

RAFFAELE MANFRELLOTTI

LIVELLI ESSENZIALI E RAGIONEVOLEZZA DELLA FUNZIONE PUBBLICA SANITARIA: LA PROSPETTIVA DELLA LEGGE N. 180 DEL 1978

1. *Ragionevolezza della funzione pubblica e autodeterminazione della persona.*

Come è noto, un fondamentale testo del costituzionalismo liberale identificava nel “pacifico godimento dell’indipendenza privata” l’essenza della libertà dei “moderni” contrapposta a quella degli “antichi”¹. L’assunto conserva intatta la propria valenza descrittiva nel momento in cui vuole identificare un nucleo di interessi, propri della persona, sul quale la persona stessa deve mantenere la possibilità di autodeterminarsi. Questo tuttavia non può significare la risoluzione del riconoscimento, da parte della funzione pubblica, di tali interessi nella garanzia dell’autodeterminazione; invero, nella prospettiva del costituzionalismo contemporaneo, nella quale la persona è bensì garantita come singolo, ma inserita in un contesto sociale bisognoso di essere tutelato *quanto* il singolo, il riconoscimento della tutela giuridica ad un determinato interesse, o, se si preferisce, il riconoscimento di un dato diritto (e, dunque, dell’autodeterminazione relativamente ad esso) non può che legarsi e, in qualche misura, condizionarsi alla previsione dei limiti che tale diritto deve sopportare affinché ne venga garantito il significato sociale, affinché abbandoni la propria dimensione individuale per ancorarsi ai valori che rendono possibile la convivenza civile.

Il limite sociale dei diritti della persona e, dunque, dell’autodeterminazione del singolo è sovente trascurato nella riflessione scientifica. L’accentuazione del principio di autodeterminazione sembra influenzata dalla classica ricostruzione della struttura dei diritti soggettivi (e, in particolare, delle libertà) che, sulla base delle suggestioni derivanti dagli studi romanistici², fa

1 B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2010 (rist.), in part. 37 ss.

2 Si veda, ad esempio, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., 170: “Diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico”.

leva sulla mera volontà del titolare della posizione giuridica³, e che configura, appunto, l'autodeterminazione come la sua caratteristica essenziale⁴. In quanto rapporto, la posizione soggettiva ha sempre ad oggetto la pretesa ad una prestazione (positiva o negativa) da parte di un altro soggetto (pubblico o privato). La concezione "solipsistica" dei diritti soggettivi, incentrata sulla tesi liberale del dogma della volontà, trascura il significato sociale della posizione soggettiva riconosciuta, ossia gli effetti, in termini di pretese, che essa concretamente dispiega nei riguardi degli altri consociati. La dottrina⁵ si è spinta fino a negare qualunque distinzione tra diritti soggettivi e diritti sociali, poiché per la sua stessa struttura in tanto una posizione soggettiva ha significato giuridico, in quanto è inserita in un contesto sociale obbligato a rispettare tale posizione ma che, al contempo, la limita.

I diritti, a prescindere da distinzioni di struttura, sono forme di partecipazione dei cittadini alla vita politica della comunità, arricchendola attraverso lo sviluppo (costituzionalmente garantito) della propria personalità e partecipando, in ragione della propria esperienza, in maniera consapevole alla vita – in senso lato, politica – della collettività⁶. Il diritto della persona è dunque imprescindibile da una valenza sociale, e dunque da un interesse generale (variamente graduato) a che il diritto stesso sia esercitato: non a caso, proprio a proposito della salute la Costituzione utilizza l'endiadi "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività"⁷.

Sicché, spesso il significato sociale di un diritto è talmente profondo che l'obbligo di prestazione è giuridicamente necessario, a prescindere dall'eventuale volontà del titolare di rinunciare al diritto medesimo: l'ob-

3 Per la quale si confronti, ad esempio, P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, 69 ss.; più recentemente, S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Dir. soc.*, 1989, 187 ss.

Per una ricostruzione delle tesi che fanno leva sul "dogma della volontà", M. COMPORTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli, 1972, 720 ss.

4 G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1953, 17 ss.

5 F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, cit., 22 ss.; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di P. Ridola, Roma, 1993, 42 ss., ma *passim*. Sul punto, si confrontino anche le considerazioni di A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002, 25 ss.

