

TITOLO

UMANESIMO COSTITUZIONALE E CONTENZIONE DELLE PERSONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Il punto di vista dello studioso di diritto costituzionale

AUTORE

Daniele Piccione (1)

(1) Consigliere parlamentare del Senato della Repubblica. Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate presso l'Università La Sapienza di Roma.

1. I costituzionalisti e la contenzione

Nel ringraziarvi per avermi offerto di parlare ancora una volta sul tema dei profili costituzionalistici della contenzione, sento di dover anticipare qualcosa sul ruolo degli studiosi del diritto costituzionale dai quali in genere non si sa bene cosa aspettarsi e che, comunque sia, vestono panni diversi da quelli degli altri giuristi.

Già una volta mi trovai a citare una metafora impiegata da Stephen King [1], per cui i costituzionalisti ogni tanto possono sperimentare quella strana sensazione "di essere si invitati alla mensa dei grandi, ma di ritrovarsi poi relegati sotto il tavolo", perché in effetti giocano con le categorie del politico e il loro ragionamento ha sempre a che fare con questa o quella teoria politica.

E' vero, ma questa non è solo una debolezza. Al contrario, è anche la loro forza. D'altra parte, pochi anni fa Gustavo Zagrebelsky [2] si incaricò di proporre una definizione del ruolo dei costituzionalisti. Egli muoveva dal rilievo che nei loro confronti, da parte dell'opinione pubblica, vi è un "atteggiamento di attesa" e che questo si giustifica in quanto l'esercizio della loro professione intellettuale si esercita su una materia peculiare quale è, appunto, la Costituzione. Proprio in ragione della particolarità della materia, la posizione del costituzionalista non si

confonde con quella di chi opera in altri ambiti intellettuali e ciò per il particolare riguardo che questi deve mantenere per l'orientamento della libertà dal potere, in tutte le sue forme.

Ora, una delle più celebri frasi di Franco Basaglia ci introduce alla logica alla base delle contenzioni in ambiente medico, psichiatrico e penitenziario:

"Qualunque cosa dica il pazzo resta pazzia, come qualunque cosa dica il delinquente resta delinquenza, perché il rapporto istituzionale è solo un rapporto di potere che serve a perpetuare il dominio, la discriminazione attraverso la stigmatizzazione. Ricordiamo dunque che nei loro confronti abbiamo una sola superiorità: la forza" [3].

E' proprio contro l'uso indiscriminato, illegale e violento di questa forza che è necessario praticare il Costituzionalismo e cioè quel movimento culturale, filosofico e giuridico che è sempre "teso ad esaltare il limite del potere per evitarne gli arbitri, quale che sia il problema in discussione" [4].

2. Autorità e libertà. La contenzione come concetto giuridico

A me pare che per affrontare il tema che ci occupa oggi, dalla assai limitata ottica del giurista e con le lenti ancora più selettive e in apparenza paludate dello studioso del diritto costituzionale, si debba muovere da due premesse indispensabili.

E la prima premessa è quella che concerne una scelta di fondo, consapevole o non, che sempre si deve compiere quando si intraprende lo studio delle libertà costituzionali: e questa scelta concerne il binomio autorità e libertà. La seconda premessa riguarda il significato tecnico, anch'esso niente affatto ovvio, della contenzione. Di che si tratta, concettualmente?

La risposta a queste due domande preliminari fonda, in realtà, l'analisi che mi accingo a svolgere.

Il rapporto tra libertà e autorità per il Costituzionalismo del secondo novecento si risolve - questa ne è una delle grandi acquisizioni - nel primo senso. Fin dalla breve parabola della Costituzione di Weimar, si incrinano per poi definitivamente soccombere con la caduta del

Nazional-socialismo, le tesi statualistiche secondo le quali i diritti del cittadino si qualificano come rinunce dello Stato autoritario, che si autolimita mediante leggi concessive, attributive di diritti puntualmente disciplinati.

Si afferma, all'opposto, il *favor libertatis* e questo diviene un paradigma che il Costituente, come subito vedremo, lascia emergere con immediatezza dalla lettura della nostra Carta fondamentale.

La contenzione è una pratica generale ed è un comportamento di sopraffazione, una manifestazione del potere dell'uomo su un altro uomo. Chi ne è vittima soggiace all'altrui volontà; non a caso i giuristi utilizzano il termine di soggezione che è venato di un'allusione al concetto di passività assoluta in un rapporto fattuale, violento e coercitivo.

Per il suo significato storico e simbolico esso richiama temi ancestrali, ma anche sentimenti archetipici. Inoltre il ricorso alla contenzione è una tentazione continua. Non a caso, se ne può parlare nei termini di una formidabile scorciatoia per gli apparati di dispiegamento del potere medico e di quello psichiatrico [5].

Ma la contenzione suscita anche particolare riprovazione poiché vi riecheggia il legame tra carnefice e vittima che sempre contraddistingue le forme di potere assoluto, cioè una condotta materiale molto diffusa nei riguardi di un individuo che è più debole del soggetto agente.

