

# Sanità e assistenza pubblica alla prova della pandemia

L'esperienza italiana

a cura di  
**Matteo Gnes**

**FrancoAngeli** 



Scritti 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

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

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, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana 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.*



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

**FrancoAngeli Open Access** è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più: [Pubblica con noi](#)

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page al servizio "[Informatemi](#)" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

# Sanità e assistenza pubblica alla prova della pandemia

L'esperienza italiana

a cura di  
**Matteo Gnes**

FrancoAngeli®



Scritti di

**Diritto Pubblico**

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

Isbn: 9788835157137

Copyright © 2023 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Publicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale* (CC-BY-NC-ND 4.0)

*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*

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

# INDICE

|  |        |
|--|--------|
| Nota del curatore<br><i>Matteo Gnes</i>  | pag. 7 |
| I doveri nella postpandemia<br><i>Antonio Cantaro</i>  | » 11   |
| Emergenza pandemica e resilienza del sistema sanitario italiano<br><i>Matteo Gnes</i>  | » 39   |
| La riforma dell'assistenza sanitaria di base in un contesto di<br>debole istituzionalizzazione. Il modello organizzativo del Pia-<br>no Nazionale di Ripresa e Resilienza<br><i>Nicola Giannelli, Andrea Lippi</i> | » 59   |
| Il Covid-19, il PNRR e la buona amministrazione nel settore<br>sanitario e socio-sanitario: il Budget di Salute quale strumento<br>di presa in carico della persona nel suo complesso<br><i>Luca Di Giovanni</i>   | » 95   |
| Le residenze sanitarie assistenziali alla prova dell'emergenza<br>pandemica. Valori in gioco, profili problematici, spunti per il<br>futuro<br><i>Chiara Gabrielli, Federico Losurdo</i>                           | » 117  |
| Le debolezze strutturali delle residenze assistenziali per anziani<br>al tempo della pandemia da Covid-19: un'analisi di contesto<br><i>Desirée Teobaldelli</i>  | » 137  |

|   |          |
|---|----------|
| Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari: la vaccinazione Covid-19 come banco di prova della normativa<br><i>Roberta S. Bonini</i>                  | pag. 155 |
| Convivenze solidali e senior cohousing<br><i>Paolo Morozzo della Rocca</i>  | » 167    |
| Sviluppo tecnologico e scelte legislative: brevi riflessioni sul rapporto fra scienza e Stato nell'emergenza sanitaria da Covid-19<br><i>Allegra Dominici</i> | » 201    |
| Abstract dei contributi   | » 217    |
| Gli autori  | » 223    |

LE RESIDENZE SANITARIE ASSISTENZIALI  
ALLA PROVA DELL'EMERGENZA PANDEMICA.  
VALORI IN GIOCO, PROFILI PROBLEMATICI,  
SPUNTI PER IL FUTURO

*Chiara Gabrielli, Federico Losurdo\**

SOMMARIO: 1. Le misure di contenimento dell'emergenza pandemica e l'impatto sulle libertà fondamentali nel particolare contesto delle Rsa. - 2. Il rapporto con la libertà personale: la rilevanza del consenso. - 3. Segue: il ricovero coatto. - 4. Il diritto all'autodeterminazione e le sue limitazioni nelle Rsa. - 5. Il rispetto della vita privata nella giurisprudenza della Corte EDU. - 6. La "lezione" della pandemia.

## **1. Le misure di contenimento dell'emergenza pandemica e l'impatto sulle libertà fondamentali nel particolare contesto delle Rsa**

Lo stato di emergenza sanitaria dovuto al diffondersi della pandemia da Covid-19, dichiarato dal Governo italiano ai sensi degli artt. 7 e 24 del codice della protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), ha costituito il fondamento giuridico per l'adozione di una serie cospicua di atti normativi (di rango primario e secondario) e di atti amministrativi, tra cui i controversi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.p.c.m.); provvedimenti che – non senza suscitare dubbi di legittimità costituzionale<sup>1</sup> – hanno imposto obblighi rigorosi di distanziamento sociale e misure di contenimento e, nella seconda fase pandemica, obblighi di vaccinazione<sup>2</sup>.

\* Sebbene il contributo rifletta le riflessioni derivanti dal confronto tra i due Autori, Chiara Gabrielli ha redatto i §§ 1-3 e Federico Losurdo i §§ 4-6.

1. Si fa rilevare criticamente come «il Presidente del Consiglio dei ministri si sia ritrovato titolare di un potere di ordinanza emergenziale di fatto indefinito», a fondamento del quale «era posto un atto, il d.l. n. 6/2020, deciso dal Governo da lui stesso presieduto», e sul quale si è registrata «una ratifica precipitosa e a ranghi ridotti» (F. Pallante, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, in *Questione giustizia*, 6 dicembre 2021, p. 10).

2. La Corte costituzionale ha definito i D.p.c.m. «atti amministrativi sufficientemente tipizzati», riconoscendo la legittimità della complessiva catena normativa dell'emergenza (Corte cost., 23 settembre 2021, n. 198).



L'introduzione di tali divieti di mobilità dalla propria abitazione, presidiati da un apparato di sanzioni di natura amministrativa e talora penale, appare l'esito di un bilanciamento tra valori di rango costituzionale che assegna rilievo preminente al diritto alla salute (art. 32 Cost.), riconosciuto dalla Carta fondamentale nella sua duplice veste di *bene individuale* («fondamentale diritto dell'individuo») e di *bene pubblico* («interesse della collettività»); preconditione logica per l'esercizio di ogni altro diritto, la cui tutela, anche alla luce dei doveri di solidarietà sociale sanciti nell'art. 2 Cost., giustifica restrizioni agli altri diritti fondamentali<sup>3</sup>, a patto che le misure adottate per realizzare un «cordone sanitario volto a proteggere la salute nell'interesse della collettività» dalla «diffusione di malattie contagiose di elevata gravità» risultino «proporzionate e circoscritte nel tempo»<sup>4</sup>.

Con riguardo alla libertà di «circolare e soggiornare (...) in qualsiasi parte del territorio nazionale» sancita dall'art. 16 Cost. – libertà investita con immediata evidenza, sebbene in modo non esclusivo<sup>5</sup>, dalle misure di contenimento varate nell'emergenza pandemica – quel bilanciamento valoriale appare già tracciato dal legislatore costituzionale.

La norma di rango sovraordinato assegna infatti alla libertà di circolazione carattere recessivo rispetto alla esigenza di proteggere il bene salute: si autorizzano «le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza», affidando – si ritiene – «il punto di

3. Sebbene neppure la salute si sottragga al bilanciamento», non collocandosi «su un piano gerarchicamente sovraordinato a quello su cui giacciono gli altri diritti costituzionali» (M. Luciani, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020, p. 8).

4. Corte cost., 27 gennaio 2022, n. 22. «Le limitazioni dei diritti costituzionali non potranno essere prorogate oltre lo stretto necessario, con immediato e diretto riferimento alla situazione che di fatto ha imposto le misure di sicurezza sanitaria», osserva anche G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020.

5. Le limitazioni hanno investito di riflesso, infatti, la libertà di riunione, il diritto all'istruzione, al lavoro e all'impresa, il diritto di difesa nella sua tradizionale pienezza. Intuitivamente, un regime di severa limitazione alla libertà di circolazione può esplicitare ampie ripercussioni sull'intero sistema dei diritti, considerando che tale libertà che permette di incontrarsi e relazionarsi con altre persone rappresenta condizione strumentale per il concreto esercizio di quasi tutte le altre libertà. Sulla capacità delle misure adottate, «muovendosi nell'orizzonte del bilanciamento con il diritto alla salute, così come dell'operatività dei principi costituzionali», di soddisfare criteri di «proporzionalità e (...) ragionevolezza», v. in senso critico A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2021, pp. 39 ss.

massima tolleranza» nell'individuazione di quegli equilibri «a criteri di ragionevolezza»<sup>6</sup>.

