

Trattamento sanitario obbligatorio e diritto di difesa*

[Cass., I sez. civ., ord. 9 settembre 2024, n.
24124]

Enrico Daly**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti e il diritto. – 3. Carezza di notificazione. – 4. Il ruolo costituzionale del giudice tutelare. – 5. La convalida del giudice tutelare e il diritto di difesa. – 6. Il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e il diritto a un ricorso effettivo *ex art. 13 CEDU*. – 7. Principio del contraddittorio e consenso informato. – 8. Conclusioni.

ABSTRACT:

Il contributo analizza un'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale effettuata dalla Corte di cassazione come giudice *a quo*, avente ad oggetto l'effettività del diritto di difesa nella procedura di trattamento sanitario obbligatorio disciplinata dagli artt. 33, 34, 35 della L. n. 833/1978 (la legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale, la quale ha incorporato la L. n. 180/1978, la cd. "legge Basaglia"). Nella procedura di TSO, infatti, non sono previste né la notificazione al destinatario dell'ordinanza del sindaco né la comunicazione al paziente della convalida di tale ordinanza da parte del giudice tutelare. Oltre a ciò, la legge non prevede che il paziente, sottoposto a un provvedimento restrittivo della libertà personale ancorché per motivi sanitari e non di ordine pubblico, abbia il diritto di essere "audito" dal giudice tutelare: tale *deficit* nella normativa pare configurare una violazione del diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost., diritto che la Costituzione stessa definisce «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

The contribution analyses an order of referral to the Constitutional Court made by the Court of Cassation as judge a quo, concerning the effectiveness of the right of defence in the compulsory health treatment procedure governed by articles 33, 34, 35 of Law no. 833/1978 (the law establishing the National Health Service, which incorporated Law no. 180/1978, the so-called "Basaglia law"). It

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, enrico.daly@unicatt.it.

appears that in the TSO procedure, there is a lack of clarity regarding the notification to the addressee of the mayor's order and the communication to the patient of the validation of this order by the tutelary judge. Furthermore, the law does not provide for the right of a patient subjected to a measure restricting personal liberty, even if for health reasons and not for reasons of public order, to be "heard" by the tutelary judge. This deficiency in the legislation appears to constitute a violation of the right to defence under Article 24 of the Constitution, a right that the Constitution itself defines as «inviolable at every stage and level of the proceedings».

1. Introduzione

Con l'ordinanza di rimessione 24124/2024, pubblicata il 9 settembre 2024, la prima sezione civile della Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 33, 34 e 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 con riferimento agli artt. 2, 3, 13, 24, 32 e 111 della Costituzione, nonché all'art. 117 della Costituzione in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU: con tale ordinanza la Corte di cassazione, come giudice *a quo*, chiede dunque alla Corte costituzionale di pronunciarsi sulla legittimità della cd. legge Basaglia nella parte in cui viene disciplinata la procedura del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale in condizioni di degenza ospedaliera.

Le questioni sollevate riguardano il *diritto di difesa* della persona sottoposta a TSO: il tema della legittimità costituzionale della procedura prevista dalla legge per attuare un trattamento sanitario obbligatorio, però, investe l'intero istituto disciplinato dall'art. 32, 2° co., Cost. e dall'art. 35 della L. n. 833/1978, obbligando l'interprete a ripensare le finalità del TSO alla luce delle norme costituzionali e a riflettere sulle estensioni che l'istituto in questione ha risentito nella prassi applicativa da parte dei servizi psichiatrici territoriali.

Occorre inoltre soffermarsi sul coinvolgimento, nella questione sollevata dalla Corte di cassazione, anche di fonti internazionali, nella fattispecie della CEDU: il diritto di rimedio effettivo di cui all'art. 13 CEDU, infatti, è una situazione giuridica soggettiva con una circonferenza più ampia del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., diritto che, comunque, è proclamato dalla nostra Costituzione come «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» e il cui riconoscimento a livello costituzionale ha lo scopo di «impedire che il legislatore ordinario [possa] arbitrariamente privare della protezione giudiziaria determinate posizioni giuridiche soggettive»¹.

¹ A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 502.

2. I fatti e il diritto

La questione di costituzionalità degli artt. 33, 34 e 35 della L. n. 833/1978 è stata sollevata in seguito a un ricorso presentato da una paziente sottoposta a TSO², la quale contestava «la regolarità della procedura, deducendo che il suo svolgimento [avesse] comportato pregiudizio al suo diritto a un ricorso effettivo e tempestivo»³ ex art. 24 Cost. e art. 13 CEDU. Prima di affrontare le questioni giuridiche, però, occorre esaminare la scansione temporale degli atti della procedura, perché attraverso l'analisi dei tempi si desume il difetto di *effettività* dei rimedi previsti dalla legislazione vigente. Il provvedimento di TSO nei confronti della ricorrente viene emanato dal sindaco di Caltanissetta in data 16 gennaio 2021 e convalidato dal giudice tutelare in data 18 gennaio 2021 (cioè nelle 48 ore successive all'emanazione dell'ordinanza sindacale). L'«opposizione»⁴ contro il decreto di convalida viene presentata al tribunale di Caltanissetta solo in data 19 febbraio 2021, cioè dopo le dimissioni dal reparto. Si instaura in tal modo un procedimento civile che, nel 2024, giunge in Corte di cassazione.

La ricorrente, sostanzialmente, lamenta di non aver potuto difendersi già di fronte al giudice tutelare e di aver dovuto attendere le dimissioni dal reparto psichiatrico per poter adire un giudice ed esercitare, in tal modo, il suo diritto di difesa. I motivi per i quali la ricorrente ritiene che la procedura prevista dalla legge presenti dei vizi di legittimità costituzionale sono fondamentalmente tre: 1) la legge non prevede che il provvedimento di TSO emanato dal sindaco sia notificato al destinatario: la ricorrente, dunque, «non ha potuto tempestivamente rendersi conto che non era allegata la relazione medica cui detto provvedimento faceva riferimento»⁵; 2) la legge non prevede che il decreto di convalida del giudice tutelare venga comunicato al paziente: la ricorrente «non ha potuto – di conseguenza – opporsi, se non dopo la scadenza del trattamento»⁶; 3) il giudice tutelare non ha l'obbligo giuridico, bensì solo la facoltà di «audire» il paziente: la ricorrente, dunque, lamenta di non essere stata sentita dal giudice tutelare e che «quest'ultimo ha deciso solo in base agli atti, peraltro incompleti»⁷.

² Il provvedimento di TSO era giustificato «in relazione alle idee suicidarie della donna e alla circostanza che ella il giorno prima avesse assunto autonomamente eccessive dosi di uno psicofarmaco (Tavor)» (Corte di cassazione, ord. 24124/2014).

³ Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 1.1.

⁴ Il termine «opposizione» è utilizzato dalla Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione. Si tratta, più propriamente, del ricorso di cui all'art. 35, 8° co., della L. n. 833/1978: «Chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse, può proporre al tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare». Tecnicamente, l'opposizione al provvedimento di TSO è disciplinata dall'art. 33, 7° co., della L. n. 833/1978: «Chiunque può rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio».

⁵ Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 1.1.

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

La ricorrente ha pertanto subito un trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale, provvedimento del quale chiede l'annullamento – necessariamente, a causa delle summenzionate carenze procedurali – *ex post facto*: l'eventuale accoglimento di tale richiesta, peraltro, proprio perché interveniente in un tempo successivo agli avvenimenti e non nella loro immediatezza, potrebbe non essere sufficiente a tutelare l'interesse sostanziale della ricorrente a «non essere etichettata come una insana di mente (per aver subito il trattamento in questione)»⁸.

