



*Dipartimento di Giurisprudenza – Cattedra Diritto penale scienze mediche e biotecnologie
Corso di Laurea Magistrale*

Tesi

*La posizione dello psichiatra nel quadro della responsabilità
penale del medico*

Relatore: Ill.mo Prof. Cristiano Cupelli

Correlatore: Ill.mo Prof. Angelo Carmona

Candidato: Claudia Capacchione

Matricola: 116603

Anno accademico

2015 -2016

INDICE

<i>INTRODUZIONE - Le incertezze della psichiatria.</i>	4
<i>CAPITOLO 1 – La responsabilità professionale dello psichiatra:</i>	
<i>fonti della disciplina normativa</i>	9
<i>1.1. La legge 14 febbraio 1904, n. 36: il primo intervento organico in materia psichiatrica</i> ..	9
<i>1.2. La Legge Mariotti (legge 18 marzo 1968, n. 431)</i>	
<i>e l'introduzione del ricovero volontario</i>	14
<i>1.3. La riforma della legge Basaglia (legge 13 maggio 1978, n. 180)</i>	
<i>e il graduale superamento dell'istituzione manicomiale.</i>	17
<i>e 1.4. Dubbi e lacune della disciplina normativa</i>	20
<i>1.5. Il trattamento sanitario obbligatorio nell'attuale assetto legislativo</i>	22
<i>CAPITOLO 2 - La posizione di garanzia dello psichiatra</i>	30
<i>2.1. La posizione dello psichiatra tra istanze di tutela sociale ed esigenze terapeutiche</i>	30
<i>2.2. Gli obblighi giuridici gravanti sul medico psichiatra</i>	34
<i>2.3. Natura attiva o omissiva della condotta</i>	40
<i>2.4. Responsabilità omissiva e posizione di garanzia</i>	45
<i>2.5. L'oggetto della posizione di garanzia: il paziente</i>	53
<i>CAPITOLO 3 – L'elemento soggettivo</i>	59
<i>3.1. L'elemento della prevedibilità nel reato colposo</i>	59
<i>3.2. La prevedibilità degli atti auto ed etero-aggressivi del paziente</i>	
<i>nella casistica giurisprudenziale</i>	65
<i>3.3. Lo psichiatra modello e le linee guida</i>	69

<i>3.4. L'impatto e le finalità della legge n. 189 del 2012</i>	71
<i>3.5. Le regole cautelari</i>	76
 <i>CAPITOLO 4 – Il nesso di causalità</i>	 81
<i>4.1. L'accertamento del nesso di causalità</i>	81
<i>4.2. Causalità attiva ed omissiva</i>	86
<i>4.3. La creazione giurisprudenziale dell'omessa minimizzazione del rischio</i>	95
<i>4.4. La concausalità nella produzione dell'evento lesivo</i>	100
<i>4.5. La responsabilità del terapeuta per gli atti etero-aggressivi del paziente</i>	107
 <i>Conclusioni</i>	 112
 <i>Bibliografia</i>	 117
<i>Sitografia</i>	122
<i>Giurisprudenza di Merito</i>	122
<i>Giurisprudenza di Cassazione</i>	123
<i>Giurisprudenza Costituzionale</i>	124
<i>Giurisprudenza estera</i>	124

INTRODUZIONE: Le incertezze della psichiatria

“Mi hanno chiamato folle; ma non è ancora chiaro se la follia sia o meno il grado più elevato dell'intelletto, se la maggior parte di ciò che è glorioso, se tutto ciò che è profondo non nasca da una malattia della mente, da stati di esaltazione della mente a spese dell'intelletto in generale.”

(Edgar Allan Poe)

Con pazzia si utilizza un termine generico, usato in passato per indicare gravi patologie psichiatriche.¹ Sarebbe forse più corretto e più specifico discostarsi da una definizione così ancorata a ideologie stigmatizzanti del passato prive di studio approfondito dei disturbi che scuotono la mente.

Malattia mentale, alterazione psichica, disturbi dell'affettività o della personalità, psicosi, psiconevrosi, sindrome maniaco-depressiva per citare i più frequenti. Tali termini si riferiscono, seguendo il senso comune, a determinate condizioni per le quali la ragione pare perdere qualsiasi controllo di sé e in cui domina sovrana l'irrazionalità e l'insensatezza. L'uomo, fin dall'antichità, si è interrogato circa le cause del disturbo mentale, di comprendere l'origine di tali mali, di organizzarli secondo analisi di studio e non da ultimo di curarli. Le difficoltà insite nel cogliere le innumerevoli sfaccettature dell'abisso psichico hanno fatto sì che nel tempo si avvicendassero diversi strumenti di cura e terapie, in quanto tali risultato di orientamenti dominanti nei vari periodi storici.

Come è qualificata attualmente, secondo la scienza medica, la malattia mentale? Come si caratterizza? Sono questioni che interessano gli uomini di ogni luogo, perché ognuno può sviluppare una simile condizione nelle situazioni più disparate della propria esistenza. Gli effetti possono essere veramente invalidanti.

Ovviamente ogni comportamento umano produce conseguenze nel mondo esterno. E non sempre tali fenomeni che modificano la società rientrano tra quello che l'ordinamento ritiene lecito.

Ecco che la psichiatria e il diritto penale si incontrano: tale collisione rappresenta con drammaticità una dei momenti più intricati sia del divenire delle discipline mediche che di quelle giuridiche. La trattazione della materia viene aggravata dall'elemento della libertà del reo, che non sempre comprende la gravità delle sue azioni, in quanto schiavo di una patologia che invalida la sua capacità di discernimento. La sua autodeterminazione risulta inficiata se non priva di controllo. Esso non è libero di garantire il dominio

¹ Dizionario Medico (Med-Z) vol. 28, ne *L'Enciclopedia*, La Biblioteca di Repubblica

della sua coscienza e della conoscenza delle sue azioni. Le parole di un medico psichiatra²: *“Quello della libertà è un tema fondamentale sul quale gravita tutta la psichiatria. La psico-patologia infatti, avendo come oggetto i disturbi dei rapporti relazionali, cioè tra persone libere, può ben definirsi una patologia della libertà. Per cui la definizione stessa della “malattia mentale” nell’uomo implica la problematica della sua libertà”*.

In psichiatria, si interviene sovente sui sintomi e non sull’origine della causa della patologia. Il paziente in delirio è, ad esempio, sedato: la crisi è controllata, ma non è stata compresa la causa che l’ha scatenata. Ma è questa la strada da percorrere?³

Talvolta, la malattia psichica è singolare anche per il suo manifestarsi: gli atti auto o etero aggressivi, dei quali il medico psichiatra, risponde. Ed è proprio questa la particolarità della responsabilità dello psichiatra, oggetto del presente lavoro: quest’ultimo elabora non solo una diagnosi, una prognosi e una terapia, atti che vengono chiesti a qualsiasi altro professionista in altre discipline della scienza medica, ma anche una previsione della condotta che il proprio paziente potrebbe porre in essere. E ciò ha ovviamente numerose ricadute giurisprudenziali, ed i casi reali mostrano come a fronte dell’incapacità giuridica di tali soggetti, che non comprendono talvolta la portata delle proprie condotte, ne risponde inevitabilmente un terzo, il soggetto che avrebbe dovuto impedire il fatto.

A ciò si aggiunga, inoltre, che la psichiatria dovrebbe concentrare il proprio ambito di studio sulla psiche, sulla mente, sulla realtà affettiva che si presenta distorta, malata e, spesso, causa di eventi lesivi per colui che ne è affetto o per terzi che ne vengano a contatto. Non si tratta, dunque, soltanto della conoscenza teorica del cervello o del sistema nervoso, che rappresentano l’oggetto di indagine neurologica. Sembrerebbe che l’evoluzione delle teorie psichiatriche, inoltre, rischia di confondere le cause con gli effetti e di ritenere che le istituzioni psichiatriche trovino origine nelle teorie e non viceversa. Il suo difetto principale è, infatti, la totale mancanza del “principio di spiegabilità”, che consentirebbe la predizione razionale degli eventi con sufficiente precisione. La complessità dell’oggetto di indagine, i limiti cognitivi del rapporto corpo - mente mostrano, perciò, che l’individuazione degli stati patologici e delle loro evoluzioni non sia lineare e uni causale, ma circolare e multifattoriale.

Non è questa la sede adatta per tentare un’analisi approfondita sulle cause che vi sono alla base della complessità mentale di ogni uomo, perché innanzitutto la scienza medica è ancora sotto molteplici aspetti avvolta da una consapevole mancanza di spiegazioni scientifiche – gli esperti in materia dicono che il cervello è l’organo più complesso del corpo umano e ancora ad oggi nonostante gli sviluppi notevoli fatti

² REALDON A., Responsabilità e libertà in psichiatria, in Riv. it. med. leg., 10, 1988, pp. 159 ss.

³ Da citare un’interessante quanto (s)confortante articolo pubblicato da Giuliana Proietti, Psicologa e Sessuologa, *Perché la psichiatria contemporanea è in grave crisi, su L’Huffington Post*.

http://www.huffingtonpost.it/giuliana-proietti/la-psichiatria-sullorlo-d_b_3216136.html

in tale direzione, non possono affermare di conoscere tutto lo scibile – e dunque, non è l'intento di tale elaborato avventurarsi nella spiegazione medica; è in primo e più rilevante nostro interesse concentrare l'attenzione sulle ricadute che la malattia mentale comporta sull'agire umano, nella particolare angolatura della responsabilità penale a fronte dei reati commessi.

Nel presente lavoro, a tal punto, occorre seppur per linee generali, iniziare a dare un'anticipazione del tema affrontato, analizzando i temi rilevanti per ciascun capitolo. Si chiarisce sin da qui, che l'argomento principale su cui ruota l'odierna tesi è quello della *responsabilità penale dello psichiatra* nei confronti degli atti commessi in primo luogo da egli stesso, *nell'ars medica*, e secondariamente per le condotte avanzate dai propri pazienti, sia in un'ottica autodistruttiva che nella prospettiva di ledere l'altrui sfera giuridica.

Sono diversi i punti da sottoporre ad attenta analisi, e molteplici sono stati gli ambiti di dibattito, e senza alcuna pretesa di esaustività in materia, si è deciso di studiare all'interno del primo capitolo l'evoluzione della legislazione a partire dalla Legge 36/1904, norma elaborata in periodo monarchico, che per la prima volta nel panorama italiano, ha affrontato la materia considerando lo squilibrio mentale. A seguire, la Legge Mariotti nel 1968 e la Legge Basaglia nel decennio successivo hanno orientato l'attenzione verso una consapevolezza maggiore, incardinando la cura della psiche all'interno del sistema sanitario, al pari delle altre malattie che interessano il fisico.

La legge 180 del 1978 ha avuto il merito di aver smantellato un modello di paziente psichiatrico esclusivamente da emarginare dal tessuto sociale poiché a quest'ultimo avrebbe potuto far male con i suoi comportamenti. La società stessa, dunque, per definirsi sana e sancire così la propria "normalità" nega le contraddizioni endogene e rifiuta qualsiasi forma di "diversità". Questa era stata la logica alla base dell'istituzione del manicomio.⁴

Invece con la nuova disciplina, il soggetto affetto da disturbo mentale viene trattato in egual modo e attraverso un percorso di cura, rientra a far parte della collettività, che riconosce allo psichiatrico una funzione rieducativa. Sempre in questo incipit, si affronterà lo spinoso tema del trattamento sanitario obbligatorio, il c.d. T.S.O., che vede un soggetto subire coattivamente il ricovero ospedaliero, nella finalità di preservare la propria e la salute collettiva, in nome di quel benessere che la Repubblica si prefissata di tutelare.

Nel capitolo seguente, l'argomento verte sulla posizione di garanzia dello psichiatra, a partire dalle istanze omissive fino a giungere a quelle commissive. Analizzando gli insegnamenti della dottrina sul tema, si è indirizzato l'oggetto di studio sulla portata applicativa del dettato normativo degli artt. 40 e successivi del

⁴ Bianchino C., *Malati di mente. Ma pur sempre uomini* Ecco tutte le parole per cercare di "capire l'incomprensibile" in: http://www.ristretti.it/areestudio/salute/mentale/mentale_bianchino.pdf

codice penale, tentando di calarli sul caso concreto per riempire di significato attuale quest'ultimi. Allo stesso modo si è tentato di raffigurare il comportamento del medico in rapporto ad altre fattispecie penali di simile estensione, fino a giungere alla configurazione della responsabilità per l'omicidio colposo, commesso dal paziente sotto la sua cura a danni di terzi. Ci è chiesto, ed è una questione che interessa gli addetti ai lavori su più fronti, fino a che punto risponde il medico della condotta posta in essere dal malato psichico; mettendo al centro del dibattito la capacità di autodeterminarsi dell'agente. Oppure risponde in ogni caso il professionista, senza analizzare la capacità di comprensione del malato?

Il capitolo terzo fornisce uno studio approfondito dell'elemento della prevedibilità nel reato colposo. A questo punto, ci si è confrontati con alcuni casi pratici che hanno chiamato la giurisprudenza a dare il proprio orientamento in materia. Le difficoltà maggiori, avvertite dai pratici del settore, si manifestano nel dare un'applicabilità concreta ricordando sempre che sia costituzionalmente orientata alla personalità della colpa. Tale capitolo si è cimentato nella disamina del modello dello psichiatra ideale, il quale se avesse determinate caratteristiche difficilmente parametrabili, verrebbe meno alla sua responsabilità penale. Tuttavia, anticipiamo già qui, che soluzioni di questa portata si scontrano con la difficile realtà della psichiatria, la quale non è fatta per accogliere le direttive di un soggetto che nello svolgere tale attività mette in campo tutte le cautele richieste dal sistema statale in quella medesima circostanza⁵.

A conclusione dello stesso, si cita la Legge Balduzzi del 2012, la quale esclude la responsabilità del medico in caso di commissione di un reato, che venga ascritto come lieve ovvero grave. Nell'ottica del legislatore, si è tentato di ridurre i casi per cui il professionista sia chiamato a rispondere in prima persona per le condotte commesse da altri, per non aver impedito all'evento di compiersi, che secondo l'insegnamento tradizionale richiamando anche lo stesso codice Rocco, equivale a cagionare. Dunque, il medico risponde solo se si è avuto un evento che veda il soggetto imputato per un reato ascritto a titolo di colpa gravissima. Infine nel capitolo quarto, si è trattato il difficile accertamento del nesso di causalità, il quale altro non è che il rapporto che lega la condotta posta in essere da un agente e la sua manifestazione fenomenologica. Esso, che non è solo e soltanto di ambito penalistico, risulta di primaria importanza quando da quest'ultimo dipende il problema dell'imputazione di un evento e di una modifica nel mondo esterno ad un autore. Il ruolo svolto dalla condotta è cruciale, essendo essa fattore causale. Inoltre, ci si domanda se intervenendo più fattori sulla scena del caso, siano essi consequenziali al primo ovvero se si sarebbero determinati a prescindere da esso e quale ruolo giocano nell'evento determinante la condotta del malato. Il legislatore parte dal presupposto che l'evento non è il mero risultato di un solo fattore, ma da una serie di condotte, siano esse concatenate, siano esse autonome e indipendenti. Dunque, il capitolo si addentra in simili contesti fornendo un'analisi del rapporto di causalità tra le condotte umane, interrogandosi altresì sugli

⁵ Pisa P, *Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume primo, Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Quinta edizione con la collaborazione di Annamaria Peccioli, 2014.

elementi che possano spezzare tale nesso. E se così è, diventa rilevante ai fini processuali dimostrare o meno la sussistenza di una qualche responsabilità penale, dando quindi esiti assolutori o viceversa di condanna.

Un accento verrà posto sulla difficile collocazione della condotta omissiva: nel caso in cui un soggetto ometta di intervenire, il codice provvede con la famosa clausola di equivalenza dell'articolo 40 secondo comma del Codice Penale, la quale compara il mancato impedimento di un reato alla commissione dello stesso. Calato alla fattispecie medica risulta ancora più arduo delimitare la condotta commissiva od omissiva del professionista, soprattutto quando si richiede a leggi scientifiche una probabilità che tocchi il livello della certezza.

Tirare le fila in un mare magnum di sfaccettature risulta compito arduo, ma non certamente ricco di sorprese: anche perché come ci ricorda il costante insegnamento dello scrittore Saul Bellow⁶, *[i]n un'epoca di pazzia, credersi immuni dalla pazzia è una forma di pazzia.*

⁶ Scrittore statunitense, Premio Nobel per la Letteratura 1976.

CAPITOLO 1 - La responsabilità professionale dello psichiatra: fonti della disciplina normativa

1.1. La legge 14 febbraio 1904, n. 36: il primo intervento organico in materia psichiatrica.

La legislazione psichiatrica italiana ha trovato la sua prima regolamentazione, durante il governo Giolitti, con la legge 14 febbraio 1904, n. 36 e con la normativa di attuazione emanata con il regio decreto 16 agosto 1909, n. 615.

Le legge in esame, emanata dopo oltre cinque anni di progetti e discussioni⁷ e rubricata “*Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati*”⁸, era incentrato su un modello custodialistico -

⁷ L’approvazione di questa legge è stata preceduta da un iter parlamentare molto lungo e travagliato. Nella discussione sui progetti di legge che la precedono si affrontano due temi: il primo, che soprattutto nella fase iniziale attraversava e divideva gli schieramenti politici, riguardava lo stato delle grandi istituzioni nelle quali essa affluisce. Gran parte della discussione sugli alienati mentali riguardava infatti i “mentecatti poveri”, esposti all’arbitrio di queste istituzioni e ad un carcere incongruo. Si assiste in questa fase al faticoso ed ambiguo ritagliarsi del problema dei “folli poveri” dalla più ampia questione sociale che impegna il Parlamento ed i governi italiani. Il secondo tema, che diventò via via centrale, riguardava le competenze di psichiatria e giustizia nella gestione di quest’oggetto di dubbia definizione. Inoltre concerneva anche la regolamentazione del rapporto fra lo Stato, che ricopriva la funzione di disciplina, controllo ed intervento diretto, ed i privati che già occupavano questo terreno con le proprie istituzioni: si trattava del tema della delega e del finanziamento. A questo livello la discussione parlamentare riecheggia il dibattito scientifico, che vedeva schierati, da un lato, i tecnici della nascente psichiatria sulla difesa della propria autonomia scientifica contro l’invasione repressiva dell’apparato giudiziario, e dall’altro quanti, politici ed uomini di legge, diffidavano di una delega in bianco al sapere medico. Fin dall’inizio tuttavia ambedue gli ordini di discorso avevano un minimo comune denominatore: la risposta dell’internamento nei confronti di queste masse di bisognosi che, malati, criminali o semplicemente indigenti che siano, o tutto ciò insieme, dovevano trovare un luogo di ricovero, visto che né l’ordine produttivo né il sociale offrono loro collocazione. Le condizioni di povertà, che connotavano queste masse erano tali da non aprire dubbi su questo punto neppure nelle frange più progressiste dello schieramento politico. Mentre queste ultime ribadivano le varie necessità (che lo Stato si assumesse la questione sociale, predisponesse la riforma agraria, dotasse le città di impianti igienici e strutture sanitarie) dovevano anche confrontarsi con un’emergenza sociale, nella quale povertà e rivolta erano costantemente incrociate e contro la quale la risposta repressiva finiva con l’essere l’unica forma di intervento statale. L’internamento come controllo del contagio e come assicurazione sociale era dunque la base della discussione: il contenimento della marginalità sociale come emergenza era infatti il problema principale che rimanda ai programmi igienici, sanitari e sociali. Esse riemergeranno in Italia come problema solo col primo dopoguerra. L’esito compromissorio di quelle discussioni sul nodo cura-custodia, ricovero- sanzione, malattia-crimine, medicina-ordine pubblico sarà appunto la normativa del 1904.

⁸ La legge era composta da 10 articoli e venne pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 43 del 1904. Di seguito gli articoli della legge in esame:

- Art. 1: “*Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri e riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente*

custodite e curate fuorché nei manicomi. Sono compresi sotto questa denominazione, agli effetti della presente legge, tutti quegli istituti, comunque denominati, nei quali vengono ricoverati alienati di qualunque genere. Può essere consentita dal tribunale, sulla richiesta del procuratore del re, la cura in una casa privata, e in tal caso la persona che le riceve e il medico che le cura assumono tutti gli obblighi imposti dal regolamento. Il direttore di un manicomio può sotto la sua responsabilità autorizzare la cura di un alienato in un casa privata, ma deve darne immediatamente notizia al procuratore del re e all'autorità di pubblica sicurezza”.

- Art. 2: *“L’ammissione degli alienati nei manicomi deve essere richiesta dai parenti, tutori o protutori, e può esserlo da chiunque altro nell’interesse degli infermi e della società. Essa è autorizzata, in via provvisoria, dal pretore sulla presentazione di un certificato medico e di un atto di notorietà, redatti in conformità delle norme stabilite dal regolamento, ed in via definitiva da il tribunale in camera di consiglio sull’istanza del pubblico ministero in base alla relazione del direttore del manicomio e dopo un periodo di osservazione che non potrà eccedere in complesso un mese. Ogni manicomio dovrà avere un locale distinto e separato per accogliere i ricoverati in via provvisoria. L’autorità locale di pubblica sicurezza può, in caso di urgenza, ordinare il ricovero, in via provvisoria, in base a certificato medico, ma è obbligata a riferirne entro tre giorni al procuratore del re, trasmettendogli il cennato documento. Tanto il pretore quanto l’autorità locale di pubblica sicurezza, nei casi suindicati, debbono provvedere alla custodia provvisoria dei beni dell’alienato. Con la stessa deliberazione dell’ammissione definitiva il tribunale, ove ne sia il caso, nomina un amministratore provvisorio che abbia la rappresentanza legale degli alienati, secondo le norme dell’art. 330 del codice civile, sino a che l’autorità giudiziaria abbia pronunciato sull’interdizione. E’ loro applicabile l’art. 2120 del codice civile. Il procuratore del re deve proporre al tribunale, per ciascun alienato, di cui sia autorizzata l’ammissione in un manicomio o la cura in una casa privata, i provvedimenti che convenisse adottare in conformità delle disposizioni contenute nel titolo x, libro i, del codice civile”.*

- Art. 3: *“Il licenziamento dal manicomio degli alienati guariti, è autorizzato con decreto del presidente del tribunale sulla richiesta o del direttore del manicomio, o delle persone menzionate nel comma dell’articolo precedente o della deputazione provinciale. Negli ultimi due casi dovrà essere sentito il direttore. Sul reclamo degli interessati il presidente potrà ordinare una perizia. In ogni caso contro il decreto del presidente è ammesso il reclamo al tribunale. Il direttore del manicomio può ordinare il licenziamento, in via di prova, dell’alienato che abbia ricevuto un notevole grado di miglioramento e ne darà immediatamente comunicazione al procuratore del re e all’autorità di pubblica sicurezza”.*

- Art. 4: *“Il direttore ha piena autorità sul servizio interno sanitario e l’alta sorveglianza su quello economico per tutto ciò che concerne il trattamento dei malati, ed è responsabile dell’andamento del manicomio e della esecuzione della presente legge nei limiti delle sue attribuzioni. Esercita pure il potere disciplinare nei limiti del seguente articolo. Alle sedute della deputazione provinciale o delle commissioni e consigli amministrativi, nelle quali debbansi trattare materie tecnico-sanitarie, il direttore del manicomio interverrà con voto consultivo”.*

- Art. 5: *“I regolamenti speciali di ciascun manicomio dovranno contenere le disposizioni di indole mista sanitaria ed amministrativa, come quelle relative alle nomine del personale tecnico-sanitario, al numero degli infermieri in proporzione degli infermi, agli orari di servizio e di libertà, ai provvedimenti disciplinari da attribuirsi secondo i casi, alla competenza dell’amministrazione o del direttore, e ad altri provvedimenti dell’indole suindicata. Detti regolamenti dovranno essere deliberati, sentito il direttore del manicomio, dell’amministrazione provinciale dalla commissione amministrativa, se trattisi di opera pia, e saranno approvati dal consiglio superiore di sanità con le forme e modi stabiliti dall’art. 198 della legge comunale e provinciale”.*

repressivo, fondato sulla previsione di un intervento di pubblica sicurezza come strumento di difesa sociale contro i comportamenti aberranti degli alienati mentali, del cui mantenimento, ai sensi dell'articolo 6 del provvedimento, dovevano farsi carico le province⁹ (in particolare nel caso in cui gli alienati fossero stati prosciolti per infermità mentale ex art. 46 del codice Zanardelli).

- Art. 6: *“Nulla è innovato alle disposizione vigenti circa l’obbligo delle provincie di provvedere alle spese del mantenimento degli alienati poveri. La spesa per trasporto di questi al manicomio è a carico dei comuni nei quali essi si trovano nel momento in cui l’alienazione mentale viene constatata; quella pel ricondurli in famiglia è a carico della provincia a cui incombeva l’obbligo del mantenimento; quella pel trasferimento da un manicomio all’altro a carico della provincia che l’ha ordinato. Le spese di qualunque genere per gli alienati esteri sono a carico dello stato, salvo gli effetti delle relative convenzioni internazionali. Le spese per gli alienati condannati o giudicabili, ricoverati sia in manicomi giudiziari, sia in sezioni speciali di quelli comuni, sono a carico dello stato pei condannati fino al termine di espiazione della pena e pei giudicabili fino al giorno in cui l’autorità giudiziaria dichiara non farsi luogo a procedimento a carico di essi. Negli altri casi, compreso quello contemplato dall’art. 46 del codice penale, la competenza della spesa è regolata dalle norme comuni”*.

- Art. 7: *“La vigilanza sui manicomi pubblici e privati e sugli alienati curati in casa privata è affidata al ministro dell’interno ed ai prefetti. Essa è esercitata in ogni provincia da una commissione composta dal prefetto, che la presiede, del medico provinciale e di un medico alienista nominato dal ministro dell’interno. Il ministro deve disporre ispezioni periodiche. E’ applicabile ai manicomi pubblici e privati la disposizione dell’art. 35 della legge 22 dicembre 1888 sulla tutela dell’igiene e della sanità pubblica. Le spese per le ispezioni ordinarie e straordinarie sono impostate nel bilancio del ministero dell’interno, salvo rimborso dalle amministrazioni interessate, secondo le norme fissate dal regolamento, nel caso che siano constatate trasgressioni delle disposizioni contenute nella presente legge e nel regolamento. Alle dette amministrazioni è fatto salvo il regresso contro gli amministratori e gli impiegati responsabili delle trasgressioni. Le controversie relative alla competenza di tali spese, sono decise, anche nel merito, dalla IV sezione del consiglio di stato, in camera di consiglio”*.

- Art. 8: *“Nel caso di gravi trasgressioni della presente legge e del relativo regolamento il prefetto, senza pregiudizio delle sanzioni penali che fossero applicabili, può sentito il consiglio provinciale di sanità, al quale è per l’oggetto aggregato il medico alienista, di cui all’articolo precedente, sospendere o revocare l’autorizzazione di apertura e di esercizio pei manicomi privati. Contro tale provvedimento è ammesso il ricorso al ministro dell’interno, il quale provvede, sentito il consiglio di stato o il consiglio superiore di sanità, a seconda dell’indole della controversia. Pei manicomi pubblici si provvede in conformità della legge che regola l’ente, al quale appartengono”*.

- Art. 10: *“Le disposizioni degli articoli 98 della legge 17 luglio 1890, n. 6972, e 124 del regolamento amministrativo 5 febbraio 1891, n. 99, sono applicabili a tutti i manicomi pubblici e privati”*.

⁹ L’obiettivo era quello di affidare l’intervento sanitario a strutture pubbliche, rendendone così responsabile lo Stato, e attribuendo rilevanza a una categoria professionalmente giovane come quella degli psichiatri. In un inciso dell’art. 6, la legge poneva a carico delle province il mantenimento dei matti criminali, trasferendoli dai manicomi criminali a quelli comuni, lasciando ai primi il compito principale di accogliere i condannati impazziti in carcere. Tuttavia, questa decisione portò a ulteriori difficoltà, dal momento che la presenza di pazzi criminali nei manicomi comuni era vista come una continua fonte di turbamento e di difficoltà dalla quasi totalità delle direzioni mediche degli asili. A volte, questo portava come diretta conseguenza anche un trattamento più duro nei confronti dei pazzi comuni, poiché spesso si riservava il medesimo trattamento indifferenziato per questi e i pazzi criminali. In sintesi, nei manicomi civili venivano custodite le persone affette, per qualunque

I soggetti, come visto definiti alienati mentali, che dovevano essere custoditi nei manicomi erano, secondo la normativa del 1904, “*le persone affette per qualsiasi motivo da alienazione mentale, quando [fossero] pericolose a sé o agli altri e [riuscissero] di pubblico scandalo*”¹⁰.

A tale fine, il soggetto psicolabile era sottoposto ad “*un giudizio diagnostico-prognostico di pericolosità a sé o agli altri*”¹¹, e la pericolosità¹² stessa era il parametro di valutazione nelle procedure relative ai ricoveri, mentre le effettive condizioni di salute del malato e, quindi, la necessità o meno di cure, avevano scarso rilievo. Vi era, infatti, in tal modo, una stretta correlazione tra la malattia mentale e la pericolosità (concetti che venivano considerati sinonimi) che ben testimoniava l’intenzione del legislatore di non occuparsi della cura del “folle” perché malato, quanto piuttosto della sua cura (o meglio, custodia) in quanto soggetto pericoloso. L’altro criterio che faceva scattare il ricovero d’autorità in manicomio è quello del pubblico scandalo, un parametro ancora più soggetto ai condizionamenti culturali e storici. La pericolosità e il pubblico scandalo del malato mentale continuavano quindi a decretare la sua entrata nell’ospedale psichiatrico, luogo che nasce come azione di tutela e di difesa della società dei sani di fronte alla malattia mentale.

causa, da alienazione mentale, quando fossero state pericolose a sé o agli altri o fossero risultate di pubblico scandalo e inoltre non potessero essere altrimenti tenute a bada.

