

# — La Costituzione repubblicana contro la contenzione biomeccanica

Miti e archetipi della coercizione nel mondo psichiatrico, a dieci anni dal sacrificio di Francesco Mastrogiovanni. Critica dei recenti approdi giurisprudenziali

## *The Republican Constitutional perspective against physical restraint practices*

*Myths and archetypes about freedom restraining measures in psychiatry, ten years after the sacrifice of Francesco Mastrogiovanni. Critique of recent case law decisions*

*di Daniele Piccione*

---

**Abstract.** Il saggio esplora la prospettiva costituzionalistica sul tema della contenzione fisica degli infermi e degli anziani. Ne dimostra l'assoluta illegittimità in difetto di una norma facoltizzante prevista dalla legge, come prescrive l'art. 13 della Carta fondamentale. Tale disposizione costituzionale, non a caso, pone a presidio di ogni limitazione della libertà fisica dell'individuo il principio di legalità sostanziale. Lo scritto si occupa poi di sfatare alcuni miti propalati muovendo da casi di scuola quali le microcontenzioni serventi atti terapeutici e le pratiche contenitive su richiesta degli interessati. Sgomberare il campo da questi equivoci è doveroso, specie alla luce dei punti di approdo della sentenza della Suprema Corte di Cassazione, in causa Mastrogiovanni, di cui si evidenziano talune condivisibili conclusioni argomentative, ma anche non lievi aporie nell'argomentazione, sul piano della teoria costituzionale e della pratica medica. Esclusa la natura di atto terapeutico così come la sfuggente riduzione di tali condotte privative della libertà a presidi cautelari, l'analisi si

fonda su una definizione di contenzione biomeccanica che, se equivocata, può generare gravi aporie sul versante logico e della ricostruzione giuridica.

**Abstract.** *This work examines the legitimacy of freedom restraining measures in psychiatry directed to people with disabilities and aged people. We show how the use of physical restraint is constitutionally forbidden, due to the lack of a rule that allows for the practice, as art. 13 Cost requires. Not by chance, this constitutional provision poses the principle of substantial legality against any limitation of the individual's physical freedom. The paper then dispels some myths by moving from text-book cases such as micro restraining measures connected to therapeutic actions and practices at the request of the person concerned. It is necessary to clear the field from these misunderstandings, especially after the judgment of the Supreme Court of Cassation, in Mastrogiovanni case, of which we highlight some sound conclusions, but also some argumentative deficiencies, on the level both of the constitutional theory and of medical practice. Excluding the nature of a therapeutic act, as well as the elusive reduction of these practices to precautionary measures, the analysis is based on a definition of biomechanical restraint which, if misunderstood, can generate serious aporias in terms of logic and of legal reconstruction.*

**SOMMARIO:** 1. Gli approdi di Corte di Cassazione, sent. 20 giugno 2018, n. 50497. – 2. La fallimentare ricerca di un fondamento legislativo primario legittimante le pratiche di contenzione biomeccanica. – 3. Le due tesi prese in considerazione dalla Suprema Corte circa la legittimità della contenzione. – 4. I quattro elementi definitori che delineano la pratica di contenzione biomeccanica. – 5. I casi limite della richiesta di contenzione e dell'immobilizzazione precauzionale. Loro effetto fuorviante per l'analisi giuridica. – 6. Le pratiche coercitive di fatto al cospetto del dettato costituzionale. – 7. Stato di necessità e condizioni di apparente a-nomia. – 8. Conclusione in merito alla illegittimità costituzionale delle condotte di contenzione biomeccanica.

**SUMMARY:** 1. Some issues underlined by Court of Cassation, judgment 20th of June 2018, n. 50497. – 2. The failures in looking for a legal baseline allowing the use of physical restraints as a limit to personal freedom of movement. – 3. Two thesis taken up by the Court of Cassation in order to define the legitimacy of restraining practices in psychiatry. – 4. Four elements in order to define such a practice. – 5. The extreme cases of request of self-restraining personal liberty and voluntary disposal and their misleading effect on legal analysis. – 6. Theory and practice before Constitutional binding rules and safeguards. – 7. State of need and apparent state of anomy. – 8. Conclusions: the unlawful nature of physical restraining practices.

## 1. Gli approdi di Corte di Cassazione, sent. 20 giugno 2018, n. 50497.

Mentre ricade il decimo anniversario della tragica morte di Francesco Mastrogiovanni<sup>1</sup>, uno straniante senso di insoddisfazione pervade chi si accosti al tema

---

<sup>1</sup> Non sarà mai inutile ripercorrere i fatti alla base del giudizio di legittimità emesso dalla Suprema Corte di cassazione il 20 giugno 2018; fatti invero terribili poiché portarono alla morte di un uomo, seguita ad una lunga agonia consumatasi in un Servizio psichiatrico di Diagnosi e Cura ove venne costretto e immobilizzato a letto, abbandonato per oltre settantadue ore, fino al decesso avvenuto per disidratazione e arresto cardiocircolatorio. Vi è da aggiungere che il Mastrogiovanni (questo il nome della vittima) aveva subito la contenzione, poi rivelatasi mortale, in costanza di esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio. Come precisato in premessa dalla stessa Corte di cassazione, la contenzione durò ininterrottamente per quasi quattro giorni.

della ammissibilità della contenzione biomeccanica nell'ordinamento costituzionale italiano.