6 P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze, 2004, 26.

7 Pur con i dubbi che in Assemblea Costituente accompagnarono la scelta di tale formula, particolarmente da parte di quelle forze maggiormente legate alla concezione individualistica dei diritti cui si è fatto cenno. Sul punto maggiori riferimenti in A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 666 ss.

bligo giuridico dello Stato e degli *omnes* di rispettare una posizione soggettiva determinata deve ritenersi tendenzialmente svincolato dalla volontà del titolare: è l'ordinamento, oggettivamente considerato, che ne impone il rispetto, salvo attribuire al titolare medesimo il potere di disporre del diritto stesso quando ciò non ne leda la dignità e, soprattutto, quando la rinuncia ad esso sia necessaria per realizzare una posizione soggettiva considerata più meritevole di tutela⁸. L'acquisizione non è, in verità, una conquista della scienza giuridica moderna, bensì risale agli albori del costituzionalismo contemporaneo: il quale distingueva una "libertà filosofica" consistente nel potere di autodeterminarsi, ossia di esercitare la propria volontà, da una libertà politica, consistente nella sicurezza dei cittadini e il cui perseguimento sarebbe stato obbligatorio per lo Stato, secondo la dottrina in esame, indipendentemente dalla volontà dei titolari di siffatta libertà⁹.

Ne consegue che altrettanto estrema (e al di fuori del diritto positivo) della tesi che ha accentuato il profilo di limiti all'autodeterminazione giungendo a sostenere l'inesistenza stessa della nozione di diritto soggettivo¹⁰, è l'impostazione per cui l'autorità pubblica deve necessariamente arrestarsi di fronte all'autodeterminazione dei singoli. La funzione pubblica è anzi tenuta a garantire determinate prestazioni, specialmente in ambito sanitario, quando ciò sia funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico, come del resto è dimostrato dalla legittimità costituzionale, pacificamente ammessa, dei trattamenti sanitari obbligatori¹¹.

Queste considerazioni consentono, ad avviso di chi scrive, di arricchire la prospettiva nella quale è tradizionalmente studiato il principio di ragionevolezza quale parametro di legittimità della funzione pubblica e, in particolare, della funzione legislativa. Quest'ultimo è spesso utilizzato, anche nella sua attuazione giurisprudenziale, nella sua dimensione di salvaguardia dell'interesse individuale inciso dalla legge, valutando la proporzionalità di tale incisione rispetto all'interesse pubblico¹²; ma l'utilizzo

8 Si pensi al diritto all'identità sessuale, in cui l'integrità fisica della persona risulta cedevole rispetto al diritto di realizzare la sessualità che essa percepisce come propria.

9 MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, tr. it. a cura di B. Boffito Serra, Milano, 2004, XII, 2, 341 ss.

10 Il riferimento è, naturalmente, a L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, in Id., *Le trasformazioni dello Stato*, a cura di A. Barbera, C. Taralli, M. Panarari, Torino, 2003, 93 ss.

11 Su cui, ampiamente, le considerazioni di L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, in part. 141 ss.

12 Sin dalla sentenza n. 39 del 1970, in materia di carcerazione preventiva, una delle prime pronunzie in cui la ragionevolezza è stata legata alla proporzionalità; ma

del canone della ragionevolezza deve altresì significare, nella prospettiva opposta, che il riconoscimento del diritto deve essere accompagnato da limitazioni idonee a garantirne la funzione sociale, affinché gli interessi degli *omnes*, parimenti meritevoli di tutela e parimenti elementi costitutivi del c.d. interesse pubblico non risultino oltre misura sacrificati rispetto a siffatto riconoscimento.

Le leggi che interessano l'esercizio di diritti (e, massimamente, quelli che hanno nell'art. 32 Cost. il loro riconoscimento positivo più immediato) devono dunque bilanciare il principio di autodeterminazione dei singoli alla disposizione del diritto con l'interesse pubblico connesso alla posizione soggettiva considerata.

In questa prospettiva, l'esame della legge n. 180 del 1978 sembra particolarmente stimolante dal punto di vista scientifico, poiché l'equilibrio che il legislatore deve realizzare è quanto mai delicato dal momento che la malattia che minaccia la salute della persona, in questa fattispecie, è tale da compromettere immediatamente la libera volontà di essa e, dunque, da viziare in maniera più o meno evidente l'autodeterminazione di essa.

2. La prospettiva della "legge Basaglia": lineamenti descrittivi.

La c. d. legge Basaglia (legge n. 180 del 1978) è ispirata ad un clima culturale di radicale opposizione rispetto alla previgente concezione del malato di mente quale potenziale fattore di pericolo per la società, recuperando invece una dimensione più rispettosa della dignità umana ed ancorando la disciplina di queste fattispecie alla tutela della salute più che alla salvaguardia della pubblica sicurezza.