Si ricava dal dettato costituzionale una riserva di legge prevalentemente ritenuta relativa<sup>7</sup>, per cui la legge o l'atto di rango equivalente può limitarsi a prevedere le coordinate generali, affidando le indicazioni di dettaglio a norme di rango secondario<sup>8</sup>, e comunque rinforzata in un duplice senso: le limitazioni devono essere giustificate da «motivi di sanità o di sicurezza» e previste «in via generale», quindi non indirizzate a singoli individui bensì rivolte a categorie di soggetti. Tali sono risultate le misure restrittive introdotte sulla base prima del d.l. n. 6 del 2020 e poi del meno discutibile, sul piano della gerarchia delle fonti, d.l. n. 19 del 2020, che abilitava il Presidente del Consiglio dei ministri ad adottare tramite D.p.c.m. una o più delle misure elencate dall'art. 1; un catalogo nutrito, nel quale figuravano, ai fini che qui interessano, sia la limitazione alla libertà di circolazione imposta al soggetto ospitato in una residenza sanitaria assistenziale (Rsa)<sup>9</sup>, nelle stesse forme in cui colpisce qualunque cittadino, sia la chiusura verso l'esterno della medesima struttura, mediante «divieto o limitazione dell'accesso di parenti e visitatori», nel tentativo di impedire la diffusione del virus tra i degenti, che, stando ai dati diffusi dall'Istituto superiore di sanità, si è comunque rivelata molto elevata, determinando tassi rilevanti di mortalità.

Per gli ospiti delle c.d. *health and social care institutions* – per lo più soggetti in età avanzata e con patologie fortemente invalidanti, che rendono improbabile il pieno ritorno a una vita autonoma – il combinato disposto tra queste limitazioni concorrenti, l'una generale, l'altra speciale, ha indubbiamente determinato una condizione d'isolamento particolarmente

6. G. Amato, *Commento all'art. 16*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli-II Foro Italiano, 1977, p. 119.

7. In dottrina, in tal senso, U. De Siervo, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XVII (1970), p. 820; M. Mazziotti Di Celso, *Circolazione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. VII (1960), p. 22.

8. Nel caso di specie, «la fonte di rango primario ottempera alla riserva di legge ex art. 16 Cost., disponendo le “limitazioni” conseguenti alla emergenza, e la fonte di rango secondario vi dà “amministrativamente” attuazione» (R. Di Maria, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di Covid-19: una questione non soltanto “di principio”*, in [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it), 30 marzo 2020, pp. 506 ss., specie 511).

9. Si tratta, secondo le linee guida diffuse dal Ministero della sanità nel gennaio 1994, di un presidio residenziale socio-sanitario, che fornisce servizi extra-ospedalieri destinati a rispondere alla domanda di riabilitazione e di lungo-assistenza espressa da anziani, disabili, e comunque da soggetti non autosufficienti non curabili a domicilio. La Residenza sanitaria assistenziale si distingue dalla residenza assistenziale (Ra), definita dalle stesse linee guida come presidio residenziale socio-assistenziale.

afflittiva, compromettendone la possibilità – molto importante in considerazione della loro acuta fragilità – di coltivare il diritto alle relazioni affettive e alla socialità. Un diritto, quest'ultimo, esercitabile in precedenza con continuità, dal momento che la disciplina ordinaria prevede l'apertura sette giorni su sette della struttura e la possibilità di ricevere visite di parenti e di *caregivers* per poter garantire anche quotidianamente supporto affettivo, di cura e di assistenza. Si tratta di apporti che presuppongono un contatto fisico, difficilmente sostituibili attraverso la comunicazione a distanza, che appare complessa e meno significativa per un fruitore che non abbia familiarità con lo strumento tecnologico.

A parità di misure legislative di contenimento adottate, è difficile negare che gli effetti restrittivi sulle libertà individuali abbiano un'intensità e un impatto differenti sul benessere individuale a seconda delle caratteristiche del destinatario e del luogo in cui si trova. Così, un confinamento rigido come quello sperimentato nella fase acuta della pandemia risulta più pesante se affrontato in un luogo diverso dalla propria abitazione, al di fuori della propria dimensione domestica e familiare, da un soggetto portatore di una fragilità personale e sociale, con limitate capacità cognitive e relazionali. L'impressione diffusa è che assicurare una prevenzione sanitaria che potesse risultare in qualche modo efficace abbia imposto a costoro un prezzo particolarmente alto: accontentarsi di una tutela sostanzialmente soltanto biologica della vita, in molti casi giunta in una fase terminale, rassegnandosi per il resto – ha rilevato il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale – a vivere «una esperienza di tempo senza misura e di luogo senza significato», nella quale la protratta mancanza «di attività trattamentali e di relazioni socio-affettive con il mondo esterno» ha acuito «in modo sproporzionato la sofferenza di persone già estremamente vulnerabili» e determinato «gravi esiti di regressione cognitiva»<sup>10</sup>.

## **2. Il rapporto con la libertà personale: la rilevanza del consenso**

Non sorprende quindi, alla luce di queste considerazioni, che in altra occasione<sup>11</sup> lo stesso Garante nazionale abbia rilevato, durante l'emergenza Covid-19, la «trasformazione della (...) residenzialità in una forma *di fatto* di segregazione» e prefigurato all'interno delle c.d. comunità semi-

10. *Relazione al Parlamento*, anno 2022.

11. *Relazione al Parlamento*, anno 2020.

chiuse<sup>12</sup> – in conseguenza anche della necessaria impossibilità di accesso alle strutture delle figure di supporto non sanitario – il «rischio di una privazione di fatto della libertà personale».

Se così fosse stato, anche ad ammettere che risultasse soddisfatta la riserva di legge, si sarebbe evidentemente trattato di una restrizione della libertà personale realizzata al di fuori della riserva di giurisdizione, facendo difetto l'atto motivato dell'autorità giudiziaria richiamato dall'art. 13 comma 2 Cost.

Nel caso di specie, tuttavia, tale evenienza pare da escludere, mentre per esempio ricorrerebbe là dove – ed è una evenienza cui accenna lo stesso Garante nella medesima Relazione – la difficile condizione pandemica non accompagnata da adeguati presidi sanitari determini un diffuso ricorso agli strumenti della contenzione, intaccando il nucleo della garanzia dell'*habeas corpus*<sup>13</sup>.

Per negare che possa essersi registrata la restrizione dello *status libertatis* si potrebbe anzitutto invocare l'argomento, tratto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui «l'art. 13, nel dichiarare inviolabile la libertà personale, si riferisce alla libertà della persona in senso stretto, come risulta dalle esemplificazioni del secondo comma: detenzione, ispezione, perquisizione» personali<sup>14</sup>. Una libertà che risulta – ha recentemente precisato il Giudice delle leggi – «posta in causa in ogni caso di coercizione che abbia ad oggetto il corpo della persona»<sup>15</sup>, protraendosi

12. Così le definisce l'Istituto superiore di sanità, *Survey nazionale sul contagio Covid nelle strutture residenziali e socio-sanitarie*, 5 maggio 2020.