Del resto, nel corso del 2018, la Suprema Corte di cassazione, facendo calare il sipario del giudicato penale sui fatti di Vallo della Lucania, si è espressa su un'aspra e risalente disputa teorica che non aveva mai trovato una sua sede di risoluzione espressa e generale: è proprio quella della natura delle privazioni della libertà personale adottate in via di fatto, ovvero mediante coercizioni prive di un esplicito fondamento giuridico positivo di qualsivoglia natura.

Tali sono, in effetti, le contenzioni biomeccaniche, ossia quelle pratiche per mezzo delle quali un paziente viene assicurato alle spondine di un letto o comunque ad un arredo permanente di una struttura di carattere medico o geriatrico, e quivi immobilizzato al proclamato fine di non nuocere alla propria persona o ad altri. Si tratta di quelle limitazioni di fatto della libertà personale su cui la riflessione giuridica si è attardata di rado e avverso le quali, tuttavia, le ragioni del Costituzionalismo dovrebbero trovare preminente ascolto e maggiore spazio di sviluppo.

L'apparato argomentativo dispiegato dalla Corte di cassazione nella sentenza 20 giugno 2018, n. 50497<sup>2</sup> è assai lineare, ma l'approdo della pronuncia in punto di compatibilità con la disciplina dell'art. 13 Cost. si rivela debitore di miti ed equivoci che funestano la delicata materia delle coercizioni nei servizi psichiatrici. Pertanto, la sentenza sfocia in un esito malfermo, dato che campeggia su un terreno non battuto dal legislatore, poco esplorato dai giudici ordinari e speciali, ma gravido di temibili implicazioni sul piano pratico.

Le statuizioni più rilevanti della pronuncia della Corte di cassazione sono relative ai due volti controversi del problema: la definizione delle pratiche di contenzione e i margini della sua ammissibilità nell'ordinamento.

## **2. La fallimentare ricerca di un fondamento legislativo primario legittimante le pratiche di contenzione biomeccanica.**

L'analisi deve essere condotta limitandosi a due distinti versanti: prima occorre chiarire una volta per tutte cosa si debba intendere con l'espressione contenzione biomeccanica; poi rileva esaminare se sia coerente la conclusione cui la Corte di cassazione è pervenuta (e la maggioranza degli operatori e degli interpreti, per vero, sembra condividere) in punto di liceità e legittimità di tale pratica.

Il primo profilo comprende anche la *vexata quaestio* della contenzione da intendersi come atto medico. Qualora la si considerasse tale, allora verrebbe in soccorso della posizione facoltizzante la diretta natura scriminante sottesa all'art. 32 Cost. In altre parole, la natura di atto medico della contenzione consente di ricavare la sussistenza della causa di giustificazione costituzionale e concludere per l'esclusione dell'antigiuridicità della pratica di immobilizzare i pazienti psichiatrici. Su questo schema logico, la Suprema Corte non concorda. Sbarrare la strada alla natura di atto medico della contenzione biomeccanica era d'altronde piuttosto agevole sulla scorta della pregressa giurisprudenza di legittimità. Essa riconduceva a tale categoria solo tre tipologie di atti: quelli a finalità

---

<sup>2</sup> Per le motivazioni della sentenza, v. [file allegato](#).

terapeutica; gli accertamenti diagnostici; gli atti che integrano trattamenti di lenimento del dolore.

Tuttavia, nel rilevare come la contenzione non ricada nell'alveo di nessuna delle tre categorie che precedono, la Suprema Corte, nella citata sentenza n. 50497 del 2018, svolge una considerazione discutibile. Infatti, la contenzione sarebbe un «presidio restrittivo della libertà personale... dalla mera funzione di tipo cautelare». Di questo tentativo definitorio è criticabile ogni passo. Il concetto di presidio, in primo luogo. Il lemma denota la natura difensiva della contenzione e al contempo lascia intendere qualcosa sulla riserva di ambiguità che la accompagna: la sua natura di comportamento innominato e di mero potere coercitivo fattuale del tutto privo di positivizzazione. Infine, dire che tale condotta costituisce un presidio concede qualcosa al fatto che essa possa avere un minimo fondamento normativo. Il che, invece, non è. Ed infatti, la contenzione è un dispositivo nel senso foucauldiano del termine<sup>3</sup>. Si tratta, piuttosto, di un comportamento che rimane coperto in una zona di apparente a-nomia.