Viene così statuito un sistema legislativo nel quale anche il ricorso a trattamenti sanitari obbligatori si professa rispettoso dell'autodeterminazione del malato (art. 1, co. II), e nel quale la discrezionalità politica relativa al giudizio di pericolosità sociale del malato è subordinata al parere tecnico del medico teso ad accertare l'oggettiva gravità della malattia: ferma restando la riserva di legge, infatti, i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti dal sindaco, "nella sua qualità di autorità sanitaria locale", previo parere motivato di un medico (art. 1, co. VI). Si tratta, dunque, di una discrezionalità tecnica, in cui la decisione del soggetto pubblico è ancorata a parametri oggettivi e non a valutazioni di opportunità. La funzione pubblica descritta

si confronti anche, in materia di diritto alla salute, la più recente sent. n. 151 del 2009.

dalla legge si configura come un'attività vincolata da parametri tecnico – oggettivi in egual misura che dalle norme legislative (e costituzionali) che descrivono la funzione stessa. Ne consegue che il principio espresso dalla disposizione in esame è quello per cui il criterio fondamentale che presiede alle prestazioni sanitarie è l'autodeterminazione del malato, a meno che non vi sia una situazione, accertata nella sua oggettività secondo parametri tecnici, tale da rendere necessaria l'erogazione di trattamenti sanitari anche contro la volontà del paziente.

La legge, peraltro, prevede una graduazione dei trattamenti a seconda della loro invasività, circoscrivendo le misure che prevedono la degenza ospedaliera forzata (particolarmente invasive perché incidenti sulla libertà personale del malato) ai casi di urgenza (determinata in ragione della gravità dell'alterazione psichica), e nella sola ipotesi in cui i trattamenti sanitari obbligatori non siano accettati dal malato. In questa ipotesi la proposta di trattamento da parte del medico deve essere preceduta, prima del suo recepimento da parte del sindaco, dalla convalida da parte di un medico dell'ospedale in cui il trattamento deve essere erogato. È altresì previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria che, entro 48 ore dal provvedimento che dispone il trattamento, "assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti", dispone la convalida dell'atto stesso (art. 3, co. I e II della legge in esame).

Sebbene l'impianto sia chiaramente ispirato dalla disciplina costituzionale delle limitazioni della libertà personale in caso d'urgenza, la somiglianza si limita alla mera superficie poiché, al di là della terminologia poco precisa (la norma abusa del termine convalida definendo tale anche un atto che, a stretto rigore, convalida non può davvero definirsi¹³...), è escluso qualunque intervento dell'autorità giudiziaria, limitandosi la previsione all'acquisizione di un duplice parere medico. Tale previsione è, comunque, indicativa della circostanza che il legislatore del 1978 ha inteso ridurre al massimo la discrezionalità dell'autorità politica, lasciando alla tecnica margini di intervento i più ampi possibile, quasi che il difetto di autodeterminazione del malato possa essere compensato dall'oggettività dei dati scientifici.

Si tratta, però, di una visione a dir poco ingenua e, comunque, poco rispondente alla realtà delle cose. La medicina, infatti, non è una scienza

13 Il parere del medico *ex art. 2*: per il quale alcuna convalida può esservi poiché riguarderebbe un atto tecnico endoprocedimentale, e poiché non esiste nessun attuale provvedimento pregiudizievole di posizioni soggettive costituzionali da dover essere convalidato.

esatta, è anch'essa divisa tra diverse opinioni in merito ai singoli problemi ed alle relative modalità di intervento; e ciò è particolarmente vero a proposito di malattie, come quella della mente, che sono difficilmente misurabili nella loro gravità, e rispetto a cui le cure sono, in massima parte, ad un livello appena superiore a quello della sperimentazione.

La disciplina che si è descritta carica dunque il medico di una responsabilità decisionale che istituzionalmente non gli appartiene, chiamandolo a disporre non soltanto le modalità e la durata del trattamento¹⁴ ma persino l'*an* della degenza ospedaliera, che, come si è detto, è una fattispecie che incide sulla libertà personale in misura forse maggiore che non sul diritto alla salute (la degenza potrebbe avere anche mere finalità di studio della patologia, senza essere immediatamente finalizzata ad alcun trattamento se non, forse, nelle ipotesi più gravi, alla mera sedazione del paziente). E questo, si badi, in riferimento ad ipotesi che la legge stessa definisce urgenti.

In tali casi, il giudizio relativo all'*an* dell'intervento non potrebbe potersi prescindere da valutazioni relative alla pubblica sicurezza; le quali attengono non al medico, ma alle autorità per questo preposte dall'ordinamento e secondo le garanzie costituzionali che circondano tali valutazioni. In altri termini, la disciplina di cui all'art. 2 della l. n. 180/1978 sembra smarrire la dimensione della tutela della sicurezza pubblica, pure presente, come accennato, nella disciplina del diritto alla salute ai sensi dell'art. 32 Cost. C'è, in somma, nella legge, una sorta di "timore di decidere" in senso contrario all'autodeterminazione del paziente, anche quando la condizione di malattia mentale di quest'ultimo ne pregiudica la libera volontà, prevedendo come *condicio juris* dell'intervento pubblico il parere tecnico del medico sulla base dell'erroneo presupposto che la tecnica sia sinonimo di oggettività. L'opportunità di tale scelta legislativa sul piano giuridico risulta ancor più dubbia alla luce dell'errore logico in cui essa cade, ossia la convinzione che la decisione medica sia "scientifica" e, pertanto, oggettiva al pari di

