

Stefano Rossi

La salute mentale tra libertà e dignità

Un dialogo costituzionale

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

REDAZIONE

Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (STUDI E RICERCHE), presenta una sezione (MINIMA GIURIDICA) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità

Stefano Rossi

La salute mentale tra libertà e dignità

Un dialogo costituzionale

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Copyright © 2015 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Premessa – Perché dialogare su diritti e salute mentale?		
Introduzione di un percorso di ricerca	pag.	9
I. Influssi e reflussi	»	15
1.1. Il diritto costituzionale in equilibrio	»	15
1.2. Il costituzionalismo quale fattore di integrazione tra storia e società	»	19
1.3. Il disgelo costituzionale e la normatività della Costituzione	»	27
1.3.1. L'applicazione diretta della Costituzione: forme del disgelo	»	34
1.3.2. I due poli del cambiamento: interpretazione e pluralismo	»	38
1.4. Lo sviluppo della persona come progetto costituzionale	»	50
1.5. La lenta eclissi dell'autorità	»	53
1.5.1. La critica alle istituzioni totali	»	62
1.5.2. Le contraddizioni a nudo: paralleli tra legge 194 e 180 del 1978	»	73
1.6. Riflusso e resilienze	»	82
II. La tutela della salute.		
Profili costituzionali di un diritto espanso	»	85
<i>Sezione I</i>		
<i>L'art. 32 e le "ammorzature" dell'edificio costituzionale</i>		
2.1. Il diritto alla salute: evoluzione di un diritto fondamentale	»	85
2.2. La salute come diritto sociale	»	92
2.3. L'evoluzione della tutela della salute nel formante dottrinale	»	99
2.3.1. Dalla salute pubblica al vissuto della persona	»	104
2.4. La legislazione e il segno dei tempi	»	111
2.4.1. La legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale	»	116
2.4.2. La razionalizzazione del sistema sanitario	»	120

2.4.3. La riforma del Titolo V e la salute	pag.	126
2.5. La giurisprudenza come motore della trasformazione	»	132
2.5.1. Il danno biologico, il cavallo di legno e la cittadella del diritto	»	137
2.6. La giurisprudenza costituzionale: riflessi su identità e persona	»	141
2.6.1. Il consenso informato come ponte tra salute e libertà	»	152

Sezione II

«Non ho l'arma che uccide il leone» Salute mentale e cambio di paradigma

2.7. La salute mentale nella Costituzione come unità di <i>soma e psiche</i>	»	159
2.8. Salute mentale: viaggio nei luoghi dell'incertezza	»	166
2.8.1. Il modello scientifico e il ruolo del diritto	»	174
2.9. Salute mentale e legislazione (1904-1978)	»	186
2.9.1. La legge Giolitti: il paradigma asilare	»	187
2.9.2. La legge Mariotti: alle soglie della primavera	»	196
2.9.3. La legge Basaglia: quando la libertà è terapeutica	»	202
2.10. Oltre la 180: riforma sanitaria e <i>soft law</i>	»	210
2.10.1. I LEA e la salute mentale	»	216
2.11. Programma costituzionale e modello di salute mentale	»	223
2.12. Oltre il diritto alla salute verso un diritto delle capacità	»	226

III. La salute mentale e l'eccedenza della libertà	»	235
3.1. Non di sola salute vive l'uomo	»	235
3.2. La libertà personale nella Costituzione italiana	»	241
3.2.1. Autodeterminazione: condizione della salute e strumento di libertà	»	249
3.3. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori nell'art. 32, 2° co., Cost.	»	254
3.3.1. La disciplina legislativa dei trattamenti sanitari obbligatori	»	266
3.3.2. Trattamento coattivo e sofferenza psichica	»	271
3.3.2.1. Il dissenso come presupposto del trattamento	»	273
3.3.2.2. L'urgenza terapeutica come condizione legittimante	»	281
3.3.2.3. La mancanza di alternative extra-ospedaliere	»	287
3.4. Fin dove la libertà può cedere il passo alla salute?	»	289
3.5. Approccio delle capacità e finalità costituzionale del Tso	»	297
3.6. Il nodo della pericolosità: un crittotipo insuperabile?	»	301
3.7. La procedura: quando la forma è condizione sostanziale di libertà	»	309