13. L'esplicita qualificazione della contenzione meccanica come modalità di restrizione della libertà personale, priva di qualsivoglia finalità terapeutica o curativa, dotata di una funzione meramente “cautelare”, essendo diretta a salvaguardare l'incolumità fisica del soggetto o di coloro che ne vengono a contatto, è stata affermata dalla Corte di Cassazione (Cass., sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, Mastrogiovanni, in *C.e.d. Cass.*, n. 274435), secondo cui non può mai essere equiparata a un atto terapeutico e, nella logica dell'*extrema ratio*, deve essere disposta solo in situazioni straordinarie e per il tempo strettamente necessario, con rigorosa osservanza dei presupposti richiesti dall'art. 54 c.p. Per un commento critico verso gli approdi non abbastanza rigorosi della Suprema Corte v. D. Piccione, *La Costituzione contro la contenzione biomeccanica*, in *Dir. pen. uomo*, 2020, n. 3, p. 31, secondo cui l'unica forma di coazione lecita è «quella istantanea e puntiforme, servente un atto medico e immediatamente interrotta una volta che quest'ultimo sia compiuto», mentre «nelle restanti circostanze (...) ogni coercizione effettuata dal potere medico senza tipizzazione di legge ricade sotto gli effetti della formula recata dall'art. 13, comma 4, Cost.».

14. Corte cost., 30 giugno 1960, n. 45.

15. Corte cost., 27 gennaio 2022, n. 22. Cfr. anche A. Barbera, *Un moderno habeas corpus?*, in *Forumcostituzionale.it*, 27 giugno 2013.

per una durata non del tutto trascurabile e momentanea. Quando si incide sulla libertà di locomozione, ed è il caso delle misure restrittive adottate nella fase pandemica, «indice certo per assegnare» tali misure «all’ambito applicativo dell’art. 13 Cost. (e non dell’art. 16 Cost.) è che esse siano non soltanto obbligatorie (tali, vale a dire, da comportare una sanzione per chi vi si sottragga) ma anche tale da richiedere una coercizione fisica», nel caso di specie inesistente.

Ma l’osservazione potrebbe non risultare dirimente. Se, infatti, in quella prima occasione la Corte costituzionale ha ritenuto che la tutela assicurata dall’art. 13 Cost. si concentri sulla persona in senso fisico (*the body of the prisoner*) e in una decisione coeva la definisca diretta a proteggere «autonomia e disponibilità della propria persona»<sup>16</sup>, in altra circostanza<sup>17</sup> ne ha esteso il raggio di applicazione all’ipotesi di «degradazione giuridica» che si realizza quando un provvedimento della pubblica autorità mette «in gioco la libertà morale (o libertà di autodeterminazione), ma in una misura tanto pervasiva da equivalere, complessivamente, ad una situazione coercitiva»<sup>18</sup>. Prescrizioni restrittive degradanti per la persona, «per quanto previste dalla legge e necessarie a perseguire il fine costituzionalmente tracciato che le giustifica», meriterebbero comunque, osserva qui di recente, di essere assistite dalla riserva di giurisdizione, in quanto, «separando l’individuo o un gruppo circoscritto di individui dal resto della collettività, e riservando loro un trattamento deteriore, portano con sé un elevato tasso di potenziale arbitrarietà, al quale lo Stato di diritto oppone il filtro di controllo del giudice, quale organo chiamato alla obiettiva applicazione della legge in condizioni di indipendenza e imparzialità»<sup>19</sup>.

Nel caso di specie, invece, la limitazione arrecata alle prerogative relazionali e affettive, peraltro priva di qualsiasi connotazione stigmatizzante sul piano sociale, deriva dal combinato disposto dell’ingresso di regola consensuale nella struttura residenziale assistenziale, il quale presuppone che l’ospite ne accetti modalità e prescrizioni<sup>20</sup>, e del sopravvenire, come

16. Corte cost., 23 marzo 1960, n. 12.

17. Corte cost., 22 marzo 1962, n. 30; Corte cost., 19 giugno 1956, n. 11.

18. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale I*, Padova, Cedam, 1985, p. 21.

19. Corte cost., 7 aprile 2022, n. 127.

20. Per esempio, vengono dettati nella maggior parte dei casi i ritmi della quotidianità, ovvero l’ora della sveglia, della consumazione dei pasti, la loro durata, l’ora del riposo. «La persona immersa nella vita assorbente dell’istituzione che la contiene fruisce di una prestazione. Ma per le modalità con le quali si svolge l’attività terapeutica o riabilitativa della persona in condizioni di degenza o di ricovero coattivo, si contraggono gli spazi

accaduto nell'eccezionale contingenza della pandemia, di una disciplina restrittiva per soddisfare le ragioni di sanità richiamate dall'art. 16 Cost. La locuzione «in via generale» impiegata dalla norma sovraordinata – ha precisato la Corte costituzionale – non solamente allude al presupposto di «situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili», ma altresì alla circostanza di essere «applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie»<sup>21</sup>. La limitazione in questione non è dunque il frutto di un provvedimento *ad personam* che determini un giudizio di disvalore sulla personalità dell'individuo, degradandone la dignità sociale; le misure «riguardano la collettività nel suo insieme», giustificandosi con la «necessità di proteggere la salute dei consociati»<sup>22</sup>, operano nei confronti di «una vasta e indeterminata platea di persone», circostanza che – come la stessa Corte costituzionale ha osservato in riferimento alla c.d. quarantena obbligatoria – rende tale limitazione della libertà di circolazione «del tutto neutra sul piano della personalità morale e della pari dignità sociale»<sup>23</sup>.

La sussistenza del consenso al ricovero, del resto, è uno degli elementi su cui anche la Corte EDU ha imperniato il proprio scrutinio in riferimento ai pazienti psichiatrici ospiti in strutture sanitarie assistenziali, ai fini di stabilire se versino in una condizione di privazione della libertà personale riconducibile alla tutela offerta dall'art. 5 CEDU. Secondo i giudici di Strasburgo, oltre al requisito oggettivo della restrizione a tempo indeterminato della libertà<sup>24</sup> – per integrare il quale non occorre che si tratti di una struttura chiusa, ma è sufficiente un costante controllo su trattamento, cura, residenza e libertà di movimento<sup>25</sup> – è necessario che ricorra il requisito soggettivo del dissenso manifestato rispetto al ricovero, anche quando si tratti di persona priva di capacità legale ma comunque in grado di comprendere la propria situazione.

di scelta di cui l'individuo dispone», osserva D. Piccione, *Deistituzionalizzazione, libertà personale e diritto alla salute*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, n. 4, 2022, pp. 84 ss.

21. Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2.

22. C. Caruso, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in *Giustizia insieme*, 4 aprile 2020.

23. Ancora, Corte cost., 7 aprile 2022, n. 127.

24. «*Confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time*», lo definisce Corte EDU, 16 giugno 2005, *Storck c. Germania*.

25. Nel caso affrontato da Corte EDU, 22 gennaio 2013, *Mihailovs c. Lettonia*, all'interessato non era consentito lasciare la struttura senza il permesso della direzione, che comunque implicava l'accompagnamento degli operatori o di altri pazienti; in concreto, non era stato mai accompagnato fuori dal suo tutore, si trovava sotto la costante supervisione degli operatori ed era drasticamente limitato nella possibilità di ricevere visite.