¹⁰ In particolare l’ammissione era ritenuta: “*Un fatto grave, che va circondato di tutte le possibili circospezioni [in quanto] tratta di una parte così pietosa e così ripugnante del genere umano, che si trova in condizioni specialissime, per cui la prigionia sarebbe per loro un’ingiustizia e la libertà un pericolo per tutti*”. Inoltre si disponeva che: “*deve essere chiesta dai parenti, tutori o protutori, e può esserlo da chiunque altro nell’interesse degli infermi e della società. Essa è autorizzata in via provvisoria, dal pretore [...]. L’autorità di pubblica sicurezza può, in ogni caso d’urgenza ordinare il ricovero, in via provvisoria, in base al certificato medico, ma è obbligata a riferirne entro tre giorni al Procuratore del Re.*” Quindi erano previste due possibilità per il ricovero dell’infermo: o esso doveva venire richiesto da persone vicine all’ammalato (o comunque interessate in un modo o nell’altro alla causa) ovvero dall’Autorità di Pubblica Sicurezza. Ma, in realtà, era contemplato nel Regolamento di Attuazione della stessa, oltre alla via di ammissione provvisoria ordinata dal Pretore o dalla Pubblica Sicurezza e quella definitiva sancita dal Tribunale, una terza via, secondo la seguente condizione: “*Individui maggiorenti, avendo coscienza del proprio stato di alienazione parziale di mente chieggiano di essere ricoverati*”. Queste molteplici possibilità di ammissione all’internamento conducevano, nel tempo, ad un’altra problematica: l’eccessivo numero di ricoveri, che a sua volta, in una sorta di effetto domino, causava allo Stato delle non sempre superabili difficoltà finanziarie.

¹¹ Si vedano Canepa G., *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 23; Greco O. – Catanesi R., *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Piccin, 1990, p. 20; Catanesi R. – Troccoli G., Carabellese F., *La contenzione in psichiatria profili di responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 1007.

¹² La nozione di pericolosità che, peraltro, rimane senza altre indicazioni un concetto estremamente generico, si collocava perfettamente nel quadro di ciò che ha rappresentato a partire dalla seconda metà del XIX secolo e fino ai primi anni Sessanta del successivo: l’ideologia e il modello interpretativo prevalente della patologia psichiatrica, ovvero il modello biologico che, nella sua formulazione più tradizionale, vedeva in alterazioni biologiche la causa dei disturbi del comportamento.

E questo era senza dubbio il lato negativo di questa normativa che si palesava nel momento in cui la necessità di tutelare la tranquillità e l'integrità sociale determinava una presunzione assoluta di pericolosità del disturbato mentale, dando vita a quel fenomeno indicato come "*criminalizzazione del malato di mente*"¹³, che all'epoca ha provocato l'internamento in strutture psichiatriche anche di soggetti che non avevano comportamenti antisociali ma erano solo affetti da disturbi psichici. Senza contare che come ulteriore conseguenza negativa per coloro i quali venivano internati era prevista la menzione di tutti i provvedimenti di ricovero a loro carico nel casellario giudiziale, dove rimanevano trascritti per tutta la vita del soggetto, creandogli non poche difficoltà sia di ordine pratico che psicologico.

In quel contesto, la preminenza data all'esigenza custodialistica imponeva il ricorso alla contenzione fisica del malato di mente, da attuarsi mediante lo strumento del ricovero coatto e, conseguentemente, per quel che riguarda il ruolo dello psichiatra, determinava l'insorgere di una posizione di garanzia in capo allo stesso finalizzata alla sorveglianza del malato di mente ¹⁴.

Dalla disciplina degli artt. 714 e 717 c.p. scaturiva, infatti, un preciso obbligo di custodia, che "*era anche un obbligo di impedimento dell'evento, era un obbligo di risultato: impedire quegli eventi di autoaggressione del malato mentale o di aggressione rispetto a terzi*" ¹⁵.

Dunque, il concetto di pericolosità legato alla malattia mentale veniva in questo modo codificato nella legge, stabilendo una connessione che molto avrebbe significato, negli anni successivi, nella stesura del nuovo codice penale.

In realtà, la normativa del 1904, oltre che influenzata da un'idea custodialistica dell'infermo di mente, era anche il frutto di una cultura amministrativistica preoccupata più del dato normativo che del funzionamento concreto delle istituzioni e si adeguava, pertanto, alle prassi in vigore nei maggiori manicomi della nazione, integrandoli nelle strutture dello stato.

In ogni caso, la scelta del legislatore non venne molto apprezzata nell'ambiente freniatrico italiano, che ne lamentava un'applicazione troppo restrittiva ed esclusivamente di pubblica sicurezza per quel che riguardava l'ammissione degli infermi.

Eppure, la normativa del 1904 rifletteva, seppur debolmente, le idee della scuola positiva. Infatti, nella logica di difesa sociale dall'attuale o potenziale violenza dei folli, che rappresentava un pericolo per la sicurezza

¹³ Così, Fornari U., *Il trattamento del malato di mente e la l. n. 180 del 1978: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 333; Giusti G., *La responsabilità civile e penale dello psichiatra*, in Ferracuti (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, vol. 14, Giuffrè, 1989, p. 57 ss.

¹⁴ Ancora Catanesi R., Troccoli G., Carabellese F., *op. cit.*, p. 1007; ed anche Bilancetti M., *La responsabilità penale e civile del medico*, 4^a ed., Cedam, 2001, p. 115.

¹⁵ In tal senso, Bricola F., *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in Manacorda (a cura di), *La tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Atti, Centro Studi giuridici e politici della Regione Umbra, Stabilimento Tipografico Pliniana, 1989, p. 139.

pubblica, si poteva individuare la traccia dell'insegnamento Positivista associato a quello dell'enorme potere psichiatrico, dominante in quegli anni. La devianza criminale associata alla pazzia, l'esclusione dei folli dalla comunità, l'ideologia del controllo sociale, avvicinavano la nuova criminologia e la "vecchia psichiatria". Entrambi condividevano l'idea che vi fossero dei legami indiscutibili tra delitto e pazzia.

In definitiva, nella logica della normativa del 1904, il malato, prima ancora di essere considerato tale, veniva riconosciuto soprattutto pericoloso; e la conseguenza di ciò era che le regole, sulle quali si basava l'istituzione, che avrebbe dovuto occuparsi prima di tutto della sua cura, erano istituite in funzione di questa pericolosità e non della malattia di cui soffriva.

1.2. *La Legge Mariotti (legge 18 marzo 1968, n. 431) e l'introduzione del ricovero volontario.*

Nonostante le perplessità avanzate a seguito della riforma del 1904, per molti anni, anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, la normativa sui manicomi non ha subito alcuna modifica; per una maggiore attenzione per l'aspetto terapeutico del malato di mente bisogna attendere, infatti, la legge 18 marzo 1968, n. 431, intitolata "*Provvidenze per l'assistenza psichiatrica*" (la cosiddetta legge Mariotti).

In realtà, già a partire dagli anni cinquanta si era iniziato a riflettere relativamente a nuove possibilità di trattamento delle persone malate di mente, anche grazie all'introduzione degli psicofarmaci; è proprio in questo momento che si sono fatte sempre più chiari i limiti del sistema manicomiale così come sopra descritto, non appropriato a rispondere in maniera esaustiva ai problemi psichiatrici. Negli anni sessanta nascevano, poi, le prime case famiglia e le comunità alloggio per ex degenti, anche se, dal punto di vista socio-culturale, non si era ancora pronti ad accettare una concezione della persona malata di mente come soggetto da rispettare e reinserire nella società.¹⁶

Sulla scia di questa nuova concezione del malato di mente, la legge Mariotti ha consentito il ricovero volontario in un ospedale psichiatrico senza perdere i diritti civili, assimilando i pazienti psichiatrici agli altri ammalati e accomunando l'ospedale psichiatrico a qualsiasi altro ospedale, anche se solo per quanto riguardava quei pazienti che avevano fatto richiesta di essere ricoverati ai sensi dell'articolo 4 di tale legge; ha introdotto i centri di igiene mentale (CIM), quale forma embrionale del servizio comunitario; ha finanziato l'ampliamento del budget per il personale medico e psicologico a spese dello Stato (introducendo, tra l'altro, la l'elemento delle équipes mediche per ogni divisione psichiatrica che doveva comprendere 125 posti letto). Inoltre, ha previsto che le spese supplementari delle province, che, come detto, sostenevano economicamente i manicomi, dovevano essere poste a carico dello Stato.

¹⁶ In tal senso, Giannichedda M.G., Relazione al Convegno "*Profili di tutela dei diritti della personalità*", Trieste, 7 - 8 maggio 1982, Istituto Giuridico-Facoltà di Economia e Commercio, Università di Trieste, Centro Studi Giuridici "P. Calamandrei" in www.triestesalutementale.it.

Nei manicomi con 1.200 ricoverati in cui preesistevano due équipes, una per le donne ed una per gli uomini, poterono essere assunti medici per almeno altre otto divisioni (un primario, un aiuto ed almeno un assistente per ciascuna divisione)¹⁷.

Insomma, come è evidente, per questa via, si iniziava a curare e non più soltanto a custodire gli alienati.

In altre parole, la normativa in esame, in relazione alla possibilità di assunzione/ricovero volontario, ammetteva per la prima volta, implicitamente che anche il paziente psichiatrico potesse avere “coscienza di malattia”, andando contro la legge 1904 che prevedeva sì, all’articolo 53 del regolamento attuativo 1909, la possibilità del ricovero volontario, ma il paziente che si fosse volontariamente recato in manicomio prima del 1968 per farsi ricoverare veniva assimilato ad un coatto, vale a dire si presupponeva sempre e comunque la sua totale mancanza di coscienza di malattia, e quindi la sua totale incapacità di intendere e di volere.

Inoltre, l’istituzione dei centri di igiene mentale (che dopo la riforma del 1978, come si vedrà, presero il nome di centri di salute mentale) è stato il presupposto, saldandosi con il precedente concetto di capacità di avere coscienza di malattia, della possibilità del paziente di collaborare con il medico e con i *teams* territoriali. Si sviluppò, infatti, il lavoro di team, si introdusse il concetto per cui l’istituzione pubblica, destinata al controllo, si trasformasse in un servizio reale a disposizione della gente e potesse legittimamente diventare operativa sul territorio. Non si tratta di una modifica di poco conto se si pensa, da un lato, che fino ad allora era vietato ai medici e infermieri del manicomio uscire dal manicomio per curare la gente (i dimessi o coloro che avrebbero potuto usufruire di misure di carattere preventivo), e, dall’altro, che a tutt’oggi in Germania (in Austria e in tanti altri Paesi) è tuttora impossibile fuoriuscire dall’istituzione centrale per curare sul territorio, essendo quest’ultima funzione riservata al privato convenzionato. Quest’ultimo, proprio in quanto privato, va da sé che non si assume alcun carico che superi una certa soglia di difficoltà e di rischio, riservando il controllo alle porte chiuse e ai muri¹⁸.

E’ a questo punto interessante cercare di capire come la giurisprudenza si atteggiava con riferimento alla responsabilità medica dello psichiatra nel periodo antecedente alla rivoluzione copernicana avuta con la legge Basaglia del 1978, di cui si dirà nell’immediato prosieguo.

In materia, va evidenziata la scarsità di sentenze edite sul tema della responsabilità colposa del medico psichiatra, probabilmente dovuta allo stesso sistema custodialistico previgente che, imponendo, come visto, il ricovero coatto al semplice verificarsi della malattia, impediva di fatto l’insorgere del pericolo di atti autolesivi o eterolesivi da parte del disturbato mentale, o comunque portava facilmente a pronunce assolutorie nei

¹⁷ Si veda Toresini L., *Dalla legge Mariotti a Basaglia - L’evoluzione dell’assistenza psichiatrica italiana e il superamento dell’esperienza manicomiale nel decennio 1968-1978*, disponibile sul sito on-line https://storiaeregione.eu/attachment/get/up_202_14685005811754.pdf

¹⁸ Ibidem

confronti dello psichiatra per aver egli rispettato gli obblighi di protezione connessi alla sua posizione di garanzia, rappresentati dall'aver sottoposto il paziente ad una custodia intramuraria.

L'eliminazione del dovere giuridico di custodia del malato mentale e del relativo obbligo dello psichiatra di impedirne gli eventi lesivi si è verificata gradualmente, già prima della citata riforma del 1978. Infatti, la sentenza della Corte d'appello di Bologna, 1° luglio 1975¹⁹, in merito al suicidio di un ricoverato in un ospedale psichiatrico, aveva tralasciato l'aspetto del dovere di custodia per orientarsi esclusivamente sul piano della colpa professionale: precisamente, la Corte citata aveva escluso la sussistenza della responsabilità colposa dei medici psichiatri e di un infermiere del predetto ospedale perché *“avvenuta al di fuori dell'attendibile prevedibilità in relazione alle condizioni dell'ambiente e del paziente quali erano note ai medici”*²⁰.

In particolare, il giudice assimilava la mancata previsione dell'evento lesivo da parte dei predetti medici ad un errore scusabile, poiché da parte loro non vi era stata alcuna violazione di regole dell'arte medica, ma una semplice valutazione discrezionale e giungeva così ad escludere la sussistenza della colpa grave e della conseguente responsabilità penale.

In realtà, la sentenza in esame non fa altro che rispecchiare l'impostazione generale della giurisprudenza dell'epoca che configurava la responsabilità medica nel solo caso della colpa grave applicando al campo penale l'art. 2236 del codice civile²¹ e propendendo, così, per una valutazione più comprensiva del comportamento del sanitario, per il quale era sempre possibile l'errore di apprezzamento; su questo assunto, considerava la prevedibilità quale elemento discriminante tra la responsabilità penale e la sua assenza, non senza tenere in debita considerazione la peculiarità della scienza psichiatrica, di cui la recente origine la rendeva (e la rende tuttora) oggetto di continua evoluzione e quindi priva di certezze. Il ragionamento delle Corti veniva, tuttavia, criticato dalla dottrina, per la quale sarebbe stato più utile approfondire la tematica del nesso causale che, da sola avrebbe risolto la questione dell'imputazione dell'evento omicidiario al personale medico, piuttosto che concentrarsi esclusivamente sul nesso psicologico, inteso quale prevedibilità dell'evento.

Tornando alla legge Mariotti, nonostante questa abbia intrapreso i primi passi verso quel cambiamento culturale di cui vi era bisogno in vista di una riforma sostanziale in ambito psichiatrico, che si avrà solo nel 1978, essa non è riuscita a modificare in maniera stabile ed incisiva il sistema manicomiale.

Come visto, infatti, la legge Mariotti aveva compiuto dei progressi verso una modifica del sistema psichiatrico che possiamo così sintetizzare: innovazione dell'organizzazione interna dei manicomi, i quali, d'ora in poi, vengono denominati “ospedali psichiatrici”, in somiglianza con gli ospedali civili, facendo divenire la malattia mentale una questione sanitaria e non più di ordine pubblico, equiparata a qualsiasi altra tipologia di malattia

¹⁹ Si tratta della Corte di App. Bologna, 1° luglio 1975, Cotti, in *Riv. pen.*, 1977, p. 407.

²⁰ *Ibidem*

²¹ La norma, Responsabilità del prestatore d'opera, dispone: *“Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”*.

e intesa come disturbo da prevenire e curare, con la conseguenza che il malato di mente riacquista la dignità di persona, da tutelare e di cui prendersi cura, nel rispetto della sua capacità di esprimere un consenso valido alle cure; – territorializzazione del disagio psichico, attraverso l’istituzione dei centri di igiene mentale con lo scopo di offrire servizi di terapie ambulatoriali psichiatriche e psicoterapeutiche, alternativi alla struttura manicomiale. Si tratta di centri con funzione preventiva, oltre che di recupero e di reinserimento sociale degli ex internati; introduzione della possibilità del ricovero volontario su richiesta del malato; abrogazione dell’annotazione dei provvedimenti di ricovero nel casellario giudiziario, al contrario di quanto previsto dall’articolo 604 cpp e facendo, così, scomparire l’equazione fra malato di mente e delinquente e facendo piano tramontare la concezione lombrosiana che per molti anni aveva influenzato la disciplina della malattia mentale.

Nonostante ciò, la legge 180/78 relativa ai trattamenti sanitari volontari ed obbligatori, come si vedrà, ha fatto in questo senso il passo decisivo poiché, considerando il malato di mente alla stregua di qualsiasi altro malato, ha consentito di superare la mentalità custodialistica e segregante dello psichiatra e ha indotto un vero e proprio cambiamento aiutando a prendere atto che il “pazzo” o “folle” è una persona che se adeguatamente curata e assistita, può guarire come tanti altri malati ²².

1.3. *La riforma della legge Basaglia (legge 13 maggio 1978, n. 180) e il graduale superamento dell’istituzione manicomiale.*

Si è detto che la vera svolta nella cura dei malati di mente vi è stata solo con la riforma psichiatrica contenuta nella legge 13 maggio 1978, n. 180 (la c.d. *legge Basaglia*), in tema di accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori, il cui contenuto è poi stato integralmente riproposto nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale ²³, in cui si è abbandonato definitivamente l’idea del “*folle comunque pericoloso*” e si è realizzata quella rivoluzione copernicana che ha sancito il passaggio dal sistema custodialistico-repressivo a quello terapeutico.

La legge in esame è stata varata al termine di un lungo dibattito scientifico e culturale (di cui si fecero promotori insigni psichiatri, tra i quali appunto il prof. Basaglia) incentrato sulla critica alla disciplina previgente rappresentata dalla legge 14 febbraio 1904 n 36, dal relativo regolamento d’esecuzione, e soprattutto dalla sua prassi applicativa, accusata di essere ispirata a finalità custodialistiche anziché di cura, fondata su concezioni dell’infermità psichica e della pericolosità dell’alienato mentale ritenute superate ed

²² In tal senso, Fornari U., *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. Med. leg.*, 1984, p. 332 e seg.; Fiori A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, *ivi*, 1982, p. 535; Realdon A., *Problemi interpretativi pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente (lettera al direttore)*, *ivi*, 1980, p. 10 e seg.

¹⁷ Si fa riferimento alla *Legge 23 dicembre 1978 n. 833*

erronee dalla psichiatria moderna ²⁴.

Tuttavia, è doveroso ricordare che la legge del 1904 aveva rappresentato un notevole progresso rispetto al passato, dal momento che era il primo intervento legislativo che sanciva come pubblica, cioè facente capo allo stato, la salute mentale dei cittadini, in un'epoca in cui l'unica tutela prevista consisteva nel mantenimento dei malati psichici all'interno dei manicomi.

Le novità introdotte dalla legge Basaglia riguardano il riconoscimento all'alienato mentale del diritto ad essere curato in maniera adeguata al suo bisogno di salute, al pari degli altri malati, e ciò grazie all'eliminazione di ogni riferimento alla pericolosità di questo soggetto, anche nelle procedure relative ai ricoveri obbligatori, nonché all'affermazione dell'influenza esercitata dai fattori ambientali e culturali sul comportamento e sul grado di salute mentale degli individui.

Le conseguenze di questo mutamento di prospettiva si riflettono, da un lato, sul piano normativo, con l'abrogazione dei reati di omessa custodia e omessa denuncia previsti dagli artt. 714, 715, 716 (solo nella parte relativa ai malati di mente) e 717 c.p., e la previsione della “*nuova disciplina dei trattamenti sanitari*”²⁵ che sono ora di norma volontari, giustificandosi la loro “applicazione obbligatoria” solo quale *extrema ratio*, cui ricorrere in presenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, nel caso in cui gli stessi non vengano accettati dall'infermo ed in assenza di adeguate misure extraospedaliere. Dall'altro su quello operativo, perché ora la cura della malattia mentale viene attuata non più ricorrendo a strumenti di tipo custodialistico, ma attraverso la predisposizione di strutture adibite alla prevenzione, cura e riabilitazione del

²⁴ In ordine al problema dei malati di mente si vedano fra gli altri, Introna F., *I diritti del malato di mente; ovvero il malato di mente nel diritto*, Riv. it. Med. leg., 1993, p. 27; Girolami P., *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all'ambito psichiatrico*, *ivi*, 1997, p. 287. Sull'evoluzione della normativa dalla legge del 1904 alla legge Basaglia vedi fra gli altri, A. Realdon, *Malati di mente e ricovero coatto*, *ivi*, 1980, p. 910; Vecchiotti A.M., *L'evoluzione della legge psichiatrica italiana dalla legge n. 36 del 1904 alla legge 833 del 1978*, *ivi*, 1981, p. 115; Palermo E., *Brevi note sulla natura giuridica del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio per persone affette da malattia mentale*, *ivi*, 1981, p. 337; Piccione M., *Manuale italiano di psichiatria*, Roma, 1995, p. 171 e seg.; Masotti G. - Sartori T. - Guaitoli G., *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in Riv. it. Med. leg., 1992, p. 305 e seg.

²⁵ Quanto alla procedura per i trattamenti sanitari, nell'art. 1 della l. n. 180 del 1978 (ripreso dall'art. 33 l. n. 833 del 1978), si legge che in generale «gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari», stabilendo, in tal modo, la completa libertà di scelta anche in capo al malato di mente; mentre l'art. 2 si riferisce al trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.) che può essere proposto solo se «esistono alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie ed extraospedaliere». Ciò significa che pur in assenza del consenso del paziente, in talune circostanze, lo psichiatra può disporre il T.S.O. ed è legittimato a farlo dall'art. 54 c.p. Il T.S.O. viene disposto dal sindaco, nella sua qualità di autorità sanitaria locale, su proposta motivata di un medico e ulteriormente convalidata da un altro medico della struttura sanitaria pubblica, inoltre, entro 48 ore, l'ordinanza sindacale deve essere notificata al giudice tutelare che deve effettuare un controllo sull'esistenza dei presupposti del T.S.O.

malato di mente, collocate in modo diffuso sul territorio. Allo stesso modo cambia il *modus operandi* dello psichiatra che, da gestore e supervisore della custodia, inizia ad assumere le funzioni proprie dell'attività medica in generale, seppur adattate a quella particolare branca specialistica che è la psichiatria e che consistono in *“iniziative terapeutiche ed eventualmente inibitorie di condotte anti giuridiche”*²⁶ del disturbato mentale.

Il superamento del regime manicomiale e con esso dell'intrinseca pericolosità del malato di mente trasforma, come si vedrà dettagliatamente nel prosieguo della trattazione, l'obbligazione di risultato dello psichiatra in un'obbligazione di mezzi. Sul punto, parte della dottrina²⁷ ritiene però che con l'abrogazione della legge del 1904 sia venuta meno solo l'equazione *“pericolosità agli altri-custodialismo”*, ma non *“l'equazione pericolosità agli altri-obbligo giuridico dell'impiego di mezzi protettivi da parte dello psichiatra”*, ciò soprattutto in relazione a quei pazienti in cui residuano margini di pericolosità, nei quali *“l'assistenza-sorveglianza fino alla custodia è parte integrante dei mezzi per l'attuazione della terapia e della prevenzione di più grave danno”*²⁸.

Con la legge Basaglia, in altre parole, viene meno, da un lato, la differenza fra il malato psichiatrico e tutti gli altri malati, e, dall'altro, viene meno lo stereotipo scientifico, radicato nella concezione del folle come di un soggetto pericoloso per sé e per la collettività: di qui il principio della volontarietà dei trattamenti e accertamenti sanitari e della funzione essenzialmente terapeutica dei ricoveri anche coatti (TSO).

Con essa sono cadute le due convinzioni per cui l'unico rimedio utile ad ovviare alla presunta pericolosità di certe malattie mentali sia l'isolamento e la sorveglianza del malato, e quella secondo la quale per una corretta ed adeguata terapia sia necessaria l'osservazione ed il controllo continuo, attuabile solamente in regime ospedaliero.

Posto che molti discussi casi di responsabilità del medico psichiatra per suicidio del paziente rientrano nella volontaria decisione del malato di mente di sottoporsi alle cure, giova ricordare quanto detto da un'autorevole dottrina più di trent'anni fa, quando la legge Mariotti introdusse il principio del ricovero volontario: *“il trattamento open-door comporta l'istituzione di una atmosfera di libertà nell'istituto psichiatrico ed è stato definito il più grande progresso terapeutico della nostra generazione. In effetti che si tratti di un sistema che dia buoni risultati non può essere messo in dubbio: vuoi perché si tratta di un sistema che porta all'eliminazione del comportamento antisociale del malato, vuoi perché elimina la cosiddetta reclusione*

²⁶ Al riguardo, si veda la nota di Fiandaca G., a Sez. IV, 5 maggio 1987 e Bondioli M., in *Foro it.*, 1988, II, c. 108 ss. Si veda anche Greco O.- Catanesi R., *op. cit.*, p. 24, in cui si evidenzia che l'attività dell'operatore mentale nei confronti del disturbato mentale deve rivolgersi ad un suo «inserimento sociale attraverso una delicata e complessa opera di ricostruzione e/o crescita psicologica [...]» e solo ove se ne ravvisino i presupposti potrà predisporre il T.S.O.

²⁷ In tal senso, Fiori A., *La riforma(della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 545.

²⁸ *Ibidem*, p. 544 ss.

clinica”²⁹.

1.4. *Il trattamento sanitario obbligatorio.*

L'articolo 34 della legge 833/78 disciplina, come detto, il trattamento sanitario obbligatorio che consiste in un ricovero coatto del paziente per finalità terapeutiche e costituisce un'eccezione espressamente prevista dal legislatore all'art. 32, comma 2 Cost., in cui appunto si afferma il principio che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non imposto dalla legge.

Dal momento che, nell'ottica della legge Basaglia, la volontarietà del trattamento sanitario è la regola, è necessario riuscire a ottenere in consenso, così come previsto dal comma 5 dell'articolo 1 della legge Basaglia che prevede che il trattamento sanitario obbligatorio debba essere accompagnato da iniziative volte ad assicurare il consenso e perciò la sua attuazione è soggetta a ferrei limiti.

I presupposti del trattamento sanitario obbligatorio sono tre e devono coesistere e sono: l'esistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici (art. 34, comma 4 l. 833/78); la mancata accettazione degli interventi terapeutici da parte dell'infermo di mente; la mancanza di condizioni per adottare tempestive ed idonee misure al di fuori di una struttura ospedaliera.

Dunque, la legge Basaglia tralascia del tutto la nozione di pericolosità, quale criterio necessario per attuare il ricovero coatto, concentrandosi esclusivamente sulla malattia e, pertanto, il paziente viene ricoverato soltanto se ciò si riveli necessario alla sua salute.

E' opportuno, tuttavia, precisare che per le alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici sono di fatto quelle che danno luogo a pericolosità, intesa con un significato più ampio; inoltre, ciò che determina l'applicazione del ricovero coatto non è l'urgenza in quanto tale, ma la necessità di esso, nell'interesse primario del malato.

Il legislatore, a garanzia di diritti fondamentali del cittadino, si è preoccupato di descrivere nel dettaglio l'*iter* procedurale che accompagna l'attuazione del trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale.

Il t.s.o. viene proposto da un medico, non necessariamente psichiatra, la cui proposta viene convalidata da un altro medico dell'unità sanitaria locale e la convalida viene, poi, trasmessa al sindaco. Nella pratica quotidiana accade, talvolta, che proposta e convalida vengano inviate contemporaneamente al fine di rendere più celere la procedura. Il sindaco dispone il t.s.o. entro le 48 ore successive, notificandolo al giudice tutelare. Quest'ultimo, entro le 48 ore successive all'adozione del provvedimento del sindaco, assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti, provvede con decreto motivato a convalidare o non convalidare il provvedimento. Abbiamo due convalide e, dunque, due controlli: il primo di carattere medico investe la

²⁹ Si veda, Stella F., *La responsabilità dello psichiatra nel trattamento open-door*, in AA.VV., *Problemi giuridici attuali della istituzione psichiatrica*, Roma, 1974, p. 7 e seg.; Stella F. - Romano M., *Ricoveri, dimissioni, e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1973, p. 388.

proposta ed è effettuato da un medico, il secondo di carattere giuridico investe il provvedimento del sindaco ed è effettuato dal giudice, il cui provvedimento viene poi visitato dal pubblico ministero.

Il provvedimento emanato ha la durata di sette giorni e alla scadenza può essere rinnovato qualora se ne riscontrino i presupposti. L'art. 3, comma 5 della legge 180/78, inoltre, obbliga il sanitario responsabile del servizio psichiatrico a comunicare al sindaco, in caso di dimissione del paziente, la cessazione delle condizioni sulla base delle quali era stato disposto il t.s.o. e lo stesso iter deve essere percorso quando non si ravvisi l'utilità di proseguire il trattamento.

L'intervento del sindaco è una novità ed assurge ad un ruolo di garanzia poiché consente di configurare la malattia mentale come una questione sanitaria non più come un tempo di pubblica sicurezza.

La legislazione precedente, infatti, conferiva all'autorità giudiziaria il potere di disporre il ricovero volontario e, nei casi di urgenza, era l'autorità di pubblica sicurezza ad ordinarlo. Attualmente, invece, il nuovo procedimento si colloca nella sfera sanitaria, sottraendosi (almeno da un punto di vista formale) a legami di altra natura.

L'autorità giudiziaria interviene nel procedimento nelle vesti del giudice tutelare, chiamato, come accennato, a conoscere il potere coattivo di cura, nonché a svolgere rispetto ad esso una funzione di controllo. La legge 180/1978 non ha così conferito al giudice alcun potere decisorio, seppur questo non esclude che, al momento dell'emanazione del decreto di convalida, egli sia chiamato ad esercitare un controllo meramente formale, esprimendosi sul merito del provvedimento. Il giudice tutelare può, tra l'altro, sentire tutti coloro in grado di fornire notizie utili sulla patologia da cui è affetto il soggetto o richiedere una perizia sommaria, considerati i tempi brevi previsti per la convalida. Ad ulteriore garanzia, sul provvedimento, in quanto di volontaria giurisdizione, va apposto il visto del pubblico ministero.

Sta di fatto che il provvedimento con il quale si autorizza il ricovero coatto non è più atto della sola autorità giudiziaria, ma riservato alla competenza di un'autorità sanitaria (medici e sindaco). Ad essere più precisi, il legislatore sembra aver adottato una soluzione di compromesso: pur non avendo riconosciuto una gestione esclusivamente sanitaria del trattamento sanitario degli infermi del mente, la fase iniziale è comunque dominata dall'autorità sanitaria. Al contempo, però, il giudice tutelare esercita un potere di controllo sui comportamenti degli organi sanitari, volto ad evitare attentati alla libertà della persona.

Il principio ispiratore della legge Basaglia richiede che la cura e la riabilitazione del paziente psichiatrico siano attuati prevalentemente da presidi extra ospedalieri, per far sì che la gestione del disturbo mentale sia attribuita a servizi dipartimentali distribuiti nel territorio.

La proposta di ricovero coatto può però prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera, ma soltanto in presenza dei tre presupposti precedentemente analizzati.