3.7.1. Il ruolo dei medici e il loro mandato	pag.	312
3.7.2. Il sindaco, garante o esecutore?	»	316
3.7.3. Il <i>munus</i> del giudice tutelare: una garanzia difficile	»	319
3.8. La libertà è terapeutica? Ipotesi tra gli artt. 13 e 32 Cost.	»	324
IV. Dignità e Costituzione: per un'interpretazione mite	»	329
4.1. Note sul principio di dignità	»	329
4.2. La dignità come concetto giuridico: tra valori e principi	»	336
4.3. La dignità: valore intrinseco o esperienza di riconoscimento?	»	342
4.3.1. <i>Segue</i> l'esperienza di riconoscimento	»	351
4.4. Evoluzione del principio di dignità nell'esperienza costituzionale tedesca	»	357
4.5. La dignità sociale nella Costituzione italiana	»	363
4.5.1. L'uso della dignità nell'ermeneutica della Corte costituzionale	»	368
4.6. La dignità come principio relazionale: un tentativo di sintesi	»	375
4.7. Dignità e salute mentale: dallo stigma all'integrazione	»	379
Conclusioni	»	385
Bibliografia	»	395

Ai miei genitori

PREMESSA

PERCHÉ DIALOGARE SU DIRITTI E SALUTE MENTALE? INTRODUZIONE DI UN PERCORSO DI RICERCA

Il discorso sulla follia accompagna da sempre l'uomo offrendo l'inquietante esperienza del confronto con l'Altro da Sé, con un pensiero che sragiona, che mette in dubbio visioni del mondo e certezze consolidate. Per tradizione, e tutt'ora nel sentire sociale profondo, la persona affetta da disturbo mentale, quale tipo sociale, è infatti considerata, al contempo, un'appartenente al gruppo, in quanto sta sulla soglia (anzi rappresenta il *limes*) del criterio di "normalità" che ne connota i membri e le loro relazioni nel contesto sociale, ma, al pari dell'estraneo, essa è *al-di-fuori* del gruppo, nella misura in cui è semplice oggetto di misure di custodia, protettive o di cura da parte della collettività, essendole invece precluso un inserimento organico nella vita della comunità¹.

La salute mentale, e in particolare la condizione giuridica delle persone affette da disturbo mentale, costituisce pertanto un osservatorio privilegiato per analizzare e far emergere, con le risorse che la prospettiva costituzionalistica offre, le contraddizioni ancora insite nell'ordinamento, la difficoltà di declinare entro forme di tutela effettiva determinati diritti, senza dimenticare le linee evolutive che, nel campo dei diritti civili e sociali, hanno inteso restituire dignità sociale ai 'folli'. In tali termini, il percorso di analisi che si è inteso intraprendere è volto a vagliare i tratti frastagliati e complessi del tema della salute mentale attraverso alcuni principi propri del lessico costituzionalistico: in primo luogo, il diritto alla salute – rappresentabile come fascio o costellazione di diritti – entro la cui cornice la salute mentale si iscrive in conformità con l'idea dell'indivisibilità di *soma* e *psiche*², entrambe fondamento e condizione dell'identità della persona.

¹ Sui rapporti tra singolo e gruppo si rinvia al classico G. Simmel, *La differenziazione sociale*³, Laterza, Roma-Bari, 1997, 54 ss.; inoltre K. Dörner, *Il borghese e il folle. Storia sociale della psichiatria*, Laterza, Bari, 1975, 25 ss.