Già si intravede il contributo di fondo che il costituzionalista, oggi, può offrire per esaminare la tormentata materia, proprio partendo da questa contraddittoria lotta tra la tentazione di ricorrere alla contenzione e la particolare riprovazione e odiosità che sempre si avverte quando la si vede in atto o se ne sente parlare.

3. La Costituzione come guida per l'agire dei singoli in un ordinamento composto di persone e istituzioni

L'arma per sciogliere questa contraddizione in senso democratico è la Costituzione, e questo io mi propongo di dimostrare in queste poche pagine. Un intervento a tesi, il mio. E' vero poi che

la vitalità della Costituzione italiana è spesso insidiata, trascurata, sottoposta alle intemperie di velleitari e proditorii manifesti di revisione e modifica; offrendo una ragione in più per apprezzarne i valori compositivi e l'effettività, avrò raggiunto un obiettivo supplementare, neanche troppo surrettizio.

Ora, la Costituzione a prima vista potrebbe essere avvertita come lontana da chi affronta problemi come quello di oggi.

Eppure uno dei più influenti giuristi del secolo scorso, Santi Romano, si batté per affermare che ogni ordinamento - e quindi anche la Costituzione che ne fonda e regola il sistema giuridico - non è solo una congerie di norme, ma molto di più: è l'insieme dei comportamenti, delle formazioni sociali, delle istituzioni, delle regole di condotta che percorrono un Paese in un certo momento storico. E' questa la radice teorica della corrente di pensiero nota come istituzionalismo.

Allora si comprende come la Costituzione serva da guida non solo per indirizzare il legislatore, per limitarne gli abusi illegittimi, ma anche per regolare i rapporti tra poteri, nonché, direttamente, l'agire dei privati. Non a caso, la carta fondamentale presidia i termini del rapporto tra autorità e individuo e ne garantisce i limiti di svolgimento. Ci difende, in altre parole, dalle condotte, dagli atti, dai comportamenti, così come dalle leggi e dai provvedimenti normativi illegittimi.

4. La collisione tra le discipline costituzionali e le contenzioni

Che questo discorso sia meno astratto di quel che sembra, lo dimostrano due rilievi: il primo è che la contenzione è una prassi assai diffusa negli stati autoritari e nei momenti in cui la Costituzione è sospesa di fatto o di diritto (il Cile del 1973 dopo il *golpe* contro Salvador Allende; nell'ultimo decennio, la base militare di Guantanamo, sotto giurisdizione e sovranità statunitense; certi momenti drammatici di sospensione fattuale delle garanzie costituzionali come a Genova nel 2001, in occasione del vertice del G-8).

La contenzione è poi massimamente praticata nei c.d. non luoghi e nelle istituzioni totali, negli universi concentrazionari e di internamento (il carcere, l'ospedale psichiatrico, il manicomio giudiziario, il centro di identificazione e di espulsione per gli immigrati extracomunitari).

In questi ultimi casi, secondo un discutibile punto di vista della giurisprudenza costituzionale italiana, non si è di fronte a situazioni in cui una persona già ristretta, poi si trova a vedere inciso il proprio "residuo" di libertà personale, di cui rimane pur sempre titolare; si tratterebbe, secondo la Consulta, di restrizioni alla libertà personale in certo modo implicate dallo stesso stato di detenzione(v. , infatti , Corte costituzionale, sentenza 15 - 22 novembre 2000, n. 526.).

Sia come sia, si tratta di contesti e situazioni accomunate da un dato: che la Costituzione non riesce a spingersi in quelle zone d'ombra, a illuminarle. E in questo cono d'ombra la contenzione degli individui è particolarmente frequente.

Si direbbe che le norme costituzionali mancano, in questi ambiti, di effettività.

5. La indimostrata differenza ontologica della contenzione nei luoghi di cura

Muovendo da queste acquisizioni generali, si può ora passare ad esaminare la contenzione nei luoghi di cura, assumendo per un attimo l'ipotesi che essa, in queste circostanze, cambi natura, magari - come sembrano sostenere alcuni - in forza dell'obiettivo terapeutico che, più o meno direttamente, la stessa contenzione persegue; oppure, per via del luogo in cui è posta in essere o grazie a delle presunte garanzie procedurali che ne circondano la messa in atto. Ammesse e non concesse queste ipotesi, occorre verificare se gli atti di contenzione siano legittimi costituzionalmente.

Innanzitutto, la nostra Carta fondamentale afferma molto più di quanto, in genere, si tende a credere.

Non solo, infatti, l'articolo 13 della Costituzione sancisce l'inviolabilità della libertà personale e nel prevederne le limitazioni legittime, le circonda di ferree garanzie procedurali; ma vi sono

tre disposizioni che completano il quadro di insieme, offrendoci le risposte alla domanda che ci siamo posti.