14 L'art. 3, co. IV e V della legge dispone che ove il trattamento si prolunghi oltre il settimo giorno, o, al contrario, nell'ipotesi in cui il trattamento non si renda più necessario, il medico responsabile del trattamento psichiatrico formula una proposta a tal fine al sindaco, che a sua volta provvede ad informare il giudice. La disposizione nulla dispone in ordine ai poteri dell'autorità giurisdizionale, ma non potrebbe dubbio, avuto riguardo ai principi generali dell'ordinamento ed al complessivo impianto della legge, che essa possa disporre la cessazione del trattamento nell'ipotesi di cui al comma IV o il mantenimento del paziente in ospedale nell'ipotesi di cui al comma V. Si avrebbero, invece, maggiori perplessità ad ammettere che il giudice tutelare possa disporre la continuazione del trattamento, trattandosi di una decisione che nel sistema della legge Basaglia sembrerebbe riservata al medico.

un'equazione matematica. La realtà delle cose è, invece, diametralmente diversa, poiché “nella valutazione complessiva della decisione clinica in atto e nella scelta della strategia terapeutica da perseguire devono essere inseriti fattori extra-clinici quali abitudini di vita, usanze, stato socio-economico, acculturazione del paziente e la capacità da parte di questi di recepire il rispetto dell'iter terapeutico, nonché i rischi connessi alla sua applicazione”¹⁵. Ciò deriva dalla natura stessa dell'organismo umano, che è un sistema aperto e, come tale, in continua relazione con il mondo (non soltanto materialmente inteso)¹⁶. Ne consegue che l'ammalato non può essere “deificato ed inserito in una casistica e [...] valutato in percentuali mediante diagrammi statisticamente significativi”¹⁷, perché il trattamento medico richiede la specificità che discende naturalmente dall'unicità del paziente di volta in volta considerato. Ciò fa della medicina un'arte, non una scienza come erroneamente presuppone l'impostazione che qui si critica.

Alla considerazione precedente deve aggiungersi la circostanza che il processo della patologia non è mai uguale a se stesso comporta che la stessa decisione medica è, in realtà, la risultante di una pluralità di decisioni prese in un determinato intervallo di tempo in funzione del decorso della malattia¹⁸.

Queste considerazioni, come sembra evidente, tolgono alla decisione medica parecchio di quell'oggettività che si pretende abbia, impedendo di accettarne la funzione “supplente” nei riguardi dell'autorità di pubblica sicurezza per quanto concerne la scelta di intraprendere o meno determinate azioni nell'interesse del malato e della collettività tutta.

3. (segue).

La tutela giurisdizionale e il recupero dell'interesse generale. Il sistema della legge n. 180 del 1978 recupera, in qualche misura, la tutela dell'interesse generale per quanto concerne la disciplina delle tutele giurisdizionali avverso i provvedimenti che dispongono i trattamenti sanitari obbligatori; e lo recupera in una dimensione che è, forse, persino eccessiva.

15 L. CUCCURULLO, *La “decisione” nel campo medico*, in E. Mariani (a cura di), *I quaderni dell'I.p.e.*, n. 11. *Il processo decisionale*, Napoli, 2000, 49.

16 L. CUCCURULLO, *Natura – organismo umano – persona umana*, in L. Cuccurullo, E. Mariani (a cura di), *Contesti e validità del discorso scientifico*, Roma, 2005, 215 ss.

17 Ancora L. CUCCURULLO, *op. ult. cit.*, 215.

18 L. CUCCURULLO, *La “decisione” nel campo medico*, cit., 48 ss.

Ai sensi dell'art. 4, infatti, "chiunque" può chiedere al sindaco un provvedimento di revoca o di modifica avverso tali provvedimenti. Dispone il successivo art. 5 che contro di essi è ammesso ricorso da parte di "chiunque ne abbia interesse", purché tali provvedimenti abbiano concluso il proprio procedimento e siano, quindi, stati convalidati da parte del giudice.

La disposizione stimola la riflessione scientifica, innanzi tutto, in ordine alla natura dell'interesse ad agire che legittima il ricorso avverso i provvedimenti convalidati. Non sembrerebbe dubbio, infatti, che il legislatore non abbia inteso dar luogo ad un'azione collettiva, radicando la *legitimatio ad causam* in capo a soggetti titolari di un interesse specifico e differenziato da quello della collettività, tale da giustificare la reazione processuale.