Le questioni affrontate dalla Corte di cassazione e oggetto dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale sono da tempo note alla dottrina che si occupa dei trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale. Già in una delle prime opere sulla L. n. 833/1978, pubblicata più di quarant'anni fa, si evidenziava «la mancata previsione di notificazione dell'atto amministrativo del sindaco al soggetto obbligato a subire il trattamento sanitario e al servizio psichiatrico che deve effettuare il ricovero. L'art. 33, infatti – così continua l'Autrice –, non prevede, oltre a quella al giudice tutelare, altra notifica. E ciò pare particolarmente grave, sia sotto il profilo sostanziale che formale, ai fini della validità dell'atto e della ricorribilità contro lo stesso»⁹. La lesione, a causa delle carenze procedurali, del diritto di difesa del soggetto sottoposto a TSO è stata, negli anni, un *leitmotiv* della dottrina. Con riguardo, invece, alla mancata previsione di un obbligo in capo al giudice tutelare di audire il paziente, si è sostenuto, in tempi più recenti, che tale lacuna fa «emergere un profilo di incostituzionalità della normativa che disciplina il tso per malattia mentale per contrasto con il secondo comma dell'articolo 24 della Costituzione»¹⁰.

Nonostante le disamine, e le rimostranze, della dottrina, la giurisprudenza, almeno fino all'ordinanza della Corte di cassazione oggetto di tale contributo, si è sempre mostrata prudente al riguardo. Occorre, tuttavia, considerare che il riconoscimento di un diritto di difesa *effettivo* in capo al destinatario di un provvedimento di TSO non inciderebbe soltanto sulla procedura dei trattamenti sanitari obbligatori, ma costituirebbe, molto probabilmente, anche un mezzo idoneo per ricondurre l'istituto in esame alla sua *ratio* originaria, ovvero a quella dimensione di eccezionalità e di straordinarietà che ne giustifica l'esistenza all'interno del nostro ordinamento costituzionale.

3. Carezza di notificazione

Il sindaco dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera con un'ordinanza. Non si tratta, precisamente, di un'ordinanza di necessità e urgenza,

⁸ Ivi, § 3.7 (corsivo nel testo originario).

⁹ A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983, p. 125.

¹⁰ A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, Genova, 2015, p. 149.

un atto amministrativo caratterizzato dal fatto che «la legge non predetermina in modo compiuto il contenuto della statuizione in cui il potere può concretarsi»¹¹ e che, quindi, risente di un'attenuazione del principio di tipicità dei poteri amministrativi e del principio di legalità dell'azione amministrativa. L'atto che dispone il TSO è più propriamente un *provvedimento d'urgenza*, cioè un atto tipico e nominato suscettibile di essere emanato sul presupposto dell'urgenza, ma che, tuttavia, è di contenuto predeterminato dal legislatore: il termine “ordinanza” viene utilizzato per indicare l'“ordine” contenuto nel provvedimento¹².

Tale provvedimento, proprio perché contenente un ordine, per poter essere efficace deve (o dovrebbe) essere portato a conoscenza del destinatario, «[e] ciò, al doppio scopo sia di metterlo a conoscenza del contenuto dell'atto (diagnosi, requisiti del ricovero, luogo di cura indicato, medici proponente e convalidante), sia di consentirgli l'eventuale opposizione, anche immediata, al sindaco o il ricorso al tribunale»¹³. Non si può ritenere che la notificazione dell'atto avvenga *per facta concludentia* in forza del gesto materiale costituito dal ricovero in “repartino”, poiché, in tal caso, resterebbero comunque sconosciuti al destinatario i presupposti sia formali sia sostanziali del provvedimento di TSO.

L'art. 35, 1° co., della L. n. 833/1978 prescrive espressamente una sola notificazione del provvedimento di TSO emanato dal sindaco: «Il provvedimento con il quale il sindaco dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera [...] deve essere notificato, entro 48 ore dal ricovero, tramite messo comunale, al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune». La legge non prescrive la notificazione dell'atto né al servizio psichiatrico che deve effettuare il ricovero né al destinatario: la necessità di procedere a tali notificazioni, però, deve considerarsi prevista implicitamente dall'ordinamento giuridico. La Corte costituzionale, infatti, con una giurisprudenza risalente, ha stabilito che, «[i]n base al principio di legalità, l'atto amministrativo che contiene un ordine o un divieto [...] non può operare se non viene portato a conoscenza di chi deve prestarvi obbedienza: principio che, al pari di quello relativo all'obbligo di motivazione, vale pure nel silenzio della legge. E pertanto, anche se la norma denunciata nulla disponesse in proposito, sussisterebbe sempre, per l'autorità che emette l'ordinanza [...], l'obbligo di adoperare tutti i mezzi affinché gli utenti [...] siano posti in condizione di conoscere le disposizioni alle quali sono chiamati ad uniformarsi» (sent. 12 marzo 1965, n. 12)¹⁴.

¹¹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, p. 314. Sono ordinanze di necessità e urgenza le ordinanze contingibili e urgenti ex art. 32 della L. n. 833/1978 o ex artt. 50 e 54 TUEL.

¹² Ivi, p. 315.

¹³ A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., p. 126. Al riguardo cfr. altresì E. DALY, *Profili costituzionali dei trattamenti medico-psichiatrici*, Pisa, 2024, p. 137.

¹⁴ Con la sent. 12/1965 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, 1° co., del T.U. delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, approvato con D.P.R. 15 giugno 1959, n. 393, in riferimento agli artt. 3, 16, 24 e 25, 2° co., della Costituzione. Tale norma conferiva al Prefetto, per motivi di sicurezza pubblica, per esigenze di carattere militare e per motivi di pubblico interesse, conformemente alle direttive del Ministro

Nella prassi l'ordine di TSO viene notificato all'Spdc (Servizio psichiatrico di diagnosi e cura, il cd. "repartino" ospedaliero dove si effettuano i TSO in condizioni di degenza), mentre si dubita che tale atto, ancorché le ordinanze di TSO contemplino spesso tale obbligo, venga notificato personalmente al destinatario del provvedimento del sindaco. Occorre però rilevare che, anche in mancanza di tale notificazione, la legge impone un comportamento proattivo a tutti gli operatori sanitari coinvolti. L'art. 33, 2° co., della L. n. 833/1978, infatti, stabilisce che gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori possono essere disposti dall'autorità sanitaria, secondo quanto previsto dall'art. 32, 2° co., Cost., «nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici». Il rispetto e l'effettività del diritto di difesa ex art. 24 Cost., diritto che la Costituzione definisce espressamente come inviolabile, cioè sottratto, nel suo nucleo essenziale, al procedimento di revisione costituzionale, devono *a fortiori* essere garantiti e assicurati anche in caso di un provvedimento di TSO: sono gli operatori sanitari che hanno in carico il paziente a doversi adoperare affinché questi possa esercitare concretamente i suoi diritti civili e politici. Giova peraltro ricordare che l'art. 32, 2° co., Cost. stabilisce che la legge sui trattamenti sanitari obbligatori «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»: è quasi superfluo sottolineare l'intrinseca riferibilità alla persona umana di un diritto costituzionale inviolabile. Un'espressa – e non solo implicita – previsione legislativa dell'obbligo di notificare il provvedimento di TSO anche al destinatario, tuttavia, non potrebbe che rinforzare la necessità di comportamenti positivi e proattivi da parte del personale sanitario, tesi a garantire il rispetto dei diritti civili del paziente, con una conseguente maturazione in senso democratico della "cultura" del reparto. La decisione della Corte di cassazione di sollevare una questione di legittimità costituzionale sul punto deve quindi considerarsi ragionevole e opportuna, proprio perché mossa dalla finalità di allineare la prassi applicativa ai principi generali dell'ordinamento giuridico¹⁵.

per i lavori pubblici, il potere di sospendere temporaneamente la circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti sulla strada, fuori dei centri abitati. Il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale della norma perché la legge non prevedeva in modo espresso e univoco per i provvedimenti prefettizi né l'obbligo della motivazione né quello della pubblicità idonea affinché l'utente della strada interessato potesse rispettarli e difendersi adeguatamente. La Corte costituzionale ha rigettato la questione, in quanto sia l'obbligo di motivazione sia quello di pubblicità idonea devono ritenersi ugualmente sussistenti, sulla base di principi ormai saldamente acquisiti, anche nel silenzio della legge.