² La salute mentale, dal punto di vista concettuale, è parte della salute intesa in senso corporeo, tuttavia, al contempo, ne costituisce una sorta di pre-condizione, venendo ad incidere su una componente specifica ed essenziale della realtà umana, quella «coscienza spirituale che

Superata quindi la vecchia dicotomia tra mentale e organico, nel contesto di una visione dinamica della salute, si può constatare l'esistenza di un rapporto di reciprocità – più profondo di quanto si fosse supposto – tra lo stato generale, le funzioni dell'organismo e le cognizioni, gli stati d'animo e, in generale, il benessere mentale di ciascuno. In questa prospettiva, la ricerca qui proposta intende approfondire in termini sistematici i profili emergenti nella tutela del diritto alla salute mentale, come peculiare espressione del 'vissuto' della persona, come fonte e luogo di svolgimento dell'identità e dignità dell'individuo socializzato e, al contempo, quale crogiuolo paradigmatico del conflitto tra libertà e autorità.

Nel campo della salute mentale, l'affermazione di tali principi fondamentali diviene infatti determinante sotto diversi profili: in particolare, per valutare i tratti specifici che connotano lo statuto giuridico della salute mentale, e se, attraverso di esso, si possa definire un paradigma di analisi dei diritti della persona.

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

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

L'ulteriore previsione, data dal rispetto della persona, assume poi il rilievo e la natura di "contro-limite" valutativo alla cui stregua verificare la corri-

distingue l'uomo nell'universo del mondo dato» Cfr. A. Falzea, *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in P. Cendon (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Esi, Napoli, 1988, 17.

spondenza dei trattamenti sanitari, in ciascuna delle sue fasi, ai precetti costituzionali.

Seppure la Costituzione non definisca il contenuto della salute, non c'è dubbio che la sua qualificazione come diritto fondamentale esiga una sua strutturazione conforme ad un contenuto adeguato all'idea di persona come unità di tutti quegli aspetti che il pensiero, nel suo ragionare per distinzioni ed opposti, osserva e cataloga come componenti della stessa.

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

Il carattere unitario della persona e della tutela che ad essa spetta in virtù dei principi costituzionali ha posto al centro dell'attenzione, in particolare del giurista, aspetti prima trascurati: così si trascorre dal potere alla libertà di disporre di sé stessi, intesa non solo con riferimento al proprio corpo (nell'ambito della comunità, sul lavoro o nella *privacy* familiare), ma anche a quel *surplus* che fa dell'individuo un soggetto morale, ossia l'integrità e l'identità personale. In tal modo, anche attraverso la valorizzazione della componente "mentale" della salute, l'analisi si apre al vissuto della persona, ossia agli aspetti interiori della vita sentiti e vissuti dal soggetto, ossia ad eventi che non appartengono immediatamente alla sfera dell'osservabile, ma possono farvi ingresso solo attraverso la comunicazione, l'interpretazione e l'empatia; eventi che sono tali ma che non si rappresentano nel linguaggio della scienza medica né di altre scienze, bensì solo nel linguaggio della relazione³.

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

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

porti intercorrenti tra salute mentale, riconoscimento della persona e tutela della sua libertà-dignità.

Ciò ci introduce al secondo “rasoio di Occam” che guida questa ricerca, rappresentato dalla libertà personale, sancita nella sua inviolabilità attraverso l’art. 13 della Carta costituzionale, che da strumento di autolimitazione del potere sovrano, nella forma storica dell’*habeas corpus*, si è evoluto divenendo luogo di affermazione del diritto all’autodeterminazione, ossia della libertà dell’individuo di decidere di sé stesso. È bene rilevare come, nel contesto della salute mentale, tale disposizione assuma, in virtuosa concorrenza con l’art. 32, 2° co., Cost., un ruolo disciplinante i trattamenti sanitari obbligatori, che verranno quindi analizzati con sguardo critico alla luce delle lacune procedurali e di garanzia giurisdizionale che li caratterizzano.