Questa conclusione, comprensibile nella prospettiva del bilanciamento tra pubblico e privato che coinvolge le prestazioni sanitarie, e massimamente quelle relative alla fattispecie in esame, pone tuttavia dei dubbi di armonizzazione con la citata disciplina di cui all'art. 4 della legge che istituisce, come si è visto, una generale facoltà di richiesta in capo alla collettività di chiedere la riforma del provvedimento che dispone il trattamento. Infatti, qualora tale richiesta non venisse accolta, non parrebbe dubbio che il principio di azionabilità delle posizioni soggettive *ex* art. 24 Cost. legittimi il richiedente ad impugnare il provvedimento negativo (o il silenzio) del sindaco; così come non parrebbe dubbio che la pronuncia relativa al provvedimento di riforma espliciti necessariamente i propri effetti (confermativi o cassatori) anche sull'atto riformando. Il modello dell'art. 4 sembrerebbe, dunque, costruire un'originale azione collettiva sottoposta alla *condicio juris* del previo ricorso amministrativo in opposizione rivolto all'autorità che ha emanato il provvedimento.

Ne consegue che il riferimento ad uno specifico interesse (privato) ad agire contenuto nell'art. 5 della legge si svuota, in parte, di contenuto dal momento che chiunque faccia richiesta al sindaco di riformare il provvedimento acquista siffatta legittimazione ad agire.

Il modello risultante risulta dunque estremamente aperto verso la società civile, prevedendo un potenziale controllo diffuso di legittimità dell'azione amministrativa consentendo, di fatto, l'impugnazione dei provvedimenti che dispongono trattamenti sanitari obbligatori da parte di "chiunque".

La legge prevede, inoltre, che il sindaco possa proporre ricorso nel termine di trenta giorni avverso la mancata convalida da parte del giudice del provvedimento che dispone il trattamento (art. 5, co. II). Si tratta di una previsione che solleva più di un dubbio in ordine alla sua razionalità, nella parte in cui circoscrive tale legittimazione al sindaco.

La premessa logica del discorso che si va ad intraprendere è che il trattamento sanitario obbligatorio non è assimilabile ad una pena o, comunque, ad una *deminutio* della dignità della persona: si tratta di una misura che, come si è detto, è finalizzata alla tutela del destinatario non meno che dell'interesse generale. Non vi è, dunque, in linea di principio alcuna ragione per cui la sua erogazione debba essere circondata dallo sfavore che tradizionalmente permea la disciplina delle funzioni punitive.

Nel sistema dell'art. 5, l'autorità amministrativa è l'unica istanza chiamata a valutare l'opportunità di un riesame della pronuncia del giudice in ordine alla richiesta di trattamento. Resta fuori l'interesse della collettività che si era ritenuto di coinvolgere nella reazione al provvedimento del sindaco attraverso l'azione collettiva *sui generis* di cui si è detto, così come è completamente trascurato l'interesse privato pure coinvolto dalla vicenda storica su cui va ad incidere la decisione del giudice, rappresentato ad esempio dai familiari stretti del soggetto destinatario del trattamento. E se l'interesse della collettività può forse ritenersi adeguatamente rappresentato dalla figura del sindaco (pur con la rilevante differenza di disciplina rispetto all'ipotesi inversa di cui si è detto *supra*), l'interesse privato al trattamento è, invece, privo di qualsivoglia rappresentanza. Sembra che la legge ritenga tale interesse *in re ipsa* soddisfatto dal diniego di convalida; non ha sfiorato neppure l'illuministica mente del legislatore l'idea per cui potrebbe esservi chi auspica l'erogazione di un trattamento obbligatorio al punto da impugnare l'atto pubblico che non lo prevede.

Dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 della legge risulta, in conclusione, una disciplina processuale fortemente tesa alla salvaguardia dell'interesse pubblico, che lascia alla collettività stessa o ai suoi rappresentanti la facoltà di incidere sul provvedimento. Viene invece smarrita la dimensione più "intima" della vicenda, essendo il soggetto privato e le persone a lui più vicine depredate di qualunque autodeterminazione in ordine al trattamento, che la legge viene così ad equiparare, sostanzialmente, ad una misura repressiva.

4. La funzione pubblica nella l. n. 180 del 1978: la giurisprudenza costituzionale.

Avendo riassunto per linee generali la struttura della c.d. legge Basaglia, può ora procedersi all'esame della ricostruzione pretoria delle funzioni pubbliche che hanno in tale atto il proprio fondamento.

Le conclusioni cui si è giunti nel paragrafo che precede risultano confortate sin dalla prima giurisprudenza costituzionale su siffatta legge quanto meno relativamente ad un profilo: quello della distinzione ontologica tra i trattamenti sanitari obbligatori e la funzione punitiva dello Stato, e dunque – ma questa è una conclusione cui la Corte esplicitamente non perviene – sull’irragionevolezza di talune similitudini statuite dal legislatore tra i trattamenti in esame e le misure di prevenzione restrittive della libertà personale.