La prima e decisiva sta nell'espressione per cui, nello stesso articolo 13 Cost., dopo aver disciplinato la tutela contro gli arresti, le perquisizioni e le ispezioni personali, è stabilito che:

"Non è ammessa..... qualsiasi altra forma di restrizione della libertà personale se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge".

Nello stesso articolo 13 si legge poi che: *"E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà personale"*. Si riconosceva esplicitamente già allora che i luoghi in cui si verificano restrizioni e si scontano pene - caserme, celle di sicurezze, riformatori giudiziari, ospedali psichiatrici giudiziari, i vecchi manicomi - dovevano essere riguardati da una specifica norma che esprimesse la condanna anticipata per ogni ulteriore inasprimento della condizione degli internati o di chi fosse costretto in questi luoghi particolari, in quanto soggetti deboli, i quali, immersi in una condizione separata dagli altri, sono più vulnerabili ed esposti a rischi di prevaricazioni.

Infine, un contributo di chiarezza è offerto anche dalla lettura piana dell'articolo 32, comma 2, a mente del quale: *"Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"*.

Si scorge così un indizio suggestivo di quanto i Costituenti fossero consapevoli del senso della parola "coercizione" rispetto a quello di "obbligo", proprio i due termini impiegati, rispettivamente, negli articoli 13 e 32 Cost.

Questo indizio ci viene dalla voce di Aldo Moro, che aveva contribuito a redigere il testo definitivo dell'articolo 32 in Assemblea Costituente e che, trent'anni dopo, dalla "prigione del popolo" in cui era stato ristretto dalle Brigate Rosse, durante i cinquantacinque giorni di detenzione, scrisse: *"Io sono prigioniero e non sono in uno stato d'animo lieto. Ma non ho subito nessuna coercizione, non sono drogato, scrivo con il mio stile per brutto che sia. Ma sono, si dice, un altro e non merito di essere preso sul serio"* [6].

E ancora ".....io mi trovo sotto un dominio pieno e incontrollato" [6].

Non è un caso che, nella drammatica primavera del 1978, Moro impieghi il termine "coercizione". Egli infatti scrive la lettera per dimostrare di essere ancora se stesso, di non aver subito alterazioni della personalità tali da renderlo "altro da sé". Lo statista democristiano scrive tutto questo per legittimare il senso delle sue missive e mantenere aperta la trattativa per la propria liberazione e il ruolo di interlocutore. E allora la scelta semantica del penalista e del Costituente Aldo Moro si fa rilevante: chi subisce la coercizione perde la *suitas* degli atti, delle azioni, appunto smarrisce la soggettività. Invece, lui che è prigioniero, mantiene uno spazio di autodeterminazione e lo esercita scrivendo, prospettando soluzioni.

Nel complesso, allora, discendono dal dettato costituzionale le seguenti conclusioni.

Il solo modo legittimo per contenere una persona fisicamente è quello previsto per legge e disposto dal giudice con atto motivato, oppure convalidato *ex post* dall'autorità giudiziaria. Tutto il resto è patologia, cioè atto e comportamento illegittimo o illecito.

Peraltro, si potrebbe tentare di sostenere, sulla scorta di un'infelice sentenza della Corte costituzionale, la n. 30 del 1962, che se la limitazione della libertà fisica è del tutto transitoria o insignificante per invasività e durata (e comunque, a tutto concedere, la contenzione medica non mi pare che possa qualificarsi così), allora sarebbe praticabile anche senza controllo giurisdizionale. Ma contro questa tesi, che ebbe un effimero successo, vale obiettare che, a tacer d'altri inconvenienti, come stabilire quando la coercizione fisica è insignificante e quando è istantanea e quindi asseritamente legittima?

E' dunque vero il contrario, e cioè che gli atti coercitivi incidenti sulla libertà personale devono attuarsi comunque solo nei casi espressamente previsti dalla legge non potendo trovare accoglimento l'ipotesi che medici, operatori o altro personale dispongano di poteri impliciti generali.

6. La libertà personale secondo la Costituzione: spirito e norme di garanzia

Già a prima lettura, la formulazione cristallina dell'articolo 13 della Costituzione basta a chiarire definitivamente profili dei quali non si può dubitare. Tanto altro però si evince dalle parole della Costituzione, specialmente se si considera il dibattito nel corso dei lavori preparatori in Assemblea Costituente. Sono certo che tutte le contenzioni di cui si ha esperienza e per le quali ci siamo indignati, ma anche quelle di cui non sappiamo nulla, non soddisfano nessuna di queste condizioni procedurali.

Inoltre, per quanto a lungo si frughi nel nostro ordinamento giuridico non si troverà mai una disposizione di legge che regola i presupposti per contenere meccanicamente una persona. Nelle circostanze in cui si ricorre a questa scelta, nella pratica penitenziaria e sanitaria, nessun magistrato è mai coinvolto nella decisione, né viene informato successivamente.

Eppure non può non esserci condanna senza appello per condotte poste in essere in zone franche dell'ordinamento, valendosi di una pura forza di contingente supremazia, in aperto spregio delle garanzie volute dai Costituenti.