Entro questo quadro, l’alternativa tra scelta e coazione si scioglie nella direttiva del rispetto della persona umana che esprime il centro di riferimento delle garanzie di libertà. Centro di gravità e, al contempo, di equilibrio, che, nel suo irriducibile ed essenziale nucleo significativo, si risolve nella tutela della dignità dell’individuo, la cui essenza si coglie nei diritti fondamentali ad esso inerenti. La considerazione del principio di dignità consente di ‘problematizzare’ una concatenazione, valorizzandone le potenzialità in una duplice prospettiva: in via preliminare, come fattore di riconoscimento della inviolabilità (e autonomia) della persona, e al contempo, in funzione del richiamo alla ‘pari dignità sociale’, come strumento per ridare spessore alla cittadinanza delle persone con infermità mentali, laddove, sancita la loro libertà formale (attraverso le previsioni della legge 180/1978), si rende ancora necessario garantire e approntare i mezzi atti a rimuovere gli ostacoli che ne impediscono la piena realizzazione.

Il riferimento alla dignità umana si rappresenta quindi come uno dei concetti-chiave soprattutto in un settore, quello della medicina psichiatrica, in cui – almeno sino alla legge 180/1978 – per la dignità non vi era spazio, ove al riconoscimento della malattia faceva seguito l’omologazione ad un’unica categoria sociologica: l’internato in manicomio, che, non essendo più soggetto, ma oggetto, vedeva il proprio destino gestito dall’istituzione, subendo passivamente un processo di progressiva spersonalizzazione attraverso l’etichettamento e lo stigma.

Ma restituire dignità non è semplicemente riconoscere diritti, prima negletti, significa invero ricostruire la tutela della personalità del sofferente psichico a partire dall’identificazione tra scopo di cura e reintegrazione dell’identità della persona, valorizzando il primario diritto del malato a essere curato, ovvero ad essere aiutato e condotto, per quanto sia possibile, al recupero della capacità di svolgimento della sua personalità, sia in termini identitari che relazionali.

Sul piano teorico la questione dei soggetti titolari dei diritti – e del loro statuto – diviene essenziale per sviluppare un’indagine che deve essere concepita «dal basso», a partire dai soggetti vulnerabili, ovvero coloro che vivono nella sofferenza. È lo scontro con la complessità dei problemi che ci rammenta come la semplice proclamazione dei diritti non significa constatarne, quale conseguenza naturale, l’effettività: il linguaggio dei diritti ha infatti una grande funzione pratica, ossia quella di dar particolare forza alle rivendicazioni di quegli individui o movimenti che richiedono per sé e per gli altri soddisfazione di nuovi bisogni materiali e morali, ma diviene ingannevole se oscura e occulta la faglia esistente tra il diritto rivendicato e quello riconosciuto e protetto. Nella loro essenza infatti i diritti, esprimendo pur sempre una forma di lotta per l’affermazione dell’autonomia, non costituiscono principi già dati una volta per tutte quanto piuttosto un «non-essere-ancora»⁴ che implica costantemente l’azione e invoca atti politici e istituzionali⁵.

In tale prospettiva, pur considerando il carattere necessariamente magmatico di un *work in progress*, si è inteso tentare di rispondere ad una domanda centrale: ovvero, se e come si sia possibile, alla luce del dettato costituzionale in materia di salute (mentale) e attraverso una rilettura critica dei principi di libertà e dignità, ridare ‘cittadinanza’ all’infermo di mente attraverso il recupero e l’espressione a livello individuale e sociale delle potenzialità di svolgimento della sua personalità.

Vorrei concludere ringraziando per le critiche, gli spunti, le osservazioni e le suggestioni che hanno arricchito il mio lavoro i professori Paolo Cendon, Antonio D’Aloia, Giandomenico Dodaro, Maria Cristina Grisolia, Michele Massa, Dian Schefold e, in particolare, Barbara Pezzini che ne ha seguito – con rigore e attenzione – lo sviluppo. Sono riconoscente ai professori Roberto Bin, Aldo Sandulli e Fulvio Cortese per avere ospitato il mio lavoro nella loro prestigiosa collana e al dott. Tommaso Gorni per l’attenzione che mi ha riservato.