Il t.s.o. in condizioni di degenza ospedaliera si svolge in appositi servizi psichiatrici di diagnosi e cura, siti all'interno degli ospedali e strutturati in modo spazialmente autonomo rispetto alle altre parti degli stessi.

In questo senso la relazione di presentazione alla legge: *“la scelta del giudice tutelare non è senza significato: anzitutto si è fatto riferimento a una categoria di magistrati che è presente capillarmente sul territorio: inoltre nel trattamento sanitario obbligatorio si è voluto vedere non tanto una limitazione della libertà del singolo cittadino quanto piuttosto una misura sanitaria. Sarà il giudice tutelare, che è competente per la tutela dei minori, degli interdetti, degli inabilitati e degli incapaci, a valutare l’opportunità di adottare i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e amministrare il patrimonio dell’infermo”*³⁰.

Il legislatore ha, quindi, voluto configurare il servizio psichiatrico come parte integrante della struttura dipartimentale di salute mentale, comprensiva anche dei servizi extraospedalieri per assicurare una continuità terapeutica tra gli operatori che operano sul fronte nosocomiale e territoriale e rendere meno traumatico l’eventuale ricovero del paziente.

Infine, come visto, il legislatore non solo ha abbandonato la struttura manicomiale ma ha, altresì, creato centri e servizi psichiatrici distribuiti nel territorio, i quali hanno la funzione di rendere effettiva la cura del paziente anche al di fuori del ricovero coatto.

1.5. Dubbi e lacune della disciplina normativa.

Dunque, la legge Basaglia ha rivoluzionato nel nostro paese il trattamento dei malati di mente³¹, superando il modello *“custodialistico”* nel trattamento della malattia mentale, sostituito da un approccio che mette l’accento sulla cura, e sulla valorizzazione, per quanto possibile, della libera partecipazione del paziente al percorso terapeutico.

La legge Basaglia è stata poi trasfusa, si è detto, nel corpo della legge 23 dicembre 1978, n. 833, rubricata *“Istituzione del servizio sanitario nazionale”*, che all’art. 33 comma 1 riprende, ed estende a tutti i trattamenti, anche non psichiatrici, il contenuto dell’art. 1 della l. n. 180 del 1978 statuendo che *“gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari”*. Vale a dire che sono volontari tutti i trattamenti sanitari - inclusi quelli psichiatrici - che non siano *“trattamenti sanitari obbligatori”* disposti da leggi dello Stato.

Ne consegue che se il paziente accetta (volontariamente) le cure, non è consentita alcuna limitazione alla sua libertà personale: non sono consentite, in particolare, quelle limitazioni alla libertà personale che possono essere adottate in caso di trattamento sanitario obbligatorio.

Mentre, con riferimento al *“trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale”* l’art. 34 comma 4 l. n. 833 del 1978, riprendendo l’art. 2 della l. n. 180 del 1978, recita: *“può prevedere che le cure vengano prestate*

³⁰ In tal senso, Casciaro G. – Santese P., *Il consenso informato*, Milano, 2012, p. 114.

³¹ La letteratura sulla riforma Basaglia è molto vasta. Si vedano, oltre a quelli citati in precedenza, Castronovo C., *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, II, p. 607 ss.; Visintini G., *La riforma in tema d’assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 445 ss.; Fornari U., *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 333 ss.; Ponti G. – Bovio L., *Un nuovo diritto per il malato di mente o una nuova percezione della malattia mentale?*, *ivi*, 1986, p. 1062 ss.

in condizioni di degenza ospedaliera solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici: se gli stessi non vengono accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere”.

Tra l'altro anche nel contesto del trattamento sanitario obbligatorio ogni sforzo viene apprestato per mantenere intatta, fin dove possibile, la possibilità di una partecipazione consapevole da parte del malato: *“gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori... devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato”* (art. 33, comma 5, della legge n. 833 del 1978).

Per questa via, come detto, la legge Basaglia all'art. 10 ha provveduto ad abrogare espressamente tutte le fattispecie penali figlie del precedente modello «custodialistico»: l'art. 715 c.p. che prevedeva una responsabilità penale a carico di chi non osservasse gli obblighi inerenti alla custodia dei malati di mente, l'art. 714, l'art. 716 (nella parte relativa agli infermi di mente) e l'art. 717.

La giurisprudenza non ha mancato di trarre, dal nuovo impianto legislativo, le logiche conseguenze, proprio riguardo alla responsabilità dello psichiatra curante, o del responsabile dell'istituzione presso la quale, volontariamente, si rechi il paziente per essere curato: è venuto a mancare ogni potere di coartare la volontà del paziente, sottoponendo la sua libertà a limitazioni di qualsiasi sorta (salvo in caso di trattamento sanitario obbligatorio); pertanto, è venuto a cadere ogni obbligo di custodia, e con esso ogni posizione di garanzia, rispetto alla sicurezza del paziente che eserciti i suoi diritti di libertà allontanandosi dalla struttura.

E proprio questo è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza che si è pronunciata in materia. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla sentenza del 1999 della Corte d'Assise di Cagliari che, chiamata a pronunciarsi sul caso di un primario del servizio psichiatrico per la morte di un paziente, suicidatosi poche ore dopo la dimissione dalla clinica in cui era stato ricoverato, ha dichiarato, *“(...) in particolare non può essere adottato un TSO ogni qualvolta un paziente riferisca idee auto o eteroaggressive (ciò in quanto l'esperienza insegna che tali minacce vengono spesso utilizzate dagli infermi di mente a fini strumentali e soltanto in un numero ridottissimo di casi attuate) o sia affetto da una malattia implicante il rischio di atti antisociali, mentre occorre la concreta probabilità, da valutare ex ante, sulla base dell'esperienza e dei criteri elaborati dalla scienza psichiatrica, che l'alienato ponga in essere tali condotte. In caso contrario, il TSO si trasformerebbe in una misura custodialistica fondata sulla pericolosità presunta del paziente psichiatrico, in palese violazione della lettera della legge vigente, e il sanitario potrebbe essere chiamato in certi casi, a rispondere di violenza privata o di sequestro di persona”*³².

Più nel dettaglio, in una lunga e ben argomentata motivazione, la corte cagliaritana, che ha assolto lo psichiatra, a cui l'accusa aveva contestato il reato di abbandono di persone incapaci, aggravato dalla morte dell'incapace, per insussistenza del fatto, ha analizzato attentamente le novità costituita dalla legge Basaglia. Le norme della

³² Si veda Corte d'Assise di Cagliari, 16 giugno 1999, imp. Uras, *Foro. It.*, 2000, II, p. 577.

l. n. 180/78, scrive la Corte, “*esaltano la libertà e la dignità del malato, confinando a casi del tutto eccezionali la terapia coercitiva e intramuraria*». Pertanto, queste stesse norme «non possono incidere sull'obbligo di custodia»³³.

La legge del 1904 che la «Basaglia» ha abrogato e sostituito, ricordano i giudici isolani, “*recepiva l'idea, mutuata dalla scienza psichiatrica del tempo, che il malato di mente fosse persona pericolosa e dovesse pertanto essere non soltanto curato, ma anche custodito in apposite strutture chiuse (i manicomi, appunto), a difesa della sicurezza pubblica*”. “*La legge perseguiva una duplice finalità, terapeutica e di difesa sociale. Nella pratica, però, il ricovero coattivo venne utilizzato come mezzo di prevenzione della pericolosità presunta (invero, alcune norme - in particolare l'art. 2 della legge e l'art. 39 del regolamento esecutivo - sembravano consentire l'internamento obbligatorio anche quando vi fosse soltanto il sospetto o la tendenza dell'infermo ad essere pericoloso ... con una accentuazione delle finalità di difesa sociale rispetto a quelle terapeutiche)*”. ... “*I manicomi divennero così, anziché luoghi di cura, istituzioni essenzialmente custodialistiche, strutturate, anche sul piano logistico, come carceri chiuse, compatte, spesso sovraffollate*”. “*Il diritto del malato alla salute e alla cura era nettamente posposto alle esigenze di controllo e di neutralizzazione, alla cui salvaguardia provvedevano anche alcune specifiche norme penali (artt. 714, 715, 716, e 717 c.p., che punivano, rispettivamente, l'omessa o non autorizzata custodia di malati, l'omessa o non autorizzata custodia privata degli stessi, l'omessa denuncia della fuga dei malati di mente dai luoghi di cura, l'omessa denuncia di malattie di mente o di gravi infermità psichiche pericolose)*”³⁴.

Di fronte a questo quadro normativo preesistente, è con questa legge, notano i giudici cagliaritari, “*che il sistema dell'assistenza psichiatrica delineato dalla l. n. 36 del 1904 venne radicalmente abbattuto*”. “*La legge n. 180 del 1978 ha sancito il diritto dell'alienato psichico, come di qualunque malato, alla propria cura. A tal fine, ha esteso agli infermi di mente il principio generale della volontarietà dei trattamenti e accertamenti sanitari, abbandonando nel contempo qualunque riferimento alla custodia, con il chiaro intento di non connotare il disturbo psichiatrico come fonte presunta di pericolo*”.

“*Il fondamento ideologico della legge*”- prosegue la Corte di Cagliari – “*è palesemente costituito dalla sostanziale perequazione dell'infermo di mente agli altri malati e dall'abbandono dello stereotipo scientifico, peraltro profondamente radicato anche nella concezione corrente della follia, dell'intrinseca pericolosità, per sé e per gli altri, dell'alienato psichico: di qui il principio della volontarietà dei trattamenti e accertamenti sanitari e della funzione essenzialmente terapeutica ... dei ricoveri, anche coatti*”³⁵.

La Corte d'Assise di Cagliari, che, lo si ricorda, doveva giudicare di un suicidio seguente a dimissioni di un paziente sottoposto a t.s.o., giunge così alla conclusione che perfino i trattamenti sanitari obbligatori

³³ Ibidem

³⁴ Ibidem

³⁵ Ibidem

psichiatriche sono misure “*straordinarie ed eccezionali*” che possono essere disposte solo “*quando esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e circostanze che consentano di adottare tempestive e idonee misure sanitarie extraospedaliere*”. In altre parole, un presupposto centrale del t.s.o. psichiatrico è il “*rifiuto del paziente di sottoporsi alle indispensabili cure*”³⁶.

Al contrario, in presenza di un paziente che si sottopone volontariamente alla terapia, nessuna delle restrizioni della libertà che sono possibili solo in presenza di un t.s.o. può essere disposta.

La conseguenza è chiaramente che il fondamento della legge n. 180/78 è la libertà del paziente; ogni limitazione di questa libertà che non sia disposta con un trattamento sanitario obbligatorio, e quindi in presenza di un paziente che rifiuti il trattamento è vietata. Quindi, il rischio che il paziente possa compiere gesti autolesivi, perché la sua libertà non è sottoposta a controllo da parte dei curanti, è preso in considerazione, valutato e accettato, una volta per tutte, da parte del legislatore.

Il legislatore, in altre parole, ha deciso di privilegiare il diritto del paziente a partecipare liberamente e volontariamente alle cure rispetto al rischio che questo paziente possa prendere l'estrema decisione del suicidio.

Non esiste, dunque, alcun obbligo di custodia, o di vigilanza, da parte dello psichiatra curante, o da parte del responsabile di una struttura di cura psichiatrica, rispetto a pazienti che si sottopongono volontariamente alle cure. Non esiste, perché non esiste nemmeno un potere di custodia o di vigilanza: ogni paziente essendo libero, può assentarsi in qualunque momento, da solo od accompagnato.

Su questo punto vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale che può essere riassunto in una citazione, tratta da una decisione del 1990 della Corte di Cassazione: “*non possono essere posti a carico dello psichiatra compiti di polizia*”³⁷.

In particolare, non può essere posto a carico dello psichiatra il dovere di custodia e vigilanza del paziente rispetto ad atti autolesivi, perché questi ultimi, pur guardati con sfavore dall'ordinamento, restano nello spazio del penalmente irrilevante.

Così motiva un'altra interessante sentenza di un giudice di merito, che ha prosciolto il curante (nel caso non si trattava di uno psichiatra) dall'accusa di non aver impedito il suicidio di un paziente ricoverato nel reparto in seguito all'ingestione di una forte quantità di psicofarmaci. “*Non fa capo al medico*”, argomenta il giudice, “*sia esso uno specialista psichiatra o meno, l'obbligo, e neppure il diritto, di impedire al paziente di assumere la deliberazione di uccidersi. La soppressione della vita per mano propria è un comportamento che suscita pesantissimi interrogativi di ordine etico, ma rispetto al quale lo stesso ordinamento penale - una volta esclusa l'incidenza dell'azione di terzi, rilevante ai sensi degli artt. 579 e 580 c.p. quale omicidio del consenziente o*

³⁶ Ibidem

³⁷ Si tratta di Cass., Penale sez. II, n.1198 dell'11 maggio 1990, in *Foro it.*, 1991, p. 68 ss.

istigazione o aiuto al suicidio - necessariamente arretra. (...) Gli obblighi indicati in imputazione sono dunque insussistenti e non solo per difetto di prevedibilità del successivo suicidio, ma in quanto la legislazione vigente in materia sanitaria si fonda sul principio della libertà di cura ed esclude per scelta di principio - ispirata al precetto costituzionale dell'art. 32 comma 2 - la praticabilità di trattamenti coercitivi e comunque limitativi del rispetto della persona ... al di fuori delle ipotesi, eccezionali e di stretta interpretazione, imposte da superiori esigenze di tutela dell'incolumità del paziente e di terzi. È noto al riguardo il rigore che ispira la disciplina del trattamento sanitario obbligatorio, consentito dal legislatore - e comunque mediato da un sistema di controlli e garanzie culminante nella convalida giudiziale - nei confronti soltanto di persone affette da malattie mentali che manifestino al momento alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, non accettati dal paziente (cfr. artt. 1 ss. l. n. 180 del 1978)”³⁸.

Fra la rara giurisprudenza che giunge ad affermare la responsabilità dello psichiatra per il suicidio del paziente, la maggior parte riguarda l'omissione del trattamento sanitario obbligatorio, in situazioni nelle quali, a parere dei giudicanti, ne sussistevano i presupposti³⁹.

Il quadro che emerge da questa ricostruzione potrebbe così essere riassunto: la sussistenza dei presupposti per un trattamento sanitario obbligatorio farebbe sorgere l'obbligo di custodia e di vigilanza in capo al sanitario, mentre in mancanza di questi presupposti (e quindi in presenza di un paziente la cui volontà non può essere in alcuna misura coartata) l'obbligo di custodia e di vigilanza (con la relativa posizione di garanzia, rispetto alla vita del paziente possibile suicida) non si può formare⁴⁰.

Anche la dottrina conferma questa ricostruzione statuendo che “*non è assolutamente costruibile, oggi, un*

³⁸ Si veda il Trib. Busto Arsizio - sez. dist. Saronno, 27 maggio 1999, n. 164, inedita, p. 11 ss.

³⁹ Trib. Bolzano, 9 febbraio 1984, in Rep. *Foro it.*, 1985, voce *Omicidio e lesioni personali colpose*, n. 156; Corte app. Perugia, 9 novembre 1984, in *Foro it.*, 1988, II, c. 108.

⁴⁰ Vi è solo un precedente giurisprudenziale che fa eccezione rispetto a questo quadro, ed è Sez. I, 10 novembre 1997, n. 11038, in *Arch. civ.*, 1998, p. 428, secondo la quale “*ai fini della responsabilità di una Usl per lesioni riportate per omissione di vigilanza da un paziente durante il ricovero ospedaliero è irrilevante il carattere volontario o obbligatorio del trattamento sanitario praticato in concreto, non potendo quest'ultimo condizionare l'obbligo di sorveglianza da parte del medico e del personale sanitario, basato sulla stessa diagnosi dei sanitari, sulla mancata osservanza (fattispecie: invalidità riportata in conseguenza di un tentativo di suicidio, in assenza di personale ospedaliero, da una paziente ricoverata per malattia mentale con la conseguenza di un tentativo di suicidio, in assenza di personale ospedaliero, da una paziente ricoverata per malattia mentale con la consegna di continua sorveglianza)*”. Non è neanche il caso di notare, peraltro, come una pronuncia in tema di responsabilità civile non costituisca un precedente valido, rispetto alla responsabilità penale, nemmeno in punto di individuazione della «posizione di garanzia»: resta comunque il fatto che l'isolata massima non permette di capire come la Corte regolatrice abbia argomentato, in questo caso, rispetto ai principi espressi dalla l. n. 180 del 1978. Qualche altra decisione giurisprudenziale, pubblicata nella sola massima, afferma la responsabilità penale dello psichiatra ma senza permettere di comprendere, mancando la motivazione, di capire se si trattasse di un trattamento sanitario obbligatorio o volontario. Si veda anche, Trib. Cagliari, 21 novembre 1989, Scamonatti, in *Riv. giur. sarda*, 1992, p. 158 con nota di Usai.

obbligo giuridico di custodia, un obbligo di sorveglianza” da parte dell'operatore di sanità mentale rispetto ad atti del paziente; “una posizione di garanzia può nascere secondo una concezione funzionale quando un soggetto si trova in rapporto ad una situazione di pericolosità di altro soggetto o di incapacità del medesimo di provvedere alla salvaguardia delle proprie esigenze e soprattutto della propria incolumità. Nemmeno alla luce di questa concezione funzionale sarebbe possibile costruire una posizione di garanzia dell'operatore sanitario nei confronti del malato di mente che non è più considerato di per sé incapace o pericoloso a sé e ad altri”⁴¹.

E' opportuno altresì rilevare che questa impostazione trova piena corrispondenza anche nella giurisprudenza di altri ordinamenti che, come il nostro, fondano il proprio approccio alla salute mentale su un modello di partecipazione volontaria del paziente, salvi i casi di trattamento sanitario obbligatorio, eccezionali e tendenzialmente tassativi.

È il caso, per esempio, degli Stati Uniti d'America⁴², dove esiste una ricca giurisprudenza sulla responsabilità dello psichiatra o del titolare della casa di cura in caso di atti autolesivi, o addirittura di suicidio, del paziente. Si tratta, come inevitabile dati i presupposti su cui si muove quell'ordinamento, di giurisprudenza sulla responsabilità civile, e non sulla responsabilità penale⁴³.

All'interno di questa giurisprudenza, si segnala come tutte le pronunce relative a pazienti sottoposti a trattamento o a ricovero volontario affermino la mancanza di responsabilità dello psichiatra, o della struttura, per il successivo suicidio.

⁴¹ In particolare, Bricola A., *op. cit.*, p. 144 ss., che lascia spazio ad accertamenti di responsabilità dello psichiatra solo in caso di errori di diagnosi e/o terapia (rimarcando come, anche in questo caso, sarà difficile accertare la prevedibilità dell'evento), e, seppure con qualche dubbio, di fronte al caso dell'omessa disposizione di un trattamento sanitario obbligatorio psichiatrico, in presenza delle condizioni che lo richiedono.

⁴² Anche negli Stati Uniti, il passaggio da un modello “carcerario” ad un modello “partecipativo” nel trattamento dei disturbi mentali ha costituito uno spartiacque, culturale prima ancora che giuridico, di grande importanza. Basti citare *White v. United States*, D.C., 244 F. Supp. 127, 134: *“nei tempi passati gli ospedali mentali erano manicomi o “galere” per i senza speranze. Essi sono gradualmente diventati istituzioni curative, ma per raggiungere un così lodevole approccio ad un problema tanto serio, è divenuto necessario dare al paziente una libertà di movimenti sufficiente a garantire una responsabilità auto-controllata. L'obiettivo è il trattamento, non la mera incarcerazione. Questo trattamento richiede che sia ristorata la fiducia nel paziente”*.

⁴³ È ben noto che nel sistema giuridico americano la responsabilità penale deve essere provata “*oltre ogni ragionevole dubbio*”, mentre quella civile si accontenta del ben minore standard probatorio del “*più probabile che no*”, si veda, Stella F., *Giustizia e modernità*, 3^a ed, Giuffrè, 2003, p. 154 ss. e 307 ss. nei casi in cui il giudice deve accertare anzitutto il nesso causale fra l'omissione del terapeuta e l'evento suicidario, e poi la rilevanza causale della eventuale violazione di una regola di diligenza, lo standard probatorio dell'«*oltre il ragionevole dubbio*», se preso sul serio, come fa la giurisprudenza americana, rende già a priori difficilissimo - se non impossibile - giungere ad una sentenza di condanna: ne consegue che la pubblica accusa, cui spetta l'esercizio discrezionale dell'azione penale, preferisce rinunciare a percorrere l'ardua strada del processo criminale.

Di fronte ad un paziente che si è ricoverato volontariamente e chiede di uscire (è irrilevante se a fare una passeggiata, o definitivamente) il medico ha solo due opzioni: disporre il ricovero coatto o lasciarlo uscire. Quando non sussistano i requisiti per il ricovero coatto l'unica scelta possibile è quella di rispettare la volontà del paziente ⁴⁴.

Eppure, nonostante in questo senso il quadro sembri assolutamente chiaro, la Corte di Cassazione, recentemente, negando la rilevanza della disciplina del trattamento psichiatrico prevista dalla legge Basaglia al caso in esame, è giunta ad una conclusione opposta.

In tal caso, la Corte si è limitata ad affermare che *“non può sostenersi ... per farne discendere l'incongruenza e l'inesattezza della decisione, che la Corte di merito abbia basato la decisione su una ricostruzione dei rapporti tra medico e paziente non autorizzata dalla l. n. 180 del 1978. È vero il contrario, giacché la scelta del sanitario di accedere all'uscita dalla struttura della paziente è stata dal giudice valutata positivamente. E non poteva essere altrimenti giacché la costrizione del malato avrebbe potuto ammettersi solo in presenza delle condizioni per il trattamento sanitario obbligatorio, qui all'evidenza insussistenti. L'addebito, piuttosto, è stato rinvenuto nelle modalità di affidamento della paziente all'assistente volontaria, nelle quali si è ritenuto, in modo argomentativamente convincente, di apprezzare una superficialità comportamentale qualificata dalla mancata considerazione e dei pregressi comportamenti della paziente (con rischio di recidiva) e della inesperienza della volontaria (cui comunque non venivano rappresentate la reale condizione della paziente e le cautele che dovevano caratterizzare l'uscita per evitare i rischi di recidiva)”* ⁴⁵.

La Corte, in definitiva, da un lato, esclude l'esistenza nel nostro ordinamento non solo dell'obbligo, ma persino del potere, per lo psichiatra, di trattenere la paziente presso il luogo di ricovero, anche se fosse concretamente prevedibile il rischio di suicidio, ma tuttavia sostiene l'esistenza di un obbligo di custodia e sorveglianza fuori dalla clinica stessa, obbligo che non potrebbe che estrinsecarsi in limitazioni della libertà di movimento della

⁴⁴ In *Solbrig v. Usa*, per esempio, il giudice distrettuale era chiamato a giudicare il caso di un paziente ricoveratosi volontariamente in un ospedale pubblico per veterani, nel gennaio 1990, per un attacco di una sindrome depressiva di cui soffriva da numerosi anni, a seguito del suo servizio militare in Vietnam. Uscito volontariamente dalla clinica dopo un breve ricovero, dopo poche ore il paziente commetteva suicidio. Agli atti è risultato che il paziente era competente, ed aveva manifestato pensieri e progetti suicidi in varie occasioni, inclusi precedenti ricoveri in altre strutture, con almeno un tentativo di messa in atto. Il giudice conclude che *“i dottori dell'Ospedale per veterani avevano solo due possibilità: potevano permettere a Mr. Solbrig di uscire, contro l'opinione dei medici, oppure potevano cercare di far disporre un internamento involontario secondo la legge del Wisconsin”*. La scelta dei dottori era stata ragionevole, per cui nessun risarcimento risultava dovuto. Il ragionamento seguito dal giudice americano, come ben si vede, è assolutamente identico a quello che dovrebbe seguire un giudice italiano, e che non è stato seguito in nessuno dei gradi di giudizio nel caso qui commentato.

⁴⁵ Si veda, Cass. penale, 06 novembre 2003, n.10430, sez. IV, con nota di Zanchetti M., *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, Cass. pen., fasc.9, 2004, pag. 2859.

paziente (divieto di accesso da sola in locali non sorvegliati, ecc.) pur non essendo questa sottoposta ad alcun trattamento sanitario obbligatorio.

In altre parole, lo psichiatra avrebbe il dovere giuridico di permettere al paziente di esporsi ad un maggiore rischio suicidario, lasciandolo uscire dalla clinica, ma poi resterebbe responsabile dell'evento lesivo se non riuscisse ad evitare questo evento con altri mezzi, diversi da quello del divieto di uscire.

E così la Corte costruisce una serie di non ben determinati obblighi giuridici, estranei al dettato ed al modello ispiratore della legge Basaglia, in capo al medico psichiatra; obblighi scaturenti dal suo dovere di controllare in libertà il paziente la cui libertà non può coartare.

La dottrina ha criticato, e più nel dettaglio lo si vedrà nel prosieguo, questa ricostruzione giurisprudenziale dal momento che lo psichiatra non può limitare la libertà del paziente all'interno del luogo di ricovero, se non nei limiti del trattamento sanitario obbligatorio, e non può neanche limitarla all'esterno, disponendo misure di controllo coattivo. La posizione di custodia dello psichiatra nei confronti del paziente non sussiste dal momento che non sussiste l'obbligo di sorveglianza, o vigilanza, non sussiste il dovere - di garantire l'assistenza di un controllore al paziente che esca dalla clinica, allo scopo di non far commettere allo stesso atti autolesivi.

CAPITOLO 2 - La posizione di garanzia dello psichiatra

2.1. La posizione dello psichiatra tra istanze di tutela sociale ed esigenze terapeutiche.

Come visto nel capitolo che precede, la scienza psichiatrica è caratterizzata da un ampio margine d'incertezza⁴⁶ dovuto ad una serie di fattori: la sua recente origine, i molteplici approcci terapeutici e diagnostici sostenuti dalle diverse correnti scientifiche, le difficoltà nella diagnosi e nella prognosi, l'aleatorietà dei risultati.

⁴⁶ Si veda in proposito Ponti G. – Bovio L., *Un nuovo diritto per il malato di mente o una nuova percezione della malattia mentale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 1063 ss.

Lo psichiatra, dal canto suo, nell'espletare la propria attività professionale, deve essere "*diligente e prudente*"⁴⁷, e ad egli, oltre alla prognosi sulla malattia, comune a tutti i medici, si richiede anche la prognosi sulla condotta del paziente; in particolare, lo psichiatra è chiamato a verificare se il paziente tiene delle condotte socialmente accettabili o piuttosto etero o auto aggressive e, conseguentemente, deve decidere se adottare una terapia efficace nel condizionarne in modo positivo il comportamento.

Alla luce di quanto detto, ben si spiega perché la materia della responsabilità penale dello psichiatra non è di facile soluzione, né per i giudici chiamati a valutare l'operato del medico, né per la dottrina penalistica che, almeno in Italia, negli ultimi anni è impegnata ad individuare i confini di tale responsabilità. Del resto, da un lato, l'accertamento di questa peculiare ipotesi di responsabilità passa per l'esame di taluni degli elementi più rilevanti del diritto penale della medicina, dall'altro, aldilà delle incertezze che di seguito si analizzeranno, è un dato acquisito che lo psichiatra rivesta una posizione di garanzia (a carattere terapeutico) penalmente rilevante nei confronti del suo paziente; tutto ciò nonostante attraverso l'analisi del quadro normativo di riferimento, delineato con dovizia di particolari nel corso della trattazione, non è possibile dire con certezza se persistono ancora, a carico dello psichiatra, compiti di sorveglianza e custodia nei confronti del malato di mente, tali da ricomprendere anche obblighi volti all'impedimento di condotte auto o etero-aggressive.

Quel che è pacifico è che lo psichiatra "*è tenuto a realizzare tutti gli interventi terapeutici di volta in volta necessari o utili in vista del miglioramento delle condizioni psichiche del paziente, come pure dell'eventuale impedimento di eventi capaci di arrecargli ulteriore pregiudizio*"⁴⁸; lo psichiatra è, però, garante, oltre che della salute (mentale) del paziente, anche della sua incolumità fisica e della sua vita, nonché di quella di eventuali terzi che possano essere offesi dalla sua condotta ⁴⁹.

Entra qui in gioco il collegamento tra la posizione di garanzia che, come si vedrà, grava sul medico ed il rischio consentito: l'esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio (per il paziente *in primis*, ma anche per i terzi) individua e circoscrive, con riferimento alla responsabilità colposa, le regole cautelari del medico⁵⁰, che si rivelano molto complesse non solo "*nella fase della verifica e della valutazione, ma anche in quella, più strettamente «modale» e operativa, della scelta del percorso terapeutico*" ⁵¹.

⁴⁷ In tal senso, Jourdan S. – Fornari U., *La responsabilità del medico in psichiatria*, Centro Scientifico Editore, 1997, p. 75 ss.

⁴⁸ Così. Fiandaca G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, c. 1 109.

⁴⁹ Si veda Cupelli G., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. i rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2014, pag. 225

⁵⁰ In tal senso, Castronuovo D. – Ramponi L., *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 947; in termini più generali, Giunta F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, II, c. 589.

⁵¹ Si veda De Francesco G., *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 970.

Si tratta di difficoltà che nell'ambito della scienza psichiatrica si ampliano ulteriormente. Basti pensare alla grande incertezza che caratterizza la prognosi psichiatrica, a fronte della “*imprevedibilità di condotta che caratterizza talune sindromi psichiatriche e taluni singoli casi*”⁵², giacché “*le manifestazioni morbose a carico della psiche sono tendenzialmente meno evidenti e afferrabili delle malattie fisiche, per cui il confine tra diagnosi corretta e diagnosi errata, trattamento indovinato e trattamento sbagliato può almeno in certi casi diventare ancora più incerto che non nell'ambito della generica attività medica*”⁵³; o ancora alla problematicità di limitare i mezzi terapeutici di cui può disporre realmente lo psichiatra, tra la variabile efficacia dei farmaci e la controversa ammissibilità di trattamenti di contenzione fisica, nel complesso bilanciamento tra obiettivo di curare e proteggere il paziente e necessità di tutelarne al contempo libertà, dignità ed autonomia (anche a fini terapeutici). Senza trascurare, poi, l'incertezza di differenziare, dal punto di vista diagnostico, un atteggiamento auto da un atteggiamento eteroaggressivo, trattandosi, secondo gli esperti, di distinzione artificiosa e priva di sufficienti riscontri a livello nosografico e clinico, soprattutto perché auto ed eteroaggressività possono rappresentare, in fondo, manifestazioni di una medesima realtà psicologica⁵⁴.