Lo confermano altri e non minori indizi. Da un lato, *l'incipit* dell'art. 13 Cost. – solo in apparenza enfatico – sottolinea l'intangibilità della libertà fisica con quell'aggettivo, quasi sacrale, di "inviolabile". Dall'altro, le deroghe al principio sono espresse *sempre con formulazione negativa, accentuando così il disvalore assoluto* che i Costituenti attribuivano alle limitazioni del bene preziosissimo che è il corpo umano e la capacità di disporre senza costrizione alcuna. Un giovane Aldo Moro, Togliatti, Dossetti e gli altri protagonisti del dibattito in Assemblea Costituente, si sforzarono di far trapelare dall'articolo 13 la difesa della libertà fisica da ogni coercizione.

Conviene ricordare che sempre Moro, il quale ebbe un ruolo fondamentale nella stesura dell'articolo 13, fu altresì artefice della formulazione del secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione che disciplina, come noto, i trattamenti sanitari obbligatori.

Non solo ne intuiva il collegamento con i rischi di privazione della libertà personale dei singoli negli ambiti sanitari, ma volle imporre, come si è visto, che i trattamenti obbligatori, cioè contro la volontà dell'interessato, fossero dichiarati del tutto eccezionali e stabiliti, quanto a modalità e garanzie, da una legge approvata dal Parlamento. Inoltre, di nuovo congegnò la formulazione al negativo:

"In nessun caso la legge può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

7. Gli argomenti secondo i quali la contenzione potrebbe essere integrata in un protocollo medico legittimo e la loro confutazione

I fautori della contenzione, cioè coloro che ne sostengono la natura di protocollo medico attuabile, potrebbero a questo punto replicare in due modi.

Il primo è che si danno fattispecie nell'ordinamento in cui non è l'autorità di pubblica sicurezza a operare una limitazione della libertà personale, ma sono per ipotesi, i singoli cittadini.

E' per esempio il caso previsto dall'articolo 242 del codice di procedura penale che consente al privato - beninteso, che obbedisca agli ordini dell'autorità - di collaborare all'arresto del singolo, ovviamente se del caso, bloccandolo e immobilizzandolo. Una norma "salvata" dalla Corte costituzionale con la sentenza del 10 giugno 1970, n. 89, che spiegava come in tali circostanze il privato operi obbedendo a un "principio di solidarietà civica".

Ma chi volesse svolgere questo rilievo, si espone a due argomenti critici decisivi: in primo luogo, anche in questo caso, l'autorità giudiziaria procede pur sempre alla convalida e al fermo, mentre nella contenzione nei luoghi di cura, ciò non avviene; inoltre, qui vi è una chiara previsione di legge, mentre la pratica di contenimento del paziente, non trova alcun fondamento legislativo.

Il secondo argomento è il vero nucleo duro, evocato da coloro i quali nobilitano la contenzione, considerandola talvolta un male (relativo) necessario, talaltra parte integrante e indispensabile dell'attività terapeutica.

Obietterebbero costoro che la contenzione si realizza per curare e riabilitare. Si mette cioè in campo un duplice argomento; è come se si dicesse che "il fine giustifica i mezzi", e poi si desse spazio a una pratica sulla base della presunta elevatezza dell'obiettivo che si propone di perseguire.

Ma neanche questo argomento è condivisibile.

8. Obbligo e coercizione. Trattamenti sanitari e provvedimenti coattivi e degradanti

Se infatti si passa a declinare il tema alle pratiche mediche, si comprende da subito come la Costituzione offra, di nuovo, risposte certe.

A parte il rilievo già svolto che anche il trattamento sanitario coercitivo (al pari degli altri, disposti per i più vari fini) può essere eseguito solo nei casi previsti dalla legge, c'è da ribadire che un conto è proprio la coercizione fisica, appunto la disposizione da parte altrui del corpo di un individuo, attraverso un'attività bio-meccanica; altro è, invece, obbligare una persona a subire un trattamento (sanitario) cui non acconsente¹.

Peraltro la Corte costituzionale ha affermato che "è insito nel citato art. 32 che il trattamento di un infermo deve essere ispirato al massimo riguardo"(V. Corte costituzionale, sent. 20-27 giugno 1968, n. 74).

E allora come può argomentarsi che il solo considerare come finalizzata alla cura una certa pratica, per ciò solo essa possa essere sottratta alle garanzie costituzionali previste dall'articolo 13 della Costituzione?