¹⁵ La Corte di cassazione ha altresì rilevato l'impossibilità di procedere a un'interpretazione conforme a Costituzione delle norme oggetto dell'ordinanza di rimessione: alle lacune rilevate, infatti, non può porsi rimedio «con una lettura costituzionalmente orientata delle norme in questione, perché gli adempimenti procedurali, in materia in cui la Costituzione impone la riserva di legge, non possono che essere previsti dalla legge stessa; se non previsti, non può imporli il giudice creando il diritto al posto del legislatore» (Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 3.7). È dunque la riserva (assoluta) di legge discendente dal combinato disposto di cui agli artt. 13 e 32 Cost. a escludere un intervento "creativo" da parte della giurisprudenza.

4. Il ruolo costituzionale del giudice tutelare

Le altre due questioni di legittimità costituzionale in oggetto riguardano la mancata previsione dell'obbligo giuridico di comunicare al destinatario il decreto di convalida del provvedimento del sindaco da parte del giudice tutelare e, più ampiamente, il ruolo svolto dal medesimo giudice all'interno della procedura di TSO.

Per quanto riguarda la questione della comunicazione del decreto del giudice tutelare al destinatario, già i primi commentatori della L. n. 833/1978 hanno sostenuto che, «[a]nche se la legge non lo prevede espressamente, [...] il giudice tutelare debba provvedere a comunicare il provvedimento convalidato all'infermo, per consentirgli di chiederne copia e di conoscere i motivi del trattamento obbligatorio, al fine di proporre, eventualmente, il ricorso previsto dal comma 8°»¹⁶. Tale obbligo di comunicazione deve quindi ritenersi implicito nell'ordinamento, ma – come si è sostenuto in precedenza con riferimento alla notificazione dell'ordinanza del sindaco al destinatario – una sua espressa riaffermazione contribuirebbe a puntualizzare la posizione giuridica del paziente sottoposto a TSO, ribadendo la necessità di tutelarne i diritti costituzionali e di garantirne in modo concreto ed effettivo l'esercizio.

Il necessario intervento dell'autorità giudiziaria nella procedura di TSO è stato oggetto di lunghe discussioni e annose dispute che hanno visto contrapporsi i maggiori costituzionalisti italiani del secondo Novecento¹⁷. Il problema sorge a causa del problematico inquadramento costituzionale dei trattamenti sanitari imposti dalla legge (siano essi meramente obbligatori oppure coattivi): in un primo tempo si è sostenuto che sia i trattamenti sanitari obbligatori sia quelli coattivi dovessero rispettare solamente le condizioni previste dall'art. 32 Cost. (riserva relativa di legge)¹⁸; in seguito, invece, solo i trattamenti sanitari meramente obbligatori sono stati ricondotti nell'esclusivo perimetro delineato dall'art. 32 Cost., mentre, per quanto concerne i trattamenti sanitari coattivi (com'è qualificabile il TSO per malattia mentale), si è richiesto altresì il rispetto delle garanzie di cui all'art. 13 Cost. (riserva assoluta di legge e riserva di giurisdizione)¹⁹. La seconda linea interpretativa è

¹⁶ G. L. FONTANA, *Art. 35*, in L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, A. CORASANITI (a cura di), *Legge 23 dicembre 1978, n. 833*, in *Le nuove leggi civili commentate*, II, Padova, 1979, p. 1268, il quale richiama l'art. 136, 1° co., c.p.c. relativo alle "comunicazioni" da parte del cancelliere alle parti del procedimento.

¹⁷ Sul tema e per la relativa bibliografia vedi E. DALY, *Profili costituzionali dei trattamenti medico-psichiatrici*, cit., p. 41 ss.

¹⁸ Di seguito un esempio, tra i molti, della cd. dottrina "separatista" (perché attestata su posizioni in forza delle quali le previsioni di cui all'art. 32 Cost. sono ritenute "separate" dalle disposizioni di cui all'art. 13 Cost. e da queste indipendenti): «Se [...], come sembra preferibile ritenere, il parametro costituzionale specifico, per valutare la legittimità dei trattamenti sanitari imposti dalla legge, è rappresentato dall'art. 32 Cost. (e non anche dall'art. 13 [...]), proprio il consentire l'intervento del giudice in materia costituirebbe una indubbia violazione del dettato costituzionale che non lo prevede affatto» (F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione [a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue]*, in *Diritto e società*, 1982, p. 318).

¹⁹ È, questa, la dottrina del "combinato disposto" di cui agli artt. 13 e 32 Cost., in forza della quale, «se i trattamenti sanitari obbligatori presentano l'ulteriore carattere della coattività, determinandosi una limitazione della libertà personale,

stata progressivamente adottata anche dalla Corte costituzionale, la quale, in una recente sentenza, ha affermato che, allorquando «un dato trattamento sia configurato dalla legge non soltanto come “obbligatorio” – con eventuale previsione di sanzioni a carico di chi non si sottoponga spontaneamente ad esso –, ma anche come “coattivo” – potendo il suo destinatario essere costretto con la forza a sottoporvisi, sia pure entro il limite segnato dal rispetto della persona umana –, le garanzie dell’art. 32, secondo comma, Cost. debbono sommarsi a quelle dell’art. 13 Cost., che tutela in via generale la libertà personale, posta in causa in ogni caso di coercizione che abbia ad oggetto il corpo della persona»²⁰.

L’intervento dell’autorità giudiziaria in un procedimento di trattamento sanitario non solo obbligatorio, ma altresì coattivo è dunque da considerarsi, allo stato attuale della dottrina e della giurisprudenza, un requisito costituzionalmente necessario. Sul punto, tuttavia, era in passato sorta una polemica, perché l’art. 13, 2° co., Cost. stabilisce che il provvedimento restrittivo della libertà personale debba essere disposto «per atto motivato dell’autorità giudiziaria», mentre il TSO è invece ordinato dall’autorità amministrativa²¹. In realtà, un’interpretazione conforme a Costituzione degli artt. 33, 34 e 35 della L. n. 833/1978 porta a concludere che la procedura di TSO per malattia mentale disciplinata dal legislatore debba essere ricondotta nell’alveo del 3° comma dell’art. 13 Cost., laddove vengono dettati i principi costituzionali relativi ai provvedimenti restrittivi della libertà personale di carattere provvisorio da emanarsi «in casi eccezionali di necessità e urgenza»: un’interpretazione in forza della quale l’*autorità di pubblica sicurezza* di cui all’art. 13, 3° co., Cost. venga intesa, in senso lato, come *autorità amministrativa* (nel caso di specie, il sindaco) evidenzia ancor di più il carattere eccezionale del TSO per malattia mentale e l’esigenza costituzionale di attivare i trattamenti in questione solo in casi straordinari nei quali la necessità e l’urgenza non siano altrimenti surrogabili. D’altronde, la scansione temporale prevista dall’art. 13, 3° co., Cost. è la stessa di cui all’art. 35 della L. n. 833/1978²².

è altresì necessaria l’osservanza delle prescrizioni di cui all’art. 13 Cost.» (M. COSIMO D’ARRIGO, *Salute [diritto alla]*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. V, Milano, 2001, p. 1028).

²⁰ Corte cost., sent. 27 gennaio 2022, n. 22. Tale sentenza è richiamata anche dalla Corte di cassazione nell’ordinanza di rimessione, nella quale, tra l’altro, si afferma che «[d]a tempo la dottrina distingue tra i trattamenti sanitari obbligatori e i trattamenti sanitari coercitivi, e ritiene, almeno una parte di essa, che per i trattamenti sanitari coercitivi debbano applicarsi non solo le garanzie di cui all’art. 32 ma anche quelle dell’art. 13 della Costituzione» (Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 4.1).

²¹ L’art. 35 della L. n. 833/1978 fu ritenuto «non in pari con l’art. 13, 2° co., Cost., per il fatto che a disporre il trattamento coattivo, a spese perciò della libertà personale del malato, non è l’autorità giudiziaria come previsto nel precetto costituzionale ma il sindaco come autorità sanitaria» (C. CASTRONOVO, *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 624). Nello stesso senso cfr. A.M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., p. 113, la quale ritiene che «appare meritevole di attenta considerazione il dubbio di legittimità costituzionale dell’art. 33, 2° comma, legge n. 833 del 1978 che, pur prevedendo un trattamento obbligatorio mediante coazione, non rispetta, per quanto attiene all’autorità competente ad emanare il provvedimento relativo (autorità sanitaria locale e non già autorità giudiziaria), il disposto dell’art. 13 Cost.».