Una conferma di tali criticità è data dalle controversie nate nella stessa comunità scientifica⁵⁵, costantemente impegnata a verificare, anche criticamente, i limiti fisiologici della diagnosi psichiatrica.

⁵² In tal senso, Introna F., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. med. leg.*, 1980 p. 15.

⁵³ Così Fiandaca G., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, in *Centro studi Giuridici e politici della regione Umbria*, 1989, p. 212.

⁵⁴ Difficoltà sottolineata in particolare da Fiandaca G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, *cit.*, c. 109. Sulle peculiarità della scienza psichiatrica, si possono richiamare, all'interno di una letteratura sterminata, tra gli altri e su posizioni non sempre coincidenti, per la consueta chiarezza. Borgna E., *Noi siamo un colloquio. Gli orizzonti della conoscenza e della cura in psichiatria*, Milano, 2012 (I ed. 1999), p. 11 ss. e Id., *La dignità ferita*, Milano, 2013, p. 48 ss.; Corbellini G. – Jervis G., *La razionalità negata. Psichiatria e antipsichiatria in Italia*, Torino, 2008.

⁵⁵ Non meno rappresentativa del fermento che accompagna la materia appare anche la costante presentazione di proposte di modifica della legge 180 del 1978 (tutte peraltro non andate a buon fine); tra queste, si possono ricordare, in maniera non esaustiva, quella presentata dal deputato Cento nella XIV legislatura, in data 14 giugno 2001 (Ac 844), quella della deputata Burani Procaccini, presentata nella XIV Legislatura, il 30 maggio 2001 e quella del deputato Guzzanti (e altri), presentata nella XVI Legislatura, in data 1 luglio 2008 (Ac 1423). L'ultima, in ordine cronologico, sempre della XVI Legislatura, è stata inserita nel c.d. testo unificato “Ciccioli”, che nasce dal coordinamento di una serie di proposte di legge assegnate in sede referente alla Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati nel febbraio 2010 (Disposizioni in materia di assistenza psichiatrica C. 919 Marinello, C. 1423 Guzzanti, C. 1984 Barbieri, C. 2065 Ciccioli, C. 2831 Jannone, C. 2927 Picchi, C. 3038 Garagnani e C. 3421 Polledri), presentato presso la Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati in data 28 marzo 2012 e adottato come testo base per il seguito dell'esame nella seduta del 17 maggio 2012. Un commento alle varie proposte di riforma, con particolare attenzione alle più recenti, in S. Rossi, Sussurri e grida: riflessioni su follia e libertà nell'ennesimo testo di riforma della legge Basaglia, in *Pol. dir.*, 2012, p. 478 ss.

E' emblematica, in questo senso, la polemica che ha accompagnato l'uscita della quinta edizione (20 maggio 2013) del più diffuso manuale diagnostico internazionale (DSM —*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), edito dall'*American Psychiatric Association*, che rappresenta sin dal 1952 un punto di riferimento per la diagnosi nella pratica clinica ed uno dei sistemi di classificazione internazionale delle malattie mentali tra i più utilizzati dai professionisti. In particolare, non ha molto convinto l'incessante e spesso impropria dilatazione delle patologie psichiatriche che vi sono contenute, con il rischio, da un lato, di aprire la strada ad una "patologizzazione del normale", ossia ad "un'estensione invasiva del disturbo mentale che connota come 'disturbi' comportamenti che si ritenevano sino ad ora normali", sostituendo "all'uso violento e stigmatizzante della diagnosi propria della psichiatria manicomiale" una "medicalizzazione diffusa della vita"⁵⁶; dall'altro, di far aumentare ancor più le prescrizioni farmacologiche, a vantaggio delle case farmaceutiche⁵⁷.

Quanto sin qui detto non riguarda solo l'aspetto medico, ma coinvolge, altresì, la fisionomia della responsabilità penale dello psichiatra, quale *species* del più ampio *genus* responsabilità medica, caratterizzata, a differenza di quest'ultima, dalla subordinazione al fatto di un'altra persona, e cioè del paziente che, anche a seguito della terapia e dei trattamenti prescelti, agisca in modo auto e/o eterolesivo⁵⁸.

Questo è, dunque, l'ambito, instabile e contraddittorio⁵⁹, nel quale lo psichiatra da sempre si trova ad operare, stretto tra varie difficoltà che incontra già nella fase diagnostica e che sono destinate ad acuirsi quando, nelle valutazioni terapeutiche, è chiamato a calibrare i rischi non solo per il paziente, ma anche per la collettività. E ciò lo colloca, come è stato efficacemente rappresentato, "fra l'incudine e il martello"⁶⁰, o meglio "stretto tra

⁵⁶ Si veda Recalcati M., *La nostra vita trasformata in patologia*, in *La Repubblica*, 8 maggio 2013, p. 31 ss., nonché Whitaker R., *Indagine su un'epidemia. Lo straordinario aumento delle disabilità psichiatriche nell'epoca del boom degli psicofarmaci*, Roma, 2013, p. 16 ss. e Allen F., *Primo: non curare chi è normale. Contro l'invenzione delle malattie*, Torino, 2013, p. 23 ss.

⁵⁷ Si veda, in chiave istruttiva, Goldacre B., *Effetti collaterali. Come le case farmaceutiche ingannano medici e pazienti*, Milano, 2013; Id., *La cattiva scienza*, Milano, 2013, p. 171 ss. In una diversa prospettiva, contrasta molti dei luoghi comuni frequentemente accostati alla scienza, Corbellini G., *Scienza*, Torino, 2013, p. 17 ss.

⁵⁸ Conseguentemente, nel già complesso giudizio di bilanciamento tra costi e benefici nelle scelte di cura che il medico deve effettuare, finiscono per assumere un ruolo non secondario (e meglio lo si spiegherà nel prosieguo) rispetto alla tutela e al miglioramento della salute del paziente, anche gli interessi dei terzi a non essere danneggiati o esposti a pericoli da possibili condotte del malato. Si veda, Pulitanò D., *Introduzione*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, cit., p. 20. Cingari F., *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2009, p. 441.

⁵⁹ Queste incertezze mediche si traducono in incertezze giuridiche se si pensa che anche la giurisprudenza ha manifestato non poche incertezze sugli esatti limiti dei relativi obblighi, per via del sovrapporsi di vincoli protettivi e pretese di controllo e della particolare complessità della situazione rischiosa che lo psichiatra è chiamato a governare.

⁶⁰ Parole usate da Zanchetti M., *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2859.

due fuochi”⁶¹: dalla pressione sociale, che tende “*ad imporgli un più o meno sistematico atteggiamento di repressione preventiva nei confronti di iniziative del suo paziente potenzialmente lesive di beni giuridicamente protetti, a scapito di un’azione realmente terapeutica, imponendogli così un tipico compito di controllo disciplinare*”⁶²; e da una speculare contropinta, di matrice normativa e deontologica, che gli impone di rivendicare la finalità esclusivamente terapeutica del suo agire, richiamandolo ai doveri tipici di prevenzione, cura e riabilitazione dei disturbi psichici.

Alla luce di ciò, è chiaro, allora, che l’operatore psichiatrico rischi di sentirsi in un vicolo cieco ed esposto alle incertezze di una valutazione giudiziaria *ex post*, che può contestarli tanto⁶³, di non avere fatto abbastanza tanto di avere fatto troppo: e cioè, o il mancato ricorso al trattamento sanitario obbligatorio (nel caso di gesti eterolesivi di un paziente non contenuto) o la responsabilità di avere strumentalizzato quest’ultimo per esigenze diverse da quelle strettamente terapeutiche (e quindi anche di tutela dei terzi), nell’ipotesi in cui ne derivino atti autolesivi in un contesto di arbitrarietà del trattamento (ad esempio in caso di suicidio del paziente, ma anche di un suo rifiuto di alimentarsi o di curarsi che lo esponga a conseguenze letali)⁶⁴.

Ecco perché è, in definitiva, necessario provare a restituire qualche certezza sia allo psichiatra, chiarendo per quanto possibile le conseguenze penali del suo operato, sia al paziente, al fine di rendere efficace il suo ruolo partecipativo nella definizione dell’obiettivo terapeutico.

A tal fine, nel prosieguo della trattazione si cercherà di delineare la struttura degli obblighi giuridici che gravano sullo psichiatra, con particolare attenzione alla fisionomia della posizione di garanzia ad esso assegnata.

⁶¹ In tal senso, Insolera G., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, p. 775.

⁶² Si veda Manacorda A., *Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso da infermo di mente*, in *Foro it.*, p. 122.

⁶³ Sulle distorsioni arrecate sotto il profilo dell’accertamento della responsabilità colposa dalla tendenza giurisprudenziale a giudicare probabile (e quindi prevedibile) un evento perché si è verificato, anche quando statisticamente non era affatto probabile, si veda Di Giovine O., *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 79 ss.; Forti G. – Centonze F., *Diritto e sapere scientifico in campo sanitario: un progetto di integrazione multidisciplinare*, *ivi*, 2011, p. 921 ss.; Rotolo G., “*Medicina difensiva*” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1263 ss.; Palazzo F., *Relazione di sintesi, in Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 703.

⁶⁴ Paradigmatico, in questo senso, il caso Mastrogiovanni, nel quale il Tribunale di Vallo della Lucania ha condannato il primario e altri cinque medici in servizio presso il reparto psichiatrico dell’Ospedale “San Luca” di Vallo della Lucania, ai sensi degli artt. 110 e 605, co. 1 e 2, n. 2, c. p., per il delitto di sequestro di persona, realizzato mediante contenzione meccanica al letto di degenza e, ai sensi degli artt. 110, 586 e 605 c.p., per aver cagionato la morte del paziente, come conseguenza del delitto di sequestro di persona, essendo risultata accertata l’incidenza causale nel decesso della contenzione fisica (Trib. Vallo della Lucania, sent. 30 ottobre 2012 (dep. 27 aprile 2013), in *Dir. Pen. Cont.*, 12 giugno 2013, con commento di Dodaro G., *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni*).

2.2. Gli obblighi giuridici gravanti sul medico psichiatra

Nonostante le innegabili difficoltà di cui si è fin qui detto, c'è, senza dubbio, un dato certo dal quale si può partire: in materia di responsabilità medica per omissione e, in particolare, in quella dello psichiatra, posizione di garanzia e colpa sono elementi strettamente connessi.

Ma questo non è sufficiente.

C'è da chiedersi, infatti, se la posizione di garanzia dello psichiatra sia una posizione di protezione o di controllo.

Parte della dottrina, pur sostenendo che lo psichiatra riveste una posizione di garanzia (a carattere terapeutico) penalmente rilevante nei confronti del suo paziente, ponendo l'accento sul cambio di paradigma segnato dalla riforma del 1978 ed assegnando una funzione esclusivamente terapeutica allo psichiatra, arriva ad escludere gli obblighi di mero controllo a carico dello psichiatra essendo questi gravato esclusivamente da compiti di protezione e cura. In altre parole, secondo questa teoria, la legge Basaglia, trasformando la persona affetta da disturbo psichico da soggetto in sé pericoloso e da neutralizzare, in paziente bisognoso di protezione e cura e co-protagonista di un vero e proprio rapporto terapeutico, avrebbe rimodellato la natura degli obblighi e delimitato il confine della posizione di garanzia che non comprende più la prevenzione dei reati da parte del proprio paziente, restando fuori dall'applicazione dell'articolo 32 della Costituzione la funzione di tutela dell'ordine pubblico⁶⁵.

Di conseguenza, una posizione di protezione, per quanto dilatata, potrebbe giustificare un percorso terapeutico volto a contenere comportamenti aggressivi o violenti del paziente⁶⁶, sul solo presupposto che l'atto etero-aggressivo assuma rilievo quale specifica manifestazione della malattia per cui il paziente ha chiesto di essere aiutato o comunque è in cura⁶⁷. Esclusivamente in questi termini, dunque, si potrebbe ipotizzare una responsabilità a titolo omissivo in capo al medico per essere venuto meno ai suoi doveri di cura; non già, quindi, con riferimento ad ogni comportamento aggressivo del paziente in sé (pur se indirettamente tale

⁶⁵ In realtà, come meglio si vedrà nel prosieguo, l'art. 32 Cost. tutela la salute come diritto non solo del singolo, ma anche quale interesse della collettività. Il trattamento sanitario, dunque, non ha come destinatario il solo paziente, ma i terzi che potrebbero subire gravi danni alla loro incolumità. Tale impostazione è stata, inoltre, accolta nel 1990 dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307, in Foro it., 1990, p. 2694). Il Giudice delle leggi ha, invero, affermato che l'imposizione di un trattamento sanitario, per essere compatibile con l'art. 32 Cost., debba essere diretta non soltanto a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi sia sottoposto, ma anche a proteggere l'incolumità degli altri soggetti.

⁶⁶ In tal senso, Dodaro G., *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, Dodaro G. (a cura di), Milano, 2011, p. 57.

⁶⁷ In tal senso, Ariatti R. – Versari M. – Volterra V., *Responsabilità professionale dello psichiatra operante nel servizio sanitario nazionale*, in *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Volterra V. (a cura di), Milano, 2010, p. 578.

comportamento potrebbe essere foriero di conseguenze negative anche per questi), ma solo se e nella misura in cui le conseguenze negative prodotte dal gesto inconsulto possano ricadere in via diretta, pregiudicandole, sulla salute e sul benessere psico-fisico del paziente stesso. Ciò, peraltro, non escluderebbe la possibilità di diversificare, a seconda che il ricorso a misure di contenimento sia diretto a rimuovere il rischio di atti autolesivi o eteroaggressivi; solo nel primo caso potrebbe ritenersi giustificato il ricorso ad un t.s.o. in funzione di neutralizzazione del pericolo di gesti suicidari o autolesivi (e previo puntuale accertamento caso per caso dell'effettiva sussistenza del relativo rischio), ammettendo che “la tutela della salute di un malato di mente incapace di autodeterminazione implichi, *a fortiori*, la tutela della sua vita e della sua incolumità”⁶⁸.

Nonostante quanto sostenuto da questa parte della dottrina, non bisogna dimenticare, e sembra più corretto sostenere, che la riforma Basaglia non ha eliminato quelle manifestazioni della malattia psichiatrica, che, talvolta, danno luogo a violente condotte del paziente⁶⁹ e, quindi, il concetto di pericolosità non è venuto meno con l'abrogazione della legislazione precedente, da persistere una correlazione tra malattia mentale e pericolosità, seppur circoscritta a precisi gruppi diagnostici e a specifiche fasi della patologia⁷⁰. Ciò che è mutato è il punto di vista dal quale il concetto viene osservato: diviene un problema clinico, che bandisce qualunque tentativo di stigmatizzazione sociale del malato mentale.

⁶⁸ Si veda, Fiandaca G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 112, pur richiamando la già ricordata difficoltà di tracciare con nettezza il *discrimen* tra atteggiamenti auto ed eteroaggressivi, e Gargani A., *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione, due casi 'esemplari' di responsabilità ex art.40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1401; Anzillotti S., *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Milano, 2013, p. 213 ss. In giurisprudenza, sembra orientata in questa direzione, di recente, Cass., Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 16975 (in Guida dir., n. 24/2013, p. 84), la quale, nel procedimento a carico dei medici e del dirigente del centro ove una paziente poi suicidatasi era ricoverata, nel ritenere congruamente motivata la sentenza liberatoria pronunciata in sede di merito (che aveva escluso profili di colpa con riferimento sia al momento curativo che a quello della vigilanza), ha qualificato il medico psichiatra “titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, anche se questi non sia sottoposto a ricovero coatto”, e come tale gravato dell'obbligo “quando sussista il concreto rischio di condotte autolesive, anche suicidarie, di apprestare specifiche cautele”.

⁶⁹ Sulla permanenza di obblighi di vigilanza e custodia nei confronti del malato mentale, a seguito della Legge Basaglia, si veda Cingari F., *Presupposti e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2009, pp. 458 ss.

⁷⁰ Per una correlazione tra malattia mentale e pericolosità si veda, Rocca G. - Candelli C. - Rossetto I. - Carabellese F., *La valutazione psichiatrico forense della pericolosità sociale del sofferente psichico autore di reato. Nuove prospettive tra indagine clinica e sistemi attuariali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 4, 2012, pp. 1444. Sul concetto di pericolosità, si veda Traverso G.B., *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 4, 1986, pp. 1041 ss.

Infatti, qualora il soggetto attivo del reato sia il paziente psichiatrico, potrebbe sorgere in capo al medico curante una posizione qualificabile in termini di controllo, volta a neutralizzare ogni pericolo derivante da una determinata fonte, in funzione di tutela verso chiunque possa essere leso dalla stessa ⁷¹.

Talvolta, la malattia psichiatrica rende il paziente pericoloso per sé e per gli altri, costituendo così una fonte di pericolo da monitorare per impedire che lo stesso possa provocare danni, non soltanto a sé, ma anche a terzi. In questi casi, dunque, la posizione di garanzia dello psichiatra può assumere la fisionomia del controllo, poiché violenza e aggressività del paziente rilevano non solo come alterazioni comportamentali correlate alla malattia, ma come fonti di pericolo da monitorare. In buona sostanza, il comportamento delittuoso del paziente diventa, in tal modo, fonte di responsabilità penale per coloro che hanno omesso di adempiere a quegli obblighi volti ad impedire gli effetti pericolosi scaturenti dalla malattia psichiatrica.

Altra parte della dottrina aggiunge che la posizione di garanzia che grava sullo psichiatra (per lo più nella prassi in capo a direttori sanitari di comunità terapeutiche, per legge necessariamente medici) oltre ad essere qualificabile come obbligo di controllo, equiparando il paziente ad una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e qualificabile anche come posizione di protezione del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per sé, che possono giungere sino al suicidio ⁷².

⁷¹ In questo senso, Zannotti R., *La responsabilità penale dello psichiatra e dello psicologo*, in G. Giusti (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 2008, vol. IX, p. 488. Contra, Pulitanò D., in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., p. 25, il quale definisce la posizione dello psichiatra come “posizione di protezione e non come posizione di controllo”.

⁷² Tra i tanti contributi sul tema si possono citare: Romano M. – Stella F., *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente; aspetti penalistici e costituzionali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1973, p. 388 ss.; Introna F., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 13 ss.; Id., *I diritti del malato di mente; ovvero il malato di mente nel diritto*, ivi, 1993, p. 23 ss.; Fiori A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, ivi, 1982, p. 542 ss.; Realdon A., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, ivi, 1980, p. 10 ss.; Id., *Responsabilità e libertà in psichiatria*, ivi, 1988, p. 159 ss.; Fornari U., *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 332 ss.; Id., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2013, p. 1011 ss.; Canepa G., *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 19 ss.; Montalto B., *Primi lineamenti della responsabilità professionale degli psicoterapeuti ad indirizzo psicoanalitico*, ivi, 1984, 1050 ss.; Fiandaca G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., II, c. 107 ss.; Id., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, in *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, cit., p. 195 ss.; Manacorda A., *Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, in *Foro it.*, 1988, p. 118 ss.; Bricola F., *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, cit., p. 137 ss.; Mazzacuva N., *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: la responsabilità a titolo di colpa*, in *Tutela della salute mentale e*

Dunque, nonostante la legge Basaglia, non manca chi ritiene che il contenuto della posizione di garanzia dello psichiatra non sia nella sostanza mutato, continuando a ricomprendere obblighi tanto di protezione quanto di controllo.

Questa lettura muove dalla considerazione che, se anche il concetto di pericolosità non è espressamente richiamato dalla nuova disciplina, il paziente nella realtà potrebbe continuare ad essere pericoloso, rientrando le situazioni che di fatto danno luogo a pericolosità sia per sé che per gli altri in quelle “*alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici*”, cui l'art. 34 della legge n. 833 del 1978 fa riferimento, in collegamento con il diritto alla salute quale interesse anche della collettività (ex artt. 2 e 32 Cost.)⁷³.

La responsabilità scaturirebbe così dalla violazione di un ampio obbligo di cura, tale da ricomprendere anche un'attività di assistenza-sorveglianza, nell'ambito della quale rientrerebbero tutti quegli interventi finalizzati ad impedire che il malato possa arrecare danno a sé e/o agli altri⁷⁴.

responsabilità penale degli operatori, cit., p. 215 ss.; Insolera G., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, 1990, p. 775 ss.; Girolami P. – Jourdan S., *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle “obligations de sécurité” e degli “obblighi di protezione”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 60 ss.; Maspero M., *Mancata previsione di evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un “Fuzzy set” o rilevazione di un ossimoro?*, *ivi*, 2002, p. 913 ss.; Id., *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, *ivi*, 2005, p. 777 ss.; Veneziani P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. II. I delitti colposi*, Padova, 2003, p. 338 ss.; Zanchetti M., *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, *cit.*, p. 2859 ss.; Gargani A., *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1395 ss.; Giunta F., *La responsabilità professionale*, in *Guida all'esercizio professionale per i medici-chirurghi e gli odontoiatri*, Torino, 2006, p. 448 ss.; Marra G. – Pezzetto S., *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla legge n. 180 del 1978*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3429 ss.; Marra G., *Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l'omicidio commesso dal suo paziente*, *ivi*, 2008, p. 2609 ss.; Zannotti R., *La responsabilità penale dello psichiatra e dello psicologo*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, vol. IX Aggiornamento, Padova, 2008, p. 481 ss.; Fiori A. – Buzzi F., *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1438 ss.; Cingari F., *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero - aggressivi del paziente*, *cit.*, 2009, p. 440 ss.; Piras P. – Sale C., *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1471 ss.; Montanari Vergallo G. – Frati P. - Gulino M. - Di Luca N.M., *La responsabilità dello psichiatra per le condotte auto ed etero aggressive del paziente: tra il non ancora e il non più*, in *Giut. pen.*, 2011, II, c. 79 ss.; AA. VV., *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, a cura di G. Dodaro, Milano, 2011; Cupelli C., *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013.

⁷³In tal senso, Bilancetti M., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010, p. 138.

⁷⁴ Si veda Fiori A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, *cit.*, p. 542 ss.; Canepa G., *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, *cit.*, p. 24 ss. È stata di recente prospettata, sempre in ambito medico legale una ulteriore ricostruzione, in base alla quale gli obblighi impeditivi di gesti etero-aggressivi vengono sganciati dal (problematico) riferimento al dovere di cura e ricondotti ai doveri

Per cercare di dirimere questa “controversia”, premettendo che il problema della sussistenza della posizione di garanzia sorge, soprattutto, quando si tratti di accertare la responsabilità per atti eteroaggressivi commessi dal paziente, una presa di posizione differenziata, a seconda che il ricorso a strumenti coercitivi sia volto ad evitare il rischio di soli gesti autolesivi o, anche, di quelli eterolesivi, potrebbe non essere del tutto corretta.

La prassi giurisprudenziale, in materia, non ha espresso un indirizzo univoco ⁷⁵.

Un primo indirizzo, invero, afferma che, in ossequio alla riforma psichiatrica, il trattamento sanitario non possa essere considerato una misura cautelativa, in funzione neutralizzante la pericolosità del paziente. Si ritiene, infatti, che l’attuale legislazione non persegua alcun fine di tutela della collettività dai comportamenti violenti del malato mentale. Non a caso sono state abrogate le fattispecie contravvenzionali, finalizzate alla tutela della sicurezza e dell’incolumità dei terzi. Secondo questo indirizzo, pertanto, lo psichiatra può essere chiamato a rispondere soltanto in caso di gesti autolesivi. La sua responsabilità penale potrebbe essere affermata quando il paziente compia gesti aggressivi nei confronti di altri pazienti psichiatrici, ricoverati nel medesimo reparto. Diversamente, non è un dovere incombente sullo psichiatra la tutela dei terzi non affidati alle sue cure. I familiari del paziente, in regime di trattamento sanitario domiciliare, rimarrebbero pertanto sprovvisti di tutela ⁷⁶.

Si è espressa in questo senso la giurisprudenza in tempo non recente ⁷⁷.

Nel caso sottoposto all’esame degli Ermellini ad un medico viene contestato il delitto di abbandono di persona incapace aggravato dall’evento morte, per non aver disposto il t.s.o. La Cassazione, conformemente alla legislazione vigente, esclude la responsabilità del medico, asserendo l’assenza in capo a quest’ultimo di

di sicurezza nei luoghi di degenza gravanti su tutti gli operatori della struttura che hanno compiti di organizzazione, gestione o esecuzione; per tale via, dunque, “*il comportamento illecito del paziente diviene possibile fonte di responsabilità penale dell’operatore psichiatrico, in quanto si realizza all’interno di una struttura organizzata quale conseguenza della violazione di regole di comportamento specificamente volte a prevenire e impedire il concretizzarsi di rischi connessi alle manifestazioni della malattia mentale*” (Dodaro G., *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente, cit.*, p. 58 ss.).

⁷⁵ Per quanto riguarda l’atteggiamento della giurisprudenza (che verrà in seguito diffusamente trattata), se da un lato non può non darsi atto di come una parte di essa sia persuasa dell’illegittimità di una richiesta di t.s.o. al solo fine di neutralizzare la ritenuta pericolosità sociale del malato in assenza di necessità terapeutica, dall’altro non sono infrequenti pronunce che, dietro l’apparente presa d’atto del superamento del modello custodialistico, finiscono per riproporne surrettiziamente la sostanza. Si assiste cioè ad una dilatazione del concetto di “protezione”, sino al punto di far gravare sullo psichiatra l’obbligo giuridico di impedire il verificarsi di tutte le conseguenze negative che la sofferenza psichica può cagionare al paziente, tra le quali, evidentemente, anche le gravi ripercussioni personali a cui la violazione della legge penale lo esporrebbe sul piano giudiziario.

⁷⁶ Così, Bertolino M., *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.*, 2006, 1.

⁷⁷Cass. Pen. Sez. II, 11 maggio 1990, imputato Manuali.

compiti di polizia nei confronti dei pazienti e, conseguentemente, esclude la responsabilità penale quando un malato mentale commetta un evento lesivo a danno di un proprio familiare.

Al contrario, più recentemente, la Suprema Corte ha affermato la responsabilità di due infermieri⁷⁸.

In questo caso la vicenda si è così svolta: un paziente, affetto da disturbi psicotici, è degente presso una struttura ospedaliera. Durante le ore notturne, aggredisce un vicino di camera e lo uccide. In primo grado, vengono condannati per il reato di omicidio colposo due infermieri del reparto, per non aver prestato un'adeguata vigilanza. Condanna confermata in appello e nell'ultimo grado di giudizio.

L'analisi della giurisprudenza mostra, pertanto, tendenzialmente, il delinearsi di diversi esiti processuali: di condanna, quando trattasi di omicidio commesso nei confronti di altri pazienti. Di assoluzione, quando l'evento lesivo abbia come destinatari soggetti estranei all'ambiente ospedaliero.

Un altro orientamento, invece, ribadisce la necessità della tutela del bene salute, indipendentemente dall'auto o etero lesività. Il bene salute deve essere tutelato da ogni minaccia e, quindi, anche dalla commissione di gravi fatti di sangue da parte del malato mentale. In ossequio a questo orientamento, la Cassazione, di recente, ha sostenuto l'irrilevanza della distinzione tra atti auto o etero aggressivi, precisando che quando la malattia si manifesta con comportamenti di violenza eterodiretta, rechi danno non soltanto ai terzi, ma al paziente stesso. Tali condotte, invero, sono pregiudizievoli anche per la salute di chi le pone in essere e comportano una regressione del percorso terapeutico intrapreso. Emblematico al riguardo è il caso Pozzi¹⁰⁰. Al paziente autore dell'omicidio, nel processo che si era occupato della sua responsabilità, era stata applicata (a seguito del proscioglimento per mancanza di imputabilità) la misura di sicurezza del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario. Luogo in cui, qualche anno dopo, il paziente era deceduto. Come è evidente, anche nei confronti dello stesso paziente, il gesto omicida ha avuto gravissime conseguenze personali.

Ricordando, come anticipato, che uno dei presupposti del t.s.o. sia la "presenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici" e, pensando, ancora, alle conseguenze derivabili da un approccio differenziato, quando con una sola azione il paziente realizzi più eventi lesivi, in danno sia di se stesso che di terzi (ad esempio, il malato mentale si suicida lasciando aperto il gas, provocando così il crollo del palazzo, in cui perde la vita anche un condomino) ben si capisce perché gran parte della dottrina sostiene che la tesi della differenziazione, secondo cui il garante avrebbe l'obbligo di impedire il compimento dei soli atti autolesivi, non può essere accolta.

Secondo questo indirizzo egli, pertanto, dovrebbe tutelare unicamente la vita e l'incolumità del paziente, mentre esulerebbe dai suoi obblighi quello di neutralizzare la pericolosità sociale dello stesso. Ragionando in questi termini, però, la responsabilità penale, ex art. 40 comma II c.p., dovrebbe essere ravvisata solo con riguardo all'art. 589 c.p. e in rapporto al suicidio. Non verrebbe riconosciuta, invece, in relazione all'ulteriore omicidio colposo, commesso ai danni del condomino, nonché al delitto di disastro colposo verificatosi. Una

⁷⁸ Cass. Pen. Sez. IV, n. 8611/2008, imputato D'Aquino e altro.

soluzione, dunque, che crea innegabili vuoti di tutela e, conseguentemente, provoca irragionevoli disparità di trattamento.

Appare, perciò, arbitrario affermare la sussistenza della posizione di garanzia soltanto in presenza di soli gesti autolesivi e non, anche, quando il paziente ponga in essere condotte pregiudizievoli dell'altrui incolumità. Independentemente, dunque, dall'appartenenza o meno dei terzi aggrediti alla sfera di controllo dell'operatore psichiatrico.

2.3. Natura attiva o omissiva della condotta

Per meglio comprendere gli elementi necessari all'imputazione della responsabilità penale in capo allo psichiatra, è necessario distinguere le fattispecie dolose da quelle colpose.

Come si è detto, lo psichiatra, quale medico, deve conformare la sua attività ai generali doveri di diligenza e prudenza, con la conseguenza che la loro omissione dolosa, in teoria, potrebbe dare luogo ad addebiti sia per il reato di "omissione di soccorso" (art. 593 c.p.), sia per quello di "abbandono di persone incapaci" (art. 591 c.p.).

In entrambi i casi si configura una posizione di garanzia in capo allo psichiatra, anche se le sue fonti sono differenti. Così, mentre nell'ipotesi dell'art. 593 c.p., non si è ancora instaurato un rapporto tra medico e malato e quindi, la fonte dell'obbligo di intervenire deriva dalla legge e nel caso specifico dalla qualifica professionale del sanitario, nell'art. 591 c.p., invece, sussiste un rapporto di natura contrattuale da cui deriva tale obbligo.

