appraisal of the evidence*, in *Canadian Journal of Psychiatry*, 1998, 43, pp. 989 ss. (si veda anche il precedente: J. ARBOLEDA-FLOREZ, H. HOLLEY, A. CRISANTI, *Understanding causal paths between mental illness and violence*, in *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 1998, 33, pp. 38 ss.).

⁸⁴ Cfr. J.W. SWANSON, *Mental disorder, substance abuse, and community violence: an epidemiological approach*, in J. MONAHAN, H.J. STEADMAN (eds.), *Violence and Mental Disorder: Developments in Risk Assessment*, University of Chicago Press, Chicago 1994, pp. 101 ss.; J.L. SENON, C. MANZANERA, M. HUMEAU, L. GOTZAMANIS, *Les malades mentaux sont-ils plus violents que les citoyens ordinaires?*, in *L'Information psychiatrique*, 2006, 82, p. 645; J. ROELANDT, *Pour en finir avec la confusion entre psychiatrie et justice, hôpital psychiatrique et prison, soins et enfermement*, in *L'Information psychiatrique*, 2009, 85, pp. 525 ss. Riguardo in particolare agli omicidi: nei paesi industrializzati il tasso di omicidi è compreso tra uno e cinque casi per 100.000 abitanti e le malattie mentali gravi sono considerate responsabili di 0,16 casi di omicidi per 100.000 abitanti; ciò significa che, tra gli autori di omicidio, i malati mentali rappresentano da (meno di) un criminale su venti a un criminale su cinquanta (Cfr. J.L. SENON, C. MANZANERA, M. HUMEAU, L. GOTZAMANIS, *Les malades mentaux sont-ils plus violents que les citoyens ordinaires?*, cit., p. 648); per esempio, in Francia, solo un centinaio dei duemila omicidi annuali (ossia meno del 5 per cento) è commesso da soggetti che sono ritenuti soffrire di disturbi psichici (Cfr. C. GHEORGHIEV, P. RAFFRAY, F. DE MONTLEAU, *Dangerosité et maladie mentale*, *L'information psychiatrique*, 2008, 84, p. 943).

Una mera (ipotetica) “maggiore probabilità” di commettere un atto violento non può giustificare interventi coercitivi su di un soggetto che non abbia commesso alcun atto violento.

Si potrebbe in ipotesi dimostrare che una determinata categoria di individui (per esempio: maschi, poveri, giovani e di una determinata etnia) abbia una maggiore probabilità di commettere atti violenti rispetto alla popolazione generale, ma tale eventuale maggiore pericolosità statistica in assenza di danni a terzi non viene mai assunta (e non può esserlo in una prospettiva liberale) come elemento di giustificazione di interventi coercitivi nei confronti di tale determinata categoria di individui.

Come anche ricordava Comanducci, nel testo citato, in una prospettiva liberale le restrizioni all’esercizio dei diritti fondamentali non possono essere basate su di un essere o un appartenere, ma esclusivamente su di un fare.

Così, per esempio, un individuo non può subire interventi coercitivi (e in generale restrizioni all’esercizio dei propri diritti fondamentali) *in quanto omosessuale* o *in quanto mussulmano*, ma solo in quanto pone in essere delle condotte in grado di determinare un danno a terzi; analogamente un individuo *in quanto depresso* (etichettato dalla psichiatria come malato di “depressione maggiore”) o *in quanto ritiene di essere Napoleone e di conversare con gli angeli* (etichettato dalla psichiatria come malato di “schizofrenia”) non può subire interventi coercitivi (e in generale restrizioni all’esercizio dei propri diritti fondamentali).

In altre parole, l’essere “omosessuali”, “mussulmani” o “malati mentali” non può di per sé giustificare alcun provvedimento restrittivo dei diritti fondamentali e segnatamente della libertà personale a carico dell’omosessuale, del mussulmano o del malato mentale.

E neppure è ammissibile, in un ordinamento liberale e nell’ambito di uno Stato costituzionale, che l’individuo etichettato come “malato mentale” possa subire una discriminazione nel godimento dei propri diritti e delle proprie libertà basata sull’essere etichettato come “malato mentale”, ossia su quella che può considerarsi una condizione personale.

In un ordinamento liberale è riconosciuta a tutti gli esseri umani *in quanto tali* la titolarità di diritti fondamentali, a prescindere dalle condizioni e dalle caratteristiche

personali, e correlativamente è garantito che tutti gli esseri umani siano uguali nei diritti fondamentali⁸⁵; e vige il divieto di limitare i diritti fondamentali sulla base di distinzioni di sesso, razza, religione, lingua, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, divieto che peraltro rappresenta il nucleo forte di quel principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della nostra Costituzione⁸⁶.