(1) Si deve aver riguardo al fatto che sul punto si annida un equivoco banale ma assai dannoso. Le pratiche concretamente attuabili in sede di trattamenti sanitari obbligatori, ai sensi degli artt. 33, 34 e 35 della l.n. 833/1978, non possono risolversi nella contenzione fisica la quale, non solo non è coperta dalla convalida dell'autorità giudiziaria della proposta di trattamento sanitario obbligatorio proposto formalmente dal Sindaco (e sostanzialmente dal medico curante), ma proprio in quanto atto incidente sulla libertà personale dell'infermo è autonomamente sottoposto al regime di cui all'art. 13 Cost. Sull'impossibilità di sovrapporre il trattamento sanitario obbligatorio in struttura sanitaria con la contenzione biomeccanica, v. la recente e assai nota Tribunale di Vallo della Lucania, sent. 27 aprile 2013, (Reg. Sent. n. 825/2012), 53 e seguenti, in cui si sviluppa un impianto motivazionale non certo condivisibile, ma almeno chiaro nel non identificare i presupposti e il procedimento di irrogazione del trattamento sanitario obbligatorio con quelli per procedere alla contenzione biomeccanica del paziente.

Non è così, perché le sfere di azione dell'articolo 32 e dell'articolo 13 si sovrappongono, l'una riguardando gli obblighi a sottoporsi alle cure, l'altra, invece, determinando una "degradazione giuridica" dell'individuo nel senso dell'avverarsi di "una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*" (Corte costituzionale, sent. 29-31 maggio 1995, n. 210). La Costituzione ci consegna due norme che si occupano di problemi diversi; rimane il fatto che in ogni circostanza in cui vi sia coercizione, coazione fisica, contenzione o attuazione di misure atte a degradare la dignità della persona (ad esempio, oltre la contenzione, vale citare: palpeggiamento a fini di perquisizione; ispezioni corporee; iniezioni a persona immobilizzata), le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione non sono eludibili, così che simili attività, condotte in spregio delle disposizioni costituzionali sono da considerarsi illegittime costituzionalmente. Dal momento che la contenzione fisica determina una "mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere ed è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale", questa non può sfuggire alle garanzie tipiche dell'articolo 13 Cost (Corte costituzionale, sent. 22 marzo - 10 aprile 2001, n. 105.).

9. L'analisi delle norme che, solo in apparenza, giustificano la contenzione

Che dire allora di quella congerie di norme che, a prima vista, sembrano consentire o tollerare l'ipotesi della contenzione?

Vale la pena citare solo per inciso, innanzitutto, l'art. 60 del R.D. n. 615/1909, secondo il quale: "*Nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'Istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura del mezzo di coercizione (...)*".

Contrariamente a quanto qualcuno sembra sostenere, questa norma è implicitamente abrogata - a me pare del tutto ovvio - dalla l. 13 maggio 1978, n. 180. Non vi sarebbe neanche bisogno di dimostrarlo, ma basti chiarire in questa sede che la disposizione in questione postula la sopravvivenza dell'istituto manicomiale. La sua soppressione determina invece la totale mancanza dei presupposti di fatto e di diritto, perché la disciplina della contenzione manicomiale possa trovare margini di vigenza.

E non si dica che questa potrebbe ancora trovare spazi di applicazione nei Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura, perché la differenza siderale in punto di organizzazione, di *ratio* istitutiva e di modalità terapeutica che ivi si svolge del disturbo mentale in acuzie, è tale per cui i Servizi di Diagnosi e Cura non possono in alcun modo accomunarsi - e per merito della legge 13 maggio, 1978, n. 180 e degli operatori che hanno lottato per renderla effettiva - ai reparti dei vecchi ospedali psichiatrici.

C'è poi il tema degli articoli 33, 34 e 35 della l. n. 833 del 1978 che disciplinano il trattamento sanitario obbligatorio generale, oltre che quello in ambito psichiatrico.

Sia ben chiaro, tuttavia, che tale puntuale e garantista disciplina non viene in considerazione allorquando si procede alla contenzione.

Quanto quello della legge è un modello codificato, rispettoso dello schema previsto dall'articolo 13, comma 3 della Costituzione, tanto, all'opposto, la contenzione - lo si è detto - è un comportamento, una condotta de-procedimentalizzata, si vorrebbe dire, in sostanza, un fatto e non un atto giuridico.

Derivano da questa constatazione due conseguenze: la tanto avvertita esigenza di sviluppare protocolli medici per il ricorso alla contenzione; le norme, che la riguardano variamente, contenute nei codici di autodisciplina di categorie professionali e nei testi di regolamentazione deontologica.

Ebbene, va ribadito con chiarezza che in nessun modo protocolli e regole di autodisciplina categoriale possono sostituirsi alla legge cui come si è visto sono riservati i casi e i modi delle

limitazioni della libertà personale dall'art. 13 Cost. E anzi, laddove eventuali norme di tal fatta confliggano con la Costituzione, esse vanno disapplicate senza esitazioni, in quanto illegittime. E' questo il caso, ad esempio, del noto articolo 4.10 del Codice della professione infermieristica⁽²⁾ che sembra(va) regolare la contenzione quale procedura che l'ordinamento prevede e legittima in quanto tale. Proprio perché tale norma è destituita di qualunque fondamento legislativo, in base all'articolo 13, comma 3, della Costituzione, essa è senza dubbio illegittima e andrebbe disapplicata in ogni sede.