Eppure, la Corte di cassazione, ricusando l'ipotesi che vi sia un totale vuoto di disciplina legislativa, imbocca la via, spesso battuta senza successo in dottrina, che dovrebbe condurre sulle tracce di un qualche, pur labile, fondamento normativo. Dopo un rapido passaggio sull'abrogato R.D. del 16 agosto 1909<sup>4</sup>, che professava il principio di abolire o quantomeno ridurre i mezzi di coercizione degli infermi in manicomio, il giudice di legittimità alza il tenore costituzionale della motivazione svolgendo esplicito riferimento agli artt. 13 e 32 Cost., per poi introdurre un riferimento alla l. 13 maggio 1978, n. 180<sup>5</sup>. Quest'ultimo però risuona per quello che è: un accenno non perspicuo, dato che la Corte di cassazione fa riferimento alla c.d. legge Basaglia come al grimaldello che consentì il superamento «dell'impostazione custodiale del malato psichiatrico»; poi, però, la motivazione si accosta pericolosamente al più classico degli equivoci: quello relativo al legame tra trattamento sanitario obbligatorio e contenzione biomeccanica dell'infermo di mente. Da queste rapide volute, la Corte di cassazione esce con l'affermazione secondo cui il sistema «non legittima affatto i mezzi di coercizione fisica se non in quanto rappresentino l'unico strumento idoneo ad approntare le cure mediche necessarie per scongiurare il pericolo di grave danno alla salute del paziente». Tale conclusione, pur alludendo ad una sorta di residualità, pone l'inquadramento generale della contenzione su un piano inclinato e assai scivoloso. Le conseguenze di questo passo falso non tardano infatti a mostrarsi nel prosieguo della motivazione.

La Suprema Corte, infatti, all'apparente fine di concludere nel senso che le condotte contenitive dei pazienti sono poste in essere in assenza di una previsione legislativa, svolge un riferimento *a contrario* alla disciplina recata dall'art. 41 della l. n. 354 del 1975<sup>6</sup>. Si tratta della disposizione qualificata dalla Corte di cassazione come l'unica

---

<sup>3</sup> V.G. Agamben, *Che cos'è un dispositivo?*, I sassi nottetempo, 2006, p. 7, in cui si legge il punto di partenza dell'analisi del termine, muovendo dal suo impiego nel pensiero hegeliano: «il dispositivo ha sempre una funzione strategica concreta e si iscrive sempre in una relazione concreta. Come tale risulta dall'incrocio di relazioni di sapere e di potere».

<sup>4</sup> Il testo del provvedimento è disponibile [a questo link](#).

<sup>5</sup> Il testo della legge è disponibile [a questo link](#).

<sup>6</sup> Art 41 – Impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coercizione. «Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti.

norma di legge primaria «che contempla in modo espresso la contenzione». Se non che questo è vero solo in parte e, soprattutto, condurrebbe ad una soluzione diversa da quelle prospettate in motivazione. Innanzitutto, la disposizione in tema, tuttora recata dall'ordinamento penitenziario, si riferisce a qualunque mezzo di coercizione escludendo che esso possa essere impiegato a finalità disciplinari, cioè per fini punitivi nel sistema di esecuzione penale intramuraria.

Stabilendo poi che la coercizione debba essere impiegata per lo stretto tempo necessario e sotto il controllo sanitario, si intende evitare inutili e degradanti afflizioni nei riguardi dei detenuti, non potendosi escludere, tuttavia, che insorgano situazioni in cui proprio in carcere vi sia da difendere l'incolumità del soggetto, di terzi o l'esigenza di evitare danni alle cose.

Nella logica del giudizio della Corte, l'elemento più rilevante connesso alla citazione della norma dell'ordinamento penitenziario è, in realtà, un altro. Ed è che il giudice di legittimità si richiama acriticamente alla triplice garanzia sottesa a quella previsione (1. inutilizzabilità a fini punitivi; 2. limite di durata; 3. controllo sanitario). La Corte di Cassazione sembra allora considerare l'art. 41 o.p. ciò che esso non è: una disposizione di ordine generale. Successivamente la Suprema Corte, passa a confutare la tesi smodatamente permissiva, sostenuta nel giudizio sulla morte del Mastrogiovanni dalla difesa degli imputati, per poi delineare la ricostruzione mediana e farla propria.

Ma è proprio l'abbraccio alla posizione dogmatica di ammissibilità limitata delle contenzioni la vera impronta consegnata al dispositivo della sentenza. Si smarrisce, a questo punto, la via per cogliere la reale natura giuridica della contenzione in forza della quale giungere poi alle conclusioni corrette circa la sua illiceità.

In altre parole, l'inquadramento teorico e pratico della contenzione non è riducibile ad un'alternativa secca, ma ad un triplice esito ricostruttivo. Uno dei tre profili teorici risulta inopinatamente obliterato dalla Suprema Corte di cassazione, con esiti sistematici non trascurabili. La ragione di questo oblio, che cade sulla definizione e l'analisi di metodo definitorio sulla contenzione, origina in primo luogo dall'indebito riferimento all'art. 41, comma 3, l. n. 354 del 1975. La vana ricerca di una disposizione di legge che offra copertura giuridica alle contenzioni finisce per nascondere l'evidenza che sempre affiora quando la libertà personale dell'infermo di mente si para al cospetto del potere medico e psichiatrico: in tali circostanze essa si mostra come libertà di fatto perché è effettiva esplicazione di facoltà fisiche insopprimibili che sono fuori della stessa norma costituzionale che ne tratteggia le possibili limitazioni<sup>7</sup>.