La circostanza che «il collocamento in una Rsa sia in linea di principio volontario» non ha impedito al Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e delle punizioni e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT) di ipotizzare che «le restrizioni prolungate e indefinite in vigore» durante la pandemia «potrebbero essere considerate *de facto* una privazione della libertà (ai sensi dell'art. 3 C.e.d.u.)», in particolare alla luce dell'«isolamento e dell'elevato livello di segregazione dalla comunità durante la pandemia di Covid-19 e della mancanza di alternative praticabili per vivere nella comunità»<sup>26</sup>.

L'itinerario interpretativo descritto appare però difficilmente percorribile: perché si possano qualificare tali le imposte restrizioni alla libertà di circolazione e alla socialità intanto bisognerebbe dimostrare che quelle restrizioni non fossero indispensabili a impedire la diffusione del contagio; che vi fossero altre modalità altrettanto efficaci per conseguire quel risultato; che non siano state messe in atto misure in grado di alleviare l'obiettivo contrazione delle relazioni sociali e affettive, per esempio aumentando l'accesso a mezzi di comunicazione alternativi, come il telefono.

Semmai, come in seguito si dirà, tanto più qualora sopravvengano mutamenti in senso restrittivo nelle regole che caratterizzano il ricovero nella struttura, anche se prodotti da provvedimenti di portata generale, dovrebbe sempre valorizzarsi come dato decisivo l'eventuale dissenso che l'interessato dovesse manifestare in una fase successiva all'ingresso; l'espressa indicazione in tal senso si rinviene anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, là dove, ricostruendo il consenso come reversibile, precisa condivisibilmente che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno qualora una persona abbia inizialmente accettato di essere reclusa e che tale eventualità non elimina il dovere degli organi statali di controllare la legittimità della privazione della libertà subita<sup>27</sup>. Un controllo *in progress* che d'altro canto pare imposto anche in relazione all'art. 32 Cost., il quale, ricostruito «come involucro del trinomio dignità-auto-determinazione-salute fisica e psichica», «trova, tra i propri determinanti sociali, un panorama delle istituzioni dal contenimento meno capiente, l'applicazione residuale delle misure ad elevata intensità, la valorizzazione della volontà dell'individuo quale fattore di salvaguardia e restituzione dell'autonomia di scelta in merito ai trattamenti sanitari»<sup>28</sup>.

26. Il CPT ha rilevato in particolare che le restrizioni imposte in modo continuo a partire da febbraio 2020 nei due istituti visitati avevano avuto un effetto negativo crescente sulla salute mentale e somatica dei residenti.

27. Corte EDU, 16 giugno 2005, *Storck c. Germania*, cit.

28. D. Piccione, *Deistituzionalizzazione*, cit., p. 85.

Il consenso al ricovero nella struttura, in altri termini, deve risultare sempre attuale, protraendosi per tutta la permanenza, e consapevole: fondarsi cioè sulla piena consapevolezza e accettazione delle regole e delle condizioni che caratterizzano l'esperienza, per non restringere fatalmente l'indipendenza e l'autonomia dell'interessato. In caso contrario, si registrerebbe un travisamento di paradigma, per cui l'azione protettiva della legislazione sociale assumerebbe carattere prescrittivo, in contrasto con l'art. 19 della Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità. Disgiunta dalla valorizzazione «di quel margine anche limitato, anche apparentemente residuale, di autodeterminazione che però costituisce il germe del riconoscimento del diritto di ogni persona», a ben vedere, la permanenza in una condizione di residenzialità protetta assumerebbe «di fatto una dimensione privativa della libertà personale»<sup>29</sup>.

### 3. Segue: il ricovero coatto

Questioni concernenti sin dal principio la libertà personale si pongono invece nell'eventualità in cui l'ingresso nella struttura assistenziale sanitaria avvenga contro la volontà dell'interessato, al di là dei presupposti per l'esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio, la cui disciplina è contenuta nella legge n. 180 del 1978. La situazione di maggiore delicatezza e complessità si registra dinanzi soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno, affetti da patologie che non determinano il venir meno della capacità di intendere e di volere e dunque in condizione di poter esprimere un dissenso valido all'inserimento in una residenza sanitaria assistenziale.

La circostanza che si tratti di un provvedimento limitativo delle facoltà ordinarie assunto contro la volontà dell'interessato induce a prendere in considerazione il rispetto delle garanzie dell'art. 13 comma 2 Cost. e quindi a escludere in primo luogo che a tale scopo possa bastare la volontà espressa dall'amministratore di sostegno, anche se sulla base del decreto di nomina sia titolare del potere di rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, sul presupposto che, per la condizione patologica in cui versa,

29. Cfr. le dichiarazioni di E. De Robert, in *Quando la Rsa diventa una prigione*, in *garantedeidetenutilazio.it*, 26 settembre 2023. Durante l'attività di monitoraggio effettuata dal Garante nazionale delle persone private della libertà personale nella fase della pandemia, molti ospiti delle Rsa hanno espresso in modo consapevole e credibile la propria volontà di non permanere nella residenza che li ospitava ed evidenziato che la scelta di collocazione in essa non era stata assunta come misura estrema dopo che altre possibilità di intervento socio-assistenziale e di supporto erano state inutilmente esperite (*Relazione Garante delle persone private della libertà personale*, anno 2022).



l'interessato non conservi capacità residue di autodeterminazione consapevole. A ritenere diversamente, sarebbe da un lato violato vistosamente il precetto costituzionale che pone alla base di ogni restrizione della libertà personale un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e dall'altro pretermesso il ruolo che il giudice tutelare è chiamato ad esercitare quale «Giudice della Persona»<sup>30</sup> in termini di controllo della fragilità e della salute, ruolo non delegabile all'amministratore di sostegno<sup>31</sup>.

Più delicato, invece, stabilire se il c.d. ricovero coatto possa essere autorizzato dal giudice tutelare, su richiesta dell'amministratore di sostegno. A differenza dell'ipotesi precedentemente prefigurata, la soluzione soddisfa la riserva di giurisdizione; è assai meno certo, tuttavia, che rispetti la riserva di legge. Siamo di fronte a una limitazione qualificata, che si produce anche a carico della libertà personale e come tale non tollera di fondarsi su formulazioni generiche inidonee a integrare quei «casi e modi» che il dettato costituzionale esige siano tassativamente individuati. In un diverso contesto – quello del prelievo coattivo di campioni biologici finalizzato alla perizia sul dna – la Corte costituzionale censurò l'art. 224 comma 2 seconda parte c.p.p., per violazione dell'art. 13 comma 2 Cost. nella parte in cui consentiva tale asportazione non consensuale in grado di limitare la libertà personale dell'interessato ricomprendendola nella indeterminata categoria di «tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali».

Il fondamento normativo del potere in questione viene individuato in giurisprudenza nel combinato disposto dell'art. 411 c.c. e degli artt. 358 c.c. (qualora se ne allontani senza permesso, il tutore ha diritto di richia-

30. L'espressione è impiegata da S. Celentano, *L'amministrazione di sostegno tra personalismo, solidarismo e sussidiarietà ed il ruolo del Giudice della Persona*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2018, pp. 66 ss., per definire un soggetto che ha visto valorizzare enormemente «funzione e ruolo» alla luce «di un nuovo approccio giuridico-culturale al mondo della protezione dei deboli», che lo identifica come «figura essenziale di coordinamento, ma anche di propulsione, direzione e controllo per la realizzazione di progetti solidaristici di superamento di limiti di autonomia che possano rendere troppo gravoso, se non impossibile, ad una persona affetta da infermità o menomazione fisica o psichica compiere autonomamente gli atti del quotidiano, realizzare i propri "interessi", valorizzare e dare senso alle proprie indicazioni, soddisfare i propri bisogni ed aspirazioni, ed effettuare consapevolmente le proprie scelte cercando di conseguirne il risultato».