La legge n. 180 del 1978 ebbe rilievo davanti alla Corte, per la prima volta¹⁹, quale termine di raffronto rispetto alla norma del codice di procedura penale previgente (art. 88) che obbligava il giudice a sospendere il procedimento penale e ordinare il ricovero in ospedale psichiatrico in caso di infermità mentale sopravvenuta. Il giudice remittente censurava tale disposizione rilevando come l’erogazione di quella che riteneva una misura di prevenzione (il ricovero coatto) non fosse assistita dalle garanzie ordinariamente previste per tali misure. Il Giudice delle leggi si pronunciò per l’infondatezza della questione, rilevando la differente funzione tra le misure di prevenzione (ossia la salvaguardia della pubblica sicurezza minacciata dalla presunta pericolosità sociale del soggetto) e il provvedimento *ex art. 88* del previgente c.p.p., avente invece finalità di “cura e di custodia dell’infermo di mente”. A tale provvedimento risultava dunque estranea qualunque funzione di prevenzione speciale, “e tanto meno – contrariamente a quanto assume il giudice *a quo* – può esserle attribuita natura sanzionatoria”. La Corte rilevava bensì una disparità di trattamento tra la disciplina di cui all’art. 88 e il procedimento di soggezione a trattamenti sanitari obbligatori descritto dalla legge n. 180 del 1978, ma riteneva tale disparità compatibile con il principio di uguaglianza in ragione della qualità di imputato dell’infermo, e dunque della specifica funzione pubblica di cura del singolo e di salvaguardia dell’interesse generale quale descritta nella duplice prospettiva dell’art. 32 Cost.

La Corte ebbe occasione di tornare sulla natura delle prestazioni sanitarie obbligatorie per gli infermi di mente qualche anno dopo²⁰ ribadendo

19 Sent. n. 141 del 1982.

20 Sent. n. 211 del 1988.

Tale pronunzia era stata preceduta dalla sent. n. 516 del 1987, originata da un’ordinanza di rimessione con cui il Pretore di Bracciano aveva censurato la legge n. 180 del 1978 per non avere essa preveduto la durata massima del ricovero, “dimenticandosi” del comma IV dell’art. 3 della legge che fissa espressamente tale termine in sette giorni (protraibili). La questione – seccamente dichiarata manifestamente infondata dalla Corte – si segnala perché il motivo della presunta

do la mutata concezione da parte del legislatore quanto al trattamento di questi malati, “trasformato da problema di pubblica sicurezza a problema essenzialmente sanitario o di reinserimento sociale del paziente”. Sicché, a fronte della richiesta da parte della Provincia autonoma di Bolzano di declaratoria di illegittimità costituzionale della legge n. 180 del 1978 per violazione dell’art. 20 dello Statuto regionale del Trentino – Alto Adige, che attribuiva al Presidente della Giunta Provinciale le competenze in materia di pubblica sicurezza sui malati di mente, la Corte affermava la legittimità della qualificazione legislativa di talune fattispecie quali modi regolazione del diritto alla salute (riservata allo Stato) e non di garanzia dell’ordine pubblico (di competenza regionale). La pronunzia in esame è di particolare interesse perché in essa è presente *in nuce* la natura trasversale della funzione regolativa del diritto alla salute, riservata allo Stato quando anche intersecantesi con attribuzioni regionali di natura diversa. Si tratta di un percorso argomentativo che sopravviverà, come è noto, alla riforma del Titolo V della Costituzione e che condurrà all’elaborazione della teoria delle “materie trasversali”, affermata proprio a proposito delle prestazioni sanitarie obbligatorie indirizzate agli infermi di mente.

Con una celeberrima pronunzia²¹, infatti, la Corte ha ritenuto la determinazione delle prestazioni relative a diritti civili e sociali e, in particolare, al diritto alla salute una “competenza” del legislatore statale più che una materia in senso stretto, capace di sovrapporsi anche ad ambiti di competenza formalmente attribuiti alla potestà legislativa regionale.

In questa sede la pronunzia del 2002 rileva per l’importanza che essa attribuisce alla legge n. 180 del 1978. In effetti, già nei motivi di ricorso l’Avvocatura dello Stato aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale indicando quale parametro l’art. 117, co. III Cost., nella parte in cui attribuisce la tutela della salute nella potestà legislativa concorrente, e indicando altresì quale parametro di legittimità interposto la stessa legge Basaglia.

illegittimità della legge sarebbe stato dato, ad avviso del giudice, non dalla disparità di trattamento rispetto alla disciplina delle misure di prevenzione, ma rispetto a quella degli altri trattamenti terapeutici, per i quali è richiesta la fissazione del minimo periodo di prognosi.