---

Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso.

Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario.

Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore».

<sup>7</sup> Così si apre la mirabile trattazione di A. Cerri, *Rimeditazioni sulla libertà di fatto*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Vol. I, Cedam, 1995, p. 169.

### 3. Le due tesi prese in considerazione della Suprema Corte circa la legittimità della contenzione.

Tornando alle due tesi a cui invece si riduce la disamina della Corte di cassazione, esse possono così riassumersi. Secondo la prima, largamente facoltizzante le pratiche contenitive, queste sono un presidio, sempre lecito purché funzionalmente coesistente al trattamento medico, e cioè quale risorsa ancillare da applicare in via complementare alla somministrazione farmacologica. Questa lettura delle condotte costrittive degli infermi viene rigettata con nettezza e non merita riflessioni supplementari, perché in disparte dalla debolezza di fondo dell'impostazione da cui muove in punto di diritto, essa perde ogni presa una volta esclusa la natura medica dell'atto contenitivo.

La seconda tesi, purtroppo fatta propria dal giudice di legittimità, è quella mediana e si condensa in una definizione della condotta coercitiva dell'infermo che sarebbe «massima privazione della libertà personale che può e deve essere disposta dal sanitario solo in situazioni straordinarie e per il tempo strettamente necessario dopo aver esercitato la massima sorveglianza sul paziente».

Si potrebbe forse giungere a quest'ultimo approdo interpretativo qualora esistesse una disposizione legittimante di valenza generale che possa giustificare tali pratiche da condurre in *extrema ratio* ma, come si è visto, così non è. Ne discende, pertanto, che l'unica ricostruzione sistematica della contenzione biomeccanica che si possa accogliere è quella cui la sentenza della Corte di cassazione non guarda affatto. Se la contenzione del paziente psichiatrico e dell'anziano fosse disciplinata per legge, essa farebbe segnare «il punto di indistinzione tra violenza e diritto»<sup>8</sup>, ovvero quel momento in cui la regolazione giuridica del potere assoluto, ancor prima che funzionare da limite e da garanzia, lo fonda e lo legittima nell'ordinamento. Fortunatamente, una tale scelta non è mai stata compiuta dal legislatore in epoca repubblicana. Ed è proprio la caratteristica coesistente alla contenzione biomeccanica che non viene colta nella pronuncia in commento: l'essere disposta ed eseguita in quelle zone anomiche dell'ordinamento che si determinano quando le persone entrano in posizione di soggezione rispetto ad un'istituzione che, in fatto, diviene in grado di disporre dei corpi.

### 4. I quattro elementi definitori che delineano la pratica di contenzione biomeccanica.

L'unico inquadramento rispettoso della traccia segnata dall'art. 13 Cost. è allora il seguente. Gli elementi essenziali della contenzione, tali da definirla, sono quattro:

1. è una pratica e non un presidio;
2. integra la più estrema privazione della libertà personale immaginabile, di tal che intacca il nucleo essenziale della autonoma disponibilità del corpo del soggetto;
3. quando la contenzione è posta in essere non rimane «alcun residuo di libertà»<sup>9</sup>, proprio perché, a differenza di ogni altra misura limitativa o anche privativa, essa invero una condizione di soggezione assoluta e totale della persona;

---

<sup>8</sup> Così G. Agamben, *Mezzi senza fine*, Bollati Boringhieri, 1996, p. 84.

<sup>9</sup> Nella celebre Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in *Giur. Cost.*, 1993, 2740 ss. si legge che «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce

4. nella natura della contenzione non vi è l'accessorietà servente ad un'altra pratica, tale da poter essere attratta nello statuto di disciplina di quest'ultima; pertanto la contenzione non si risolve in un mezzo ancillare per compiere un atto fine.

In quest'ultima prospettiva, essa è una pratica autosufficiente compiuta sul corpo del paziente, senza che necessariamente debba preludere o essere condizione per lo svolgimento di attività terapeutiche o di applicazioni mediche. Vi è infine la quarta caratteristica strutturale delle condotte contenitive, quella più spesso sottostimata. Si tratta della completa indifferenza rispetto al consenso del paziente. Infatti, le pratiche che ci occupano prescindono del tutto dall'atteggiamento volitivo e di comprensione del paziente che viene sottoposto ad un'azione coercitiva senza che rilevi la sua disponibilità o capacità di comprensione rispetto a quanto sta accadendo alla sua persona. Tale ultimo profilo, che concorre alla definizione della contenzione, trova conferma nel celebre adagio secondo cui «il diritto quando comanda non coercisce, quando coercisce non comanda»<sup>10</sup>. Resta dunque asseverato che la contenzione di cui qui si parla nulla ha a che vedere con i casi in cui si dispongono trattamenti contro la volontà del paziente o perché questi ricusa di prestare il consenso, oppure perché egli non è posto in condizione di offrirlo, come nella circostanza dell'infermo privo di coscienza o delle istantanee immobilizzazioni volte a prevenire movimenti involontari e indisponibili da parte del paziente sottoposto ad operazioni chirurgiche.