31. Esclude espressamente la sua praticabilità il Protocollo procedimentale in materia di amministrazione di sostegno stipulato tra il Tribunale di Chieti e il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Chieti, secondo cui «in nessun caso potrà essere conferito all'amministratore di sostegno il potere di disporre l'inserimento coatto del beneficiario in strutture di cura e assistenza».

marvelo, ricorrendo, se è necessario, al giudice tutelare) e 371 c.c. (il giudice tutelare, su proposta del tutore e sentito il protutore, delibera sul luogo dove il minore deve essere allevato); ciò sebbene, a rigore, l'art. 358 c.c. non figuri tra le disposizioni che l'art. 411 comma 1 c.c., novellato dalla legge n. 6 del 2004, estende, in quanto compatibili, all'amministratore di sostegno e nonostante il provvedimento dell'art. 371 c.c. non venga menzionato tra quelli adottabili dal giudice tutelare nel caso di specie.

Nella prassi, l'applicabilità dell'art. 371 c.c. anche all'amministrazione di sostegno è stata sostenuta talora sulla base di una osservazione di sistema – «scopo primario» dell'istituto «è la tutela della persona» – spiegandone la mancata menzione nell'art. 411 comma 1 c.c. con la «circostanza che il precetto è destinato a trovare applicazione nei soli casi ritenuti dal magistrato a differenza di quelli espressamente nominati dalla norma (articoli da 349 a 353 e da 374 a 376)»<sup>32</sup>. In altre occasioni, si è ritenuto l'art. 358 c.c. applicabile nel caso di specie sulla base della generale previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 411 c.c. – secondo cui «determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendono al beneficiario dell'amministratore di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo e a quello tutelato dalle predette disposizioni», non riscontrandosi «ragioni letterali per ritenere il contrario»<sup>33</sup>.

Si tratta di argomentazioni discutibili. Intanto, entrambi gli articoli invocati a fondamento della legittimità del ricovero coattivo in una struttura sanitaria assistenziale – artt. 358 e 371 c.c. – si riferiscono al luogo di vita e non alle cure farmacologiche cui potenzialmente può essere sottoposto chi beneficia dell'amministrazione di sostegno. Sul versante sanitario, peraltro – si fa osservare – l'intervento del giudice tutelare deve ritenersi «limitato alla decisione in particolari contingenze circa la necessità di compiere un singolo trattamento sanitario»; non è invece autorizzato da nessuna disposizione della legge n. 219 del 2017 a «intervenire forzando un ricovero prolungato della persona in una struttura sanitaria». Pertanto, si fa notare, il provvedimento di autorizzazione del giudice tutelare che imponesse l'ingresso del beneficiario in una sua struttura di cura e assistenza contro la sua volontà si porrebbe «in contrasto con le norme esistenti ed in particolare con la *ratio* ispiratrice della legge n. 180/1978 che ha abolito i cosiddetti ricoveri coatti, consentendoli esclusivamente nell'ambito del trattamento sanitario obbligatorio e comunque limitandoli

32. Trib. Modena, 26 novembre 2008, in *personaedanno.it*.

33. Trib. Vercelli, 28 marzo 2018, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu).

entro una finestra temporale particolarmente breve e predeterminata per legge (sette giorni)»<sup>34</sup>.

#### 4. Il diritto all'autodeterminazione e le sue limitazioni nelle Rsa

Dalle riflessioni precedenti è emerso nitidamente che la libertà personale, garantita dall'art. 13 Cost., in caso di coazione fisica o di degradazione giuridica stigmatizzante, è un bene giuridico non sovrapponibile alla *libertà della persona*. Si è a tal proposito osservato che la libertà "morale" della persona, cioè il diritto all'autodeterminazione, è un bene che non può essere messo in discussione nemmeno nelle situazioni di più intensa privazione della libertà personale, nelle quali deve essere sempre consentita l'espressione e il "fiorire" della personalità individuale<sup>35</sup>. Altrimenti la persona sarebbe ridotta a cosa e non avrebbe più senso parlare né di dignità né di libertà<sup>36</sup>. Ciò è di immediata evidenza nel caso del carcere: la Corte costituzionale ha ripetutamente rimarcato che la persona detenuta, ristretta nella sua libertà personale, deve vedersi preservata una pur ridotta capacità di autodeterminazione, persino allorché sia sottoposta al regime speciale dell'art. 41 *bis* ord. penit.<sup>37</sup>.

Sia pure con un'analogia un po' forzata, è lecito interrogarsi sul diritto di autodeterminazione dell'anziano "recluso" all'interno della Rsa per sua

34. Così D. Genovese, M.G. D'Ettore, *La "cura" e le "cure" della persona sottoposta ad amministrazione di sostegno*, in *Questione giustizia*, 15 dicembre 2020, che rilevano altresì come di fatto «in talune ipotesi il ricovero presso una struttura di cura e/o assistenza è proposto non solo laddove vi sia necessità di garantire una piena aderenza alla terapia da parte del soggetto ma anche nel caso in cui non siano o non possano essere efficacemente attivati quei servizi (per esempio, di tipo domiciliare) che consentirebbero alla persona di rimanere in un contesto abitativo autonomo, con la presenza di un adeguato supporto di cura e di assistenza». Sui possibili profili di contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo v. M. Pelazza, *Incapacità legale e ricoveri coatti: giurisprudenza europea e situazione italiana*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 marzo 2013, pp. 12 ss.

35. Inequivocabile M. Ruotolo, *Editoriale. Per una cultura costituzionale della pena*, in *Federalismi*, 4 ottobre 2023.

36. Secondo l'insegnamento di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi, 1965, p. 50.

37. Approfondisce questo aspetto A. Longo, *Est modus in rebus. Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos*, n. 3, 2017, pp. 1-22. In ordine al regime detentivo dell'art. 41-*bis*, la Corte cost. (sentenza n. 18 del 2022) ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione che sottoponeva a visto di censura la corrispondenza intrattenuta con gli avvocati, in quanto forma di comunicazione rafforzata dal diritto inviolabile di difesa (art. 24 Cost.).

espressa volontà o in forza di atto giudiziale. Da un lato, occorre comprendere lo “spessore” costituzionale ed europeo del diritto all’autodeterminazione, dall’altro, valutare le restrizioni ragionevoli che può subire tale diritto, con uno sguardo retrospettivo al tempo dell’emergenza sanitaria (auspicabilmente alle nostre spalle), nella convinzione che la “lezione” della pandemia possa offrire l’occasione per ripensare i *luoghi* e le *forme* dell’assistenza territoriale sanitaria<sup>38</sup>.

Rispetto al primo punto, sebbene una parte della dottrina tenda a negare un fondamento propriamente costituzionale al diritto di autodeterminazione<sup>39</sup>, la scienza giuridica dominante ritiene oggi configurabile un diritto costituzionale all’autodeterminazione sulla base del collegamento sistematico tra il *principio personalistico* dell’art. 2 e l’art. 32, comma 2, Cost.<sup>40</sup>. Il principio della libertà di cura<sup>41</sup> (che presuppone come regola il consenso al trattamento sanitario) è derogabile esclusivamente a due condizioni: l’obbligo di trattamento sanitario deve essere esplicitato con legge (riserva assoluta) e deve sussistere un interesse generale della collettività<sup>42</sup>. L’ultimo inciso dell’art. 32 Cost. aggiunge una salvaguardia ultima: il trattamento obbligatorio deve rispettare la persona. Dunque, nell’ordinamento italiano l’autodeterminazione è *messa in forma*, nel senso che ciascuno è

38. Si veda § 6.

39. Per S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009, «la Costituzione, che si esprime con un linguaggio giuridico in termini di diritti e di libertà, non esprime una nozione di autodeterminazione, ma semmai può qualificare alcune scelte e decisioni dell’individuo in modo puntuale». Nello stesso senso si esprimono L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D’Agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 4-47 e L. Violini, *Bioetica e laicità*, Relazione al Convegno annuale AIC, 2007 *I problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2007.