Si giunge così all'ultimo rilievo che concerne l'ormai risalente diatriba circa la natura della contenzione come atto medico prescrivibile. Alla luce di quanto si è detto sino ad ora, non può sostenersi che la contenzione rientri tra le azioni professionali del medico, vale a dire "nel novero delle attività scientifiche, didattiche, formative ed educative, cliniche, medico-tecniche compiute al fine di promuovere la salute e il buon funzionamento, prevenire le malattie, fornire assistenza diagnostica o terapeutica e riabilitativa a pazienti, gruppi o comunità nel quadro del rispetto dei valori etici e deontologici". Questa definizione, che è quella di atto medico elaborata dall'Unione dei Medici Specialisti Europei nel 2006, dà per scontato un presupposto e cioè che si sia in presenza di atti e procedure lecite e legittime nei singoli ordinamenti nazionali. Ma siccome così non è, poiché la contenzione incide sulla libertà fisica del paziente, non è regolata dalla legge quanto a casi e modi e non si ha traccia del fatto che sia disposta dall'autorità giudiziaria con provvedimento motivato, ne consegue che essa, per come la conosciamo noi oggi, non è atto medico e *a fortiori* non può protocollarsi, come si dice in gergo medico. In definitiva, ciò rende superfluo, per il giurista, interrogarsi se gli atti di contenzione rientrino effettivamente nella pratica terapeutica, se siano

⁽²⁾ L'art. 4.10, dispone: "L'infermiere si adopera affinché il ricorso alla contenzione fisica e farmacologica sia evento straordinario e motivato, e non metodica abituale di accudimento. Considera la contenzione una scelta condivisibile quando vi si configuri l'interesse della persona e inaccettabile quando sia un'implicita risposta alle necessità istituzionali".

presupposto necessario all'irrogazione delle cure o se sia del tutto incompatibile con il concetto stesso di terapia (come invece sembra preferibile ritenere).

Rimane soltanto da chiarire, da ultimo, il richiamo che spesso si cita, non del tutto propriamente, all'articolo 54 del codice penale, che regola lo stato di necessità o, più in generale il rinvio ad altre norme penalistiche che scriminano le condotte di abbandono ⁽³⁾ o di omissione di sorveglianza in capo ai medici e al personale infermieristico. Sul punto bisogna intendersi. Innanzitutto, la contenzione non ha nulla a che fare con l'abbandono del paziente, salvo ritenere che l'unica soluzione per non incorrere nella responsabilità penale per incuria o abbandono dello stesso, o per omissione di soccorso, sia quello di costringere *in vinculis* l'infermo di cui ci si deve prendere cura. Sostenere questo, non vi è che non lo veda, è palesemente incongruo. Ma vi è di più. In generale, ricorrere alla contenzione per stato di necessità esclude soltanto la responsabilità penale di chi la pone in essere, perché altrimenti costui incorrerebbe nei reati di sequestro aggravato, violenza privata o di maltrattamenti - ma certo non legittima il compimento degli atti contenitivi, cioè, in altre parole, non può costituirne il fondamento giuridico generale che la Costituzione - lo ripeto un'ultima volta - impone in ogni caso che sia tassativamente previsto per legge (l'espressione *.....nei soli casi e modi previsti dalla legge*, del secondo comma dell'articolo 13). Insomma, tutto porta a concludere che la contenzione non ha tutela né copertura costituzionale di alcun tipo; quando si realizza, viene posta in essere in autentici stati di *a-nomia*, cioè di assenza del diritto. E ciò proprio perché un modello legale, cioè lecito e legittimo per contenere meccanicamente le persone non esiste nel nostro ordinamento (né potrebbe se non nel senso imposto dalla Costituzione).

⁽³⁾ L'articolo del codice penale a cui mi riferisco è il seguente: "Art. 591 *Abbandono di persone minori o incapaci. Chiunque abbandona una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a se stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere la cura, e' punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni*". E' evidente che la consumazione di un tale reato non può certo scongiurarsi attraverso il ricorso alla contenzione fisica: il solo prospettarlo sarebbe paradossale in punto di diritto e di logica formale.

Questa conclusione ha due ulteriori corollari. Il primo è che i tentativi di ammantare di giuridicità le contenzioni, provando a qualificarle come pratiche mediche si rivelano fuori fuoco. So per esperienza che a questo punto del discorso emergono due tesi talvolta sostenute anche da magistrati o da autorevoli giuristi. Questi ultimi potrebbero trovare manichee le considerazioni dianzi svolte. Ecco, dunque avanzare due argomenti particolarmente insidiosi ma a cui conviene fare fronte accuratamente.

In primo luogo, si cita la norma del codice penale (art. 54) la quale, come si è detto, scrimina la condotta di chi compie un reato in stato di necessità, per salvare sé od altri da un pericolo attuale di un danno grave alla persona.

In tali evenienze – si soggiunge – la contenzione del singolo sarà lecita.

Chi avanza questa obiezione però sembra trascurare un rilievo di carattere generale.