#### **5. I casi limite della richiesta di contenzione e dell'immobilizzazione precauzionale. Loro effetto fuorviante per l'analisi giuridica.**

Una volta che si sia giunti ad individuare la natura della contenzione in termini di teoria generale secondo i quattro tratti fondamentali che precedono, si può muovere oltre a valutarne legittimità e liceità. Ora, è del tutto manifesto che questa impostazione non è stata seguita dalla Corte di cassazione, la quale, sul piano del metodo, è parsa dare in parte per scontate la natura e la definizione delle pratiche di cui si discute, mostrando poi, nel merito, di condividere soltanto uno dei quattro elementi essenziali che si è qui ritenuto di proporre: quello della natura diversa dall'atto medico. L'esclusiva alternatività tra le due interpretazioni su cui il giudice di legittimità ha fondato la motivazione è quindi il naturale esito non solo delle deduzioni delle parti processuali e dell'andamento dei giudizi di merito, ma anche della scelta di non percorrere a fondo la via definitiva del fenomeno.

Si situa a questa altezza dell'*iter* motivazionale la virata dall'esame di ciò che la contenzione è secondo l'ordinamento giuridico, alla conseguente disamina della presunta linea di demarcazione tra i casi in cui essa sarebbe a dirsi legittima e quelli nei quali,

---

certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale. Da ciò consegue che l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione». Tale rilievo deve valere *a fortiori* per le pratiche abrasive della libertà personale se non applicate in sede penitenziaria (definita dalla stessa Corte, nella pronuncia citata come un «ordinamento derogatorio»), ma in ambiti sanitari.

<sup>10</sup> C. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Cedam, 1932, p. 61.

assurgendo a condotta illecita e non scriminata, tale pratica integra la consumazione di uno o più reati.

Sulla scorta di queste precisazioni si intende perché si debba sgomberare il campo da due casi limite, talvolta invocati a sproposito per perturbare il piano dell'indagine. Il primo è quello della contenzione impiegata per assicurare il paziente ad un supporto medico, così da poter condurre con successo un intervento chirurgico. In tali circostanze la condotta è strumentale e servente l'operato del personale medico che, quindi, si vale di strumenti coercitivi al solo fine di condurre con successo l'atto terapeutico. Le condotte cui si riferisce la sentenza in commento, invece, sono fini a sé stesse, tanto che la durata, l'intensità e i modi della coazione non sono scelti in funzione di altra attività di carattere o finalità curative. Neppure può introdursi nell'analisi il caso del soggetto che chiede di essere contenuto meccanicamente. È la c.d. "scelta di Ulisse"<sup>11</sup>, riguardo alla quale, invece, si pongono tutti altri problemi di ordine logico che circondano la disponibilità della libertà personale, e comunque l'analisi dei presupposti e dei fondamenti del consenso offerto dal singolo. Escludere queste due circostanze ipotetiche dall'analisi giuridica della contenzione biomeccanica è possibile solo se si adottano le citate cure sul piano definitorio. Del pari, soltanto la necessaria accuratezza nella definizione può consentire di procedere oltre casi limite che, se incongruamente richiamati, possono trarre in errore sul piano delle conclusioni di ordine generale in punto di liceità e di legittimità delle pratiche di coazione dei pazienti.

## 6. Le pratiche coercitive di fatto al cospetto del dettato costituzionale.

Essendo dunque rilevanti solo gli atti di contenzione che non hanno alcun legame diretto con pratiche mediche, che prescindono del tutto dalla volontà e del consenso del paziente proprio perché *prima facie* coercitivi e non obbligatori, che non sono coperti da alcuna disciplina di rango legislativo e non costituiscono in alcun modo atto medico prescrivibile, si deve concludere che nessuno dei due orientamenti in punto di liceità, sviluppati dalla Corte Suprema di cassazione, è condivisibile. Infatti, scartato il primo – sostenuto dagli imputati ricorrenti contro la sentenza di appello – anche quanto statuito dalla Suprema Corte si mostra non privo di punti deboli.

La Corte, per quel che qui rileva in punto di ipotetiche contenzioni lecite, si affida a due argomenti, i quali sono assai più fragili di quel che sembri a prima vista. Con il primo, afferma che essendo la contenzione mero presidio «cautelare» il cui utilizzo è lecito solo al ricorrere delle «condizioni di urgenza» ne discenderebbe che «la massima privazione della libertà che deriva dall'uso della contenzione "può" e anzi "deve" essere disposta dal sanitario (il quale, più degli altri, è per le proprie competenze tecnico-scientifiche a conoscenza dei gravi pregiudizi che l'uso del mezzo contenitivo può provocare alla salute del paziente) solo in situazioni straordinarie e per il tempo strettamente necessario dopo aver esercitato la massima sorveglianza sul paziente».