Aldilà delle ipotesi di responsabilità per dolo, che risultano in generale essere difficilmente riscontrabili nella realtà, giova soffermarsi maggiormente sulla responsabilità a titolo di colpa anche alla luce dei citati contrasti giurisprudenziali.

Come si vedrà meglio nel prosieguo, la configurabilità di una responsabilità omissiva colposa dello psichiatra richiede un accertamento rigoroso circa l'esistenza di un nesso di causalità ex art. 40 cpv. c.p. fra le condotte colpose del medico e l'evento lesivo arrecato a terzi dal malato di mente, nel caso in cui questi abbia tenuto comportamenti etero-aggressivi, o sul paziente stesso, nel caso di comportamenti autolesionistici di quest'ultimo. Quindi, per giungere ad una pronuncia di responsabilità, si richiede un errore del sanitario, connotato dalla negligenza, imprudenza, imperizia e la derivazione causale di una condotta autolesionista o eterolesionista del suo paziente da questo errore, il tutto previo accertamento della sussistenza in capo al predetto medico di una posizione di garanzia.

Per affrontare il problema è necessario, preliminarmente, chiedersi se lo psichiatra possa essere considerato responsabile per l'omesso impedimento degli insani gesti compiuti dal paziente, nonché degli eventuali atti illeciti commessi da terzi nei confronti dello stesso. La risposta a tale quesito va cercata nella disposizione che disciplina il reato omissivo improprio: l'art. 40, secondo comma del codice penale, il quale richiede, perché

operi l'equiparazione tra il cagionare e l'omettere, che l'impedimento dell'evento nasca da un obbligo giuridico.

Dunque, quella che spesso viene contestata allo psichiatra è una responsabilità colposa per omesso impedimento dell'evento *ex art. 40 cpv. c.p.*, malgrado i dubbi evidenziati, è tuttavia possibile indicare quali siano i cardini della responsabilità dello psichiatra, al fine di rendere più facile anche il suo accertamento penale, avvertendo, però, che i temi verranno in questa sede solo accennati per essere trattati più diffusamente nel corso del presente lavoro.

Come noto, la responsabilità ai sensi dell'art. 40 cpv. deve trovare le basi in un rigoroso accertamento di questi tre distinti profili giuridici: 1) l'esistenza di una posizione di garanzia in capo allo psichiatra; 2) l'esistenza di profili di colpa nella sua condotta omissiva; 3) il nesso di causalità tra la condotta omessa e l'evento che si aveva l'obbligo di impedire ⁷⁹.

Si tratta, come è evidente, degli elementi costitutivi di qualsiasi reato omissivo, eppure, in ambito psichiatrico, spesso le parti ed anche i giudici tendono a sovrapporre i suddetti concetti: ad esempio la Corte di cassazione, con la sentenza del 5 maggio 1987, confondendo concettualmente la posizione di garanzia dello psichiatra ed il nesso di causalità tra omissione ed evento, ha ritenuto che nel caso di specie fosse assente il nesso di causalità poiché, a seguito della riforma c.d. Basaglia, non incombeva più al solo psichiatra, ma ormai a qualsiasi medico, l'obbligo di intervenire richiedendo il ricovero coatto del malato di mente, e quindi era incerto stabilire se l'imputato psichiatra avesse l'obbligo di avanzare la proposta di T.S.O. .

Tutti e tre i profili giuridici comportano delle delicate scelte in diritto, su cui ci si concentrerà nel prosieguo della trattazione, nonché dei difficili accertamenti in fatto.

Come detto in precedenza, il medico curante, sia esso psichiatra, sia esso medico generico, ha l'obbligo giuridico, nascente dal rapporto professionale che si è instaurato, di curare la malattia del paziente con tutti gli strumenti che l'ordinamento gli mette a disposizione. L'obbligo di curare nel miglior modo possibile la malattia mentale, ha in sé a maggior ragione l'obbligo di salvaguardare il paziente dal rischio di condotte autolesive della sua vita e incolumità fisica, nonché anche quella di terze persone che possono essere aggredite a causa della degenerazione della malattia psichiatrica. Si può osservare che, a ben considerare, *“una corretta - e logica - accezione della funzione pur essenzialmente terapeutica - quale quella oggi generalmente postulata quale ordinaria ed istituzionale - della medicina psichiatrica, vede necessariamente intrecciati il profilo della cura e quello della vigilanza: in sintesi, il gesto aggressivo del malato di mente è un'estrinsecazione, o comunque una conseguenza, della patologia da cui è affetto, e, dunque, quando la malattia possa, in*

⁷⁹ Si materia si veda diffusamente, Fiandaca G. – Musco E. tra gli altri, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2015.

*determinate sue fasi, prevedibilmente evitare in tali manifestazioni, essa, evidentemente, va adeguatamente presidiata con gli opportuni rimedi perché queste non si verifichino”*⁸⁰.

È abbastanza evidente che fuori dal T.S.O., lo psichiatra (al pari di ogni altro medico) non ha poteri coercitivi, salvo il caso di intervento in stato di necessità scriminato *ex art.* 54 c.p. Quello che l'ordinamento chiede allo psichiatra coscienzioso è di ridurre al massimo il rischio di eventi lesivi per sé e per altri, attivandosi con gli strumenti terapeutici che ha a disposizione e con accorgimenti di vario genere, ispirati al comune canone di prudenza e diligenza. Ora, se si ha in cura una persona che presenta un concreto pericolo di suicidio, la posizione di garanzia comporta l'obbligo giuridico di apprestare delle cautele aggiuntive, tra cui a mero titolo di esempio nel caso di ricovero volontario: invitare il personale infermieristico alla massima sorveglianza; collocare il malato in stanze poste al piano terra oppure con finestre protette da inferriate; fornirgli delle posate e bicchieri ed altri oggetti in plastica, anziché in vetro o in metallo; controllare che i pazienti non abbiano a disposizione corde o lacci idonei all'impiccagione.

Inoltre, nel caso in cui il paziente voglia uscire dalla struttura, lo psichiatra dovrà mettere a disposizione del personale qualificato ed informato che lo possa accompagnare; mentre fuori dai casi di ricovero, prendere iniziative per coinvolgere i familiari e renderli edotti dei rischi che si possono presentare, nonché sollecitarli a controllare che la cura farmacologica sia osservata dal familiare⁸¹.

Nei paragrafi successivi, si vedrà come si è pronunciata la giurisprudenza in merito.

Invece, con riferimento alla colpa, appare oggetto di contrasti giuridici l'affermazione che “[...] *ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione ex ante dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione*”⁸².

⁸⁰ Negli stessi termini la nota Iadecola g., in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1150, il quale ha aggiunto: “A tale stregua si vede bene che il controllo della “auto” ed “etero” aggressività può rappresentare un aspetto o un'implicazione della stessa prestazione terapeutica che il medico è chiamato a rendere al paziente psichiatrico: per cui non preoccuparsi di esso significherebbe violare lo stesso obbligo di adeguatezza della cura [...]. La tutela della salute mentale del malato reca quindi come implicita la stessa protezione della salute fisica dello stesso. Alla luce di tali complessive e rapide considerazioni, può fondatamente assumersi che la c.d. posizione di garanzia del medico psichiatra sia pur sempre fonte non solo di doveri terapeutici, ma anche di obblighi di necessaria sorveglianza del malato in tutti i casi in cui le condizioni di questi ne manifestino uno stato di pericolosità, che lasci concretamente prefigurare gesti inconsulti”.

⁸¹ Non va però omissis che a volte la posizione di garanzia si può trasferire da un soggetto all'altro (si pensi al susseguirsi di diversi medici di guardia nell'arco della giornata), con notevoli problemi di individuazione, al momento dell'evento, del vero destinatario dell'obbligo giuridico di protezione. Si veda in proposito il paragrafo 2.5.

⁸² Si veda, in tal senso Sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, c. 36; negli stessi termini anche App. Milano, 28 gennaio 1980, Orefice, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1558 ss., con nota di Forti; contra però App. Torino, 18 ottobre 1996, Rigolet, *ivi*, 1999, p. 711 ss., con nota di L. Fornari, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: «passi avanti» della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*.

È quindi ancora incerto se sia sufficiente la prevedibilità di un evento di genere (ad esempio il suicidio), oppure se sia necessaria la previsione dell'intero e specifico decorso causale che si è verificato in concreto.

L'applicazione di tali principi alla psichiatria appare ulteriormente problematica per via della stessa incertezza di questa scienza, come detto, priva di criteri oggettivi volti a prevedere eventuali azioni dannose del paziente verso se stesso o verso altri. Pertanto, al fine dell'attribuzione allo psichiatra dell'evento aggressivo commesso dal paziente, occorrerà considerare che la difficoltà di valutazione circa la pericolosità etero-lesiva e autolesiva di quest'ultimo è una diretta conseguenza della già descritta incertezza della scienza psichiatrica, che si trova ad agire in un sostrato di *“componenti biologiche, organico-costituzionali dell'individuo che a loro volta si riflettono su quelle psicologico-psicodinamiche, le quali si integrano con quelle sociali-ambientali”*⁸³.

Quanto, infine, al nesso di causalità va tenuto conto che, mentre nei reati commissivi si ha un nesso di derivazione reale e concreto fra l'azione ed il risultato dannoso, in quelli omissivi, mancando la fisicità propria dell'azione che consente l'immediata valutazione del rapporto causa-effetto, occorre compiere un giudizio ipotetico-prognostico per verificare se l'eventuale compimento dell'azione doverosa omessa, avrebbe potuto impedire l'evento lesivo. In quest'ultimo caso, si parla di causalità ipotetica o normativa e quindi non di un reale rapporto causale ma di un suo equivalente, al fine di imputare il fatto antigiuridico al soggetto che aveva l'obbligo giuridico di impedirlo.

Nello svolgimento del predetto giudizio prognostico, l'organo giudicante dovrà compiere una duplice indagine: dapprima verificando la possibilità effettiva di compimento da parte dell'agente dell'azione in concreto omessa, e chiedendosi poi se l'evento dannoso si sarebbe egualmente realizzato, qualora l'azione fosse stata compiuta.

Ci vengono in aiuto in questa fase le Sezioni Unite della Cassazione che, nel 2002, nella nota sentenza Franzese, hanno composto il contrasto; con particolare riferimento proprio alle omissioni colpose nell'ambito medico chirurgico, hanno affrontato il problema se, la responsabilità del medico, dovesse affermarsi solo quando la realizzazione del comportamento dovuto ed omesso avrebbe impedito l'evento con elevato grado di

⁸³ In tal senso, Maspero M., *Mancata previsione di un evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un fuzzy set o rilevazione di un ossimoro*, nota a Trib. Como, 13 novembre 2000, Guida, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 923. Secondo la dottrina psichiatrica, l'omicidio compiuto dallo schizofrenico non è molto frequente, ma spesso è dovuto ad un impulso improvviso e imprevedibile, si veda anche Fiandaca G., *Problemi e limiti*, cit., p. 114; inoltre, pur essendo frequente che la persona con disturbi psichici manifesti propositi criminosi nei confronti di altri o comunque esprima il proposito di tenere comportamenti antigiuridici, si ritiene, tuttavia, che ciò non sia appannaggio esclusivo del malato di mente, ma possa caratterizzare qualunque consociato. La conseguenza di queste considerazioni è che lo psichiatra non sarà tenuto ad adottare provvedimenti impedienti di fatti dannosi ogniqualevolta si trovi di fronte un malato di mente perché, ciò oltre ad attivare procedure complesse e ad avere dei costi per la società, rischia di esser inutile a fronte dei c.d. «falsi allarmi», così Manacorda A., *Responsabilità dello psichiatra per fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, nota a Sez. IV, 5 maggio 1987, in *Foro. it.*, 1988, II, c. 118.

probabilità “vicino alla certezza” (e cioè con una percentuale quasi prossima al cento) oppure fosse sufficiente una “seria ed apprezzabile probabilità di successo”.

Nel propendere per la prima soluzione, le Sezioni unite affermano che, esclusa l'interferenza di fattori alternativi, la condotta omissiva del medico è condizione necessaria dell'evento lesivo se, alla stregua della scienza medica e del cosiddetto giudizio controfattuale, risulta, aver prodotto l'evento lesivo con un elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica ⁸⁴.

In definitiva, si può evidenziare che, nonostante la necessità che ricorrano tutti e tre i presupposti giuridici su esposti, con le difficoltà del loro accertamento anche in concreto, dovrebbe rendere poco probabile la possibilità di una condanna dello psichiatra per omicidio colposo relativamente a fatti etero o autolesivi commessi dal suo paziente, la posizione dello psichiatra all'interno dell'ordinamento giuridico non può essere peggiore rispetto a quella degli altri medici, i quali tutti sono chiamati a sempre maggiori doveri professionali di aggiornamento scientifico e di specializzazione, in ragione della progressiva complessità della scienza medica ed in generale della società moderna, ma ai quali è quantomeno doveroso assicurare lo stesso rigore processuale che viene assicurato nei tribunali a qualsiasi altro imputato ⁸⁵.

2.4. Responsabilità omissiva e posizione di garanzia

In virtù della descritta difficoltà di accertare in concreto la responsabilità penale dello psichiatra, è opportuno verificare come si è atteggiata la giurisprudenza in materia, soprattutto con riferimento all'aspetto omissivo di tal responsabilità.

Nel periodo antecedente alla legge Basaglia, le sentenze edite sul tema della responsabilità colposa del medico psichiatra non sono state molte, probabilmente a causa del sistema custodialistico previgente che, imponendo il ricovero coatto al semplice verificarsi della malattia, impediva di fatto l'insorgere del pericolo di atti autolesivi o eterolesivi da parte del disturbato mentale o comunque portava facilmente a pronunce assolutorie

⁸⁴ Si veda SS. UU., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 1599 ss. La famosa sentenza esclude la possibilità di ricorrere all'aumento del rischio come standard di riferimento nell'accertamento del nesso causale e quindi, afferma che non è consentito dedurre automaticamente l'esistenza di tale nesso dalle leggi statistiche, poiché il giudice deve verificarne l'esistenza in concreto sulla base delle circostanze del fatto; nel caso in cui si sia così riscontrata la contraddittorietà o l'incertezza del rapporto di derivazione causale, prevede l'esito assolutorio del giudizio.

⁸⁵ Nella società odierna, il rischio della criminalizzazione dell'attività medica è che i sanitari reagiscano con la cosiddetta medicina difensiva, ovvero rifuggano dall'assumersi responsabilità terapeutiche, proprio ad esempio nei casi più complicati e di incerto esito, per paura di future azioni penali e civili nei loro confronti. Quanto specificatamente agli psichiatri il rischio di atteggiamenti “difensivi”. In tal senso, potrebbe manifestarsi nell'abusare del T.S.O. per avvalersi dei poteri custodiali in esso permanenti, così tradendo lo spirito della riforma c.d. Basaglia che come detto considera tale scelta quale *extrema ratio*.

nei confronti dello psichiatra per aver egli rispettato gli obblighi di protezione connessi alla sua posizione di garanzia, rappresentati dall'aver sottoposto il paziente ad una custodia intramuraria.

L'eliminazione del dovere giuridico di custodia del malato mentale e del relativo obbligo dello psichiatra di impedirne gli eventi lesivi si è verificata gradualmente, già qualche anno prima della citata riforma del 1978.

In particolare, la Corte d'appello ⁸⁶, in merito al suicidio di un ricoverato in un ospedale psichiatrico, aveva tralasciato l'aspetto del dovere di custodia per orientarsi esclusivamente sul piano della colpa professionale: precisamente, la Corte citata aveva escluso la sussistenza della responsabilità colposa dei medici psichiatri e di un infermiere del predetto ospedale perché “*avvenuta al di fuori dell'attendibile prevedibilità in relazione alle condizioni dell'ambiente e del paziente quali erano note ai medici*”. In particolare, il Giudice assimilava la mancata previsione dell'evento lesivo da parte dei predetti medici ad un errore scusabile, poiché da parte loro non vi era stata alcuna violazione di regole dell'arte medica, ma una semplice valutazione discrezionale e giungeva così ad escludere la sussistenza della colpa grave e della conseguente responsabilità penale.

Detta sentenza rispecchiava fedelmente l'impostazione generale della giurisprudenza dell'epoca che configurava la responsabilità medica nel solo caso della colpa grave applicando al campo penale l'art. 2236 del codice civile e propendendo, così, per una valutazione più comprensiva del comportamento del sanitario, per il quale era sempre possibile l'errore di apprezzamento; su questo assunto, plasmava la prevedibilità quale elemento discriminante tra la responsabilità penale e la sua assenza, non senza tenere in debita considerazione la peculiarità della scienza psichiatrica, di cui, come detto, la recente origine la rendeva e la rende a tutt'oggi, oggetto di continua evoluzione e quindi priva di certezze. Il ragionamento delle Corti veniva, tuttavia, criticato dalla dottrina, per la quale sarebbe stato più utile approfondire la tematica del nesso causale che, da sola avrebbe risolto la questione dell'imputazione dell'omicidio al personale medico, piuttosto che concentrarsi esclusivamente sul nesso psicologico, inteso quale prevedibilità dell'evento ⁸⁷.

Nelle diverse pronunce giurisprudenziali successive sull'argomento, è opportuno distinguere a seconda che si riferiscano a condotte eterolesive o autolesive del paziente.

Cominciando dalle prime, occorre citare l'opposto orientamento espresso dalla suprema Corte e dalla Corte d'appello di Perugia in ordine allo stesso caso di responsabilità di uno psichiatra per l'omicidio commesso dal suo paziente. Nel caso di specie, il comportamento contestato all'imputato era la mancata adozione di misure impeditive di atti aggressivi da parte del disturbato mentale, cosicché la successiva verifica dell'evento lesivo aveva determinato in capo allo psichiatra, l'imputazione di omicidio colposo per omesso impedimento dell'azione lesiva stessa, che aveva l'obbligo giuridico di impedire. Al riguardo, il caso Bondioli⁸⁸ (riformando la decisione della Corte d'appello di Perugia), ha escluso siffatta responsabilità affermando l'insussistenza del

⁸⁶ Si tratta di Corte di App. Bologna, 1° luglio 1975, Cotti, in *Riv. pen.*, 1977, p. 407.

⁸⁷ Si veda Melchionda V., nota ad App. Bologna, 1° luglio 1975, in *Crit. pen.*, 1977, p. 68 ss.

⁸⁸ La sentenza della Cass. Pen, Sez. IV, 5 maggio 1987, Bondioli, rinvenibile in *Foro it.*, 1988, II, c. 107 ss., con nota di Fianadaca G., *Problemi e limiti, cit.*, p. 109.

nesso di causalità fra la condotta omissiva e l'evento, stante l'impossibilità di ravvisare in modo certo una responsabilità in capo allo psichiatra, libero professionista, per via dell'incertezza della dizione legislativa che, con riferimento al soggetto chiamato ad attivare la procedura del T.S.O., parla genericamente di “*medico*” e non di “*medico specializzato in psichiatria*”.

In realtà, la Corte ha espresso dubbi sulla sussistenza di una posizione di garanzia in capo al predetto sanitario, che, come più volte detto, è il presupposto essenziale della responsabilità per omesso impedimento dell'evento. In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che “*mentre è evidente l'atto dovuto di convalida del sanitario della struttura pubblica e quello (positivo o negativo) motivato dal sindaco, l'evidenza sfuma nel vago e nell'indefinito quando si tratta dell'iniziale proposta motivata di un medico*”⁸⁹.

In realtà, come abbondantemente chiarito, la dottrina maggioritaria, sul punto, è giunta a conclusioni differenti da quelle della Cassazione, ritenendo configurabile in capo allo psichiatra una posizione di garanzia avente ad oggetto obblighi di intervento finalizzati alla tutela della salute individuale (e collettiva).

La dottrina ha altresì evidenziato la confusione della suprema Corte in ordine ai due piani della fattispecie, quello della titolarità della posizione di garanzia e quello della causalità, perché l'esclusione della prima, secondo i giudici, era valsa ad escludere la seconda. In realtà, si è sostenuto che la valutazione prognostica delle conseguenze derivanti dal compimento dell'azione omessa, nella specie la proposta di T.S.O. avrebbe probabilmente escluso in ogni caso il nesso causale. Infatti, la suddetta proposta, stante il complesso *iter* procedurale necessario per l'attivazione del T.S.O. (consistente, come si è visto nel primo capitolo, nella proposta del medico, da convalidarsi ad opera di un altro medico dell'allora U.S.L., l'ordinanza sindacale da emettersi nelle successive 48 ore, la comunicazione al giudice tutelare), forse non sarebbe stata sufficiente ad impedire l'evento verificatosi solo due giorni dopo la richiesta di ricovero coatto da parte dei familiari.

Nel caso Bondioli, con la quale i giudici affermarono la responsabilità per omicidio colposo dello psichiatra per l'omicidio commesso dal suo paziente, è giunta a delle conclusioni diametralmente opposte. La Corte era giunta ad una pronuncia di responsabilità, evidenziando che la riforma del 1978, pur senza aver posto in capo solo allo psichiatra lo specifico obbligo di attivare il procedimento di ricovero coatto, lasciava tuttavia permanere in capo a lui i generali doveri cautelari, consistenti nel dovere giuridico di assicurare un'effettiva difesa della salute mentale del soggetto affidato alle sue cure, attivandosi nei suoi confronti con diligenza, prudenza, perizia, quantomeno visitandolo o prescrivendogli farmaci adeguati, o proponendo se necessario il T.S.O. ed accertandosi che le prescrizioni non fossero disattese.

Molto di recente nel caso giurisprudenziale Pozzi⁹⁰, si è riaffermata la responsabilità per omicidio colposo dello psichiatra, per non aver impedito che il paziente affetto da grave schizofrenia di tipo paranoide,

⁸⁹ Secondo la sentenza citata il fatto che nella legge non sia specificato quale medico debba avanzare la proposta, significherebbe che la proposta può essere avanzata da qualsiasi sanitario: diverrebbe così difficile accertare la responsabilità o meno di un medico che rifiuti di compilare la proposta.

⁹⁰ Tribunale di Bologna, 25 novembre 2005, caso Pozzi.

uccidesse un educatore della struttura residenziale dove era ricoverato, e ciò avendo il sanitario errato nel ridurre la terapia farmacologica di contenimento e non avendo disposto tempestivamente un T.S.O., a fronte di chiari segni di scompenso del paziente.

Per quanto concerne la responsabilità dello psichiatra per i gesti autolesivi del suo paziente, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato molteplici condotte attive e/o omissive fonti di responsabilità, tra le quali annoverano: le deficienze o gli errori di diagnosi iniziali, la realizzazione di trattamenti sanitari inadatti o eseguiti in maniera scorretta, la mancata predisposizione di misure preventive contro gli atti di autolesionismo, l'intempestiva cessazione delle cure, il mancato coinvolgimento dei familiari o delle persone significative per il paziente e la mancata informazione a questi soggetti circa le effettive condizioni del malato, infine la scarsa educazione sanitaria, necessaria per la creazione di un rapporto terapeutico più efficace, onde evitare imprudenze ed imperizie.⁹¹

Quanto alla posizione di garanzia, si evidenzia sul fronte assolutorio la pronuncia Rini⁹², che ha escluso la responsabilità dei medici, degli infermieri e del direttore del servizio interdipartimentale di salute mentale per aver omesso di predisporre misure atte ad impedire i ripetuti suicidi di pazienti nel reparto di psichiatria, per la diversa considerazione della malattia mentale operata dalla l. n. 180 del 1978 e l'eliminazione dell'obbligo di custodia del malato sottoposto al trattamento sanitario volontario, in senso conforme ai principi della riforma Basaglia.

Allo stesso modo, più di recente, la sentenza Bertuzzi⁹³, la quale partendo dal tramonto dei compiti di custodia sui malati di mente e dall'abolizione delle fattispecie contravvenzionali che ne erano alla base, previste dagli artt. 714 c.p. e seguenti, ha escluso la sussistenza in capo allo psichiatra di una posizione di garanzia con funzione meramente neutralizzatrice del pericolo di atti autolesionistici o suicidari da parte del paziente, dovendo egli, invece, limitarsi a valutare la portata terapeutica del T.S.O. eventualmente disposto.

In particolare, secondo il Giudice, l'assenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento, accompagnata dall'imprevedibilità del gesto suicidario era valsa ad “*interrompere il rapporto di causalità con il contestato pregiudiziale mancato ricovero*” e, quindi, ad imporre la pronuncia assolutoria.

In riferimento invece alla colpa dell'operatore psichiatra la giurisprudenza si è pronunciata in modo discordante.^{94, 95.}

⁹¹ Per la dottrina cfr.: Jourdan S. – Fornari U., *La responsabilità del medico in psichiatria*, op. cit., p. 80.

⁹² La sentenza del Tribunale di Brindisi, 5 ottobre 1989, Rini è rinvenibile in *Foro it.*, 1990, II, c. 273.

⁹³ La sentenza Tribunale di Trento, 29 luglio 2002, Bertuzzi è rinvenibile in *Giur. merito*, 2002, p. 346 ss.

⁹⁴ Le sentenze della Corte d'appello di Cagliari, 9 aprile 1991, Scamonatti, e sullo stesso caso in precedenza del Tribunale di Cagliari, 21 novembre 1989 sono rinvenibile *Riv. giur. sarda*, 1992, p. 158 ss., con nota di Usai, *Cenni sulla responsabilità penale del medico psichiatra*.

⁹⁵ La sentenza del Tribunale di Spoleto, 8 giugno 1987, Franzese è rinvenibile in *Riv. pen.*, 1987, p. 961 ss.

La Corte d'appello di Cagliari, riformando la sentenza di condanna di primo grado del tribunale cagliaritano, ha assolto uno psichiatra imputato di omicidio colposo per aver omesso di approntare le idonee cautele nei confronti del malato di mente che si era gettato dal secondo piano della clinica dove era ricoverato, ritenendo di non ravvisare in capo al sanitario la colpa grave per non aver egli previsto l'evento suicidario.

Con un ragionamento molto simile, il tribunale di Spoleto ha affermato che, ai fini di una condanna per imperizia (precisamente per errore di diagnosi sul vizio di mente del paziente, che era stato erroneamente dimesso dal ricovero e poi si era suicidato), sarebbe stato necessario accertare una colpa grave del sanitario che effettuò la diagnosi, escludendo nel caso di specie tale requisito.

Si deve però evidenziare il superamento nella giurisprudenza più recente della concezione che configurava la responsabilità del medico nel caso di imperizia solo ove si ravvisasse una colpa grave; com'è noto, infatti, la giurisprudenza maggioritaria⁹⁶ ha poi affermato che l'accertamento di questa in capo al sanitario deve essere svolto mediante i criteri previsti dall'art. 43 c.p. e non certo ricorrendo ai dettami civilistici dell'art. 2236 c.c., proprio per l'autonomia assunta dall'elemento soggettivo colposo nel diritto penale, ove la graduazione non rileva ai fini della sussistenza dell'elemento psicologico del reato, ma solo *quoad poenam*.

In senso contrario fu invece la pronuncia March⁹⁷, che ha affermato la penale responsabilità del medico, a titolo di omicidio colposo, per non aver ordinato il ricovero di un malato di mente, poi suicidatosi, riscontrando un errore di diagnosi (nel caso di specie era stato diagnosticato un mero stato di ansia anziché una grave sindrome depressiva) determinato da imprudenza ed imperizia grave, e ciò nonostante le richieste di lui e dei suoi familiari e la conoscenza di un precedente tentativo di suicidio dello stesso.

In tema, infine, di nesso di causalità si segnala, il caso Mura⁹⁸, che ha escluso la responsabilità di due medici responsabili di una struttura psichiatrica per aver concesso di uscire da solo ad un paziente che, all'esterno, si era tolto la vita. La sentenza si è basata sull'insussistenza del nesso di causalità, ravvisata nel fatto che neppure un provvedimento di sospensione del permesso di uscire avrebbe potuto escludere in astratto l'evento suicidario, neppure se attuato con modalità anche differenti rispetto a quelle che si verificarono in concreto. La particolarità di questa costruzione, ha rilevato la dottrina, risiede proprio nel secondo polo del nesso causale, identificato "*non già nell'evento suicidario così come si è concretamente verificato nel caso di specie, bensì nel tipo di evento (evento c.d. astratto o di genere)*"⁹⁹, che il paziente avrebbe potuto realizzare anche in assenza di condotte omissive dei medici.

⁹⁶ Si tratta di Sez. IV, 11 febbraio 1998, Azzimi, in C.E.D. Cass., n. 210351; Sez. IV, 14 settembre 1991, Navone, *ivi*, n. 188199. In senso contrario però vedi: Sez. II, 24 novembre 1994, Leone, in C.E.D. Cass., n. 199757.

⁹⁷ La sentenza di condanna del Tribunale di Bolzano, 19 febbraio 1984, March è rinvenibile in *Giur. merito*, 1985, II, p. 681 ss.

⁹⁸ La sentenza è del Tribunale di Ravenna, 29 settembre 2003, Mura ed è rinvenibile in *Foro it.*, 2004, II, c. 566.

⁹⁹ Si veda l'opera di Sara G. – Pezzetto S., *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla l. n. 180 del 1978*, in *Cass. pen.*, fasc.10, 2006, pag. 3429B

Da alcune recenti decisioni traspare, invece, il tentativo di restaurare in un certo senso il sistema custodialistico di sorveglianza del malato di mente, vigente ante riforma, per evitare il pericolo di azioni autosoppressive. È in tale direzione la giurisprudenza nel caso Guida¹⁰⁰, affermando la responsabilità per omicidio colposo dello psichiatra che, dopo aver disposto il ricovero volontario di una paziente, aveva autorizzato la sua uscita dalla clinica accompagnata da un'assistente volontaria, priva di adeguata informazione circa i pregressi tentativi di suicidio della ricoverata e priva della necessaria preparazione per prevenire tali tendenze, dato che, durante la predetta uscita, la paziente *de qua* si era poi suicidata. Precisamente, il tribunale ha formato il proprio convincimento in primo luogo sostenendo la violazione di un generico dovere di sorveglianza da parte del medico del reparto psichiatrico, perché la paziente si era trovata in uno stato di diminuita custodia, e poi ritenendo configurato il nesso di causalità normativa tra l'omissione e l'evento, perché nella stessa patologia sofferta dalla vittima era insita una probabilità di gesti autolesivi, prevedibili e prevenibili secondo il criterio della probabilità in concreto.