40. Valga per tutti la posizione nitida di G.U. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, secondo l’art. 32, comma 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2008, pp. 85-105.

41. Il principio consensualistico segna il mutamento del paradigma biomedico dal “giuramento di Ippocrate” al “Codice di Norimberga”. Dopo l’orrore della sperimentazione dei medici nazisti condotti su persone ancora vive, il consenso volontario (nel senso fatto proprio dal Tribunale di Norimberga di consenso libero, informato, revocabile e fornito da soggetto capace) viene rappresentato come il fondamento primo dell’attività medica, al punto che senza di esso il trattamento sanitario è illegittimo.

42. Nelle parole della Corte costituzionale la salute non si esaurisce in situazioni di pretesa e di vantaggio, ma «implica e comprende il dovere dell’individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la *salute altrui*, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell’eguale protezione del coesistente diritto degli altri» (sentenza n. 30 del 1995).

libero di individuare ciò che ritiene essere “il pieno sviluppo della persona umana” nella sua sfera interna, ma non gli è consentito di ascrivere *solitamente* effetti giuridici a tale individuazione<sup>43</sup>. L'autodeterminazione, in altri termini, non si configura in senso “proprietario”, come una *sovranità* piena su ogni aspetto del proprio *bios* (mente e corpo), una sovranità “insulare” che rifiuta ogni impegno di reciprocità e di responsabilità per le proprie azioni<sup>44</sup>.

Questa impostazione “mite” è avvalorata dalla più recente giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto il caso del suicidio assistito (l'eutanasia passiva)<sup>45</sup>. Il giudice delle leggi ha sì escluso la configurabilità di un “diritto di morire”, sottolineando come la dignità umana possa costituire «un limite al diritto all'autodeterminazione delle persone più deboli e vulnerabili, [...] anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere», ma ha, al contempo, individuato alcune situazioni di estrema sofferenza psico-fisica della persona in rapporto alle quali l'indiscriminata repressione penale dell'aiuto al suicidio finisce per entrare in contrasto con il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari<sup>46</sup>.

43. Il punto è lucidamente sviluppato da C. Pinelli, *Il diritto ad essere sé stessi e il pieno sviluppo della persona umana*, Relazione al Convegno AIC 2021, in *Rivista Aic*, n. 4, 2021. Già N. Bobbio, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, III vol., 1978, pp. 994-1005, argomentava che l'autodeterminazione come libertà del volere costituisce l'essenza della libertà *positiva*: «la possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo, di prendere delle decisioni, senza essere determinato dal volere altrui».

44. Coloro che enfatizzano il valore *assoluto* del consenso scorgono in quest'ultimo un vero e proprio «trasferimento della sovranità dallo Stato alla persona» in questi termini si esprimeva il compianto S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2013, p. 297. La dottrina che tende ad assolutizzare il diritto all'autodeterminazione fa perno sulla sentenza della Corte cost. n. 438 del 2008. In questa pronuncia la Consulta ha, invero, sancito che il principio del consenso informato deve essere inteso quale «punto di sintesi» tra il diritto alla salute e il «diritto di autodeterminazione sulla base di una interpretazione congiunta degli artt. 2, 13 e 32 della Cost.» (nella stessa direzione le sentenze n. 471 del 1990 e n. 332 del 2000). Per un ulteriore approfondimento G. Marini, *Il consenso*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di) *Trattato di biodiritto – Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, pp. 361-400. Per una prospettiva assai critica sulla tesi della “sovranità sul bios” A. Morrone, *Sovranità*, Relazione al XXXI Convegno annuale dell'AIC, in *Rivista Aic*, n. 1, 2017.

45. Si tratta del noto caso Antoniani-Cappato oggetto dapprima dell'ordinanza di rinvio al Parlamento Corte cost. n. 207 del 2018 e poi della sentenza Corte cost. n. 242 del 2019.

46. E, segnatamente, che la persona sia: «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (sent. n. 242 del 2019).

La giurisprudenza della Corte costituzionale sembra, dunque, suggerire che la dignità umana ha un “doppio volto”<sup>47</sup>. Se, da una parte, essa dà *fondamento* al diritto di autodeterminazione inteso come libera esplicazione della propria personalità (nel senso precisato), dall’altra parte, la dignità umana ne rappresenta anche un *limite* eteronomo; un limite che non discende da concezioni etico-sacrali che non trovano cittadinanza nello Stato costituzionale, bensì dall’ineludibile mediazione della legge parlamentare, sottoposta all’eventuale sindacato della Consulta.

La tesi del doppio volto della dignità umana, come fondamento e come limite, trova conferma anche dall’analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU. Entrambe le supreme giurisdizioni, pur riconoscendo la centralità del diritto all’autodeterminazione nel quadro dei valori europei, non hanno mancato di rilevarne i potenziali limiti eteronomi, specie quando il suo esercizio produca esiti arbitrari che disconoscano la dimensione relazionale dell’esistenza umana: celebre è al riguardo il caso *Omega* in cui la Corte di giustizia ha dichiarato in contrasto con la dignità umana un gioco che simulava in maniera iperrealistica la commissione di omicidi<sup>48</sup>.

Questa impostazione teorica può essere trasposta anche al caso specifico delle Rsa. La dignità in senso *soggettivo* dà un fondamento forte al diritto di autodeterminazione delle persone ospiti a cui si devono garantire forme adeguate di relazionalità sociale da contemperare con l’esigenza dell’ordinato svolgimento delle attività all’interno della struttura e dell’incolumità del paziente e degli altri ospiti. La dignità in senso *oggettivo* richiede l’impegno delle istituzioni pubbliche a *proteggere* i soggetti fragili, talora anche contro la loro volontà (quando questa sarebbe condizionata da un’accertata infermità mentale), purché tale dovere di protezione non sia inteso in chiave *paternalistica*, ma sia rivolto alla compiuta *emancipazione* della persona, alla luce del principio cardinale d’eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

47. Sia consentito per un approfondimento sul punto il rinvio a F. Losurdo, *L’Ultima scelta. Dogmatiche dell’autodeterminazione e fine vita*, in *Koreuropa*, n. 12, 2018, pp. 1-39.

48. Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*, su cui v. M.E. Gennusa, *La dignità umana vista da Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, n. 1, pp. 174 ss. La Corte di Giustizia dichiarò che «il diritto comunitario non osta a che un’attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell’ordine pubblico, perché tale attività viola la dignità umana». Celebre anche il caso deciso dal *Conseil d’Etat*, Assemblée 27 ottobre 1995, che ha vietato la pratica del “lancio dei nani”, perché contraria alla dignità umana, per quanto essi si facessero lanciare per loro espressa volontà.