21 Sent. n. 282 del 2002.

In realtà, la pronunzia era stata “preannunciata” dall’ord. n. 228 del 2002, con cui il Governo aveva impugnato una delibera legislativa del Piemonte per motivazioni analoghe a quelle che lo avrebbero spinto qualche mese dopo al ricorso avverso la legge della Regione Marche che ha originato la sent. n. 282. L’ordinanza citata dichiarò, tuttavia, il ricorso improcedibile per esser venuto meno il controllo preventivo di legittimità sulle leggi regionali a seguito dell’entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001.

Il riferimento al parametro interposto è, tuttavia, abbandonato nella motivazione della sentenza, che anzi rileva l'assenza di norme legislative che rilevino nella fattispecie al vaglio della Corte, e ritiene necessario il riferimento diretto al testo della Carta.

Il punto è che la legge n. 180 del 1978, pur destituita dal suo ruolo di parametro di costituzionalità interposto, mantiene tuttavia una posizione di "eminenza grigia" all'interno del ragionamento della Corte, che sembra risentire in misura non irrilevante dell'ispirazione tecnocratica che, come si è visto, costituisce la *ratio* del provvedimento legislativo. Ad avviso del Giudice delle leggi, infatti, "salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. [...] Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite".

Ne consegue che la legge regionale impugnata è dichiarata costituzionalmente illegittima in quanto "non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente a scopo cautelativo" ed ispirata al principio di precauzione²².

Ora, non sconvolge tanto che la Corte abbia dichiarato in maniera così netta e precisa il tramonto della centralità decisionale del Parlamento, assimilato, nel passo della pronunzia che si è apposta citato per esteso, ad una sorta di organo amministrativo capace di pronunziarsi solo dopo aver portato a termine la fase istruttoria del procedimento. Invero, si è già avuto modo di osservare che tale ruolo è connaturato alla costruzione, da parte del Costituente, della legislazione come funzione, ossia come attività vincolata tesa alla realizzazione di interessi che non sono nella disponibilità del titolare della funzione medesima²³. Ciò che invece lascia perplessi è l'assenza di qualsivoglia indicazione in merito al parametro normativo che

22 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, in part. 72 ss.

23 Per qualche ulteriore approfondimento, R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, 90 ss.

dovrebbe vincolare la funzione: la Corte – almeno secondo quanto si intende dalla lettura testuale della sentenza – gioca tutta la partita sul piano “metagiuridico”, per cui l’art. 32 della Costituzione non porrebbe vincoli di merito al legislatore, ma si limiterebbe quasi esclusivamente a “decostituzionalizzare” tali vincoli imponendogli il rispetto di procedure tese ad acquisire il parere (sostanzialmente vincolante) di “infallibili” organi tecnici nazionali o internazionali²⁴.

L’atteggiamento quasi fideistico nella scienza e nelle sue certezze, lo stesso che si è visto ispirare in larga misura al legge Basaglia, sembra evidente.

5. *La legge Basaglia nella prospettiva dell’art. 117, co. II, lett. m) Cost.*

La prospettiva “pan-scientifica” in cui si muove la legge n. 180 del 1978 determina, come si è visto, una valorizzazione significativa dell’attività amministrativa, perché è quest’ultima ad essere chiamata, in definitiva, a svolgere concretamente talune valutazioni e ad adottare i conseguenziali provvedimenti nei casi specifici. Potrebbe ritenersi che la legge, nel costituire il fondamento delle funzioni poste a tutela degli interessi coinvolti dal trattamento delle malattie mentali, assuma la qualifica di provvedimento di fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti ai sensi dell’art. 117, co. II, lett. m) della Carta costituzionale. Orbene, se tale deve essere il ruolo della legge in commento, non può sfuggirsi alla conclusione che il provvedimento richiede una significativa opera di messa a punto da parte del legislatore per renderlo coerente con il parametro costituzionale citato.

Infatti, nelle materie di cui all’art. 117, co. II, il legislatore costituzionale del 2001 ha individuato – lo si è ripetuto più volte – dei settori particolarmente sensibili nell’ambito delle realtà espresse dal tessuto sociale, talmente sensibili da richiedere l’intervento del legislatore nazionale. In questi settori si è ravvisata, evidentemente, un’esigenza di regolazione tanto forte da escludere l’intervento degli enti cui è, di regola, rimesso l’esercizio della funzione legislativa. Lasciare la regolazione di tali ambiti a soluzioni regolative spontanee, negoziali, escludendo l’autorità pubblica, contrasterebbe con la *ratio* dell’art. 117, co. II e con lo stesso dato positivo,

24 In generale, su questo aspetto della giurisprudenza costituzionale, l’approfondita analisi di F. MEOLA, *La regolamentazione giuridica delle biotecnologie: la dimensione dei rapporti tra tecnica e diritto nel contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2005, 121 ss.

una volta che si interpreti la disposizione come un obbligo ad esercitare la funzione legislativa. La rilevanza generale dei valori coinvolti nelle materie ivi elencate li rende insuscettibili di disposizione da parte di interessi settoriali²⁵. L'attuazione dell'obiettivo costituzionale, nonché la necessità del sacrificio delle differenti posizioni soggettive in ipotesi con questo confliggenti, non può essere lasciata ad un ordine spontaneo che si fonda sull'egemonia delle posizioni soggettive che si pretenderebbe di sacrificare. È come se l'art. 117, co. II, prevedesse una presunzione assoluta di non conformità all'ordine costituzionale dell'assetto che si determinerebbe se quelle materie fossero lasciate a se stesse.