Tale conclusione, se pur criticata dalla dottrina¹⁰¹, ha trovato conferma in una pronuncia della Corte di cassazione¹⁰², nella quale sono stati ravvisati i principi cardine alla base dell'imputazione penale e precisamente: la configurabilità di un dovere di sorveglianza in capo allo psichiatra anche al di fuori del T.S.O., l'accertamento del nesso causale in base al criterio dell'aumento del rischio e l'esclusione del principio di affidamento.

Questa decisione ha operato una svolta nell'approccio al problema della responsabilità dell'operatore di salute mentale. Infatti, mentre nelle precedenti pronunce di merito la responsabilità penale si ricollegava alla sussistenza di un obbligo di sorveglianza in capo allo psichiatra e, a tal fine, si distingueva fra trattamenti sanitari obbligatori e volontari (T.S.O. e T.S.V.), dato che il predetto obbligo veniva individuato solo nel primo caso, nella sentenza della suprema Corte la responsabilità penale è stata ravvisata nella superficialità delle modalità di affidamento della paziente alla accompagnatrice, negandosi qualsivoglia rilievo al tipo di trattamento sanitario applicato in concreto.

Così, il fatto che nel caso di specie la paziente fosse sottoposta ad un T.S.V. (trattamento sanitario volontario), non ha escluso l'addebito penale in capo al medico, perché il collegio ne ha affermato la responsabilità a prescindere dal tipo di trattamento svolto, sulla base della sola mancata informazione dell'assistente-volontaria circa le reali condizioni della paziente sottoposta a trattamento. La conclusione espressa dalla suprema Corte, come è stato evidenziato dalla dottrina¹⁰³, ha una contraddizione nella motivazione, perché mentre ha negato

¹⁰⁰ Tribunale di Como, 13 novembre 2000, Guida

¹⁰¹ Si veda Maspero M., *Mancata previsione di un evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un fuzzy set o rilevazione di un ossimoro?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 913 ss.

¹⁰² Si tratta della sentenza della Cass. pen. 6 novembre 2003, Guida, fasc.10, 2006, pag. 3429B 2004, p. 2854 ss.

¹⁰³ Ancora Zanchetti M., *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, cit., p. 2865.

da un lato l'esistenza di un obbligo per lo psichiatra di trattenere la paziente presso il luogo di cura ove questa si era volontariamente sottoposta al trattamento sanitario, ha affermato nel contempo l'esistenza in capo al predetto medico di un obbligo di custodia e sorveglianza al di fuori dalla clinica, inteso come un "*dovere di controllare in libertà la paziente - nel senso che - il medico avrebbe il dovere giuridico di permettere al paziente di esporsi ad un maggiore rischio suicidario, lasciandolo uscire dalla clinica, ma poi resterebbe responsabile dell'evento lesivo se non riuscisse ad evitare questo evento con altri mezzi, diversi dal divieto di uscire*"¹⁰⁴.

Il criterio seguito dalla Corte di cassazione per giungere ad un giudizio di responsabilità relativamente all'accertamento del nesso causale, è stato quello dell'aumento del rischio, individuato nell'aver consentito alla ricoverata di uscire dalla clinica, per di più accompagnata da un'assistente non informata sui precedenti tentativi di suicidio e quindi non preparata per affrontarli. Si tratta di una soluzione che non va esente da critiche soprattutto alla luce di quanto hanno affermato le Sezioni unite con la nota sentenza Franzese¹⁰⁵, che, come visto, ha chiaramente rigettato il criterio *de quo*, quale parametro nell'accertamento del nesso causale. Infine, la Corte ha sostenuto l'inutilizzabilità del principio di affidamento per dichiarare esente da responsabilità il medico-psichiatra. La correttezza di questo assunto emerge dalla natura e dallo stesso ambito di operatività del principio di affidamento, secondo cui "*ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta viene in questione*".

Tale principio, che a talune condizioni, consente nei reati colposi di escludere la responsabilità di un soggetto per un evento dannoso, non può essere invocato dal titolare di una posizione di garanzia, a meno che l'evento sia riconducibile alla condotta di un altro soggetto con la medesima funzione di garante, e non può utilizzarsi nel caso in cui l'altrui condotta s'innesti sull'inosservanza di regole cautelari da parte di chi invoca detto

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ Si veda, in tal senso SS. UU., 10 luglio 2002, n. 27, Franzese, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 1599 ss. e p. 1611 per la parte relativa all'esclusione del ricorso al criterio dell'aumento del rischio come standard di riferimento nell'accertamento del nesso causale. Per la critica espressa dalla dottrina cfr. in particolare: Zanchetti m., *op. cit.*, p. 2869, e Maspero M., *op. cit.*, p. 935, secondo i quali il ricorso all'aumento del rischio non consente di capire se, senza l'omissione dell'azione dovuta, l'evento si sarebbe verificato ugualmente. In particolare, secondo questa critica l'erronea soluzione contenuta nella pronuncia del 2003, non sarebbe altro che il risultato della confusione tra i criteri della prevedibilità ed evitabilità, che si riferiscono alla colpa, e quelli per l'accertamento del nesso di causalità tra condotta ed evento. In tal senso, sostengono questi autori, la suprema Corte avrebbe dovuto partire dall'accertamento del nesso causale per poi valutare la sussistenza di una posizione di garanzia, in capo allo psichiatra, ed infine accertare se vi fosse stata la violazione di una regola cautelare e, quindi, se l'evento sarebbe stato prevedibile alla luce del rispetto di tale regola.

principio, oppure laddove l'altrui condotta imprudente, abbia la sua causa proprio nel non rispetto delle regole precauzionali da parte di chi vuole l'operatività del principio di affidamento¹⁰⁶.

Alla luce di tali considerazioni, la possibilità per lo psichiatra di invocare il principio di affidamento e, quindi, di andare esente da responsabilità dipenderanno esclusivamente dalla configurabilità o meno in capo a lui di una posizione di garanzia.

Nel primo caso, che è conforme alla decisione della suprema Corte, lo psichiatra non potrà invocare il principio suddetto perché, pur condividendo una posizione di garanzia con l'accompagnatrice, la condotta imprudente di quest'ultima s'innesta proprio sull'iniziale mancata informazione del medico che, pertanto, rimarrà responsabile per il suicidio della paziente; nel secondo, l'insussistenza della posizione di garanzia, lascerebbe spazio all'adozione del suddetto principio, eccezion fatta per il caso in cui le circostanze della situazione concreta forniscano all'affidante degli “*indizi precisi*”¹⁰⁷ e quindi gli rendano riconoscibile la verifica dell'evento che si voleva evitare.

A distanza di pochi anni, la¹⁰⁸ la Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente sulla responsabilità dello psichiatra, sembrando in essa esprimere un maggior rispetto verso i principi ispiratori della riforma c.d. Basaglia.

Pur trattandosi di casi diversi, perché nel primo si faceva riferimento ad un suicidio in luogo esterno alla clinica da parte di una paziente ricoveratasi volontariamente mentre, nel secondo, la fattispecie concreta verteva su un suicidio interno alla casa di cura di un malato sottoposto a T.S.O. (e, in quel caso, l'obbligatorietà traeva la sua ratio dall'urgenza terapeutica e dal rifiuto di cure da parte del paziente stesso), si possono trarre alcune importanti conclusioni dal confronto delle due pronunce.

Infatti, mentre nel 2003 la Corte suprema ha riaffermato la posizione di garanzia anche nei casi di T.S.V., superando, quindi le impostazioni che operavano un distinguo a seconda che il trattamento fosse obbligatorio o volontario, nel 2005 ha invece ritenuto di limitare gli obblighi di custodia del medico psichiatra ai soli casi di sottoposizione a T.S.O., “*in quanto l'art. 34 comma 4 l. n. 833 del 1978 stabilisce le condizioni in presenza delle quali è consentito il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale*” che, configurandosi quale extrema ratio rispetto al principio di libertà delle cure e quindi alla volontarietà di queste, viene predisposto solo ove sussistano “[...] *alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici che non vengano*

¹⁰⁶ Si veda Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997, p. 160 ss.; per la giurisprudenza relativa all'inapplicabilità del principio di affidamento ove colui che si affida sia in colpa si veda: Sez. IV, 26 maggio 1999, Cattaneo, in *Guida dir.*, 2004, n. 12, p. 59. Per un commento al caso in esame, si veda Amato G, *Sul sanitario grava un dovere di sorveglianza anche in assenza del trattamento sanitario obbligatorio*, *ivi*, p. 57 ss.

¹⁰⁷ Ancora Mantovani M., *op. cit.*

¹⁰⁸ La sentenza Cass. Pen, Sez. IV, Sent. del 12 aprile 2005, Lattanzi è rinvenibile in *Guida dir.*, 2005, n. 41, p. 89 ss., con nota di Galdieri, *In caso di trattamento volontario non può sorgere obbligo di custodia*.

accettati dall'infermo e non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive misure sanitarie extraospedaliere”.

Diversamente non potrà concretarsi alcun obbligo di custodia in capo allo psichiatra, qualora il disturbato psichico accetti volontariamente di sottoporsi al trattamento sanitario poiché in tal caso non sarà suscettibile di coercizione alcuna.

Per un caso, invece, di responsabilità colposa per condotta commissiva dello psichiatra si può analizzare la recente sentenza¹⁰⁹, relativa all'imputazione della responsabilità per omicidio colposo in capo al medico psichiatra, che rilasciò ad un soggetto affetto da grave patologia psichica ed in terapia farmacologica, un certificato attestante la sana e robusta costituzione e l'idoneità psichica, al fine dell'ottenimento del porto d'armi.

Si è affermato, infatti, nella motivazione che le condotte negligenti, avventate ed imperite dello psichiatra, realizzando fattispecie commissive, perché il disturbato mentale senza il certificato di idoneità non avrebbe mai potuto ottenere il porto d'armi e quindi munirsi dell'arma poi utilizzata per uccidere altre persone, si ponevano in rapporto di causalità materiale con gli eventi lesivi e determinavano in capo ad esso una responsabilità “[...] non già a titolo di concorso, bensì a titolo proprio per aver posto in essere una condotta che ha avuto un'influenza decisiva nella determinazione dei fatti”.

In definitiva, quel che certo è che l'analisi dei provvedimenti giurisprudenziali non ha consentito di individuare delle linee interpretative uniformi, e ciò sia perché la casistica è varia, sia perché le norme di riferimento sono elastiche ed utilizzano una terminologia ricca di dubbi irrisolvibili.

2.5. Oggetto della posizione di garanzia: il paziente.

Infine, una questione controversa in psichiatria che merita di essere analizzata è se l'operatore possa essere ritenuto garante non solo del paziente sottoposto a t.s.o., ma anche di quello che abbia chiesto o accettato di ricoverarsi.

Parte della giurisprudenza e parte della dottrina penalistica¹¹⁰ sostengono che si possa parlare di posizione di garanzia unicamente solo nei casi di ricovero coatto.

Se, invece, il paziente abbia accettato di sottoporsi volontariamente al trattamento sanitario non potrebbe essere riconosciuto alcun ruolo di garante al medico che lo ha in cura. Tale tesi si fonda sul principio di libertà

¹⁰⁹Tribunale di Milano, 8 aprile 2005, Dieci *Inedita*.

¹¹⁰ n questo senso si vedano le considerazioni di Zanchetti M., *cit.*, p. 946 ss.; Id., *Una discutibile sentenza della Cassazione sulla responsabilità penale del medico psichiatra*, in *Riv.it. med. leg.*, 6, 2004, p. 1246 ss.; *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, in *Riv. it. med. leg.*, 06, 2005, p. 777 ss. . Promotore di questo orientamento F. Stella, *La responsabilità penale dello psichiatra nel trattamento open-door*, in *Problemi giuridici attuali della legislazione psichiatrica*, Il pensiero scientifico editore, p. 7 ss. .

del paziente, cuore pulsante della riforma Basaglia, secondo la quale ogni limitazione della libertà che non sia disposta con un t.s.o. è vietata. Il legislatore, in questo modo, ha preferito garantire il diritto del paziente di accettare volontariamente le cure rispetto al rischio che questi prendesse l'estrema decisione del suicidio. Non esiste, dunque, alcun obbligo di custodia o di vigilanza da parte dell'operatore psichiatrico, nei confronti di coloro che decidano di sottoporsi liberamente al trattamento. Non vi è, di conseguenza, alcuna posizione di garanzia, per cui ogni paziente sarebbe libero di assentarsi in qualunque momento dal reparto, da solo o accompagnato, o di allontanarsi definitivamente.

La giurisprudenza¹¹¹ si è espressa sul caso.

Il Tribunale lombardo ha ritenuto responsabile un medico della morte di un paziente, per non aver impedito il suicidio mediante l'ingestione di una notevole quantità di psicofarmaci. Nella sentenza si chiarisce che il medico non ha l'obbligo e neanche il diritto di impedire al paziente di togliersi la vita. La decisione di sopprimere la propria vita suscita problemi di solo ordine etico, ma non di natura penale visto che sullo psichiatra non incombono compiti di polizia.

Questo orientamento trova, tra l'altro corrispondenza, oltre i confini del nostro ordinamento. Un chiaro esempio è rappresentato dagli Stati Uniti, ove esiste una copiosa giurisprudenza sulla responsabilità dell'operatore di salute mentale, con riguardo agli atti autolesivi del paziente. Un esempio è rappresentato dal caso *Solbrig v. Usa*. Un paziente, affetto da sindrome depressiva, decide di ricoverarsi volontariamente in una struttura pubblica. Dopo una breve degenza esce dalla struttura e si toglie la vita. I giudici statunitensi ritengono che i medici della struttura avessero soltanto due alternative: permettere al paziente di uscire, oppure disporre un internamento coatto secondo la legge del Wisconsin. Il ragionamento seguito dalla Corte statunitense è simile a quello espresso dal Tribunale di Busto Arsizio. Nel caso di paziente che si sottopone liberamente alle cure, il medico ha due sole possibilità: disporre il t.s.o. o lasciarlo uscire. Possibilità, che in assenza dei presupposti del ricovero coatto, si riduce ad una scelta obbligata, ossia quella di rispettare la volontà del paziente.

La Cassazione in una nuova pronuncia¹¹², nonostante nelle deduzioni difensive fosse stata sostenuta l'insussistenza della posizione di garanzia, ha affermato la responsabilità penale dello psichiatra, per non aver assicurato la sorveglianza del paziente, inibendone l'uscita dal reparto mediante apposite istruzioni al personale infermieristico.

Il caso riguardava un uomo, affetto da disturbo depressivo, degente presso un reparto ospedaliero di psichiatria, in regime di ricovero volontario. Durante la degenza dichiara, più volte, di provare impulsivi autolesivi e successivamente pone in essere un tentativo di defenestramento. Trascorso qualche giorno, esce dal reparto e raggiunge un piano superiore, dove si toglie la vita lasciandosi cadere nel vuoto.

¹¹¹ Tribunale di Busto Arsizio, sez. dist. Saronno, 27 maggio 1999, n. 164

¹¹² Cass. Pen., Sez. IV, n. 48292/2008, imputato Desana

Nel caso di specie, la difesa dell'imputato aveva eccepito come, a seguito della legge Basaglia, non sussiste in capo al medico curante una posizione di garanzia in funzione neutralizzatrice del pericolo di atti autolesionistici. L'obbligo di impedire tale atto sussisterebbe, dunque, nella sola ipotesi di ricovero coatto in quanto l'imputato, inconsapevole del proprio stato patologico, rifiuta le cure.

La risposta della Suprema Corte è stata, però, assolutamente diversa: anche fuori dalle ipotesi di ricovero coatto lo psichiatra è titolare di una posizione di garanzia, sullo stesso gravando doveri di protezione e sorveglianza del paziente, in relazione al pericolo di condotte autolesive. Lo psichiatra, infatti, come qualsiasi altro medico, ha l'obbligo giuridico di curare la malattia mentale nel miglior modo possibile, avvalendosi di tutti gli strumenti che la scienza e l'ordinamento pongono a sua disposizione.

Questa pronuncia è espressiva, quindi, di quell'orientamento che ritiene sussistente la posizione di garanzia non solo nei riguardi del paziente soggetto a t.s.o., ma anche di colui che accetta liberamente le cure.

Le decisioni giurisprudenziali sul tema in esame sono state lacunose su un punto: il rapporto tra libertà di autodeterminazione del paziente e il persistere della posizione di garanzia in capo all'operatore psichiatrico. Occorre, in termini pratici, chiedersi se la responsabilità penale sussista anche quando il suicidio o l'omicidio commesso dal paziente siano frutto di gesti autenticamente liberi e, in quanto tali, indipendenti dalle condizioni psicopatologiche. L'incertezza che caratterizza la malattia psichiatrica sta a dimostrare che l'idea assoluta del malato mentale, privo di ogni facoltà cognitiva, è ormai tramontata. Il paziente psichiatrico può agire in una determinata direzione, ancorandosi a valori, motivazioni o idee che prescindono totalmente dalla patologia di cui è portatore. Ciò vale per qualsiasi scelta e, dunque, anche per quella di togliersi la vita o di commettere un reato.

In proposito, si potrebbe comunque sostenere che compito dell'operatore di salute mentale sia quello di curare la malattia psichiatrica, di proteggere il proprio paziente da qualsiasi comportamento lesivo che sia frutto della patologia da cui egli è afflitto. Il problema è, però, capire quando il gesto lesivo sia la conseguenza di una scelta autenticamente libera o sia espressivo di un determinato quadro psicopatologico.

Soltanto nel secondo caso si potrebbe riconoscere, in capo all'operatore psichiatrico, una responsabilità penale. In caso contrario, verrebbe meno il diritto al libero arbitrio di ciascun individuo, in un ordinamento, come il nostro, che tutela la libertà e la dignità della persona. Si rischierebbe, così, di abbandonare il tanto ambito principio dell'alleanza terapeutica, a favore del paternalismo medico, ormai abbandonato da molti anni.

Anche se teoricamente il discorso sembra molto chiaro, nella verifica dei fatti è particolarmente complesso stabilire se il gesto auto o eterolesivo sia il frutto di una libera scelta o sia il prodotto di una malattia. Occorre, pertanto, una certa prudenza nel valutare ogni singolo caso¹¹³.

¹¹³ È necessario, poi, sottolineare come certa letteratura scientifica rifiuti l'idea della libertà di scelta in capo al malato mentale. È stato sostenuto, infatti, che il gesto suicidario non è mai libero, ma caratterizzato da una costrizione endogena, da una spinta interiore che priva di libero arbitrio il malato mentale. Qualora si accogliesse quest'ultima opinione sarebbe più facile qualificare l'operatore psichiatrico come garante del paziente. Diversamente, aderendo alla tesi che richiede una verifica caso

Il paziente ricoverato in regime di trattamento volontario, a volte, viene autorizzato a trascorrere qualche ora della giornata al di fuori della struttura che lo ospita. In questi casi sorge il dubbio se la posizione di garanzia che lega l'operatore psichiatrico al paziente persista o si interrompa.

La giurisprudenza in materia ha dimostrato come, raramente, si giunga ad esiti assolutori, in quanto si ritiene che la relazione terapeutica tra medico e paziente non si interrompa, ma permanga indissolubilmente.

Sul fronte assolutorio un esempio è dato dalla giurisprudenza di merito, che rappresenta una rarità nel panorama giudiziario¹¹⁴.

Due medici, responsabili di una comunità psichiatrica, vengono imputati del delitto di cui all'art. 589 c.p., per aver concesso ad un paziente, affetto da gravi disturbi psichici, di uscire da solo. Questi, una volta allontanasi dalla struttura, decide di porre fine alla propria vita. Nel caso di specie è stata esclusa la responsabilità degli imputati, sulla base del fatto che il rischio suicidario fosse comunque tollerabile, considerato il tipo di trattamento non custodialistico adottato. La gestione dei permessi, infatti, era stata strutturata con una certa flessibilità, tale da implicare una sorta di sintesi tra protezione e autonomia. Il paziente poteva, così, uscire temporaneamente dalla struttura a seconda delle condizioni fisiche e delle sue esigenze.

Invece è stata affermata la responsabilità dell'imputato nel caso¹¹⁵ che riguarda una paziente, affetta da sindrome depressiva, è ricoverata presso una casa di cura. Il medico curante, dopo aver intrapreso il relativo trattamento farmacologico, consente, alcuni giorni dopo, che la paziente esca dalla struttura, accompagnata da una volontaria, per fare un breve giro, consumare un gelato e fare poi ritorno. La donna accompagna tuttavia la paziente a casa di costei e, qui, avviene l'irreparabile: la paziente si toglie la vita, lasciandosi cadere nel vuoto. Si procede penalmente contro il medico per il delitto di omicidio colposo. Al medico viene contestato di aver consentito che la paziente uscisse accompagnata da una volontaria priva di specializzazione, non posta al corrente del rischio suicidario, rischio elevato per la fase di latenza del farmaco somministrato e, soprattutto, per tre pregressi tentativi di suicidio, posti in essere in epoca immediatamente precedente. L'imputato viene condannato nel merito e la sentenza viene confermata in Cassazione.

Nel caso di specie, la Cassazione ha, implicitamente, ritenuto che con la concessione di un permesso temporaneo non venga meno la posizione di garanzia.

A riguardo, viene in esame un ulteriore elemento, ossia il passaggio della posizione di garanzia da un soggetto ad un altro. Ne caso di specie sottoposto all'esame della Suprema Corte, l'evento letale di cui è stata vittima la paziente si è verificato nel momento in cui la tutela della medesima è stata affidata ad un soggetto diverso dal titolare della posizione primaria che diviene garante c.d. secondario o derivato¹¹⁶.

per caso, si potrebbe escludere la sussistenza di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento, ogniqualvolta l'atto sia espressivo di una libera scelta del paziente.

¹¹⁴ Si tratta di Trib. Ravenna, sez. dist. Faenza, 29 settembre 2003, imp. Mura e altro, in Foro it., II, 2004, p. 566 ss. .

¹¹⁵ già citata Cass.Pen. Sez IV, n. 10430/2004.

¹¹⁶ Si veda Gargani a., *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., p. 1385 ss. .

Per comprendere appieno la questione, è opportuno sottolineare che l'operatore ha l'obbligo primario di tutelare la salute del malato e, a tal fine, deve preoccuparsi di attuare presidi terapeutici per evitare eventi lesivi nei confronti del paziente e di terzi. Lo psichiatra, pertanto, nel momento in cui affida il paziente ad un altro soggetto, avrà il duplice onere: di selezionare, innanzitutto, un delegato in grado di portare a compimento l'incarico a salvaguardia dell'incolumità del paziente¹¹⁷ e di rendere, poi, edotto l'affidatario dei peculiari fattori di rischio del caso come risultanti dal quadro clinico del paziente¹¹⁸.

Nel caso in cui non adempia a tali obblighi, lo psichiatra, titolare originario dell'obbligo e della posizione di garanzia, non potrà che essere considerato responsabile.

In diritto, una situazione assimilabile a questa si può ritrovare in materia di delega di funzioni. Il titolare originario del vincolo protettivo ha, infatti, il compito di scegliere un delegato che possieda determinate qualità professionali, nonché munirlo di qualsiasi strumento necessario per l'attuazione dell'incarico affidatogli. In caso contrario, si verificherebbe una mera dismissione della responsabilità verso il basso, non utile tra l'altro a raggiungere lo scopo prefissato: la tutela del bene protetto.

Una corretta individuazione della posizione di garanzia impone una previa e accurata osservazione del contesto di cura, inteso come complesso delle circostanze e situazioni nelle quali un fenomeno o un fatto si verificano. Osservare un determinato contesto significa, dunque, analizzare ogni singola relazione tra paziente e operatore, venutasi a creare in un luogo preciso, dotato di personale, strutture e mezzi peculiari, nonché valutare le caratteristiche del quadro clinico del paziente. Ogni singolo operatore ha una propria funzione e, conseguentemente, una propria responsabilità: solo così, con una analisi molto dettagliata, è possibile individuare i reali garanti del paziente.

La Corte di legittimità¹¹⁹ si è recentemente occupata della questione ed ha ben spiegato come all'interno di una medesima struttura siano individuabili diverse posizioni di garanzia.

Il caso sottoposto al suo esame riguarda un'anziana signora, affetta da morbo di Alzheimer, che muore per soffocamento dopo aver ingerito un torsolo di mela, che la stessa aveva sottratto dalla sala da pranzo della casa di cura presso la quale era ricoverata. Attraverso l'analisi delle singole posizioni degli operatori della struttura, la Corte arriva ed escludere la responsabilità penale non per l'assenza della posizione di garanzia, quanto per l'assenza di colpevolezza, scaturente dal contesto di riferimento.

¹¹⁷ Dovrà trattarsi, dunque, di un soggetto dotato di una certa esperienza e di specifiche competenze professionali. Nella sentenza Guida, lo psichiatra è stato condannato proprio perché aveva, in primis, affidato la paziente ad una volontaria priva di specializzazione;

¹¹⁸ Nella decisione di cui sopra, lo psichiatra non aveva informato la volontaria del rischio suicidario, rischio elevato per la fase di latenza del farmaco somministrato e, soprattutto, per i pregressi tentativi di suicidio.

¹¹⁹ Cass. Pen. Sez IV, n. 20010 del 12 maggio 2009, imputato Spalatti, in *Il diritto penale della medicina..*

In particolare, i giudici hanno sostenuto che gli assistenti addetti alla cucina avevano l'obbligo di esercitare una costante vigilanza sui pazienti, ma solo nella sala in cui i pasti venivano serviti e per il tempo entro cui si svolgevano. I giudici sono pervenuti a questa conclusione sulla base di una convenzione stipulata tra la società, da cui dipendevano gli operatori, e la casa di cura presso la quale svolgevano le loro mansioni. Nel caso di specie è stata, così, esclusa la responsabilità poiché la mela era stata consumata fuori dalla sala da pranzo, senza possibilità di controllo da parte del personale assistente.

Relativamente, invece, alla posizione del legale rappresentante della casa di cura, al suo coordinatore e all'infermiere capo, i giudici sostengono che questi rivestano, sì, una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti ricoverati, che impone di impartire direttive, nonché di controllare e organizzare l'attività degli operatori, ma temperata al grado di autonomia del paziente. Nel caso di specie, il paziente era parzialmente autonomo e non necessitava di continua assistenza, dunque si è pervenuti ad una sentenza di assoluzione dei soggetti suindicati.

Alla luce di quanto detto, appare chiaro, quindi, che, secondo la giurisprudenza, possono coesistere all'interno di una medesima struttura differenti posizioni di garanzia, le quali coinvolgono non soltanto il personale sanitario, ma qualsiasi soggetto preposto all'assistenza o vigilanza del paziente psichiatrico.

CAPITOLO 3 – L'ELEMENTO SOGGETTIVO

3.1. *L'elemento della prevedibilità nel reato colposo.*

Il Codice penale, all'art. 43, definisce il delitto colposo così: il delitto “è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”.

La dottrina penalistica, per anni, ha tentato di ben delineare il contenuto della colpa: alle teorie soggettive si sono contrapposte quelle oggettive. In questa sede non ci si può soffermare sul contenuto delle due teorie; basta dire che, sebbene entrambe apprezzabili, esse coglievano soltanto un aspetto della colpa. Successivamente, si è fatta strada la cosiddetta “teoria mista” che ha messo in luce sia l'aspetto oggettivo, appartenente al fatto materiale, ossia la condotta violatrice della regola cautelare, che l'aspetto soggettivo, appartenente alla colpevolezza, ossia la capacità del soggetto agente di osservare tale regola¹²⁰.

Secondo questa teoria, gli elementi essenziali della fattispecie colposa sono: - l'inosservanza di una regola di condotta, atta a prevenire eventi dannosi a beni giuridici protetti; - l'attribuibilità di tale inosservanza al soggetto agente il quale ha la capacità di adeguarsi a tali regole e, di conseguenza, può pretendersi da lui l'osservanza delle stesse; - la mancanza in capo a questo della volontà del fatto materiale tipico (ciò che distingue la fattispecie colposa da quella dolosa).

Applicando queste nozioni alla responsabilità dello psichiatra, nell'esame della responsabilità penale dello stesso per eventi auto ed etero-aggressivi del paziente, come visto nel precedente capitolo del presente elaborato, il profilo della colpa si lega fortemente all'esatta delimitazione del contenuto della posizione di

¹²⁰ Si materia si veda diffusamente, Fiandaca G. – Musco E., *Diritto penale. Parte Generale*, op. cit.

garanzia¹²¹: le regole di condotta a contenuto precauzionale rilevanti ai fini dell'imputazione colposa, infatti, hanno sempre come presupposto e limite i doveri del medico, al quale “*non si può chiedere in misura di diligenza, prudenza e perizia, più di quanto egli non sia tenuto a fare in posizione di garante*”¹²².

Tuttavia, in questo caso, la regola di condotta impone l'obbligo di adottare misure cautelari idonee a contenere i rischi entro limiti socialmente tollerabili e pertanto, per configurarsi una simile colpa, non basterà, come di vedrà, la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento, ma anche il superamento del rischio consentito; con questo volendo rafforzare l'obbligo di osservanza delle regole di cautela¹²³.

È stato, infatti, affermato che “*l'osservanza delle regole cautelari esonera da responsabilità per i rischi prevedibili, ma non prevenibili, solo se l'agente abbia rigorosamente rispettato le regole cautelari anche se non è stato possibile evitare il verificarsi dell'evento*”¹²⁴.

¹²¹ In tal senso Pulitanò D., *Introduzione*, in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, op. cit., p. 21.

¹²² D'altro canto, giova ripeterlo, l'attività medica in generale coinvolge beni giuridici di rilievo fondamentale, la cui tutela è affidata completamente al medico. La relazione che si instaura tra medico e paziente, teleologicamente orientata a questa tutela, presenta delle caratteristiche tali da rendere, in questo contesto, del tutto originale la tipologia di “rischio consentito”. Al medico viene riservato il ruolo di *dominus* del rischio. Il paziente, invece, è posto in una situazione di “inferiorità”, di “debolezza” “*visto che è costretto ad affidare al medico il rischio che lo riguarda*”. Si veda Fiandaca G., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, op. cit., p. 212.