Nel corso dell'emergenza sanitaria, il contemperamento tra il diritto all'autodeterminazione e la protezione della salute come diritto fondamentale del singolo e allo stesso tempo come interesse della collettività (art. 32 Cost.) ha assunto i contorni di una "scelta tragica". La necessità di contenere la diffusione del contagio virale ha richiesto severe limitazioni alla libertà di movimento delle persone anziane, "confinare" nelle proprie stanze e con ridotte possibilità di trascorrere momenti all'aria aperta, e una altrettanto severa restrizione delle ordinarie relazioni familiari e sociali. Dalla prima fase più drammatica caratterizzata dal divieto di visita e forme di "segregazione" dei residenti ad una progressiva apertura ad incontri con barriere divisorie. L'inizio della campagna vaccinale di massa ha facilitato una ripresa delle relazioni familiari, condizionate al possesso del *green pass* (base, rafforzato)<sup>49</sup>.

## 5. Il rispetto della vita privata nella giurisprudenza della Corte EDU

L'impostazione qui prospettata, incentrata sulla distinzione concettuale tra libertà personale e diritto all'autodeterminazione, trova autorevole conforto nella giurisprudenza della Corte EDU e, segnatamente, in un caso italiano avente ad oggetto il caso "limite", già indagato sul piano processuale e penalistico, del "ricovero coatto" in una Rsa. È opportuno riepilogare gli aspetti essenziali del caso della vita per poter apprezzare la condivisibile decisione adottata<sup>50</sup>.

La vicenda "kafkiana" ruota intorno ad un cittadino italiano ultranovantenne (il signor Carlo Girardi, ex insegnante) a cui era stato nominato un amministratore di sostegno, ai sensi degli artt. 404 e ss. c.c., allo scopo *circoscritto* di sostituirsi all'interessato nell'esercizio di alcuni diritti e di assisterlo per operazioni specifiche. Sennonché proprio nel momento in cui i parenti più stretti si rivolgevano al giudice tutelare per chiedere la cessazione della misura di protezione, quest'ultimo, sulla base di una relazione dei servizi sociali, procedeva in senso diametralmente inverso: estendeva i poteri dell'amministratore di sostegno a tutti gli aspetti del-

49. Nella fase più acuta della pandemia, le eccezioni al divieto di visita erano limitate al caso di grave peggioramento delle condizioni di salute del residente o in fase terminale. La condizione di fragilità di taluni soggetti, inoltre, ha cautelativamente richiesto il possesso del *green pass* anche dopo il periodo emergenziale (fino al 31 dicembre 2022) per consentire le uscite temporanee delle persone ospitate e correlativamente per l'accesso dei parenti a tali strutture.

50. Corte EDU, 6 luglio 2023, *Calvi e C.G. c. Italia*.

le cure personali dell'interessato. Dopo il susseguirsi di pareri "tecnici" contraddittori, l'amministratore di sostegno otteneva dal giudice tutelare un provvedimento di ricovero coatto in una Rsa, pur essendo il ricorrente secondo i referti capace d'intendere e volere, sebbene incline ad una "eccessiva prodigalità"<sup>51</sup>. Come se non bastasse, il ricovero avveniva con l'uso della forza pubblica e con l'inganno (facendo credere all'interessato che l'ingresso in Rsa fosse solo temporaneo), impedendo subito dopo ogni possibile contatto con l'esterno.

Sulla vicenda, balzata agli onori della cronaca per una nota trasmissione televisiva, interveniva anche il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà che ha duramente censurato il ricovero coatto del paziente, qualificandolo come "misura di *segregazione*", non solo per la mancata offerta di un'alternativa al residente, ma anche per la privazione di ogni contatto affettivo, poiché ogni sua comunicazione con parenti e amici era filtrata dai responsabili della struttura<sup>52</sup>.

In via preliminare, la Corte EDU ritiene ammissibile il ricorso non sulla base dell'art. 5 CEDU, ritenendo che nel caso in questione non fosse in gioco il bene della libertà personale<sup>53</sup>, bensì sulla base dell'art. 8 CEDU, che riconosce ad ogni persona «il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare» e proibisce ogni «ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria» alla salvaguardia di preminenti interessi pubblici quali «la protezione della salute e della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui»<sup>54</sup>.

51. Si legge nel primo provvedimento del giudice tutelare che il soggetto avrebbe seguito i precetti "francescani", vivendo in modo semplice e donando il suo denaro a coloro che ne avevano bisogno, ma sarebbe stato incapace di gestire i limiti di questa pratica, cosa che lo avrebbe posto in situazione di vulnerabilità.

52. Secondo il Garante nazionale (Relazione al Parlamento del giugno 2023) «il quadro complessivo che viene a delinarsi con il protrarsi del ricovero porta a ritenere che si stiano obliterando i principi cardine che devono essere sottesi all'individuazione delle misure di protezione e, tra questi, in particolare quelli di "autodeterminazione e libertà di compiere le scelte", "rispetto per la dignità intrinseca", proporzionalità della misura e del tempo della stessa, da applicare comunque per il minor tempo possibile» (la relazione è disponibile alla pagina <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/e62a3c20058f1655a7e6e2e18e642b16.pdf>).

53. L'art. 5 comma 1 CEDU riconosce il potere dello stato di privare della libertà gli «alienati», espressione che per giurisprudenza costante ricomprende l'infermità mentale di carattere tale da giustificare il ricovero obbligatorio. Ma poiché la Corte non ritiene nel caso sussistente tale condizione di infermità, logicamente esclude l'applicazione dell'art. 5 CEDU. Valga per tutti Corte EDU, 4 dicembre 2018, *Inseber c Germania*.

54. La Corte EDU ha proposto un'interpretazione gradatamente estensiva della clau-



Dopo un'accurata ricostruzione della normativa internazionale, europea ed italiana, la Corte EDU perviene alla conclusione che tanto il provvedimento giudiziale di nomina dell'amministrazione di sostegno, quanto quello conseguente che autorizza quest'ultimo a disporre il ricovero in una Rsa con l'ausilio della forza pubblica hanno violato l'art. 8 CEDU<sup>55</sup>. La Corte attribuisce un'importanza particolare al fatto che il ricorrente non è stato dichiarato incapace d'intendere e non è stato oggetto di alcuna interdizione, in quanto le perizie hanno indicato, al contrario, che aveva una buona capacità di socializzare, con l'unico rilievo "negativo" dell'eccessiva prodigalità. È, dunque, irragionevole che, nonostante il mancato accertamento di una malattia mentale, il ricorrente si sia trovato a dipendere completamente dal suo amministratore di sostegno in quasi tutti gli ambiti della vita privata e per di più senza alcun limite di durata.

In definitiva – sancisce la Corte EDU – le autorità pubbliche italiane hanno *abusato* della flessibilità normativa sottesa all'istituto dell'amministrazione di sostegno per perseguire finalità che la legge italiana attribuisce, invece con limiti molto rigorosi, alla diversa figura del TSO<sup>56</sup>. La violazione dell'art. 8 CEDU a danno del ricorrente è ritenuta tanto più grave, in quanto non è stata prevista alcuna misura volta al ritorno da parte dell'interessato nel suo domicilio durante i tre anni trascorsi nella Rsa, sebbene il collocamento fosse stato inizialmente deciso in via provvisoria. Da tutto ciò discende che il *margin*e di apprezzamento riconosciuto dall'art. 8 CEDU alle autorità nazionali risulta ampiamente *oltrepassato* e su questa

sola del "diritto al rispetto della vita privata e familiare", al fine di dare copertura giuridica al diritto all'autodeterminazione nel campo del biodiritto. Con una serie di pronunce la Corte europea ha, infatti, ricondotto nell'ambito del "rispetto della vita privata e familiare", il diritto all'aborto terapeutico (Corte EDU, 20 marzo 2007, *Tysiac c. Polonia*), il diritto a scegliere il proprio orientamento sessuale (Corte EDU, 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*), il diritto ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*), il diritto di procreare un figlio che non sia affetto da malattie genetiche di cui i genitori siano portatori (Corte EDU, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*).