⁴ Così Bloch per cui «non è sostenibile che l’uomo sia libero e uguale per nascita. Non esistono diritti innati, sono tutti acquisiti o devono venir acquisiti con la lotta» (E. Bloch, *Diritto naturale e dignità umana* (1961), Giappichelli, Torino, 2005, 170).

⁵ Th. Casadei, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012, XXI.

I

INFLUSSI E REFLUSSI

1.1. Il diritto costituzionale in equilibrio

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

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

Appare pertanto centrale – nella poliedricità delle funzioni svolte – il richiamo alla Costituzione quale ideale regolativo dello sviluppo sociale¹. L'ordinamento costituzionale, in questa peculiare prospettiva, funge infatti da “stanza di compensazione” rispetto alla rapidità e instabilità delle condizioni materiali della società moderna, laddove non ogni trasformazione o evoluzione è di per sé sostenibile o integrabile².

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

¹ H. Hase, *Steuerung der Evolution des sozialen Sektors durch Verdassungsrecht*, in *Sozialer Fortschritt*, 1988, 32, 265 ss.

² Appare incontestabile che, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, i rapidi mutamenti politici e sociali, il processo di globalizzazione dell'economia, accompagnato dalla crisi della sovranità statale, ed infine, il progresso scientifico e tecnologico, hanno ampliato la zona di confine tra il certo e l'incerto, espandendo la penombra che avvolge il linguaggio, i principi e le regole (anche, ma non solo) del diritto, in cui pertanto l'incertezza domina evidente ed esplicita. Cfr. G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006, 5 ss.

Così le possibilità offerte, in particolare dalla scienza, hanno ricondotto nel dominio della volontà decisioni che prima non vi appartenevano, collegando perciò le conseguenze di quella scelta ad un atto umano e dunque ad una responsabilità individuale³. Dimenticate le “grandi narrazioni” rassicuranti⁴, viviamo in uno scenario in cui ciascuno è chiamato ad una scelta tra plurime opzioni, ciascuna delle quali costituisce principio di normatività e criterio di giudizio del mondo⁵, secondo prospettive assolutamente inedite⁶. Il diritto si rappresenta così dominato dalla categoria della possibilità, poiché l’uomo, sciolto da vincoli di necessità, è chiamato a prendere posizione ed a compiere una scelta su questioni fondamentali.

Ad accentuare tale incertezza, vi è l’incessante evoluzione di cui è portatrice l’innovazione scientifica, già oggetto di difficile metabolizzazione sociale soprattutto in conseguenza delle novità che arreca (in tema di procreazione assistita, di ricerca genetica o di diversi usi del corpo⁷), che ha posto in discussione dati antropologici su cui si basavano le norme giuridiche, con l’indubbio effetto di porsi essa stessa quale fonte, dotata di un’intima forza produttrice, di regole in grado di scardinare qualsiasi assetto normativo.

Si è affacciato così il timore di un «*droit saisi par la biologie*»⁸, privo della sua autonomia ontologica, incapace di farsi interprete di valori diversi da quelli direttamente proposti dal mondo della scienza, a cui tuttavia sarebbe ottuso rispondere, in modo difensivo, attraverso una visione autoritaria del diritto – ovvero attraverso una regola giuridica che invadendo i mondi vitali, si impadronisse della «nuda vita» – in quanto si tratterebbe solo di una scorciatoia per chiudere in apparenza un conflitto, precludendo in realtà qualsiasi riflessione sulla funzione, i limiti e gli strumenti del diritto.

Anche la stessa società, tormentata dai problemi della «modernità liquida»⁹, ha varcato la lontana soglia del diritto¹⁰, non trovando però risposta alle

³ G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 278.