¹²³ La volontà del paziente (quale portata della sua libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche) incide sul *concetto/margine di rischio* che il paziente (ma, di conseguenza, anche il medico) decide di accettare (e condividere), visto che questi (quale *arbitro della propria salute*, in virtù della percezione diretta di quello che è il proprio benessere fisiopsichico) ben potrebbe rifiutare un trattamento, privilegiare un rischio ovvero preferire il procrastinare una condizione patologica. Ma l'obiettivo terapeutico — il cui rischio è consentito, e al contempo individuato, anche dal malato — incide anche sui doveri del medico, al quale non potrà essere rimproverata l'omessa adozione di una terapia *in astratto* tecnicamente migliore, se *in concreto* rifiutata dal diretto interessato, nell'esercizio della sua libertà di autodeterminazione. Quest'ultima, dunque, influisce *direttamente* sul margine di rischio del medico e soprattutto, escludendola, sul giudizio di ‘rimproverabilità’ per non aver adottato la terapia migliore, ma non consentita; ed *indirettamente* anche sulla scelta della regola cautelare, collegata alla terapia accettata, quale miglior viatico per conseguire *quell'*obiettivo terapeutico che emerge dall'alleanza medico — paziente. In conclusione: se quella che, sulla base delle acquisizioni della scienza medica, appare in linea generale ed astratta la *migliore scelta terapeutica*, il trattamento ritenuto più appropriato dalla buona pratica clinica, identificabile, dunque, con la regola cautelare da applicare al caso concreto — non è accettata da un paziente capace e correttamente informato, ed anzi è da questi espressamente rifiutata (in quanto, ad esempio, ritenuta eccessivamente invasiva), al medico, che non può sindacare né superare il rifiuto, non potrà essere imputata l'adozione della terapia meno idonea rispetto all'obiettivo (astratto) ovvero più rischiosa, allorché questa sia l'unica consentita dal paziente. In tal caso, stante l'insindacabilità delle ragioni che inducono il paziente a rifiutare il primo trattamento, e posta anzi l'insuperabilità del suo dissenso, un addebito a titolo di colpa a carico del medico apparirebbe del tutto illogico.

¹²⁴ Si veda, Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2010, n. 20595.

Di conseguenza, proprio perché in tali attività la soglia di prevedibilità è più alta, in quanto gli eventi dannosi sono maggiormente prevedibili rispetto le attività comuni, maggiore sarà il livello di diligenza, prudenza e perizia richiesto nel predisporre le misure per contenere il rischio il più possibile.

A tal riguardo, anche la Suprema Corte ha più volte chiarito il rapporto che intercorre tra la posizione di garanzia ed il rischio consentito, ricordando che è proprio l'esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio (innanzitutto per il paziente, ma anche per i terzi) che individua e circoscrive (sul versante della responsabilità colposa) le regole cautelari del medico¹²⁵.

Si può anche aggiungere che la situazione rischiosa risulta ulteriormente complessa nell'attività medica¹²⁶, giacché ad un rischio connesso alla patologia da cui è afflitto il malato si affianca un rischio ulteriore, riconducibile alla cd. patologia iatrogena, e cioè a quella paradossale conseguenza del progresso medico (sia nella fase diagnostica che terapeutica) che ricomprende tutti gli eventi dannosi causati dall'atto medico stesso.¹²⁷

Sarebbe necessario, pertanto, tracciare la “*linea di confine che segna il passaggio dal lecito all'illecito*” e il terreno nel quale va trovato questo equilibrio (tra esigenze del paziente e istanze della professione medica), è quello delle regole cautelari, con tutte le annesse difficoltà di definizione contenutistica¹²⁸, di cui si discuterà nel prosieguo.

Il discorso si pone in termini ancor più problematici con riferimento alla scienza psichiatrica, ove la linea di confine tra penalmente lecito ed illecito si riduce notevolmente.

Si pensi già alla maggiore difficoltà che connota la prognosi psichiatrica, a fronte della “*imprevedibilità di condotta che caratterizza talune sindromi psichiatriche e taluni singoli casi psichiatrici*”¹²⁹, anche perché “*le manifestazioni morbose a carico della psiche sono tendenzialmente meno evidenti e afferrabili delle malattie fisiche, per cui il confine tra diagnosi corretta e diagnosi errata, trattamento indovinato e trattamento sbagliato può almeno in certi casi diventare ancora più incerto che non nell'ambito della generica attività medica*”¹³⁰; o ancora all'esigenza di bilanciare l'obiettivo di curare e proteggere il paziente con la necessità di

¹²⁵ In tal senso, Castronuovo D.- Ramponi L., *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in S. Rodotà - Zatti, *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 947.

¹²⁶ Si veda Bartoli R., *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 82.

¹²⁷ In tal senso Introna F., *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 649 ss.

¹²⁸ Così Fiandaca G., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, cit., p. 212; nello stesso senso, De Francesco G. A., *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, op. cit., p. 974.

¹²⁹ In tal senso, Introna F., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, op. cit., p. 15.

¹³⁰ Così Fiandaca G., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, op. cit., p. 212.

tutelarne al contempo libertà, dignità ed autonomia (anche a fini terapeutici), particolarmente valorizzata a seguito della legge Basaglia¹³¹.

Senza trascurare l'oggettiva difficoltà di una demarcazione netta, sul piano fenomenologico e diagnostico, tra atteggiamento auto ed etero-aggressivo, essendo, come detto, secondo gli esperti, una distinzione artificiosa e priva di sufficienti riscontri a livello nosografico e clinico¹³².

Tutto ciò, se inevitabilmente amplia i margini di rischio collegati a condotte inconsulte provenienti dallo stesso paziente, rende al contempo tale rischio accettato dalla scienza medica, in quanto ineliminabile¹³³.

Conseguentemente, anche la responsabilità penale dello psichiatra, quale *species* del più ampio *genus* responsabilità medica, presenta dei tratti specifici, essendo caratterizzata (a differenza di quest'ultima) dalla subordinazione al fatto di un'altra persona, cioè del paziente che, anche a seguito della terapia e dei trattamenti prescelti, agisca in modo auto e/o eterolesivo.

In questo senso, nel già complesso giudizio di bilanciamento tra costi e benefici nelle scelte di cura che il medico deve effettuare, assumono un ruolo non secondario, rispetto alla tutela e al miglioramento della salute del paziente, anche gli interessi dei terzi a non essere danneggiati o esposti a pericoli da possibili condotte del malato¹³⁴.

In questo insieme di interessi, quasi sempre contrastanti, è difficile definire regole cautelari univoche¹³⁵. Di questo si parlerà più diffusamente in seguito.

In ogni caso, una volta accertata la violazione della regola cautelare e che l'evento realizzato rappresenta la concretizzazione di quello specifico rischio che la norma violata voleva impedire (o ridurre), si devono effettuare i cosiddetti giudizi di prevedibilità ed evitabilità.

Infatti, nei reati colposi, l'evento costitutivo è attribuibile all'agente in quanto è, allo stesso tempo, prevedibile ed evitabile.

La prevedibilità precede l'evitabilità da un punto di vista cronologico e, dunque, il fatto colposo dovrà essere ricostruito in modo da esprimere, anzitutto, una situazione nella quale l'agente doveva avvertire la pretesa di adeguamento alla norma cautelare, perché, secondo una valutazione oggettiva, egli avrebbe potuto. La

¹³¹ Si veda Piccione D., *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 4137 ss.

¹³² In tal senso, Fiandaca G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, *op. cit.*, p. 109.

¹³³ In tal senso, Ferranini L., *Il rischio e la responsabilità dell'operatore psichiatrico nei servizi di psichiatria di comunità*, in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, *op. cit.*, pp. 131 ss.

¹³⁴ Si veda Cingari F., *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra*, *op. cit.*, p. 441.

¹³⁵ Non appaiono peraltro idonee allo scopo, come sottolineato dalla sentenza in commento - richiamando una posizione già espressa con riferimento ad altro settore della medicina le stesse linee guida ed i protocolli elaborati dalle associazioni mediche di categoria, sovente pervasi da istanze economicistiche (oggi sempre più pressanti, anche in ambito sanitario) o comunque obsoleti, generici e talora addirittura inefficaci.

prevedibilità di un evento più che essere il criterio di formazione della regola cautelare doverosa, è il presupposto che spinge l'agente alla sua adozione. Posto che la necessaria personalità della responsabilità penale esprime un coefficiente psichico di motivabilità al precetto, in mancanza di prevedibilità, il reato colposo viene a mancare dalle fondamenta. Tale elemento, pertanto, costituisce il piedistallo su cui il reato colposo si regge¹³⁶.

Anche se il giudizio di colpa si svolge in un momento successivo rispetto a quello in cui l'agente ha agito, l'accertamento della prevedibilità deve avvenire in una prospettiva di cosiddetta prognosi postuma e, dunque, l'organo giudicante deve calarsi nella dimensione spazio-temporale dell'agente, in base al parametro del c.d. *homo eiusdem condicionis et professionis*, ossia l'agente modello che svolge paradigmaticamente una determinata attività e che per tipo di attività e condizioni rappresenta lo standard delle conoscenze e delle abilità dell'agente in concreto.

Ciò detto vale senz'altro in tema di colpa generica, ma residuano dei dubbi per quanto riguarda la colpa specifica. In effetti, nelle regole cautelari la cui violazione integra un'ipotesi di colpa specifica, la prevedibilità ed evitabilità dell'evento sembrerebbero essere già commisurate nel processo di positivizzazione.

Conseguentemente, se ne deduce, una volta accertata la violazione della regola, non sarebbe necessario più alcun accertamento poiché vi sono regole cautelari non proprio precise e che necessitano di adeguamento al caso concreto attraverso proprio un giudizio di prevedibilità ed evitabilità.

In definitiva, in ogni caso, nell'accertare la colpa e, dunque, anche la colpa del medico, non si può prescindere dalle circostanze concrete in cui l'agente si è trovato: *“la violazione del dovere di diligenza, tanto che il comportamento adeguato abbia fonte positiva, tanto nel caso in cui la fonte sia l'esperienza, può essere giudicata solo comparando quanto in astratto era richiesto ovvero esigibile dall'autore del fatto con la condotta effettivamente tenuta”*¹³⁷.

Si è detto, inoltre, che la violazione della regola cautelare determina la responsabilità colposa non già per qualsiasi evento cagionato ma solo per quelli che la regola cautelare mira a prevenire. In tal senso, il requisito della prevedibilità ed evitabilità svolge una *“funzione delimitativa della responsabilità colposa che viene così circoscritta a quei soli eventi lesivi del bene giuridico protetto che la regola cautelare mirava a prevenire e che rientrano, pertanto, nello scopo di protezione della stessa”*¹³⁸.

In altre parole, affinché la violazione della regola cautelare, che viene rimproverata come colposa al soggetto agente, venga considerata causa dell'evento verificatosi è *“necessaria la concretizzazione del rischio. Infatti, proprio ai sensi del già conformazione del rischio cautelato dalla norma, ma va anche rapportata entro le*

¹³⁶ Si è così espressa, Grosso S., *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Rivista italiana di medicina legale*, XXXVIII fasc. 2 – 2016.

¹³⁷ Si è così espressa Cass. pen, sez. III – 20 marzo 2008, n. 12361

¹³⁸ *Ibidem*

diverse classi di agenti modello ed a tutte le specifiche contingenze del caso concreto. Tale spazio valutativo è pressoché nullo nell'ambito delle norme rigide, la cui inosservanza dà luogo quasi automaticamente alla colpa, mentre nell'ambito delle norme elastiche, che indicano un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, vi è spazio per il cauto apprezzamento in ordine alla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito anti giuridico da parte dell'agente modello"¹³⁹.

Rimane da analizzare, ai fini dell'imputazione dell'evento a titolo di colpa, il requisito del comportamento alternativo lecito che ha una sua autonomia specifica e distinta dalla concretizzazione del rischio.

In effetti, solo dopo aver accertato la concretizzazione del rischio, ci si deve porre il quesito se, nel caso specifico, l'osservanza della regola cautelare che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata intendeva fronteggiare. Occorre cioè che il risultato offensivo sia la "concretizzazione" del pericolo preso in considerazione dalla norma cautelare; ovvero, in altri termini, che l'evento lesivo rientri nella classe di eventi alla cui prevenzione era destinata la norma cautelare. Si evidenzia così la c.d. "causalità della colpa" e cioè il principio secondo cui il mancato rispetto della regola cautelare di comportamento da parte di uno dei soggetti coinvolti in una fattispecie colposa non è di per sé sufficiente per affermare la responsabilità di questo per l'evento dannoso verificatosi, se non si dimostri l'esistenza in concreto del nesso causale tra la condotta violatrice e l'evento.

Così, il criterio dell'evitabilità funge da verifica circa il fallimento della regola cautelare rispetto a quell'evento: se, applicando tale criterio, emerge che l'evento si sarebbe verificato ugualmente pur osservando la regola cautelare, allora *"la responsabilità per colpa è esclusa poiché la condotta diligente risulta ex post insufficiente a neutralizzare quel rischio che la regola cautelare, prospettata ex ante come doverosa, mirava a prevenire"*¹⁴⁰.

E, infine, se, applicando sempre il criterio della concretizzazione del rischio, risulta che l'evento causato esula da quelli che la regola mira a prevenire *"la responsabilità colposa è già a monte esclusa, sicché del tutto superflua diventerebbe la verifica dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito"*.

Conclusivamente, è necessario ricordare che la prevedibilità in esame non è uguale alla rappresentazione e alla previsione tipici del dolo, dovendo essere intesa semplicemente come una possibilità di rappresentazione e previsione¹⁴¹.

Ne consegue, dunque, l'irrelevanza penale dei casi in cui l'esito infausto, sebbene obiettivamente cagionato dalla condotta negligente, non poteva rientrare nella funzione precauzionale della regola cautelare, pena la regressione della responsabilità colposa a mera responsabilità oggettiva. A tal proposito, è stato correttamente osservato che «la circostanza che il medico abbia seguito i dettami di una nuova metodologia, in caso di esito

¹³⁹ *Ibidem*

¹⁴⁰ *Ibidem*

¹⁴¹ Il concetto di evitabilità, invece, evidenzia che il risultato che il soggetto non è in grado di impedire non può essere posto a suo carico, poiché rappresenta per lui una mera fatalità.

infausto, non può costituire elemento idoneo da solo a fondare un giudizio di colpevolezza, specie nelle ipotesi in cui si è in presenza di una modalità di intervento già ampiamente oggetto di sperimentazione e approvata da autorevoli studiosi del settore; in senso contrario si potrebbe giungere ad attribuire al medico una vera e propria “*responsabilità di posizione*” o, peggio, una “*responsabilità per l’evento*”, *evidentemente in assoluto contrasto con i principi-base del nostro ordinamento giuridico in termini di colpevolezza*”.

Ed, infatti, la responsabilità per colpa deve essere necessariamente collegata all’atteggiamento tenuto in concreto dal soggetto agente anche perché, in caso contrario, l’imputazione avverrebbe essenzialmente a titolo di responsabilità oggettiva sulla base del mero *versari in re illicita*.

3.2. *La prevedibilità degli atti auto ed etero-aggressivi del paziente nella casistica giurisprudenziale.*

Quanto sin qui detto non può che avere i suoi effetti anche in materia di responsabilità per colpa dello psichiatra¹⁴².

Con riferimento all’attività del medico psichiatra, l’accertamento della responsabilità è particolarmente improbo, anche a causa dei sopra citati interessi, spesso conflittuali, di natura preventiva e terapeutica, come esemplificato proprio dalle difficoltà nella valutazione circa la doverosità o meno dell’attivazione di un trattamento sanitario obbligatorio.

Un recente caso sottoposto all’attenzione della Suprema Corte può essere d’aiuto a meglio comprendere i profili della colpa nella responsabilità medica¹⁴³.

Un paziente, affetto da schizofrenia di tipo paranoide e degente di una comunità terapeutica protetta, viene rinvenuto al suolo con gravi lesioni personali a seguito della caduta da una finestra della struttura. Ricoverato in ospedale, muore a causa di affezione polmonare. Il direttore sanitario della casa di cura viene condannato per omicidio colposo, per avere omesso, quale garante, di adottare misure atte ad impedire il suicidio del paziente ed in particolare: a) di predisporre una adeguata vigilanza da parte del personale; b) di prescrivere una terapia farmacologica appropriata ed accorgimenti atti ad impedire l’accesso dei pazienti alle finestre dei locali in cui erano ospitati; c) di trasferire il paziente in un presidio sanitario in grado di apprestare una adeguata terapia, ravvisandosi addirittura la possibilità di richiedere un trattamento sanitario obbligatorio.

Sia i giudici del primo che quelli del secondo grado attribuiscono la precipitazione del ad un gesto autolesivo. Tuttavia, in entrambi i gradi di giudizio, non si è riusciti ad escludere con certezza la riconducibilità dell’evento

¹⁴² Si veda, in generale, Cupelli C., *La colpa dello psichiatra. rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, op. cit.

¹⁴³ Si tratta della Cass. pen., sez. IV, 1 febbraio 2012 (ud. 22 novembre 2011), n. 4391 - Pres. Marzano - Rel. Blaiotta - Imp. D.L.M., con commento di Cupelli C., *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Diritto penale e processo*, 9/2012.

ad una caduta accidentale o ad un tentativo di evasione dalla struttura, all'interno della quale il degente temeva di essere avvelenato (tanto da rifiutare, nell'ultimo periodo, di alimentarsi e di sottoporsi alle terapie)¹⁴⁴.

I giudici della Suprema Corte, dopo aver riconosciuto una posizione di garanzia in capo all'imputato, hanno proceduto a verificare il nesso causale tra presunta condotta omissiva e l'evento non impedito. A tal fine, hanno ricostruito il decorso reale degli accadimenti e tale ricostruzione è stata importante anche per l'indagine relativa al profilo della rimproverabilità per colpa, poiché, per individuare con esattezza la condotta doverosa omessa dal garante, è preliminarmente necessario stabilire *se* il medico avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come si è in concreto comportato e *come*, se del caso assumendo una differente iniziativa terapeutica, dotata di efficacia impeditiva dell'evento¹⁴⁵.

Nel caso sottoposto all'esame degli Ermellini, vi era un ulteriore aspetto problematico, legato all'imprevedibilità di condotte imprudenti e/o inconsulte da parte di pazienti psichiatrici¹⁴⁶.

Del resto, è vero che la malattia psichiatrica rappresenta il più importante fattore del rischio suicidio ed è altrettanto vero che, comunque, lo psichiatra si trova in una posizione "*privilegiata per un'attenta valutazione del rischio e per la possibilità di predisporre misure di prevenzione*", visto che "*il paziente che lo psichiatra tratta è un paziente selezionato, nel senso che presenta un disturbo mentale diagnosticabile ed inoltre l'ambiente in cui lo psichiatra opera è il più adatto per l'assunzione di tutte le misure idonee per circoscrivere il rischio suicidario*"¹⁴⁷.

Ma, a parere della Corte, appare in ogni caso assorbente la circostanza che se in generale il criterio della prevedibilità è estremamente sfuggente e "*può funzionare solo a seguito di attente precisazioni e delimitazioni*"¹⁴⁸, nel caso concreto "*la natura composta e multidisciplinare del substrato ideologico-culturale della psichiatria, l'assenza di precisi criteri nosografici di valutazione, il difetto di canoni fissi e di scelte codificate, finiscono per creare un evidente deficit di determinatezza scientifica*"¹⁴⁹.

Di conseguenza, è proprio l'intrinseca e peculiare difficoltà della prognosi psichiatrica a rendere difficile l'interpretazione di quei "*segnali d'allarme*" e di quei "*fattori potenzialmente premonitori del rischio di suicidio*" che avrebbero giustificato le misure che l'imputato avrebbe omesso (non bastando una situazione di

¹⁴⁴ *Ibidem*

¹⁴⁵ *Ibidem*

¹⁴⁶ Si veda Amatulli A. - Maranesi T.- Pittini G.- Varrani E., *La psichiatria: confrontiamoci con indagini, procedimenti e sentenze*, in G. Dodaro (cur.), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, op. cit., 117, ss.

¹⁴⁷ In tal senso Girolami P.- Jourdan S., *Lo psichiatra e il suicidio del paziente, e. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle "obligations de sécurité" e degli "obblighi di protezione"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p.62.

¹⁴⁸ Ancora Pulitanò D., *Introduzione*, op. cit., p. 27.

¹⁴⁹ Si veda Gargani A., *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1403.

generica pericolosità) ed in definitiva la prognosi del grado di concreta probabilità del verificarsi dell'evento¹⁵⁰.

In merito al tema della prevedibilità, la giurisprudenza si è espressa non solo nel caso in cui l'inadeguata prescrizione farmacologica sia casualmente connessa al gesto di auto o etero lesività del malato, ma anche in quello in cui essa stessa abbia provocato un danno alla salute. In questo senso sembra orientata una recente pronuncia di legittimità, che ha confermato la condanna in grado di appello di uno psichiatra per lesioni colpose gravi (causazione di sintomi quali sonnolenza, incubi, allucinazioni, emicrania, depressione, eccitabilità)¹⁵¹. Secondo la ricostruzione della Corte, infatti, i disturbi accusati dalla paziente sarebbero riconducibili alla prescrizione *off-label* di un medicinale antiepilettico in dosaggi superiori a quelli normalmente prescritti, nell'ambito di una terapia relativa alla cura dell'obesità.¹⁵²

Secondo il ragionamento della Corte, la colpa medica deriverebbe non dalla scelta della prescrizione *off-label*, ma dalla violazione delle regole cautelari che il medico avrebbe dovuto rispettare nel caso concreto. In particolare lo psichiatra, oltre ad effettuare un accurato bilanciamento tra i costi e i benefici prevedibili nell'ambito della somministrazione *off-label*, avrebbe dovuto monitorare accuratamente gli effetti collaterali della terapia somministrata, specie in considerazione della sua natura *off-label*. Si contesta, dunque, al terapeuta di aver disposto telefonicamente l'incremento del dosaggio iniziale, senza effettuare una nuova visita per valutare le ragioni della mancata reazione da parte della paziente al dosaggio inferiore prescritto.

In uno dei casi più discussi e commentati in materia, il già citato caso Pozzi¹⁵³, gli Ermellini si sono soffermati, nello specifico, sul problema relativo alla prevedibilità del comportamento aggressivo del paziente conseguente all'errato trattamento farmacologico.

Al medico psichiatra veniva contestato di aver colposamente agevolato la condotta aggressiva del suo paziente (affetto da schizofrenia paranoide cronica) tramite un'inadeguata riduzione e sospensione del farmaco neurolettico somministrato.

Nel ricorso in Cassazione, la linea difensiva del medico psichiatra si era concentrata sulla circostanza che, nel caso di specie, la prevedibilità non fosse stata accertata in concreto dai giudici dei gradi precedenti, ma presuntivamente ricollegata alla mera esistenza della patologia.

¹⁵⁰ *Ibidem*

¹⁵¹ Si veda Cass., 24 giugno 2008, 37077, in *Cass. pen.* 2009, 6, pp. 2381 ss.

¹⁵² Si tratta dei casi in cui il farmaco sia prescritto per un'indicazione terapeutica diversa da quella contenuta nell'autorizzazione ministeriale d'immissione in commercio (e contenuta nel foglietto illustrativo accluso alla confezione) e quella in cui pur essendo autorizzata l'indicazione terapeutica non lo è la via o la modalità di somministrazione prescelta

¹⁵³ Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, *Pozzi*, in *Cass. pen., op. cit.*, 4638 ss.

Disattendendo la linea difensiva, la Corte di legittimità ha ritenuto la condotta dello psichiatra contraria alle *leges artis* mediche e causalmente collegata allo scompenso psicotico acuto del paziente, a sua volta ritenuto causalmente connesso al tragico episodio verificatosi, consistente nell'omicidio di un operatore della struttura sanitaria (al quale il malato, nella sua dispercezione psicotica, attribuiva la morte di due degenti a lui particolarmente care).

Secondo i giudici, nel caso concreto sussisteva la possibilità (alla stregua del criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*) di prevedere il verificarsi dell'evento etero-aggressivo, alla luce della gravità del quadro clinico del malato, connotato da gravi disturbi comportamentali, episodi di aggressività etero-diretta e deliri di persecuzione. Al fine di dimostrare la prevedibilità dell'evento lesivo, nelle motivazioni della sentenza, si rileva che, dal momento dell'instaurazione del rapporto terapeutico fino a quello della decisione di ridurre la posologia, si erano verificati almeno tre episodi sintomatici del rischio poi effettivamente concretizzatosi. La Suprema Corte argomenta così: *“È infatti possibile che, se la terapia non fosse mutata, si sarebbero potuti verificare in futuro altri episodi di scompenso; ma lo scompenso che si è in concreto verificato è stato eziologicamente ricollegato — in base all'evidenza disponibile ed in particolare agli accertamenti peritali — al mutamento terapeutico, si è manifestato come conseguenza prevista e prevedibile di questo mutamento e non costituisce quindi uno degli episodi statisticamente possibili di inefficacia del farmaco”*, per poi aggiungere *“se dunque è stato accertato nel giudizio di merito che la patologia da cui era affetto M. era idonea, se incongruamente trattata — ed in particolare con una diminuzione e sospensione del trattamento farmacologico in atto senza la gradualità richiesta — ad esasperare le manifestazioni di aggressività nei confronti di terzi, ne consegue che la prevedibilità dell'evento sia stata logicamente affermata.”*

Con riferimento al profilo della prevedibilità dell'evento etero-aggressivo, si può ritenere che la Corte non sia incorsa nel rischio di desumerla *sic et simpliciter* dalla patologia psichiatrica del paziente, ma che abbia invece correttamente vagliato il requisito della prevedibilità (ai fini del riconoscimento delle regole preventive di diligenza), non in astratto ma in concreto, alla luce della gravità dei sintomi di allarme e della pericolosità della scelta terapeutica effettuata dallo psichiatra.

Per quanto riguarda, invece, la prevedibilità degli atti autoaggressivi del paziente, questi sono, a differenza di quelli eteroaggressivi, statisticamente molto più frequenti nei soggetti affetti da determinate patologie psichiatriche rispetto alle persone che non lo siano. Si può di conseguenza ritenere che il medico debba valutare con particolare attenzione questa circostanza nel formulare un giudizio predittivo sull'evento autoaggressivo (integrandola chiaramente con le peculiarità del quadro clinico del paziente in cura).

Un altro caso giurisprudenziale che risulta particolarmente interessante in merito al profilo della prevedibilità è quello trattato dalla Corte di Cassazione nel citato caso *Guida*.

Come già detto, nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la responsabilità per omicidio colposo del medico psichiatra e direttore della una casa di cura che aveva autorizzato l'uscita dalla clinica di una paziente

(che aveva più volte tentato il suicidio) ricoverata in trattamento sanitario volontario, che si era, poi, suicidata mediante defenestrazione dal quarto piano della casa. La Corte di legittimità, pronunciando sulla prevedibilità della condotta suicidaria, ha ritenuto che la donna dovesse essere considerata un soggetto ad altissimo rischio, in considerazione della natura e della gravità della patologia diagnosticata e dei tre pregressi tentativi auto soppressivi, messi in atto nel periodo immediatamente precedente rispetto al tragico evento e che avevano costituito, peraltro, la ragione della decisione dei familiari e della paziente stessa di ricorrere ad un ricovero in clinica privata.

In definitiva, alla luce dei casi esaminati, è possibile sostenere che, nonostante la sicura difficoltà nell'effettuare un giudizio prognostico in merito ai possibili comportamenti del paziente, sarebbe errato ritenere che non vi siano casi in cui possano individuarsi significativi margini di prevedibilità. Il giudizio prognostico, nell'ipotesi in cui siano presenti dati statistici ed epidemiologici rilevanti sulla correlazione tra determinati tipi di condotte e la malattia diagnosticata, dovrà necessariamente includere tali dati nella valutazione complessiva (per integrarli con le peculiarità del caso di specie, come puntualmente fatto dai giudici nel caso appena esaminato); nell'ipotesi in cui dalle conoscenze mediche più accreditate e dai dati reperibili non si evinca invece una particolare correlazione tra la malattia riscontrata nel paziente e comportamenti lesivi (come essenzialmente accade per gli atti etero-aggressivi) il giudizio prognostico non potrà che fare leva soprattutto sulle caratteristiche del caso specifico considerato, sulla gravità del quadro clinico e sui segnali d'allarme provenienti dal paziente (com'è stato fatto nel caso *Pozzi*). In quest'ultima ipotesi il giudizio predittivo di rivelerà più difficile rispetto a quella dei gesti autolesivi, ma non sarebbe corretto escluderne aprioristicamente la sua validità¹⁵⁴.

3.3. *Lo psichiatra modello e le linee guida.*

Al fine di mediare fra esigenze di tutela e di determinatezza, la giurisprudenza penale sulla colpa medica, nell'ultimo decennio, ha intensificato le pronunce tendenti a richiamare direttamente o indirettamente un particolare strumento clinico, nato negli Stati Uniti e, di recente, importato in Italia: le linee guida, che, secondo la nota definizione formulata dall'Institute of Medicine, sono raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate in modo sistematico, per assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni¹⁵⁵.

Si tratta, in altre parole, di raccomandazioni da tenere di fronte ai più svariati quadri, che vengono elaborate e poi divulgate dalle società scientifiche, che le aggiornano di regola ogni due anni.

¹⁵⁴ In tal senso, Cingari F., *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, *op. cit.*, p. 454 ss.

¹⁵⁵ Si tratta di Institute of Medicine, *Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington D.C., National Academy Press, 1992.

In alcune sentenze, specialmente più risalenti, il ruolo delle linee guida nella ricostruzione della tipicità colposa è stato fortemente valorizzato: esse vengono intese come “*metro scientifico della perizia del sanitario*”¹⁵⁶.

Nel periodo che precede l’entrata in vigore della L. 189/2012, invece, la giurisprudenza di legittimità inizia a sminuire il valore delle linee guida come strumento capace di individuare la regola cautelare e di ricostruire la tipicità colposa. Quest’atteggiamento di generale diffidenza è strettamente legato, tra le altre cose, al diffondersi della tendenza ad elaborare linee guida ispirate a logiche di tipo economicistico e di contenimento della spesa sanitaria. Emblematica in tal senso è la sentenza del 23 novembre 2010, n. 8254¹⁵⁷.

Si tratta di una pronuncia sulla quale sono state manifestate delle forti perplessità anche tra gli Studiosi, in considerazione del particolare *iter* logico argomentativo seguito dai giudici. La Cassazione, infatti, a prescindere da una qualsiasi valutazione nel merito, ha considerato aprioristicamente le linee guida inaffidabili “*in quanto presuntivamente ispirate ad obiettivi di gestione economica, piuttosto che al massimo standard di tutela del paziente*”¹⁵⁸.