²² Anche la Corte di cassazione riflette sulla scansione temporale del procedimento di TSO: la L. n. 833/1978, infatti, «imponesse un controllo giurisdizionale sulla ordinanza sindacale e termini da rispettare a pena di perdita di efficacia della

5. La convalida del giudice tutelare e il diritto di difesa

Il giudice tutelare deve convalidare l'ordine del sindaco entro 48 ore dall'avvenuta notificazione. La legge prevede che, ai fini della convalida, il giudice tutelare assuma le informazioni necessarie e disponga gli eventuali accertamenti (tra i quali, in ipotesi, una veloce perizia). Visti i poteri conferitigli, è da ritenersi che l'attività di controllo da parte del giudice tutelare si estenda sia alla forma degli atti sia al contenuto del provvedimento, potendo (e dovendo) il magistrato controllare non solo la regolarità formale del procedimento, ma anche la sussistenza dei presupposti fattuali che legittimano l'adozione dell'ordinanza di TSO. Ed è proprio allo scopo di controllare i presupposti fattuali che si pone la questione di costituzionalità della mancata previsione, da parte del legislatore, di un obbligo giuridico del giudice tutelare di "audire" l'infermo o, per converso, di un diritto soggettivo dell'infermo di "essere audito" dal giudice tutelare.

È in questa "audizione" e nella modalità del suo svolgimento che si concreta, sostanzialmente, il diritto di difesa del soggetto sottoposto a trattamento sanitario coattivo. La dottrina formatasi sulla norma in questione aveva fin da subito rilevato il difetto insito nella procedura: «È da notare che la legge non prevede l'obbligo per il giudice tutelare di sentire l'infermo di mente, né garantisce in alcun modo il suo diritto alla difesa. Ciò rende, in questa parte, la norma sospetta di incostituzionalità, in relazione all'art. 24, comma 2, Cost.»²³. Nell'ordinanza di rimessione, la Corte di cassazione ha sostenuto, nell'ambito delle argomentazioni a sostegno della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, che «l'art. 13, inevitabilmente, si pone in connessione con altre norme di garanzia, e cioè con l'art. 24 Cost., che riconosce a tutti il diritto di poter agire in difesa dei propri diritti ed interessi affermando che *"la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"* e con l'art. 111 Cost. che considera giusto processo solo quello che si svolge nel contraddittorio. Ed è appunto su questo necessario collegamento che il quadro normativo in materia di trattamenti sanitari obbligatori mostra le sue carenze»²⁴.

Il diritto di difesa costituiva già un problema giuridico nella normativa precedente alla L. n. 180/1978 e alla L. n. 833/1978. La L. n. 36/1904 (la cd. legge manicomiale dell'età liberale),

misura, termini che, nella loro rigorosa scansione, richiamano direttamente quelli previsti dall'art. 13 Cost.» (Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 4).

²³ G. L. FONTANA, *Art. 35*, cit., p. 1267. I dubbi di incostituzionalità della norma per violazione del diritto di difesa sono confermati da A. M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., p. 117. In tempi più recenti si è sostenuto che il mancato obbligo legislativo per il giudice di sentire in audizione l'infermo di mente, «unitamente al mancato obbligo di notifica a quest'ultimo del provvedimento sindacale, ne limita il diritto di difesa. L'omissione di previsioni specifiche inerenti l'audizione e di garanzie tali da rendere effettivo il diritto di difesa pongono rilevanti dubbi di costituzionalità, il che, pur con le dovute cautele e tenuto conto del mutato quadro normativo, porta a sostenere che anche l'art. 35 della legge n. 833/1978 determini una violazione del diritto di difesa della persona sottoposta a trattamento coattivo, come riconosciuto dall'art. 24, 2° co., Cost.» (S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità*, Milano, 2015, p. 320). Sul tema cfr. anche A.A. NEGRONI, *Profili costituzionali del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*, cit., p. 123 ss.

²⁴ Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 4.2.

infatti, non garantiva il diritto di difesa dell'“alienato mentale” né nella fase di ammissione in manicomio in via provvisoria (autorizzata dal pretore) né in quella di ammissione in via definitiva (autorizzata dal tribunale in camera di consiglio). Il progressivo riconoscimento di un pieno ed effettivo diritto di difesa fu opera della giurisprudenza della Corte costituzionale: con la sent. 78/1964 la Corte, infatti, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, secondo comma, della legge 14 febbraio 1904, n. 36, sui manicomi e gli alienati, limitatamente alla parte in cui non permette la difesa dell'infermo nel procedimento che si svolge innanzi al tribunale ai fini della emanazione del decreto di ricovero definitivo». Ci volle più tempo perché il riconoscimento del diritto di difesa fosse affermato anche nella fase di ricovero in via provvisoria (la fase prevista dalla legge manicomiale corrispondente all'attuale convalida da parte del giudice tutelare): con la sent. 223/1976 la Corte costituzionale ha affermato che «i motivi che indussero questa Corte (con la sentenza n. 74 del 1968) a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma secondo, della legge n. 36 del 1904, limitatamente alla parte in cui non permette la difesa dell'infermo nel procedimento che si svolge innanzi al tribunale ai fini della emanazione del decreto di ricovero definitivo, valgono anche per il procedimento che può condurre al ricovero provvisorio. È vero che i provvedimenti pretorili e quelli del tribunale provocati dai reclami contro di essi possono incidere per un tempo più breve, che non nel caso di ricovero definitivo, sulla libertà personale del presunto infermo, ma ciò non toglie che vi possa essere apprezzabile lesione del bene tutelato in maniera particolarmente efficace dall'art. 13 Cost.».

Mutatis mutandis, tali argomentazioni possono essere trasposte nel quadro normativo definito dalle disposizioni attualmente vigenti, le quali riconoscono il diritto di difesa del paziente psichiatrico di fronte al tribunale, ma non lo contemplano di fronte al giudice tutelare. Tale disparità di trattamento di due situazioni simili pare irragionevole, soprattutto nel momento in cui si afferma che il trattamento sanitario coattivo deve essere assistito dalle garanzie di cui all'art. 13 Cost., con tutto ciò che consegue dall'applicazione ai casi concreti del principio della libertà personale, bene costituzionale definito “inviolabile” proprio come “inviolabile” è detto dalla Costituzione il diritto di difesa.

6. Il diritto di difesa ex art. 24 Cost. e il diritto a un ricorso effettivo ex art. 13 CEDU

La L. n. 833/1978 prevede un duplice meccanismo di difesa: da un lato, una tutela amministrativa, dall'altro una tutela giurisdizionale. L'art. 33, 7° co., della L. n. 833/1978 prevede che «[c]hiunque [possa] rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio».

Si tratta di un ricorso amministrativo in opposizione²⁵, configurato dal legislatore come un'azione popolare correttiva e «fondata su un interesse personale, seppure non individuale, che potrà appartenere anche ai familiari del malato, ai consoci, agli iscritti alla stessa categoria professionale, ecc., ma non in virtù del tipo di relazione esistente tra essi e il malato, bensì in quanto cittadini che intendano agire in luogo (in rappresentanza) della comunità»²⁶. La protezione di tipo giurisdizionale è prevista grazie al ricorso al tribunale contro il decreto del giudice tutelare che convalida l'ordine di TSO²⁷. Nel procedimento di fronte al tribunale, al quale può ricorrere – anche mediante «raccomandata con avviso di ricevimento» – chi è sottoposto a TSO nonché «chiunque vi abbia interesse», le parti possono stare in giudizio «senza ministero di difensore e farsi rappresentare da persona munita di mandato scritto in calce al ricorso o in atto separato» (art. 35, 10° co., L. n. 833/1978). Occorre però chiedersi come una persona ristretta nella sua libertà personale (il TSO, nonostante il *nomen iuris*, è infatti un trattamento sanitario coattivo, non solo obbligatorio), ricoverata di forza in un reparto di ospedale quasi sempre “chiuso”, forsanche oggetto di contenzione fisica e/o farmacologica, possa *fattivamente* presentare un ricorso in opposizione al sindaco o inviare una raccomandata con ricevuta di ritorno per ricorrere al tribunale. A procedere in tal senso potrebbero essere familiari, amici, conoscenti del paziente sottoposto a TSO; inoltre, come già si è rilevato, gli operatori sanitari dovrebbero comportarsi in modo proattivo per assicurare al paziente l'esercizio effettivo del diritto di difesa. Se, però, tali condizioni non si verificano, il paziente sottoposto a TSO resta totalmente privo di una difesa effettiva, potendo ricorrere al tribunale solo una volta cessata la procedura di TSO e ottenute le dimissioni dall'ospedale: una tutela oggettivamente tardiva, attraverso la quale è possibile al massimo chiedere una declaratoria simbolica (perché pronunciata a procedura ormai terminata) di illegittimità del decreto di convalida del giudice tutelare e un eventuale risarcimento dei danni.