Le cause di giustificazione del codice penale – e tra queste lo stato di necessità – valgono semmai a scusare l'autore di un reato e ad escludere che gli sia irrogata la sanzione penale. E tuttavia non vi è dubbio che la condotta posta in essere sia guardata dall'ordinamento con un segno di netto disvalore; per non parlare poi del fatto che, perché la contenzione possa essere scusata, è in realtà necessario che si sia posto in essere ogni altro rimedio possibile per evitare il danno grave, il cui pericolo deve poi essere attuale e proporzionato alla contenzione eseguita⁽⁴⁾. Tutte condizioni che – anche alla luce di una sommaria verifica – riuscirebbero a salvare la legittimità di pochissime delle condotte restrittive praticate negli ospedali e nelle case di riposo la cui alta incidenza è tristemente nota.

⁽⁴⁾ A ben vedere, l'argomento che si richiama alle cause di giustificazione per legittimare, più o meno implicitamente, gli atti di contenzione, si basa sull'equivoco assunto per cui l'unica condotta possibile per evitare un danno attuale al paziente coercito, sia quello di contenerlo biomeccanicamente, cioè di commettere un atto illecito. Contro questo errore concettuale, vale richiamarsi a Cassaz., sent. 22 gennaio 1998, in causa *Belpedio*, secondo la quale: "nei limiti in cui la necessità della terapia e la mancanza di un evidente dissenso da parte dell'incapace, che non può esprimere un valido consenso, giustificano il ricovero, che in tal senso è supposto come volontario, è cogente anche l'obbligo di custodia, anche se non può comportare l'uso di mezzi coercitivi né per imporre la terapia né per protrarre un ricovero non più necessario. Ciò che è vietato non è soltanto la coercizione in sé, che è insita anche in un ricovero *sine die, ad arbitrium et nutum*, ma anche la coazione strutturale, relativa all'ambiente che, oggettivamente coattivo per l'isolamento interno ed esterno, per le strutture e i servizi e l'anacronistico sistema di sbarramento di porte e finestre, finisce con trasformare una casa di cura in una casa di reclusione, finisce, cioè, con il reintrodurre una realtà manicomiale. La custodia va adeguata, quindi, alla nuova normativa che prevede, nel trattamento sanitario volontario, sintomaticamente, il ricovero dell'ammalato in strutture aperte, e va attuata con servizi alternativi, forse meno economici, ma più funzionali alla finalità perseguita".

Si prospetta allora il secondo rilievo, lo potremmo definire di ordine tattico. Viene cioè avanzata l'idea che una disciplina volta a limitare le modalità di contenzione, servirebbe almeno a ridurre il numero e la frequenza, perché gli operatori, di qualunque estrazione culturale siano, avendo per riferimento una norma giuridica tenderebbero a conformarsi e a temerne la violazione. È la dottrina che, almeno in apparenza, persegue la riduzione del danno.

Ma questo insidioso argomento assume per scontato un presupposto che qui si è appena smentito: e cioè che la contenzione non sia regolata nell'ordinamento italiano. Al contrario, essa è vietata direttamente dalla Costituzione se non è disposta da un atto motivato di giudice e nei soli casi e modi tassativamente previsti dalla legge. Ma questa legge in ipotesi facoltizzante manca. Non a caso l'articolo 41 della legge sull'ordinamento penitenziario disciplina il ricorso alla forza fisica e ai mezzi di coercizione nei confronti dei detenuti; la formulazione di questo articolo, anch'esso congegnato al negativo, cioè fondato su un divieto generale, lascia intendere chiaramente che è tollerabile solo al ricorrere di presupposti tipici della logica e dei rischi dell'istituzione carceraria: evitare l'evasione, prevenire atti di violenza, vincere la resistenza agli ordini impartiti⁽⁵⁾.

Più interdetti potrebbe lasciare, invece, una strana disposizione di cui non si può non tenere conto.

Si tratta di una norma che dispone come segue (articolo 82 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230): "La coercizione fisica, consentita per le finalità indicate nel terzo comma dell'articolo 41 della legge, si effettua sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche".

⁽⁵⁾ L'articolo 41 della legge 26 luglio 1975, n. 354 dispone: "Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti. Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso. Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario. Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore".

Ben strano caso di norma che richiama le istituzioni ospedaliere pubbliche, assumendo per scontato che vi si pratici la contenzione con dei precisi strumenti.

Tra l'altro, si tratta di una disposizione regolamentare cioè di rango, valore e forza inferiore alla legge e certamente insufficiente a soddisfare la condizione imposta dall'articolo 13 della Costituzione. E allora delle due l'una: o questa norma è patentemente lesiva della Costituzione e come tale illegittima, oppure la si deve interpretare come un limitatissimo cenno a strumenti di contenimento dei detenuti che devono comunque seguire procedure, condizioni, e presupposti previsti dalla legge penitenziaria, anch'essa da intendere secondo Costituzione.