⁴ J.F. Lyotard, *La Condition postmoderne: rapport sur le savoir*, 1979; trad. it. *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1981, 25 ss.

⁵ N. Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 19. In senso critico V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L’ultima parola ?*, Rubettino, Soveria, 2012, 19 ss.

⁶ A. D’Aloia, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 237 s.; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, 10 ss.

⁷ Si rinvia ai saggi raccolti in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I-II, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011.

⁸ C. La Brusse-Rion (a cura di), *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Librairie generale de droit et jurisprudence, Paris, 1996.

⁹ Z. Bauman, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 159-160.

¹⁰ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 19.

sue istanze nella lettera della legge o nel circuito rappresentativo¹¹, il che ha determinato un reflusso verso la giurisdizione la quale, di conseguenza, è divenuta il canale principale all'interno del quale far confluire conflitti di nuova matrice e bisogni sociali ancora in via di maturazione, al fine di ottenere, se non giustizia, perlomeno visibilità e legittimazione sul piano politico e sociale¹².

Peraltro, l'impostazione personalistica, che trova sintesi in Costituzione¹³, ha contribuito a rovesciare la tradizionale prospettiva che vedeva il diritto esclusivamente dal punto di vista dei "produttori" e del loro "prodotto" (il legislatore e la legge, la pubblica amministrazione e l'atto amministrativo, il giudice e il provvedimento giudiziale), ponendo attenzione all'«individuo, ai gruppi, alla società insomma, e così ai bisogni, alle istanze e alle aspirazioni di individui, gruppi e società e soprattutto agli ostacoli di varia natura — economici, culturali, psicologici — che si frappongono fra il diritto inteso come "prodotto" e il cittadino che a tale "prodotto" chiede di avere accesso»¹⁴.

Sicché l'esercizio delle libertà garantite dai diritti fondamentali si prefigura come libertà preferenziale (*Freiheit des Beliebens*), da costruire in un percorso che integri le rappresentazioni, gli obiettivi e gli scopi della persona, senza limitazioni interne o preventive, nella misura in cui «dal punto di vista dello Stato [essa] è libertà formale [per cui] il titolare del diritto fondamentale non deve orientare la propria azione agli interessi dello Stato»¹⁵.

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

La società immaginata dalle Costituzioni del dopo *Auschwitz* è infatti una comunità in cui al riconoscimento dei «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali» si accompagna «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» secondo la

¹¹ P. Grossi, *Crisi del diritto, oggi?*, in *Dir. soc.*, 2011, 1, 45 secondo cui «la fattualità dei nostri giorni [che] si connota per rapidità, mutevolezza, complessità [è] un tessuto indocile, recalcitrante a ogni irretimento, tanto più ad una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae ad ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione, che è vocata a permanere nel tempo».

¹² In tal senso M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, 114-115.

¹³ Personalismo che trova espressione «nell'idea-forza della centralità e del primato della persona umana considerata come soggetto di diritti in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento da parte dello Stato e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere». Cfr. V. Onida, *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 30-29.

¹⁴ M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, 100.

¹⁵ BVerfGE, 19 dicembre 2000, 102, 370 [395], in *NJW*, 2001, 429.

splendida formulazione dell'art. 2 Cost. che rende plasticamente un'idea forte ed impegnativa di legame sociale, in base alla quale l'apertura all'altro è condizione imprescindibile di attingimento della propria individualità e, al contempo, sanziona una differente fondazione del potere sovrano¹⁶. Questo mutato quadro delle relazioni tra istituzioni e società ha reso comunque più complesso garantire la dimensione dell'effettività di tali diritti, che si delinea come trasversale, poiché maggiori possono essere le situazioni – derivanti dalla rapida evoluzione socio-economica e dai pericoli che l'accrescimento del progresso scientifico può determinare sulla vita, sulla sicurezza, sulla libertà – in grado di minarla, mettendo in discussione la dignità sociale e la reale libertà ed eguaglianza degli individui.