La procedura prevista dalla L. n. 833/1978, quindi, pare contrastare con l'art. 24, 2° co., Cost. La situazione – giuridica e di fatto – in cui si trova il paziente sottoposto a TSO è descritta in modo chiaro ed efficace dalla Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione: «è da chiedersi come una persona che si trovi da un lato in stato di alterazione psichica, dall'altro in stato di soggezione fisica all'altrui potere, possa reagire ad una misura privativa della libertà personale adottata nei suoi confronti, prima della fine del trattamento, se nessun altro soggetto avente interesse si avvale della facoltà di cui all'art. 35 cit. e soprattutto come possa tempestivamente opporsi se non viene informata del suo status

²⁵ Secondo altra parte della dottrina, la richiesta di revoca ex art. 33, 7° co., della L. n. 833/1978 si risolverebbe, invece, in un “atto propulsivo” di un nuovo procedimento di amministrazione attiva (e non giustiziale) teso alla revisione dell'atto emanato (A. PIZZI, *Malattie mentali e trattamenti sanitari: commento alla legge 13 maggio 1978, n. 180*, Milano, 1978; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, p. 148).

²⁶ A. M. VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, cit., p. 128.

²⁷ «Chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse, può proporre al tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare» (art. 35, 8° co., L. n. 833/1978).

giuridico e delle ragioni per le quali, *ex abrupto*, le si parano dinnanzi i vigili urbani per prenderla e portarla in ospedale, in esecuzione di una ordinanza sindacale di cui la persona, o eventualmente il suo legale rappresentante, non ha contezza. E come possa reagire, prima di avere recuperato la sua libertà e la collocazione nella società, se della esistenza di un giudice che convalida il provvedimento sindacale non ha notizia, posto che neppure l'ordinanza del giudice tutelare le viene notificata»²⁸.

L'art. 24, 2° co., Cost.²⁹ prevede il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento e qualifica tale diritto come “inviolabile”: la dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato la duplice natura della situazione giuridica in esame, che si estrinseca sia nel diritto alla *difesa tecnica* sia nel diritto a far valere le proprie ragioni in giudizio (diritto che si concretizza nel *principio del contraddittorio* tra le parti)³⁰. Per quanto concerne la difesa tecnica, la Corte costituzionale si è attestata su posizioni alquanto rigide: pronunciandosi in materia di ricovero coattivo ospedaliero di persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope³¹, relativamente alla compatibilità della normativa di specie con l'art. 24, 2° co., Cost., la Corte, infatti, ha sentenziato che «il diritto di difesa risulta sufficientemente garantito da norme che assicurano la “possibilità” dell'assistenza tecnica, non richiedendosi che l'assistenza tecnica sia imposta come obbligatoria, atteso che la misura da adottare non ha carattere penale e non si fonda sulla pericolosità sociale del soggetto»³².

²⁸ Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 4.6.

²⁹ L'art. 24, 1° co., Cost. prevede un generale *diritto di azione*, vale a dire il diritto alla tutela giurisdizionale (il diritto ad avere un giudice), il quale va annoverato «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intima-mente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» (Corte cost., sent. 2 febbraio 1982, n. 18). L'art. 24, 2° co., Cost., invece, prevede il *diritto di difesa*, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Com'è stato rilevato in dottrina, il diritto di difesa è “speculare” al diritto di azione e, di conseguenza, come previsto per il diritto di azione, anche il diritto di difesa dev'essere riconosciuto a “tutti” (su questo punto l'art. 24, 1° co., Cost. rappresenta una specificazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.): il diritto di azione (e quindi anche il diritto di difesa) spetta a “tutti”, cittadini, stranieri, apolidi, clandestini (cfr. C. cost. 198/2000), prescindendo dunque esplicitamente sia dallo *status civitatis* che dalle diverse situazioni personali e sociali. Da ciò consegue che, nella disciplina attuativa e in particolare in quella processuale, il legislatore è autorizzato a prevedere soltanto quelle limitazioni di ordine soggettivo che possano eventualmente giustificarsi sulla base di una valutazione improntata alla stretta ragionevolezza» (F. DAL CANTO, *Articolo 24*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI [a cura di], *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, 2021, p. 179).

³⁰ A. POLICE, *Art. 24*, cit., p. 511; R. TOSI, *Art. 24*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 173.

³¹ L'art. 100 della L. n. 685/1975 prevedeva che la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, la quale, pur necessitando di cure mediche e di assistenza, rifiutasse di assoggettarsi al trattamento, fosse segnalata dall'autorità di polizia o dal centro medico e di assistenza sociale competente all'autorità giudiziaria (la stessa segnalazione poteva essere fatta dal genitore, dal coniuge, dai figli o, in mancanza di essi, dai prossimi congiunti della persona da assistere). L'autorità giudiziaria, qualora avesse ravvisato la necessità del trattamento medico ed assistenziale, poteva disporre con decreto il ricovero coatto ospedaliero, con esclusione degli ospedali psichiatrici.

³² Corte cost., sent. 29 luglio 1982, n. 160 (massima). I giudici costituzionali, in tale decisione, hanno altresì affermato che, «se è innegabile che l'obbligatorietà dell'assistenza difensiva [...], con la susseguente necessità che il giudice provveda alla nomina di un difensore d'ufficio in mancanza di un difensore di fiducia, è stata più volte affermata da questa Corte [...], non bisogna dimenticare che tale affermazione si ritrova sempre e soltanto con riferimento al processo penale di cognizione, agli incidenti di esecuzione penale, al processo per le misure di sicurezza, tra cui il ricovero in manicomio giudiziario, ed al processo per le misure di prevenzione, [...]: procedimenti caratterizzati, tutti, dal compimento di in-

La L. n. 180/1978, prima, e la L. n. 833/1978, poi, non prevedono un obbligo di difesa tecnica del soggetto sottoposto a TSO, tanto che nel ricorso di fronte al tribunale le parti, come si è visto, possono stare in giudizio senza ministero di difensore: la difesa tecnica è una possibilità, una facoltà del soggetto, non un obbligo giuridico della parte né tanto meno un obbligo istituzionale. E su tale scelta legislativa si può concordare: l'obbligo di difesa tecnica di un paziente psichiatrico sottoposto a provvedimento di TSO potrebbe, da un lato, evocare una matrice securitaria e non già solamente sanitaria del provvedimento in questione; dall'altro, la presenza di un legale potrebbe innescare meccanismi di medicina difensiva da parte degli operatori sanitari, con conseguente nocimento della salute del paziente.