Nella realtà gli individui finiscono per subire restrizioni della propria libertà *in quanto etichettati come "malati mentali"* e ciò viene anche confermato dall'esigenza avvertita dalla *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità* (2006) di affrontare all'articolo 14 lo specifico problema di una privazione della libertà motivata non già dalla commissione di un qualche reato (come dovrebbe essere per tutti gli individui) ma appunto dalla asserita esistenza di una "malattia mentale".

Così al primo comma dell'articolo 14 (rubricato "Libertà e sicurezza della persona") della Convenzione si legge: «Gli Stati Parti garantiscono che le persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri: [...] (b) non siano private della loro libertà illegalmente o arbitrariamente, che qualsiasi privazione della libertà sia conforme alla legge e *che l'esistenza di una disabilità non giustifichi in nessun caso una privazione della libertà*» (corsivo mio); ove l'inciso «che l'esistenza di una disabilità non giustifichi in nessun caso una privazione della libertà» non può che rinviare alla consapevolezza che

⁸⁵ L'idea che gli esseri umani siano in quanto tali titolari di alcuni diritti fondamentali ha svolto, a partire dalla rivoluzione americana e dalla rivoluzione francese, un ruolo centrale nello strutturare gli ordinamenti giuridici moderni e contemporanei e l'attuale concezione dello Stato costituzionale di diritto. Un'idea che vediamo all'opera, per esempio, in quella *Dichiarazione universale dei diritti umani* (1948) che all'articolo 1 recita che «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» e all'articolo 2 dispone che «ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione». In argomento, cfr. almeno N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 (in part. i saggi della prima parte); B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 167 ss.; ma si veda anche S.P. PANUNZIO, *Premesse ad uno studio su i diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, pp. 625 ss., che sottolinea come la titolarità dei diritti di libertà e dei diritti della personalità prescinda da questioni di capacità.

⁸⁶ Cfr., tra gli altri, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 520-521. Un'estesa e puntuale affermazione del principio di non discriminazione è contenuta nel primo comma dell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

nella realtà la “malattia mentale” (in generale la disabilità, ma segnatamente la malattia mentale) in quanto tale è utilizzata come giustificazione delle privazioni della libertà poste in essere dalla psichiatria coercitiva⁸⁷.

6. *Postilla conclusiva*

Il gesto che, sulla base delle categorizzazioni nosologiche psichiatriche, decide che un determinato stato d’animo (per esempio una profonda tristezza) o un determinato comportamento (per esempio un moto di collera) di una persona è “sintomo” di malattia mentale e procede poi a etichettare come “malata mentale” tale persona, la inferiorizza *ipso facto* trasformandola in un soggetto da sottoporre a una relazione di assoggettamento e esponendola a stigma; non solo, una volta che la persona sarà etichettata come “malata mentale”, tutti i suoi stati d’animo, le sue richieste, i suoi discorsi, i suoi comportamenti, ecc. saranno tendenzialmente letti e interpretati come sintomi di malattia mentale, del tutto a prescindere da quanto possano essere “ragionevoli” tali richieste o “sensati” tali comportamenti.

Tale gesto è violento non solo perché *inferiorizza* la persona che lo subisce su di sé e *disabilita* la sua specifica e determinata esperienza del mondo, ma anche in quanto colloca la persona in uno spazio giuridico in cui si affievoliscono principi e diritti qualificanti ed essenziali di un ordinamento liberale.

Possiamo accettare che un cittadino sia collocato in tale spazio giuridico? La *preferenza per la libertà* che deve caratterizzare un ordinamento liberale suggerisce che nessun cittadino debba e possa essere collocato in tale spazio.

E ciò dovrebbe valere a maggior ragione per i cittadini per qualsiasi motivo “diversi”, “marginali” o “fragili” in quanto proprio nel loro caso i principi liberali e i diritti fondamentali vengono messi alla prova: se tali principi e tali diritti non sono in grado di proteggere tali cittadini, allora lo “Stato costituzionale” diventa una sorta di *grand récit* che giustifica ideologicamente la coesione sociale, che ammantava il potere di

⁸⁷ E si noti come la garanzia prevista dall’articolo citato nel testo non esprima una generica affermazione di uguaglianza e non discriminazione, affermazione che non a caso è contenuta in un altro articolo della Convenzione, l’articolo 5 rubricato “Uguaglianza e non discriminazione”, e neppure un generico principio di legalità, principio che non a caso precede immediatamente ed è tenuto distinto, nel medesimo articolo 14, dalla garanzia in parola.

un alone di legittimità, ma che alla resa dei conti si rivela un guscio vuoto incapace di difendere la libertà proprio di chi ha più bisogno di tale difesa.

Aggiungo, in conclusione, che difendere e rispettare la libertà dei cittadini “diversi”, “marginali” o “fragili” non implica e non significa abbandonarli a se stessi, ma semplicemente relazionarsi a essi e rispettarli in quanto persone umane.

dirittifondamentali.it