---

<sup>11</sup> Da i celeberrimi versi del Libro XII, versi 148-200, dell'Odissea: «a me solo ordinava d'udire quel canto; ma voi con legami strettissimi dovete legarmi, perché io resti fermo, in piedi sulla scarpa dell'albero: a questo le corde m'attaccino. E se vi pregassi, se v'ordinassi di sciogliermi, voi con nodi più numerosi stringetemi!». Nel mito dell'eroe errante che non rinuncia ad ascoltare il canto delle Sirene, si rinviene il paradigma delle autolimitazioni della libertà personale e il profilo della sua giuridica indisponibilità, se non altro per il problema logico di individuare la via per disporre la fine della coercizione stessa. Sul punto, cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Cedam, 1992, pp. 182-183.



Il fondamento logico di questa tesi risiederebbe nella previsione della disciplina di posizione di garanzia declinata nell'art. 40 cpv. c.p. È però di tutta evidenza come tale ricostruzione sia destituita di forza al cospetto della cogente disciplina recata dall'art. 13 Cost. La gestione della posizione di garanzia, infatti, non può in alcun modo risolversi nell'annullamento della libertà personale del singolo senza che essa sia disciplinata da un atto avente il valore di legge. Una disciplina di ordine generale, non tipizzata quanto ai mezzi e contorni delle condotte cautelare di presidio della responsabilità penale del medico, non può legittimare il totale annullamento della libertà di disporre del proprio corpo da parte del singolo. E ancora, se solo si riflette sulle conseguenze applicative del sacrificio del principio di legalità sostanziale a difesa della libertà dalle coazioni, in nome di una presunta esigenza di evitare la responsabilità penale del potere medico, si dovrebbe immediatamente cogliere uno degli equivoci tipici alla base dell'analisi giuridica delle contenzioni. E cioè che si impiega una disposizione, la quale delinea i tratti di responsabilità in capo a chi cagiona un fatto che aveva l'obbligo di evitare, convertendola nel suo contrario: ovvero in una riserva di legittimazione di condotte altrimenti illecite<sup>12</sup>. Tanto ciò è vero che così argomentando si smarrisce un approdo, cui pure i penalisti sono giunti con successo, per cui «il consenso del paziente rappresenta quell'elemento strutturale decisivo per delimitare l'esatto ambito operativo degli obblighi del medico e ne plasma, pertanto, contenuto e specifici limiti che per loro natura non possono essere fissi ma in ogni momento mutevoli»<sup>13</sup>.

In secondo luogo, l'impostazione non resiste alla chiara direttiva del Costituente che considerò da punire ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà (art. 13, comma 4, Cost.). In terzo luogo, la tesi mediana abbracciata dalla Cassazione (che comunque facoltizza, entro certi limiti pretori, le coazioni assolute dell'infermo di mente), confligge con una concezione della malattia mentale che non è più quella del soggetto disturbato, presuntivamente incapace o pericoloso a sé e agli altri<sup>14</sup>. Il soggetto che vive l'esperienza del disturbo mentale è ormai proiettato in una dimensione culturale e giuridica tutta diversa: quella delle crescenti quote di autoresponsabilità e di autodeterminazione<sup>15</sup>. Dal che si inferisce che, tramontati i grandi miti che hanno segnato secoli di statuto giuridico del malato di mente (incomprensibilità, incurabilità, pericolosità), non è in alcun modo giustificabile il ricorso alle contenzioni prolungate e frequenti per evitare paternalisticamente gli effetti di condotte pericolose dell'infermo di cui si presume la ricorrenza.

---

<sup>12</sup> Vale qui richiamare le fermissime parole di F. Bricola, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in A. Manacorda (cur.), *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria, 1989, p. 144, secondo il quale «va ribadito che essenzialmente che di obbligo di impedire l'evento e di posizione di garanzia si può parlare solo in presenza di una previsione legale (ex art. 25, comma 2 Cost.). E ciò pur riconoscendo la tendenza a costruire obblighi di impedire l'evento sulla base anche di mere circolari». In questa medesima prospettiva, cfr. le conclusioni svolte da F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, in particolare pp. 55 ss.

<sup>13</sup> Così, da ultimo, C. Cupelli, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 9, 2011, p. 2951.

<sup>14</sup> V. ancora F. Bricola, *La responsabilità penale*, cit., p. 145.

<sup>15</sup> Già in questo senso, cfr. le pioneristiche notazioni svolte da A. Manacorda, *Lineamenti per una riflessione sulla responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, in *Id.* (a cura di), *Tutela della salute mentale*, cit., p. 44 e *passim*.