È però sull'altra faccia del diritto di difesa che si devono sollevare dei dubbi di costituzionalità della procedura in esame, ovvero sia sul rispetto del principio del contraddittorio, tradizionalmente enunciato nel brocardo *audiatur et altera pars*. Il principio del contraddittorio è rispettato nel procedimento di fronte al tribunale, ma – alla luce delle analisi sin qui effettuate – tale rimedio si presenta come tardivo, risultando per lo più inefficace; difetta, per converso, il contraddittorio di fronte al giudice tutelare, perché tale autorità giurisdizionale non ha l'obbligo di “audire” il paziente né questi ha il diritto di essere sentito dal giudice in sede di convalida. Un contraddittorio ormai “tardivo” incide sull'*effettività* del diritto di difesa ed è per questo motivo che la Corte di cassazione si è altresì appellata all'art. 13 CEDU, quale parametro interposto di costituzionalità, per argomentare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della L. n. 833/1978. L'art. 13 CEDU, infatti, sancisce un «diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale» in caso di violazione dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione³³.

dagini e valutazioni preordinate all'adozione ed esecuzione di misure penali o di misure “che trovano causa nella pericolosità sociale-criminale” del soggetto». Nello stesso senso, cfr. R. GIORDANO, F. DI MARZIO, *L'art. 24 della Costituzione, commi 1,2,3*, in *www.lamagistratura.it*, 2022, i quali sostengono che «il principio di “ineluttabilità” della difesa tecnica, inteso come obbligo per la parte di avvalersi di un difensore, deve ritenersi contemplato con riguardo al solo processo penale ove venga in rilievo la tutela della libertà personale dell'imputato». Gli Autori, però, pur riconoscendo «un'ampia discrezionalità del legislatore nell'individuare le concrete modalità di esercizio del diritto di difesa nei giudizi diversi da quelli penali» (*ibidem*), affermano che le scelte legislative debbano essere motivate da “ragioni oggettive”. Tali conclusioni sono state criticate da autorevole dottrina, la quale ha da sempre sostenuto che l'obbligo della difesa tecnica dovrebbe valere «per ogni tipo di giudizio in cui sia in gioco la libertà personale dell'individuo», ancorché non si tratti di procedimenti penali (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 294).

³³ Il diritto a un ricorso effettivo (*the right to an effective remedy*) ex art. 13 CEDU, nonostante le prime tentennanti interpretazioni che ne avevano evidenziato il mero carattere *strumentale* alla tutela di altri diritti sostanziali, è ora considerato «un vero e proprio *diritto materiale* riconosciuto alle vittime di violazioni della CEDU, il cui *contenuto* è essenzialmente *procedurale*» (A. DI STEFANO, *Art. 13*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY [a cura di], *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 480). L'effettività del ricorso «potrebbe essere intesa anche come “efficacia”, nel senso di idoneità a raggiungere lo scopo [...]. In effetti, se il termine francese “*effectif*” viene spesso utilizzato come sinonimo di “*efficace*” [...], in inglese il termine “*effective*” indica qualcosa “*having the intended result*”, avendo quindi proprio il senso che noi attribuiamo all'aggettivo “*efficace*” ed al corrispondente sostantivo» (A. PERTICI, R. ROMBOLI, *Art. 13. Diritto ad un ricorso effettivo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI [a cura di], *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 395). Si è autorevolmente commentato l'articolo in esame, sostenendo che «*the remedy must be effective in practice as well as in law, “in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably*

E tale diritto non sembra pienamente garantito nella fase di convalida del provvedimento di TSO da parte del giudice tutelare, cioè proprio in quella fase del procedimento in cui la tutela si rivelerebbe più “efficace”, cioè maggiormente “*effective*”. Il TSO, infatti, non è un provvedimento che si adotta solo perché una persona ha una patologia psichica³⁴, ma perché una persona si trova in uno stato di “alterazione psichica” che richiede “urgenti interventi terapeutici”: è, dunque, efficace il controllo giudiziario esercitato nell’immediatezza del ricovero, mentre «gli accertamenti fatti sulla persona dopo le dimissioni – dopo cioè la cessazione della ragione del ricovero – rischiano di essere poco utili a ricostruire la situazione nella sua effettiva consistenza e gravità al momento del ricovero stesso»³⁵.

7. Principio del contraddittorio e consenso informato

La L. n. 180/1978 (recepita dalla L. n. 833/1978) ha sancito il principio della volontarietà degli accertamenti e dei trattamenti sanitari, prevedendo i trattamenti sanitari obbligatori come un’eccezione a cui ricorrere in casi straordinari di necessità e urgenza. Il predetto principio di volontarietà verrà poi qualificato, nel corso degli anni e nell’evoluzione della giurisprudenza – al riguardo sollecitata dalle riflessioni della bioetica –, come principio di autonomia del paziente, il quale ha il diritto, costituzionalmente fondato nel combinato disposto di cui agli artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost., a esprimere un *consenso informato* alle cure sanitarie.

L’art. 33, 5° co., della L. n. 833/1978 stabilisce che «[g]li accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori [...] devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato». È vero che la norma afferma che i TSO debbono essere “accompagnati” – e, quindi, “non preceduti”³⁶ – da iniziative rivolte ad assicurare il consenso informato del paziente, ma è altresì evidente che il trattamento sanitario obbligatorio, in tale fattispecie addirittura coattivo, impone per lo meno l’inizio di un’attività di contrattazione tra operatori sanitari e paziente, al fine di raggiungere una sorta di “consenso progressivo” e di valorizzare le residue capacità di discernimento del soggetto in questione: ai sensi dell’art. 3, 1° co., della L. n. 219/2017, infatti, «[l]a persona

hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State» (W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, in *Oxford Commentaries on International Law*, 2015, online edn, Oxford Academic, p. 550).

³⁴ «[S]e così fosse dovrebbe durare tanto quanto la malattia, tornandosi all’internamento in manicomio» (Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 3.7).

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Come si è autorevolmente affermato, in tale ambito della medicina «non sempre [si] può rispettare il principio della *contrattualità*, ma [si] deve ritornare in alcuni casi a quello della *beneficialità*» (U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2018, p. 1120), vale a dire agire secondo le modalità più idonee per la tutela della salute del paziente. Per un’attenuazione di tale affermazione alla luce della costruzione, anche in psichiatria, di un *consenso progressivo* alle cure sanitarie cfr. E. DALY, *Profili costituzionali dei trattamenti medico-psichiatrici*, cit., p. 91 ss.

[...] incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione» e «[d]eve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». Come rilevato dalla Corte di cassazione nell'ordinanza di rimessione, «[a]ppare quindi irragionevole che il diritto all'ascolto venga assicurato nella fase medica e non anche nella fase giurisdizionale, dove, in verità, dovrebbe concretarsi in un ben più incisivo diritto al contraddittorio e alla difesa»³⁷. Il citato art. 33, 5° co., della L. n. 833/1978 fa infatti riferimento a un momento di "partecipazione" del paziente anche a un trattamento sanitario al quale questi è comunque obbligato a sottoporsi. E il rispetto del principio del contraddittorio viene per lo più rinvenuto dalla dottrina proprio «nella possibilità riconosciuta agli interessati di influire sull'esito del giudizio, ovvero nella *partecipazione* degli stessi al processo»³⁸. Il pieno riconoscimento del principio del contraddittorio anche di fronte al giudice tutelare sarebbe espressione di quel principio *personalista* che lega fra loro le norme costituzionali finora esaminate (artt. 2, 13, 24, 32 e 111 Cost.). Come affermato dalla Corte di cassazione, «[l]a clausola del rispetto della persona umana richiama e riassume i diritti di libertà riconosciuti al singolo dalla Costituzione ed è tesa a impedire che la legge possa violare tali diritti nell'imposizione di trattamenti sanitari; non dovrebbe quindi essere intesa solo con riferimento a quegli elementi che compongono la relazione tra paziente e medico, e alle modalità di attuazione del trattamento sanitario, quanto più in generale con riferimento a tutti i diritti esplicitamente riconosciuti nella Carta costituzionale, nonché al fondamento stesso dei diritti umani, la bilancia sulla quale si dispongono i beni della vita: la dignità umana»³⁹.

Occorre altresì aggiungere che, nel momento in cui si è riconosciuto che i trattamenti sanitari coattivi (quali sono i trattamenti medico-psichiatrici) richiedono non solo il rispetto dei requisiti di cui all'art. 32 Cost., ma anche delle più stringenti garanzie previste dall'art. 13 Cost., tra cui la riserva di giurisdizione, il ruolo del giudice tutelare nella procedura assume un rilievo sostanziale, non potendosi ridurre a un semplice controllo formale: peraltro, come icasticamente affermato dai giudici della Corte di cassazione, «[c]i si deve chiedere [...] se effettivamente meriti la qualifica di controllo giurisdizionale quello che non avviene nel contraddittorio delle parti e che si limita ad un controllo formale sulla procedura e sul rispetto dei termini, senza ascoltare le ragioni di chi a quell'intervento terapeutico si è opposto e ciononostante subisce una limitazione della sua libertà materiale e della autodeterminazione; e se meriti la qualifica di controllo giurisdizionale quello che non verifica se la persona interessata, che due medici attestano essere in stato di alterazione psichica, è o meno in uno stato di capacità di intendere e di volere, così da poter organizzare una

³⁷ Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 4.9.