Appare necessario, per garantire prestazioni di tutela, dare accesso ad un «diritto omeostatico», capace di autoadattamento, di seguire il costante mutamento determinato dal legame tra scienza, tecnica e costume sociale¹⁷: ciò deve avvenire attraverso la mediazione dei principi e valori espressi in Costituzione, di per sé sensibili all'evoluzione, che si concretano poi in forme di equilibrio riflessivo attraverso i meccanismi interpretativi¹⁸.

Non si può peraltro sottacere come la riscoperta dei fatti strutturali, economici e sociali abbia inciso in profondità sulla funzione del diritto costituzionale e dei suoi istituti, che, lasciata cadere la veste candida della purezza¹⁹ – troppo costringente – hanno recuperato in carnalità²⁰. Così, come è accaduto ad altre categorie giuridiche della modernità, ciò che in origine si presentava come un principio formale, atto ad identificare un'attribuzione astratta della persona come soggetto di diritto, è venuto ad assumere tratti di “sanguigna” concretezza nel momento in cui si è fatto diritto vivente. Si è realizzato in tal senso una sorta di rovesciamento, che ha mutato la prestazione fondamentale

¹⁶ H. Hofmann, *Naturzustand*, in J. Ritter, K. Gründer (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. VI, Schwabe, Basel, 1984, 654.

¹⁷ L'adattamento della Costituzione ai fatti non può significare cedimento a questi ultimi, ma salvaguardia della funzione e dell'essenza di valore che caratterizza la Costituzione stessa. Così M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli, G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013, 32 «Le Costituzioni (...) sono un fatto dell'uomo, e poiché è la storia la dimensione in cui l'uomo vive ed opera, la tensione *ad aeternitatem* delle Costituzioni implica l'accettazione della prospettiva dinamica, nel senso che esse debbono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento, accettando di essere in parte plasmate da quella stessa realtà sociale che hanno inteso plasmare».

¹⁸ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 38 ss.

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

²⁰ P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 10 ss.

della Costituzione, la quale da «atto creativo» è divenuta «testo responsivo». Ciò corrisponde all'ispirazione stessa della Carta fondamentale che non vuole dei sudditi obbedienti, ma cittadini responsabili ed interroganti: così la «Costituzione che esige soggezione al progetto politico-sociale che essa imperativamente stabilisce ha lasciato il posto alla Costituzione alla quale ci si rivolge per trovare risposte condivisibili agli interrogativi che sorgono dai casi difficili della vita costituzionale»²¹.

La Costituzione viene quindi a stabilizzare il rapporto tra continuità e discontinuità²², istituzionalizzando, sul piano dei principi e delle procedure, il mutamento, al fine di consentire alla società di difendersi dall'assenza di certezze, creando spazi di partecipazione ed apprendimento sociale²³.

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

L'osservazione dell'«esperienza giuridica» può essere declinata secondo approcci differenti e complementari, ora connettendola, in una prospettiva istituzionistica, al rapporto tra il diritto e la realtà sociale²⁴, ora ponendo l'accento sulle potenzialità dello studio storico del diritto «non più inteso come studio delle leggi di evoluzione oppure come studio ancillare rispetto a quello dommatico», ma quale strumento attraverso cui riflettere e partecipare dell'*esperienza del diritto*²⁵.

Nell'avviare una ricerca su un tema complesso, come quello del diritto alla salute mentale nel nostro ordinamento, non si può non considerare come esso si sia venuto strutturando – entro un determinato contesto storico-politico – in un singolarissimo e originale intreccio tra governo delle prassi, riscoperta dei

²¹ G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, 228 e 230 ss.

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

²³ D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, in *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 1990, 1, 18 ss.; trad. it. *Il futuro della Costituzione*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 153 ss.

²⁴ G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Milano 1953, partic. 65 ss.

²⁵ P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista Aic*, 2014, 2, 5 ss. che si richiama ad A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1957, 3 ss.