Ne deriva che l'organo rappresentativo non potrà mai delegare il suo ruolo di fissare le linee di fondo in cui deve muoversi, da un canto, l'azione amministrativa, e dall'altro l'esercizio dell'autodeterminazione privata relativa ai singoli diritti, ponendo i principî cui essa deve attenersi, in particolare volti all'individuazione dei valori da salvaguardare necessariamente e al bilanciamento dei valori stessi ove in conflitto tra di loro.

Nelle materie di cui all'art. 117, co. II, la regolazione mite può dunque, al più, attuare od integrare le prescrizioni stabilite in via legislativa per dare esecuzione al dato positivo costituzionale. La disposizione in esame rappresenta, in questo, un rilevante fattore di novità rispetto alla disciplina costituzionale previgente, che aveva permesso il proliferare di una disciplina particolarmente attenta al rispetto dell'autodeterminazione (anche favorendo modelli di regolazione spontanea). Ad avviso di chi scrive, la riforma del 2001 ha reso questa normativa non più compatibile con il dato costituzionale, perché il legislatore è obbligato (nei termini di cui si è detto) ad individuare le prestazioni riconosciute come essenziali, sottraendone la disponibilità all'amministrazione (a quella medica così come a quella di pubblica sicurezza) la quale potrà graduare tali prestazioni e, comunque, erogarle secondo la propria discrezionalità, ma certamente non disporne relativamente all'*an* delle stesse.

Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 117, co. II, lett. *m*) Cost., per come esso è interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, l'obbligo del legislatore di definire compiutamente la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori ha assunto altresì un significato diverso dalla tradizionale garanzia dell'integrità psico-fisica del malato in rapporto all'interesse collettivo per legarsi, altresì, al contenimento della spesa pubblica in materia sanitaria. La limitazione della discrezionalità dell'amministrazione medica

25 H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, ora in *La democrazia*, Bologna, 1998, 169 ss.

ad opera di una legge sui l.e.p. alquanto dettagliata sottrae, in buona sostanza, alla medesima amministrazione la possibilità di determinare disavanzi di spesa, essendo le singole prestazioni e le fattispecie che ne giustificano l'erogazione tipizzate dalla legge e potendo, dunque, l'amministrazione unicamente valutare se il fatto su cui deve provvedere rientra o meno nella qualificazione legislativa.

Ad avviso del Giudice delle leggi²⁶, anzi, per il profilo di specie non è nemmeno certo che il parametro costituzionale che funge da base giuridica della legge sia rappresentato dall'art. 117, co. II, lett. *m*), potendo in ipotesi invocarsi invece il comma terzo della disposizione nella parte in cui attribuisce allo Stato la funzione di definire i principi generali di coordinamento della finanza pubblica²⁷.

Indipendentemente dal problema della fungibilità delle due norme, che attiene, ad avviso di chi scrive, alla qualificazione delle prestazioni sanitarie come servizio pubblico alla persona o come impresa pubblica e che non può essere affrontato in questa sede, può tuttavia concludersi che il modello costituzionale richiede una limitazione della discrezionalità dell'amministrazione sanitaria attraverso la tipizzazione legislativa delle prestazioni da erogarsi, particolarmente in materia di trattamenti sanitari obbligatori. A questo modello non appare pienamente rispondente la disciplina della legge n. 180 del 1978, per come la si è ricostruita. Tale provvedimento, certamente animato delle migliori intenzioni di soluzione di continuità con un passato nel quale il malato di mente era percepito come una minaccia per l'ordine pubblico più che come una persona bisognosa di cure mediche, deve tuttavia adattarsi ad un mutato quadro costituzionale, nel quale la funzione legislativa statale riceve limitazioni e vincoli ben maggiori rispetto al sistema previgente. A dieci anni dalla riforma costituzionale l'opera di adeguamento della legislazione al quadro costituzionale non appare ancora conclusa; in questa prospettiva, la legge del 1978 dovrà essere oggetto di ulteriore considerazione da parte del Parlamento.

26 Sent. n. 193 del 2007; nonché, più recentemente, seppure in termini meno chiari, sent. n. 141 del 2010.

27 Sent. n. 193 del 2007, cit., punto 4 del *Considerato in diritto*.