³⁸ R. Tosi, *Art. 24*, cit., p. 173.

³⁹ Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 4.2.

lucida difesa dei propri interessi, ovvero necessari della nomina di un legale rappresentante eventualmente anche *ad hoc* e a tempo determinato».

Che la procedura di TSO risenta di una carenza di alcune garanzie, è peraltro implicitamente ammesso nel disegno di legge presentato in Senato il 30 maggio 2017 (A.S. 2850, XVII Leg.) e riproposto nel medesimo testo il 16 maggio 2018 (A.S. 391, XVIII Leg.). Tale atto viene richiamato sia nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione sia nel recente (24 marzo 2023) *Report* al Governo italiano eseguito dall'*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CPT)⁴⁰: nel disegno di legge citato, infatti, è previsto che, in sede di convalida dell'ordinanza del sindaco, il giudice tutelare possa nominare un garante del paziente sottoposto a TSO, garante scelto nell'ambito di un albo predisposto presso l'ufficio del giudice tutelare medesimo e con il compito istituzionale di verificare il pieno rispetto dei diritti della persona sottoposta a TSO e di sostenerla nella negoziazione del programma di cura con il Csm competente, favorendo la formazione del consenso, sia pure parziale, al trattamento.

L'art. 33, 6° co., della L. n. 833/1978 stabilisce che, «[n]el corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno»: all'interno di questo diritto dovrebbe, dunque, essere ricompreso anche il diritto del paziente di essere ascoltato ("audito") dal giudice tutelare in fase di convalida. Il riconoscimento esplicito di tale diritto come espressione del principio del contraddittorio di cui all'art. 24, 2° co., Cost. potrebbe essere il primo passo verso la predisposizione di una procedura di TSO nella quale la ricerca di consenso del paziente non sia solamente una mera enunciazione verbale priva di riscontri fattuali, ma si concretizzi in una vera e propria attività di contrattazione da effettuarsi anche nelle situazioni-limite.

8. Conclusioni

«Che volete poi che faccia il Tribunale in Camera di consiglio? Volete che chiami personalmente al suo cospetto ogni denunciato, per vedere se è pazzo? E quando lo facesse, come e con quali criteri potrebbe venire a capo con vera scienza e coscienza? Il magistrato in

⁴⁰ «The CPT delegation also learned that draft legislation had been tabled in 2017 at the Italian Parliament in view, inter alia of the reinforcement of legal safeguards of involuntary hospitalised patients in terms of judicial supervision of their fundamental rights, and in particular of any additional coercive measures which might be applied to them during hospitalisation» (Report to the Italian Government on the periodic visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment [CPT] from 28 March to 8 April 2022, p. 69). Nella nota 111 del Report, tra l'altro si afferma che «[t]he draft law in question (Disegno di Legge No. 2850 of May 2017 known as "Ddl Dirindin") stipulates, inter alia that, at the time of the co-validation of a TSO, the guardianship judge appoints a guarantor of the rights of the patient, who is tasked with verifying the compliance with his/her fundamental rights. Further, the same draft legislation foresees the obligation of healthcare staff to inform the patient of their right of complaint to the guardianship judge about any form of coercion and further limitation of liberty which might be applied to them in the course of their hospitalisation and provides for the possibility of the transmission of relevant documentation by healthcare staff to the guardianship judge».

genere si troverebbe in grande imbarazzo, e non potrebbe, di regola, che deferire completamente all'avviso dell'uomo tecnico»⁴¹. Con queste parole Luigi Lucchini, magistrato penale e accademico, allievo di Francesco Carrara, esprimeva i suoi dubbi sul progetto di legge manicomiale del governo Giolitti (la L. 36/1904) nella parte in cui era previsto un controllo dell'autorità giudiziaria sugli internamenti in manicomio, un controllo che avrebbe costretto i giudici a «fare la parte di semplici bollatori [...] meccanici»⁴² in camera di consiglio.

Nella stessa direzione, più di un secolo dopo, si muovono le parole di un giudice tutelare, secondo il quale «le valutazioni sottese all'iniziativa sanitaria per il trattamento coattivo in degenza ospedaliera involgono profili di discrezionalità tecnica, sì marcati da ridurre, di fatto, la funzione di convalida del giudice tutelare alla dimensione puramente formale del controllo esteriore, della "conta dei documenti"; senza possibilità alcuna di verifica nel merito dei presupposti dell'urgenza terapeutica, della sua correlazione alla diagnosi prospettata, dell'impraticabilità di percorsi extraospedalieri»⁴³. A tal riguardo si è parlato di «crisi della giurisdizione»⁴⁴ per difetto di certezza e per carenza di effettività, di svilimento della garanzia dell'*habeas corpus*, di un «vuoto esercizio di burocrazia»⁴⁵.

Epperò non sempre gli operatori del settore sono stati così disincantati. Negli anni successivi all'approvazione della L. n. 180/1978, forse influenzati dal clima culturale di un'epoca in cui ancora forte era il «mito di Basaglia», alcuni magistrati avevano sostenuto la rilevanza della funzione propositiva e promozionale svolta dal giudice tutelare, il cui compito precipuo era quello di «costituire un forte punto di resistenza rispetto alle torsioni del t.s.o.o. [...] e rispetto all'inerzia dei sindaci [...]. Punto di resistenza, momento forte di rilevazione delle condizioni di legge per l'applicazione del trattamento, momento in cui l'imparzialità, la non appartenenza agli schemi organizzativi della pubblica Amministrazione, può proprio valere per ripristinare (ove siano stati lesi) i valori e le disposizioni espressi dalla 180»⁴⁶.

Nell'ordinanza di rimessione la Corte di cassazione, per converso, rileva che «il giudice tutelare non incontra mai i pazienti di persona e i pazienti restano disinformati sul loro status legale»⁴⁷. Tale situazione di fatto è stata altresì cristallizzata nel diritto e nell'elaborazione, attraverso forme di interpretazione estensiva della legge, di nuove tipologie di trattamenti

⁴¹ Atti parlamentari, Camera dei deputati, Legislatura XXI, tornata del 9 febbraio 1904, pp. 10.554-10.555.

⁴² Ivi, p. 10.555.

⁴³ E. CARBONE, *Habeas corpus e sofferenza psichica: riflessioni di un giudice tutelare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, 2, p. 624.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ L. GRASSI, M. G. RUGGIANO, *Alcune considerazioni sui trattamenti sanitari obbligatori, con particolare riferimento alla situazione bolognese*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, 1, p. 111. Gli Autori citati erano entrambi giudici a Bologna, Leonardi Grassi giudice istruttore, Maria Grazia Ruggiano giudice tutelare.

⁴⁷ Corte di cassazione, ord. 24124/2014, § 4.7.

sanitari obbligatori: teorizzando l'esistenza del TSOE, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha ritenuto che l'intervento del giudice tutelare nella procedura con cui il sindaco ordina un trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero (il TSOE, appunto) «non sia richiesto dalla legge»⁴⁸; la Corte costituzionale, con la sent. 22/2022, ha individuato, nella «nuova misura di sicurezza» costituita dall'assegnazione a una REMS, una forma di limitazione della libertà personale, durante la cui esecuzione «possono essere praticati al paziente trattamenti sanitari coattivi, ossia attuabili nonostante l'eventuale volontà contraria del paziente», distinti, peraltro, dal trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale disciplinato dagli articoli da 33 a 35 della L. n. 833/1978 (nel trattamento sanitario coattivo in REMS il controllo del magistrato di sorveglianza sull'esecuzione della misura di sicurezza assorbirebbe e sostituirebbe il controllo del giudice tutelare).