Vi è poi un quarto argomento, che si fonda sulla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall'Italia con la l. 3 marzo 2009, n. 18<sup>16</sup>. Tra le altre disposizioni che essa reca, vi è quella secondo cui: «gli Stati Parti devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento» (art. 5, comma 2). Si tratta di una direttiva assai rilevante perché proietta la condizione delle persone con disabilità in una prospettiva del tutto diversa da quella tradizionale, imponendo che gli ordinamenti degli Stati astretti alla Convenzione abbandonino ogni presunzione in forza della quale colui che vive l'esperienza di disabilità debba essere trattato in modo sfavorevole, tanto da intaccare la sua dignità personale per via del pregiudizio della pericolosità ovvero, in definitiva, in ragione dello stigma della dannosità potenziale. Ebbene, la maggior parte delle condotte di contenzione muovono proprio da questo presupposto di fondo: l'idea di integrare precauzioni nei riguardi dell'interesse del soggetto che è costretto a soggiacervi e di tutela anticipata dei luoghi e delle persone dai rischi derivanti dalla potenziale (e a-scientificamente ipotizzata) pericolosità del paziente psichiatrico. La Convenzione, non a caso, offre protezione affinché «l'esistenza di una disabilità non giustifichi in nessun caso una privazione della libertà» (art. 14). Infine, è appena il caso di dire che tale disciplina non può in alcun caso intendersi alla stregua di uno schema di tutela valido solo per le privazioni della libertà personale derivanti da finalità penali e trova certa applicazione nel caso di qualunque procedimento volto ad incidere sulla libertà fisica della persona, ivi inclusi proprio i trattamenti sanitari obbligatori<sup>17</sup>.

## 7. Stato di necessità e condizioni di apparente a-nomia.

Tutto ciò conduce all'ultimo fronte dell'analisi generale posto in rilievo dalla sentenza n. 50497 del 2018: quello dell'esimente dello stato di necessità come presidio invocato per legittimare le pratiche contenitive. Contro tali tentativi, argomenti assai solidi consentono di ribadire che non è ammessa alcuna via per la codificazione pretoria della contenzione, per poi rifugiarsi sotto l'ombrello protettivo dell'esimente di cui all'art. 54 c.p. Vale sempre ricordare infatti che tutti i requisiti contenuti nella disposizione codicistica si interpretano sistematicamente e cioè uno per il tramite dell'altro. Sfugge pertanto ad ogni ragionevole interpretazione scriminante il comportamento di chi ricorra alla contenzione, integrando il completo sacrificio di una libertà inviolabile, a meno che ciò avvenga per far fronte ad un pericolo di proporzionata entità, che si appalesi attuale e non solo eventuale e che non sia altrimenti evitabile. A queste conclusioni già ostantive, si aggiunge il problema della contestualità e cioè del venire in gioco dei due beni giuridici in conflitto allo stesso momento, non potendosi sacrificare l'uno in previsione prognostica della possibile minaccia di porre a repentaglio l'altro<sup>18</sup>. A ciò si somma che proprio la valutazione prognostica di pericolosità è oggi posta in vivace discussione dalle citate linee interpretative della capacità di autodeterminarsi dell'infermo di mente e della nitida impronta di sostegno e responsabilizzazione dell'incapace: esse coincidono con l'abbandono della dogmatica della sua neutralizzazione perché pericoloso e imprevedibile.

---

<sup>16</sup> Il provvedimento può essere consultato [a questo indirizzo](#).

<sup>17</sup> Conclude in questo senso V. Eboli, *Art. 14*, in S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità*, Aracne, 2010, p. 190.

<sup>18</sup> Chiarissimo su questo era già A. Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, Cacucci, 2005, p. 553.

Quanto qui si sostiene trova conferma nel fatto che né quanto accaduto a Vallo della Lucania al povero signor Mastrogiovanni, deceduto per effetto della prolungata coazione cui venne costretto, né quello che succede e si osserva nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura operanti sul territorio nazionale, è lontanamente vicino a soddisfare in concreto i presupposti applicativi della scriminate di cui all'art. 54 c.p.

## **8. Conclusione in merito alla illegittimità costituzionale delle condotte di contenzione biomeccanica.**

Dal sofferto percorso motivazionale della Suprema Corte di cassazione racchiuso in questo duplice snodo discorsivo – definizione della contenzione, suoi confini di liceità – si evince allora la estrema povertà di argomenti a sostegno di ogni tesi legittimante le pratiche coercitive oggetto di questa disamina.

Il che induce a trarre due conclusioni di ordine generale che probabilmente valgono a rischiarare il campo largo dei rapporti tra individuo e autorità, anche oltre la tragica prospettiva e i paradigmatici eventi per i quali si è giunti alla più volte citata sentenza della Corte di cassazione.

In primo luogo, il problema costituzionale della contenzione ravviva il problema del metodo di studio e regolazione delle vecchie e nuove questioni connesse con la disciplina della libertà personale in Italia. Il riflesso condizionato di affrontarle da prospettiva preminentemente penalistica rischia di scolorare le garanzie previste dall'art. 13 Cost.; queste ultime, in realtà, non costituiscono soltanto il presidio contro gli abusi nell'impiego della coercizione nel quadro del procedimento penale, ma restano l'archetipo protettivo dei rapporti tra la persona e i poteri pubblici che reca al suo interno, se si vuole, le ragioni intrinseche del Costituzionalismo.