Se questi argomenti non apparissero convincenti, soccorre senz'altro una decisiva sentenza della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle perquisizioni nei riguardi dei detenuti in carcere. La Corte affermò (Corte costituzionale, 15-22 novembre 2000, n. 526): "la restrizione della libertà personale in cui si sostanzia lo stato di detenzione dà luogo all'applicazione di un regime – risultante dalla complessiva disciplina dell'ordinamento penitenziario, nel rispetto dell'art. 13, quarto comma, della Costituzione – al quale sono intrinseche le ragioni di ordine e di sicurezza che consentono o impongono un controllo della persona da parte degli agenti amministrativi". Il che, dunque, dimostra che norme come quelle illustrate sulla contenzione tra le mura carcerarie non possono trovare terreno di applicazione in altri luoghi e che anzi, anche nello specifico ordinamento penitenziario devono essere orientate al senso di umanità della pena (27 Cost.), alle garanzie dell'*habeas corpus*, (13 Cost.) al rispetto della dignità umana (3 e 32 Cost.) e al diritto inviolabile di difesa (24 Cost.).

10. Una similitudine e una dissonanza tra la lotta alla contenzione e quella all'istituzione manicomiale

Diceva Piero Calamandrei che, in certe sue parti, la Costituzione "è una polemica contro la realtà" [7].

Ebbene, Franco Basaglia a Gorizia prima, a Trieste poi, e infine nell'intero Paese, ha dimostrato che, a volte, quella che oggi i detrattori bollano come ideologia è capace di cambiare la realtà nel segno del progresso.

Così fu con la citata l. n. 13 maggio 1978, n. 180, che ancora porta simbolicamente il nome dello psichiatra veneziano.

Ma la lotta contro la contenzione, rispetto alla grande campagna antimanicomiale in Italia, presenta una differenza e una somiglianza.

La differenza sta nel fatto che, contro la contenzione, non serve una disposizione di legge da far approvare dalle Camere. Occorre invece cultura costituzionale, consapevolezza, buone pratiche e una lotta senza quartiere alle condizioni fattuali che favoriscono il ricorso alle misure coercitive.

I fattori di proliferazione delle condotte di contenzione li si conosce: il regredire del sistema del *Welfare* che tende a far scontare con la contenzione le carenze dei sistemi di assistenza; la visione disumanizzante della vita professionale dell'operatore medico; il proliferare dei processi di istituzionalizzazione che precipitano le persone in quelle zone grigie dell'ordinamento che la Costituzione non riesce sempre a rischiarare.

Questi sono i campi del confronto in cui c'è un nemico culturale con cui fare i conti.

È l'insinuante tentazione di cui si diceva in avvio, il ricorso al mezzo più immediato e comodo, apparentemente più rapido per raggiungere uno scopo di gestione del rapporto tra terapeuta e paziente. Eppure un metodo così dannoso.

Auspicio che dimostrare che si tratta di una pratica illegittima possa favorire la consapevolezza che a questa apparente scorciatoia si deve resistere, sempre e comunque.

Vi è anche una somiglianza tra la nobile lotta antimanicomiale che fu vinta in quell'ormai lontano maggio del 1978, e questa battaglia culturale da condurre a livello diffuso e quotidiano.

Entrambe sono sfide – talvolta dobbiamo sforzarci di rammentarlo - nel nome della Costituzione. Di qui, allora, l'esigenza di difendere la Carta costituzionale, di custodirne gelosamente il suo senso quotidiano di "utopia della realtà" (prendendo ancora a prestito il titolo del volume di scritti di Basaglia), sforzandosi di non considerarla mai come scontata acquisizione, ma anche di non sottovalutarne la portata. Bandire la contenzione come comportamento da chiunque, nei riguardi di chiunque, è indice di quella tensione al progresso sociale che allora come oggi può essere condotta contando sulla Carta fondamentale, sulla sua effettività che è innanzitutto consapevolezza di noi tutti, del suo valore di documento che ci guida e soccorre nel valutare le leggi e nel decidere i nostri comportamenti. Talvolta, ascoltandola attentamente nei suoi valori compositivi, scopriamo, noi cittadini, quanto essa concretamente ci sostiene e protegge, anche e soprattutto nelle situazioni che mai vorremo vivere.

Bibliografia

[1] King S. *On Writing*. Ed. It., Milano, 2008.

[2] Zagrebelsky G. *I Costituzionalisti*. *Giurisprudenza costituzionale*, 2011; 4:291.

[3] Basaglia F. *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione. L'utopia della realtà*, (cur. F. Ongaro Basaglia), Torino, 2005.

[4] Pace A. *Le sfide del Costituzionalismo nel XXI secolo. I limiti del potere*, Napoli, 2008.

[5] Foucault M. *Il potere psichiatrico, 1973-1974*. Ed. It. a cura di M. Bertani, Milano, 2010.

[6] Moro A. *Lettere dalla prigionia*, (a cura di M. Gotor) Torino, 2008.

[7] Calamandrei P. *Discorso sulla Costituzione*. Milano, 26 gennaio 1955.