Non è questa la sede per discutere la più che dubbia legittimità costituzionale di tali «nuovi» trattamenti sanitari obbligatori individuati per via interpretativa: ciò che preme rilevare è che la riduzione, nei fatti, della funzione del giudice tutelare a mero controllo formale degli atti ha progressivamente condotto, nelle nuove tipologie di trattamenti invasive nella prassi, a una scomparsa della figura stessa del magistrato in questione, con un *vulnus* evidente alle garanzie previste dall'art. 13 Cost. Un esempio della «necessità» non solo giuridico-costituzionale, ma altresì pratica dell'intervento effettivo del giudice tutelare nella procedura di TSO è dato dai trattamenti sanitari obbligatori cd. «puntiformi»⁴⁹, ovvero dalla somministrazione coattiva di farmaci LAI (altrimenti detti farmaci depot⁵⁰). I TSO «puntiformi» assumono spesso la forma giuridica dei TSOE; la commistione di questi «nuovi» trattamenti e di queste «nuove» prassi comporta almeno due ordini di problemi immediati. In primo luogo occorre rilevare, *inter alia*, che, se per i TSOE non fosse necessario – come sostenuto dalla Conferenza delle Regioni nelle *Raccomandazioni* del 2009 – l'intervento del giudice tutelare, si assisterebbe a una conseguente menomazione anche del diritto di ricorso al tribunale, poiché di fronte a codesta autorità giudiziaria non può

⁴⁸ *Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale*, pubblicate il 29 aprile 2009 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome al fine di «facilitare l'applicazione, coerente e omogenea su tutto il territorio nazionale, delle procedure ASO e TSO di cui agli articoli 33-34-35 della Legge 833/78». Per una critica dell'istituto del TSOE cfr. E. DALY, *I fantasmi del diritto. Alcune riflessioni sul trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2021, pp. 227-246.

⁴⁹ La terminologia è del prof. Ugo Fornari, insigne accademico e psichiatra forense torinese: «è possibile ricorrere al T.S.O. extraospedaliero quando si verificano le prime due condizioni previste dalla legge (gravi alterazioni psichiche e non consenso alla cura) ed è possibile adottare le misure sanitarie necessarie al di fuori del ricovero in un S.P.D.C. (Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura). Sono questi i casi in cui, ad esempio, è necessario somministrare periodicamente una terapia Depot a un paziente dissenziente e in cui il T.S.O. viene sciolto non appena praticata tale terapia (T.S.O. puntiforme)» (U. FORNARI, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori sotto il profilo del rapporto medico-paziente: il problema della scelta*, in S. JOURDAN, U. FORNARI, *La responsabilità del medico in psichiatria*, Torino, 1997, p. 61).

⁵⁰ Si tratta di farmaci a rilascio prolungato o a lento rilascio, i quali, iniettati in un muscolo, rilasciano lentamente il principio attivo con gradualità da 14 ai 30 giorni. La somministrazione di tali farmaci è spesso preferita in caso di scarsa aderenza del paziente alle terapie farmacologiche.

essere impugnata l'ordinanza del sindaco, bensì solo il decreto di convalida del giudice tutelare medesimo. Inoltre, solo rari protocolli d'intesa esplicitano il fatto che non possano «ritenersi giustificate pratiche che prevedono somministrazioni ripetute a cadenza mensile per più mesi in TSO extraospedaliero di terapie depot o prolungamenti ripetuti sequenziali di TSO extraospedalieri»⁵¹: la presenza, nella procedura di TSOE, del giudice tutelare consentirebbe un controllo sostanziale sulle prassi dei servizi psichiatrici territoriali, assicurando e garantendo in modo effettivo il rispetto dei diritti costituzionali del paziente. Si può sempre obiettare che un paziente in preda a gravi alterazioni psichiche, le quali richiedono urgenti interventi terapeutici, non è assolutamente in grado di esercitare concretamente il diritto di difesa né altri diritti: tale constatazione, però, dovrebbe essere di pertinenza del giudice tutelare, il quale in tal caso potrebbe comunque, qualora lo ritenesse opportuno, avviare una procedura per la nomina di un curatore speciale dell'incapace *ex art. 78 e ss. c.p.c.* Bisogna inoltre ricordare che il riconoscimento dei diritti in astratto è preconditione per la loro promozione in concreto e per la creazione di una situazione reale dinamica, progressiva, non irreggimentata: come incisivamente sostenuto dal Comitato Nazionale per la Bioetica in un parere del 2000, «deve essere affermato il rispetto dell'esigenza etica dell'autonomia e della promozione dei diritti del paziente, *anche indipendentemente dalla sua capacità di esercitarli* [corsivo nostro], nella consapevolezza che ciò ha una profonda valenza etica, poiché il riconoscimento dei diritti *a priori* costituisce, per chi non può rivendicarli per sé, l'unica occasione per un possibile cambiamento»⁵².

Quasi cinquant'anni dopo la promulgazione della cd. legge Basaglia, non esiste più «il» TSO, ma «i» TSO⁵³: nello scorrere le tipologie di trattamenti sanitari obbligatori (*rectius*, coattivi) proliferate nel tempo sorge il dubbio che l'uso della forza, nella pratica psichia-

⁵¹ Il primo atto d'indirizzo a specificare quanto riportato nel testo dell'articolo è stato il protocollo d'intesa firmato il 20 giugno 2008 dalla Prefettura di Pordenone – Ufficio territoriale del Governo di Pordenone, dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pordenone, dalla Questura, dal Comando provinciale dei Carabinieri, dal Comando provinciale della Guardia di Finanza, dalla Provincia di Pordenone, dall'Azienda per i Servizi Sanitari n. 6 «Friuli Occidentale», dall'Azienda Ospedaliera «Santa Maria degli Angeli», dai Sindaci dei Comuni di Pordenone, Azzano Decimo, San Vito al Tagliamento, Sacile e Maniago, dal Comando dei Vigili del Fuoco, dall'Ufficio Medicina Generale e dall'Associazione Italiana Tutela Salute Mentale. Analoga disposizione si trova in una recente deliberazione della Regione Puglia (Dgr. 17 gennaio 2023, n. 3).

⁵² G. BERLINGUER, *Presentazione*, in *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici*, 24 novembre 2000, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, consultabile al link https://bioetica.governo.it/media/1881/p46_2000_psichiatria-e-salute-mentale_it.pdf.

⁵³ I TSO finora utilizzati dalla prassi dei servizi psichiatrici territoriali e legittimati dalle interpretazioni dottrinali sono il TSOO (Trattamento Sanitario Obbligatorio Ospedaliero), il TSOE (Trattamento Sanitario Obbligatorio Extra-ospedaliero), il TSO «puntiforme» (somministrazione coattiva di farmaci LAI o depot), il trattamento sanitario coattivo in Rems (alla luce della sent. 22/2022 della Corte costituzionale). Sul TSOE cfr. D. VINCENZI AMATO, *Il modello dei trattamenti sanitari nella legge 180*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988; C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus, Vita e Pensiero*, 2-3, 1990, p. 180 ss.; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, cit., p. 267; E. FERRARI, *Art. 33*, in F. A. ROVERSI MONACO (COORD.), *Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979, pp. 343-346; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, p. 103 ss.;

trica, non rappresenti l'*extrema ratio* a cui ricorrere in casi eccezionali, bensì una prassi ordinaria che sempre incombe, anche soltanto a livello di minaccia, sul paziente psichiatrico. L'esplicitazione della necessità di notificare al paziente sottoposto a TSO (a qualsiasi tipologia di trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale) l'ordinanza del sindaco nonché di comunicargli il decreto del giudice tutelare e il riconoscimento al paziente medesimo del diritto di essere ascoltato dal giudice tutelare non costituirebbero solamente un "rinforzo" di carattere procedurale o procedimentale della libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost.: il riconoscimento al paziente di un diritto di difesa effettivo sarebbe uno strumento giuridico idoneo a ricondurre il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale all'interno del ristretto perimetro delineato dalla Costituzione, ovvero sia quale trattamento a cui ricorrere solo «in casi eccezionali di necessità e urgenza», laddove il paziente è davvero impossibilitato a esprimere un consenso informato alle cure sanitarie.