Solo muovendo da questa consapevolezza si può ricostruire il tessuto degli antidoti contro le tecniche contemporanee di annichilimento della libertà personale, che si rivelano anomiche, striscianti e oscure. La contenzione biomeccanica è infatti una pratica che va riconosciuta nel suo tratto caratterizzante più sinistro: quello di essere applicata in ambiti sezionali dell'ordinamento poco esposti alla presa delle garanzie, proprio perché niente affatto disciplinati dalla legge. Si tratta di una delle vie per le quali la Costituzione «come norma giuridica discende laddove il diritto vive e si applica, tra i cittadini, penetrando sempre più a fondo nei molteplici rami dell'ordinamento, nel concreto dell'esperienza giuridica»<sup>19</sup>. Diviene dunque cruciale mantenere salda la tecnica interpretativa del quadro giuridico senza rinunciare ad interrogare il testo costituzionale in tutta la sua portata<sup>20</sup>. Se non si consegnano all'oblio il tenore dell'art. 13, commi 3 e 4,

---

<sup>19</sup> Si tratta del processo storico evolutivo descritto da M. Fioravanti, *Art.2 Cost.*, Carocci, 2017, p. 134.

<sup>20</sup> Paradigmatico, ad esempio, è il metodo di trattazione seguito da M. Massa, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in S. Rossi, *Il nodo della contenzione*, Alpha Beta Verlag, 2015, pp. 81 ss. Tale A. prima afferma che «la contenzione non può mai considerarsi legittima, in assenza di una norma di legge che disciplini i casi e i modi per la sua applicazione». Poi, conclude, a parere di chi scrive in modo contraddittorio, nel senso che «quando la legge consente l'imposizione coattiva di un intervento sanitario, all'interno di un ospedale o altrove, la contenzione si può considerare legittima: le autorità sanitarie dispongono di una situazione giuridica tecnicamente qualificabile come potestà, dinanzi alla quale il paziente è in una condizione di soggezione, ovviamente non illimitata, né indifesa». Questa tecnica di analisi, in tutto divergente rispetto a

Cost., e la forza delle disposizioni pattizie della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, si giunge all'unica conclusione possibile circa le prassi contenitive dei pazienti psichiatrici, sia quando essi siano sottoposti a trattamento sanitario obbligatorio, sia quando siano ricoverati volontariamente: si tratta di coercizione illegittimamente disposta ed eseguita.

L'unica forma di coazione lecita (cioè non punibile perché, tra l'altro, non suscettibile di autonoma valutabilità giuridica) resta, dunque, quella istantanea e puntiforme, servente un atto medico e immediatamente interrotta una volta che quest'ultimo sia compiuto. Non per caso si tratta di evenienza che esula del tutto dalla definizione qui proposta. Nelle restanti circostanze, l'esplicita traccia scavata dal comando costituzionale domina il campo, così che ogni coercizione effettuata dal potere medico senza tipizzazione di legge ricade sotto gli effetti della formula recata dall'art. 13, comma 4, Cost. i cui termini omnicomprensivi testimoniano ancora oggi l'assoluta condanna, da parte del Costituente, di ogni privazione della libertà personale non coperta da riserva di legge, esercitata su persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

Si rivela così il conflitto generale che si cela dietro alle contenzioni: quello tra il potere medico orientato al custodialismo e alle pratiche difensive e il soggetto fragile che rischia l'annientamento, come nel caso da cui origina la sentenza della Suprema Corte in causa Mastrogiovanni.

In definitiva, dunque, l'insoddisfazione per gli esiti e gli argomenti svolti dalla Corte di cassazione si addensa intorno al non aver colto la dinamica, tipica del *Constitutional Law*, tra la Carta fondamentale e gli oscuri spazi di indeterminatezza delle pratiche mediche. È una lotta, questa, che non può accettare mediazioni e composizioni neanche al cospetto di una delle questioni più ardue del nostro tempo, quella che concerne il mutato rapporto tra diritto e tutela della salute mentale. Di qui l'impostazione di queste note, in cui la ricostruzione definitoria di quel che è contenzione in fatto e nelle pratiche massive dei servizi psichiatrici di diagnosi e cura, coincide in tutto e per tutto con quel che la Costituzione repubblicana, e non il codice penale, vieta e non tollera.

## Bibliografia.

- G. Agamben, *Mezzi senza fine*, Bollati Boringhieri, 1996  
F. Bricola, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in A. Manacorda (cur.), *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria, 1989  
C. Cupelli, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 9, 2011  
V. Eboli, *Art. 14*, in S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità*, Aracne, 2010  
C. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Cedam, 1932  
M. Fioravanti, *Art. 2 Cost.*, Carocci, 2017

---

quella seguita dalla Suprema Corte di cassazione, appare del pari foriera di equivoci: confusione tra obbligatorietà del trattamento e condotte coercitive; sovrapposizione tra prese di posizione proibizioniste e cedimenti al realismo delle prassi e dei rapporti tra degente dei servizi di diagnosi e cura, operatori e psichiatri; mancata enucleazione di quel che è atto sanitario e di ciò che non lo può essere.

- M. Massa, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in S. Rossi, *Il nodo della contenzione*, Alpha Beta Verlag, 2015
- A. Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, Cacucci, 2005
- A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Cedam, 1992
- F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.