55. È opportuno ricordare che l'amministratore di sostegno non è titolato a sostituirsi interamente alla volontà dell'assistito, ma deve fornire un supporto a quella volontà, permettendogli di conseguire anche sul piano giuridico-tecnico gli effetti sperati.

56. Sulla questione dei "trattamenti sanitari obbligatori", si vedano F. Modugno, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 313-333; V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 564-578. Più recentemente D. Genovese, M.G. D'Ettore, *La "cura" e le "cure" della persona sottoposta ad amministrazione di sostegno*, cit., le quali sottolineano come il TSO presupponga alterazioni psichiche del soggetto tali da richiedere urgenti interventi terapeutici.

base deve riconoscersi al ricorrente il diritto all'equo indennizzo ai sensi dell'art. 41 CEDU.

## 6. La “lezione” della pandemia

La vicenda appena commentata, significativa anche per la sua collocazione temporale a cavallo tra emergenza sanitaria e “ritorno” alla normalità, è utile per delineare, pur sinteticamente, alcune *diretrici politico-normative* per ripensare i *luoghi* e le *forme* dell'assistenza sanitaria territoriale, nel rispetto del diritto costituzionale all'autodeterminazione delle persone anziane e particolarmente vulnerabili<sup>57</sup>.

Tra i tanti effetti negativi, l'emergenza sanitaria ha avuto almeno l'effetto “positivo” di portare alla luce un fatto generalmente rimosso: le Rsa racchiudono quella caratteristica di “totalità” propria delle istituzioni chiuse in cui il personale preposto provvede alla gestione integrale del tempo, dello spazio, dei movimenti, della quotidianità intera dell'anziano. Egli si trova “recluso” in queste strutture per periodi indefiniti che vanno anche oltre le previsioni iniziali e, comunque, oltre la volontà espressa all'inizio o contro quella espressa in seguito.

Da questo punto di vista, le autorità pubbliche ad ogni livello territoriale dovrebbero incentivare forme di assistenza domiciliare, in modo da conservare l'insopprimibile *dimensione della relazionalità*, l'insieme dei legami sociali e famigliari che danno senso compiuto all'esistenza umana. E contestualmente dovrebbero ridurre i casi d'*istituzionalizzazione* dell'assistenza sanitaria alle sole ipotesi in cui vi sia una *comprovata* infermità mentale o un grado tale di *non autosufficienza* dell'anziano da richiamare le autorità pubbliche all'inderogabile, non paternalistico, dovere di protezione del soggetto vulnerabile.

In secondo luogo, ogni qual volta mutino le circostanze di fatto e di diritto che hanno giustificato l'ingresso consensuale o coatto nella Rsa, la situazione dell'anziano deve essere rivalutata nel suo complesso, al fine di evitare che un ricovero pensato come misura temporanea si trasformi in soluzione permanente. È questa la situazione che si è realizzata nel caso deciso dalla Corte EDU, in cui il giudice tutelare ha indebitamente sovrapposto la disciplina civilistica dell'amministrazione di sostegno a quella inerente al trattamento sanitario obbligatorio che – vale la pena ribadirlo –

57. Al riguardo si possono proficuamente consultare le raccomandazioni fatte dal Garante nazionale nella Relazione 2023, in <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/fc13013de38c3ba97c6d0357fe21b941.pdf>.

si giustifica esclusivamente in caso di un'acclarata infermità mentale e non sulla base di una generica prodigalità.

In terzo luogo, il trattamento della persona anziana all'interno della Rsa dovrebbe ispirarsi al concetto dell'“alleanza terapeutica” che costituisce il caposaldo simbolico e normativo della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento (legge n. 219 del 2017). Riconoscere, fin dove è possibile, uno spazio adeguato alla volontà di autodeterminazione del paziente e, allo stesso tempo, supportare tale volontà e, quando necessario, integrarla con quella indispensabile del personale sanitario e dei parenti e affetti più stretti del paziente. Per questa ragione l'amministratore di sostegno è chiamato ad agire a supporto non in sostituzione della persona da tutelare, prendendo decisioni che non tengono conto in nessun modo della sua volontà.

In definitiva, il trattamento dell'anziano vulnerabile richiede una pluralità di *sguardi* che devono necessariamente incrociarsi: quello del medico che presta assistenza, quello insopprimibile degli affetti più stretti, quello giuridico dedicato alla garanzia dei diritti di persone particolarmente vulnerabili. Solo in questa maniera si dà il giusto valore alla dimensione della *relazionalità* dell'esistenza umana, che non può ridursi alla preservazione della mera *vita biologica*, dimenticando che quest'ultima assume senso compiuto solo se non viene disgiunta dalla *biografia* della persona. È questo il senso ultimo del diritto all'autodeterminazione (del diritto al rispetto della vita privata, nella declinazione sovranazionale), consapevoli che la dignità della persona è sottratta a qualsiasi bilanciamento, in quanto è essa stessa la “bilancia” sulla quale si pesano i diritti e gli interessi in conflitto<sup>58</sup>.

58. Secondo la ben nota metafora di G. Silvestri, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1181-1194.

L'emergenza sanitaria causata dalla pandemia da Covid-19 ha messo in evidenza punti di forza e debolezze del sistema sanitario italiano. Il conseguente dibattito ha cercato di individuare le cause dell'elevato numero di vittime dell'epidemia, tra i più alti al mondo, che ha portato all'introduzione di strumenti normativi straordinari, volti a introdurre fortissime limitazioni ai diritti e alle libertà, per contrastare la diffusione del virus.

Tra le cause della sua diffusione vanno ricompresi non solo l'impreparazione, il mancato aggiornamento del piano pandemico, la mancanza di coordinamento tra le autorità interessate, la mancata predisposizione di adeguate scorte di dispositivi medici ed i connessi problemi di approvvigionamento, ma anche ragioni di più ampia portata, da tempo segnalate: la disattenzione per la prevenzione nei luoghi di vita, per l'assistenza primaria e territoriale, per la medicina generale, per i servizi a elevata integrazione sociale, per l'igiene e la medicina del lavoro.

La ricerca si propone di esaminare l'efficacia e l'adeguatezza della risposta offerta alla pandemia dal sistema sanitario nazionale e dall'ordinamento italiano e di individuare strumenti giuridici e azioni per potere fronteggiare in modo appropriato le future emergenze sanitarie.

*Con i contributi di:* Roberta S. Bonini, Antonio Cantaro, Luca Di Giovanni, Allegra Dominici, Chiara Gabrielli, Nicola Giannelli, Matteo Gnes, Andrea Lippi, Federico Losurdo, Paolo Morozzo della Rocca, Desirée Teobaldelli.

**Matteo Gnes** è professore ordinario di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino Carlo Bo, di cui è vicedirettore; codirettore del Master interuniversitario in Scienze amministrative e innovazione nella pubblica amministrazione – MasterPA; direttore dello *Institute for Global Health Emergencies Response* (IGHER) della *European Public Law Organization* (EPLA). Dottore di ricerca dell'Istituto universitario europeo di Firenze. È stato *Fulbright Visiting Professor (Distinguished Lecturer Chair)* presso la Georgetown University di Washington D.C. (Stati Uniti). Ha pubblicato monografie, saggi e articoli in materia di diritto pubblico, amministrativo ed europeo.