Una visione molto critica delle linee guida si rinviene anche nella sentenza della Cassazione¹⁵⁹, ove significativamente emerge come “*spesso le linee guida sono frutto di scelte totalmente economicistiche, sono ciniche e pigre: e dunque non è detto che una linea guida sia punto di approdo definitivo (...) Alcune volte le linee guida sono obsolete o inefficaci e, dunque, anche sulle linee guida occorre posare uno sguardo speciale, occorre attenzione e cautela; le linee guida non sono — da sole — la soluzione dei problemi*”¹⁶⁰.

Particolarmente importante, ai nostri fini, è una sentenza della Cassazione¹⁶¹, di poco precedente la riforma Balduzzi, e che emblematicamente riassume tutti i profili di criticità emersi sino ad ora nelle varie sentenze¹⁶². Dopo essersi soffermata sui precedenti più significativi, la Cassazione, da un lato, sottolinea come sia innegabile la rilevanza processuale delle linee guida come criterio per affermare o escludere profili di colpa nella condotta del sanitario. Tuttavia, si precisa come dalle linee guida non possano trarsi delle indicazioni dal carattere assoluto: ciò, da un lato, per l’esigenza di garantire al medico il principio della libertà di cura; dall’altro lato per la tendenza delle stesse linee guida a dettare delle prescrizioni che, spesso, sono finalizzate

¹⁵⁶ Così si è espressa Cass., sez. IV, 23 novembre 2010, in procedimento Grassini, in *Foro it.*, 2011, 7-8, II, 416.

¹⁵⁷ Si veda Cass., sez. IV, 23 novembre 2010, (dep. 2 marzo 2011), n. 8254, Grassini, in *Dir. pen. cont.* del 27 aprile 2011, con nota di P. Piras, *La colpa medica: non solo linee guida*; pubblicata anche in *Foro it.*, 2011, II, 416,

¹⁵⁸ In tal senso, Manna A., *Medicina difensiva e diritto penale*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁵⁹ Si tratta della Cass., sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391.

¹⁶⁰ In tal senso, Cass., sez. IV, 22 novembre 2011 (dep. 01.01.2012), n. 4391, in *De Jure/Juris Data*.

¹⁶¹ Parliamo della Cass., sez. IV, 19 settembre 2012 n. 35922.

¹⁶² Così, Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2012 (dep. 11 luglio 2012), n. 35922, in *DeJure/ Iuris Data*; in *Dir. pen. proc.*, 2/ 2013, p. 191 ss., con nota di L. Risicato, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, *op. cit.*; in *www.archiviopenale.it* con nota di Stampanoni Bassi G., *In tema di accertamento della responsabilità medica: sulla rilevanza delle “linee guida”*.

a contenere la spesa sanitaria. Pertanto “le linee guida anche per il giudice rappresentano uno strumento utile”, ma non sono capaci “di eliminare la discrezionalità insita nel giudizio di colpa”¹⁶³.

Tanto per il medico, quanto per l’interprete non potrebbero essere vincolanti: è stato osservato, infatti, che “l’adeguamento o la “disobbedienza” del medico alle linee guida non esclude né implica *ipso facto* la colpa”¹⁶⁴. Il medico, di volta in volta, sarà tenuto a valutare se i principi generali formalizzati nelle linee guida, riferibili al caso astratto, possano valere anche in rapporto alla concreta situazione del paziente. Anche il giudice, dal canto suo, dovrà ritenere se, in rapporto all’irripetibilità del caso e delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato, il medico fosse tenuto a porre in essere una condotta diversa da quella suggerita dalle linee guida, a tutela piena ed esclusiva della salute del paziente. In ogni caso, le linee guida diventano rilevanti ai fini dell’accertamento della responsabilità penale del medico solo quando indichino “*standard diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla miglior scienza medica*”: esse devono provenire “*da fonti autorevoli e caratterizzate da un adeguato livello di scientificità*”¹⁶⁵.

Ponendo l’accento sulle caratteristiche dell’attività medica, capace di sfuggire “*a regole rigorose e predeterminate*”, la Cassazione coglie l’occasione per osservare come linee guida e protocolli non possano “*assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell’art. 43 c.p.: “leggi, regolamenti, ordini o discipline”*. Ai fini della ricostruzione della tipicità colposa, ciò che rileva è “*sempre il rispetto delle regole di prudenza che l’ordinamento impone, la cui inosservanza può ragionevolmente collocarsi nell’ambito della colpa generica*”. In capo al giudice rimane, pertanto, la possibilità “di valutare la condotta del medico alla luce del parametro dell’agente modello e di censurarne l’appiattimento alle linee guida qualora la particolarità della fattispecie concreta sottoposta al suo esame avrebbe potuto imporre o consigliare un percorso diagnostico diverso”¹⁶⁶.

Dall’analisi della giurisprudenza pre-Balduzzi emerge che le linee guida, lungi dal configurare ipotesi di colpa specifica, vadano intese alla stregua di “*indizi, tracce, circostanze che possono avvalorare ora l’ipotesi accusatoria ora quella difensiva, ma che necessitano in ogni caso di iscriversi in un quadro di ulteriori, preponderanti e concordanti evidenze che esaltino il peso specifico dell’osservanza/inosservanza del sapere codificato nella singola vicenda*”¹⁶⁷.

E’, a questo punto, necessario verificare l’incidenza della riforma Balduzzi sulla dogmatica della colpa: cercheremo di vagliare se, ed eventualmente in che misura, la normativizzazione delle linee guida abbia trasformato la colpa medica in colpa specifica.

¹⁶³ In tal senso, Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, in De Jure/Juris Data.

¹⁶⁴ Si veda Risicato L., *Le linee guida, op. e loc. cit.*

¹⁶⁵ Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, cit.

¹⁶⁶ *Ibidem*

¹⁶⁷ Si veda, Caputo M., “*Filo d’Arianna*” o “*flauto magico*”? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica, op. cit., p. 897.*

3.4. *L'impatto e le finalità della L. 189/2012.*

Come più volte detto, l'attività medica coinvolge beni giuridici particolarmente delicati che provocano i loro effetti anche sul regime di responsabilità della colpa medica, rendendo ancora più complessa l'indagine sulla responsabilità penale del medico, da sempre caratterizzata e condizionata da un numero molteplice di fattori. Nel tentativo di individuare soluzioni normative idonee a razionalizzare il sistema, nel novembre del 2012 il legislatore ha surrettiziamente introdotto col c.d. "decreto sanità" una disposizione normativa volta a limitare la responsabilità penale del personale sanitario. Secondo la norma *de qua*, prevista ora dall'art. 3, comma 1°, L. 189/2012, *"l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo"*¹⁶⁸. La novella ha posto notevoli problemi ermeneutici sin dalla sua entrata in vigore¹⁶⁹. La giurisprudenza di

¹⁶⁸ Per i commenti alla norma, si veda Piras P., *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *Dir. pen. cont.* del 26 novembre 2012. Il c.d. "decreto sanità" è il d. l. 13 settembre 2012, n. 158 (pubblicato in G.U. 13 settembre 2012, n. 214), convertito con modificazioni nella l. 8 novembre 2012, n. 189 (pubblicato in G.U. 10 novembre 2012, n. 263).

¹⁶⁹ In tema Cupelli C., *I limiti di una codificazione terapeutica. linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della cassazione*, in *Cassazione Penale*, fasc.9, 2013, pag. 2999, nota alla Cassazione penale, 29 gennaio 2013, n.16237, sez. IV, si è così espresso: *"Se presupposto della novità legislativa è che vi siano settori dell'attività medica alquanto complessi ove - per le peculiari temperie che lo specialista è chiamato ad affrontare ed evocando i parametri dell'art. 2236 c.c. - il livello di perizia richiesto è particolarmente elevato, è qui che la previsione appare destinata, quantomeno in via potenziale, ad una cospicua applicazione. Può farsi il caso della psichiatria, uno degli ambiti nei quali è più difficile procedere ad un governo dei rischi clinici. Come è noto, si tratta di un settore nel quale le regole terapeutiche sono non solo aperte, incerte e discusse, ma anche chiamate a contemperare istanze centrifughe e talora persino antitetiche e nel quale il confine sulla scelta terapeutica assume contorni sempre sfumati e labili; il che porta a giustificare la possibilità, se non addirittura ad imporre la doverosità, di discostarsi da eventuali procedure predeterminate. Difficilmente, dunque, si potrà ritenere grave la colpa dello psichiatra, nel senso di una trascurata e macroscopica necessità di discostarsi da linee guida e buone pratiche. Permarrà peraltro per lo più irrisolto il dubbio sulla correttezza del suo operato, il che non può che condurre ad escludere una prognosi in termini di certezza della gravità della sua condotta colposa. Così, l'effetto paradossale che un'implementazione acritica e formalistica della novità legislativa sul "terreno minato" della psichiatria rischia di ingenerare è quello di garantire maggiormente lo psichiatra rispetto al rischio penale, a discapito tuttavia del paziente e delle sue esigenze di migliore cura, stimolando gli operatori ad appiattirsi al rispetto delle fonti scritte, quando invece le peculiarità della malattia mentale richiederebbero cure in continuo adattamento alle caratteristiche personali, alle circostanze del caso concreto e ad una valutazione clinica quanto più possibile individualizzata. L'esempio del settore psichiatrico conferma vieppiù la necessità di valorizzare a pieno le distinzioni e le particolarità, sino alle sfumature, dei vari settori della medicina. Non si può cioè escludere che sia possibile cogliere ambiti clinici e specializzazioni - si pensi all'ortopedia, ma anche*

legittimità, con una corposa lettura correttiva delle linee guida (peraltro consolidata del tempo), ha pazientemente circoscritto l'ambito di operatività della norma, ma residuano ancora molti dubbi.

Ma andiamo con ordine.

Con la L. 189/2012 il legislatore ha introdotto due profili di assoluta novità nell'accertamento della responsabilità medica: in primo luogo, ha formalizzato e valorizzato normativamente l'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica; in secondo luogo, ha introdotto il concetto di colpa lieve, capace di escludere la rilevanza penale del fatto. Il giudizio penale sulla colpa del medico sembra, così, scindersi in due momenti: in una prima fase occorre valutare l'osservanza delle linee guida, mentre solo in un secondo momento diventa necessario accertare se sussista una colpa "non lieve" del sanitario¹⁷⁰.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza, l'inosservanza oggettiva di una linea guida non renderà *ipso facto* applicabile l'art. 3, 1° comma, ma, in ogni caso, non porterà nemmeno al riconoscimento *ipso facto* della responsabilità penale in capo al sanitario, poiché l'indagine sulla colpa "lieve" o "non lieve" del sanitario dovrà tener conto dei seguenti elementi: la sussistenza di un nesso eziologico tra la violazione della linea guida e l'evento lesivo; la natura realmente cautelare della linea guida che si assume violata; la connessione di rischio tra lo specifico evento lesivo e il contenuto teleologico della norma precauzionale violata; la prevedibilità ed evitabilità, oggettiva e soggettiva, dell'evento lesivo alla luce dell'osservanza delle linee guida.

Per quanto riguarda, invece, la "colpa lieve" del sanitario che, nello svolgimento della propria attività, si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche, molti studiosi hanno apprezzato l'intento del legislatore che, volgendo lo sguardo ai sistemi anglosassoni e, in particolare, all'istituto della *gross negligence*, ha deciso di introdurre una limitazione della rilevanza penale alla sola colpa grave, con finalità di tipo deflattivo; in questi casi residuerebbe, infatti, solo la responsabilità aquiliana¹⁷¹.

Tuttavia, le modalità tecnico-giuridiche con cui si è intervenuti, hanno sollevato molte critiche.

Ciò che, in particolare, ha lasciato fortemente perplessi è stata la scelta di introdurre una categoria concettuale assolutamente inedita per il sistema penale, quale appunto la colpa lieve, senza precisarne la portata ed i limiti, così da rendere la norma conforme al principio di sufficiente determinatezza. È come se il legislatore avesse legiferato frettolosamente, senza tenere conto, oltretutto, delle riflessioni della dottrina¹⁷².

Basti pensare, ad esempio, alle proposte sviluppate nel "*Progetto di riforma in materia di responsabilità*

all'oncologia, all'anestesia, alla rianimazione o ad alcune indagini diagnostiche strumentali - ove l'impatto di una proceduralizzazione dell'attività possa apparire meno traumatico e la sfiducia nella predeterminazione terapeutica attenuarsi; ma non può neanche fondarsi su questa ipotesi, invero residuale, una regola, valida per l'intera scienza medica".

¹⁷⁰ In materia, Pezzimenti C., *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2015, pag. 311.

¹⁷¹ Si veda Manna A., *Medicina difensiva e diritto penale*, op. cit., pp. 165 ss.

¹⁷² *Ibidem*

penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico" elaborato dal Centro Studi "Federico Stella"¹⁷³. L'art. 2 del progetto prevedeva l'introduzione nel codice penale dell'art. 590 *ter*, a norma del quale: *"L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od omesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli artt. 589 e 590 solo in caso di colpa grave"*. Per tentare di risolvere il problema dell'intrinseca indeterminazione del concetto di "colpa grave" ne veniva proposta, nel secondo comma, una definizione: *"la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente concretizzatosi nell'evento"*.

Per tutte queste ragioni, la Cassazione, affrontando il problema della distinzione tra colpa lieve e colpa grave lo abbia definito *"il tema più nuovo ed oscuro"*, e la stessa ordinanza con cui il Tribunale di Milano, nel marzo del 2013, aveva sollevato questione di costituzionalità, ha sostenuto il contrasto di questo elemento con il principio di tassatività¹⁷⁴.

In realtà, anche in passato, l'esigenza di delimitare la responsabilità penale del medico alle sole ipotesi di colpa grave era stata avvertita in modo talmente stringente da far nascere una grave questione avente ad oggetto la rilevanza, in sede penale, del criterio generale posto dall'art. 2236 c.c., dedicato alla responsabilità del prestatore d'opera. Nel discutere della possibile estensione dell'articolo 2236, si prevedeva la limitazione della punibilità (non solo in ambito sanitario, ma rispetto a qualsiasi prestatore d'opera professionale) alla sola colpa grave essenzialmente in quei casi in cui vi fosse stata la violazione di regole di perizia e ci si fosse trovati ad operare in contesti caratterizzati da problemi tecnici di speciale difficoltà.

In una recente sentenza, in particolare, i giudici di legittimità hanno stabilito che l'art. 2236 c.c. *"indipendentemente dalla sua discussa applicabilità all'ambito penale, esprima un criterio di razionalità del giudizio"*, potendo trovare applicazione anche *"in tema di colpa professionale del medico, quando il caso sottoposto al suo esame impone la soluzione di problemi di speciale difficoltà (...) come regola d'esperienza cui il giudice può attenersi per valutare l'addebito di imperizia"*¹⁷⁵.

La decisione è particolarmente importante perché la Suprema Corte, dovendo pronunciarsi rispetto a un caso caratterizzato da una rilevante complessità e da una "pressante emergenza", sottolinea come sia opportuno valorizzare la componente soggettiva del giudizio di colpa.

¹⁷³ Si veda, AA. VV., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del rischio clinico*, (a cura di) G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, Pisa, 2010.

¹⁷⁴ Si tratta del Trib. Milano, IX sez. pen., ord. 21 marzo 2013, in Dir. pen. cont. del 29 marzo 2013; sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 295 del 2013 che si è pronunciata sulla questione.

¹⁷⁵ Si tratta Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2014 (ud. 16 maggio 2014), n. 24528, Pres. Bianchi, Giud. Est. Blaiotta, in De Jure/Juris Data; nello stesso senso si veda Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2007, Bugge, in Mass. Uff., n. 237875.

Nella sentenza in esame non viene fatto alcun riferimento ad un eventuale agire conforme alle linee guida: il medico si era trovato a operare in una situazione contingente caratterizzata, da un lato, da difficoltà e novità tecnico-scientifiche e, dall'altro, dall'emergenza, *“quindi in quella temperie intossicata dell'impellenza che rende quasi sempre difficili le cose facili”*. Proprio quest'ultima considerazione, secondo la Cassazione, *“valorizzata come si deve, apre alla considerazione delle contingenze nel caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa”*.

Anche con specifico riferimento alla responsabilità dello psichiatra, la Cassazione nella succitata sentenza n. 4391/2011¹⁷⁶ ha rivolto particolare attenzione ai possibili margini di operatività in sede penale della regola civilistica di cui all'art. 2236 c.c. – per cui *“se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”* – dando puntualmente conto del susseguirsi dei vari orientamenti giurisprudenziali, nel passaggio da un approccio improntato ad una *“larghezza di vedute”* e ad un atteggiamento di indulgenza verso la classe medica, ad uno più rigoroso, che esclude l'applicabilità dell'art. 2236 c.c.¹⁷⁷.

Seguendo un precedente del 2007¹⁷⁸, la sentenza in commento definisce l'art. 2236 c.c. quale *“criterio di razionalità del giudizio”*, ammettendo che possa essere invocato *“come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”*.

Gli Ermellini fanno un ulteriore passo in avanti, innestando l'art. 2236 c.c. nel sistema garantista della rimproverabilità personale dell'agente, asserendo, testualmente, che *“non vi è dubbio (...) che il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate”*; e l'art. 2236 non sarebbe altro che la *“traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose”*.

¹⁷⁶ Si veda sempre Cupelli C, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, op. cit.

¹⁷⁷ Tra i contributi più recenti sul punto, Castronuovo D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1610; Id., in D. Castronuovo - L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, op. cit., 1010 s.; Id., *La colpa penale*, Milano, 2009, 541 s.; Palazzo F., *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, op. cit., pp. 1237 ss.; Fiandaca G., *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, op. cit., pp. 185 s.s.; Di Landro A., *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, 83 ss.

¹⁷⁸ Si tratta di Cass. pen., sez. IV, sent. 21 giugno 2007, n. 39592,

Si richiamano poi, a titolo esemplificativo, quei contesti *“che per la loro difficoltà possono giustificare una valutazione “benevola” del comportamento del sanitario: da un lato le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e dall’altro (...) le contingenze nelle quali il medico si trova ad operare in emergenza e quindi in quella situazione intossicata dall’impellenza che, solitamente, rende quasi sempre difficili anche le cose facili”*.

In particolare, si ritiene che proprio quest’ultimo profilo apra *“alla considerazione delle contingenze del caso concreto che dischiudono le valutazioni sul profilo soggettivo della colpa, sulla concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa”, giungendosi a ritenere che “la colpa del terapeuta ed in genere dell’esercente una professione di elevata qualificazione va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell’intervento richiestogli; ed al contesto in cui esso si è svolto”*¹⁷⁹.

3.5. Le regole cautelari.

Tornando ai problemi interpretativi nati con le linee guida, una delle questioni centrali che la stessa giurisprudenza ha cercato subito di affrontare riguarda la natura cautelare delle regole fissate nelle stesse.

Si è già visto come la giurisprudenza avesse assunto, al riguardo, delle posizioni molto rigide volte a escludere che le linee guida potessero dar luogo a casi di colpa specifica. Qualche pronuncia immediatamente successiva alla riforma sembra, in parte, essersi posta lungo la stessa linea interpretativa.

Al fine di meglio comprendere la questione, è però necessario partire dal concetto di regola cautelare. Le regole cautelari si pongano su un piano distinto rispetto alle norme giuridiche, al momento che il loro statuto di validità ed efficacia *“risponde unicamente ad un criterio “funzionale”: quello della prevenzione di effetti indesiderati o collaterali rispetto allo svolgimento di attività intrinsecamente o occasionalmente rischiose”*.

Si tratta di regole che *“si fondano solitamente sul paradigma etiologico o nomologico: hanno, dunque, lo stesso statuto delle leggi scientifiche; oppure si fondano sull’esperienza, sull’id quod plerumque accidit, o comunque su regolarità non necessariamente nomologiche (paradigma c.d. esperienziale)”*¹⁸⁰.

In virtù di quanto sin qui detto, sembrerebbe possibile stabilire che le regole cautelari non sono completamente estranea alle linee guida o alle buone pratiche, che rappresentano invece *“un fondamentale vademecum proprio per la tutela dei beni giuridici, che qui interessano, cioè la vita e l’integrità fisica, per cui non possono non identificarsi con le regole cautelari medesime”*¹⁸¹.

Anche qualora si volesse riconoscere alle linee guida solo il valore di mere “raccomandazioni” *“per il solo fatto di essere richiamate da una fonte legislativa, ad integrazione della fattispecie, esse assumono, necessariamente, un valore normativo ed oggettivo, che dovrebbe vincolare in primo luogo lo stesso giudice,*

¹⁷⁹ *Ibidem*

¹⁸⁰ Ancora Castronuovo D, *La colpa penale, op. cit.*, p. 284.

¹⁸¹ Sempre Manna A., *Medicina difensiva e diritto penale, op. cit.*, p. 175.

*che, costituzionalmente, è sottoposto al rispetto del diritto oggettivamente inteso*¹⁸².

Mere raccomandazioni le ha considerate la Cassazione¹⁸³, che ha affermato che le linee guida *“non sono in grado di offrire standard legali precostituiti; non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica”*.

La Corte ha, poi, precisato come l'attività medica non sia *“di regola governata da prescrizioni aventi propriamente natura di regole cautelari”*; ciò che la orienta, invece, è il sapere scientifico e le consolidate strategie tecniche *“che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinatezza ai doveri del professionista”*.

Anche la diversità dei soggetti da cui le linee guida promanano e le differenti metodologie adottate per la loro redazione, secondo la Cassazione, ne condizionano la natura e non permettono di qualificarle alla stregua *“di uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità”*.

La loro natura sarebbe, pertanto, quella *“di strumenti di indirizzo e orientamento, privi della prescrittività propria della regola cautelare”*. Per la Suprema Corte si tratta di mere “raccomandazioni”, non dotate del potere di vincolare l'agire del medico: quest'ultimo, infatti, sarebbe tenuto a disattenderle nel caso in cui si rendesse conto che la soluzione clinica migliore, più adeguata alle peculiarità del paziente e del caso concreto, divergesse dal contenuto delle stesse. L'art. 3, comma 1°, L. 189/2012 delinea, pertanto, un *“confine delicato tra adempimenti “imperfetti” ma non rimproverabili e inadempimenti “perfetti” perché diligenti*¹⁸⁴.

La Cassazione, in conformità con le pronunce precedenti, sottolinea come le linee guida, in ogni caso, non abbiano comunque carattere esaustivo e non possono pertanto descrivere *“il mondo delle regole cautelari”*¹⁸⁵.

¹⁸² *Ibidem*

¹⁸³ Si veda, Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 2013 (ud. 29.01.2013), n. 16237, pres. Brusco, est. Blaiotta, imp. Cantore, in Dir. pen. cont., 11 aprile 2013. La sentenza è stata altresì commentata da Cupelli C., *I limiti di una codificazione terapeutica. linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cassazione Penale*, fasc.9, 2013, pag. 2999, che, sinteticamente ha così spiegato: *“La sentenza in commento ha ad oggetto un caso “classico” di medical malpractice: l'erronea esecuzione di un intervento chirurgico di ernia discale recidivante, al cui esito la paziente decede a causa di una grave emorragia, provocata dalla lesione della vena e dell'arteria iliaca. La colpa è individuata nella violazione di regole precauzionali, enunciate in letteratura: non agire in profondità superiore a tre centimetri; non procedere ad una pulizia radicale del disco erniario, per evitare la complicità connessa alla lesione dei vasi che corrono nella zona dell'intervento. Tra le righe del provvedimento aleggia un convitato di pietra. Non si giudica solo la legittimità della sentenza impugnata, ma soprattutto si sottopone ad attento e costruttivo vaglio critico l'art. 3, comma 1, l. 8 novembre 2012, n. 189, a tenore del quale “l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”. Un'occasione propizia, quindi, per risolvere i problemi di diritto intertemporale che la novella inevitabilmente ha stimolato, ma anche, e prima ancora, per tentare di sciogliere taluni nodi dogmatici della colpa medica”*.

¹⁸⁴ Si veda Risicato L., *Linee guida ed imperizia “lieve”*, op. cit., p. 701.

¹⁸⁵ In tal senso, Pulitanò D., *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, op. cit., p. 75.

Questo spiega anche la ragione per cui l'osservanza delle linee guida non possa a priori escludere la colpa in capo al sanitario. Grazie a quest'interpretazione, la Cassazione riesce a dare alla disposizione di nuovo conio un senso logico-giuridico e *“una chance di applicazione concreta”*¹⁸⁶.

Alla luce delle indicazioni emerse nella sentenza in esame, la questione della possibile natura cautelare delle linee guida sembrerebbe essere stata risolta in senso tendenzialmente negativo.

Diversamente ha, invece, statuito un'altra pronuncia della Cassazione, adottata sempre in epoca immediatamente successiva all'entrata in vigore della riforma, dalla quale è possibile desumere elementi volti a riconoscere alle linee guida natura solo *eventualmente* cautelare¹⁸⁷.

La Suprema Corte precisa che *“le linee guida per avere rilevanza nell'accertamento della responsabilità del medico devono indicare standard diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla miglior scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente”*¹⁸⁸.

Questa pronuncia, come è evidente, valorizza maggiormente le linee guida, che non vengono definite solo “raccomandazioni” e alle quali, in linea di principio, non è precluso l'ingresso nel giudizio di colpa: in presenza di determinati presupposti; infatti, esse possono essere utilizzate dal giudice per ricostruire la tipicità colposa e proprio in questo senso si parla di una loro natura eventualmente cautelare.

Di volta in volta, si dovrà procedere, quindi, ad un preliminare *“vaglio sostanziale”* delle stesse *“al fine di verificare la natura stricto sensu cautelare”*¹⁸⁹.

I presupposti necessari affinché alle stesse venga riconosciuta idoneità cautelare sono due: in primo luogo le *guidelines* devono indicare *standard* conformi alle regole dettate dalla miglior scienza medica; in secondo luogo devono porsi l'obiettivo teleologico di garantire la salute del paziente. Si esclude rigorosamente, e non a torto, natura cautelare alle linee guida finalizzate a perseguire esigenze di tipo economicistico.

Inoltre, secondo gli Ermellini, le linee guida *“riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e di imprudenza”* e, conseguentemente, l'art. 3, comma 1°, della L. 189/2012 *“non può involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, perché, come sopra sottolineato, le linee guida*

¹⁸⁶ Ancora Manna A., *Medicina difensiva e diritto penale*, op. cit., p. 174.

¹⁸⁷ Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2013 (ud. 24 gennaio 2013), n. 11493, pres. Marzano, est. Piccialli, imp. Pagano, in Dir. pen. cont., del 29 marzo 2013; in Guida al Diritto, 20 aprile 2013, n. 17, p. 27 ss., con commento di Beltrani, *La mancata considerazione delle regole di perizia non rappresenta una corretta soluzione dei casi*, in ibid., 33 ss.; un commento alla sentenza si rinviene anche in L. Risicato, *Linee guida ed imperizia “lieve”*, op. cit.

¹⁸⁸ Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, op. cit., p. 10.; lo stesso principio di diritto è ribadito in altre pronunce più recenti della Cassazione.

¹⁸⁹ L'espressione si rinviene in Civello G., *Responsabilità medica e rispetto delle linee guida*, op. cit., p. 13; Manna A., *Medicina difensiva e diritto penale*, op. cit., p. 169 ss.

*contengono solo regole di perizia*¹⁹⁰.

Questi ultimi principi permettono di rafforzare l'idea secondo cui le linee guida, nella misura in cui contengono regole di perizia, sostanzialmente equivalgono alle regole cautelari e non si limitano ad integrare la misura oggettiva della colpa *“ma influiscono, indubbiamente, anche sulla ricostruzione del nesso causale, proprio perché, essendo regole di perizia, e, quindi, indicando come deve essere effettuata, ad esempio, una determinata operazione, non possono non integrare anche quelle “leggi scientifiche”, sotto la cui sussunzione si può accertare, pure, la sussistenza del rapporto di causalità fra condotta ed evento, o, quantomeno, la causalità della colpa*¹⁹¹.

Più recentemente, la Cassazione ha precisato che *“le cosiddette buone pratiche non di rado si traducono in regole che indicano la procedura da seguire al fine di evitare condotte negligenti e imprudenti, cosicché il criterio interpretativo del limite di operatività della norma alle sole ipotesi in cui venga contestato un comportamento imperito (Corte Cost. n. 166 del novembre 1973) risulta oggi messo in crisi dal nuovo testo normativo*¹⁹².

In ogni caso, le oscillazioni sulla natura cautelare delle linee guida e sull'ambito di operatività della colpa “non lieve” sembrano sollecitare un opportuno intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

Facendo seguito a quanto detto sin qui, è possibile trarre delle conclusioni con specifico riferimento al caso dello psichiatra¹⁹³.

Secondo parte della dottrina non è possibile scindere la posizione di garanzia dagli obblighi impeditivi e dalle regole cautelari: le regole di condotta a contenuto precauzionale rilevanti ai fini dell'imputazione colposa, infatti, hanno sempre come presupposto (e limite) i doveri del medico, al quale *“non si può chiedere in misura di diligenza, prudenza e perizia, più di quanto egli non sia tenuto a fare in posizione di garante”*¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Si veda, Cass. pen, sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, cit. p. 10.; nello stesso senso Cass. pen., sez. IV, 07 aprile 2014 (ud. 11.03.2014), n. 15495 in De Jure / Juris Data.

¹⁹¹ Così, Manna A., *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2013, p. 106; si veda anche Stella F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3^a ed., Milano, 2003; Id., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005.

¹⁹² Cass. pen., sez. IV, 31 gennaio 2014 (ud. 17.01.2014), n. 5028, in De Jure/ Juris Data.

¹⁹³ In materia si veda, ampiamente, Cupelli C., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. i rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2014, pag. 225

¹⁹⁴ Si veda Fiandaca G., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, cit., p. 212; nello stesso senso, De Francesco G. A., *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, op. cit., p. 974. Da ultimo, Pulitanò D., *Introduzione*, op. cit., p. 21.

Nonostante i pregiudizi della giurisprudenza, leggere la responsabilità dello psichiatra in una prospettiva integrata (tra regola cautelare e posizione di garanzia) consente, secondo detta dottrina, di fissare punti utili a contenere le legittime preoccupazioni della classe medica, ristabilendo da un lato gli esatti confini degli obblighi dello psichiatra, oltre i quali non può essere addebitato l'omesso impedimento dell'evento, e dall'altro facendo confluire nella stessa posizione di garanzia gli intrecci tra regola cautelare e volontà del paziente, tanto sul versante dei poteri di agire del medico e dei relativi doveri impeditivi, quanto nella selezione della migliore regola cautelare del caso concreto, da rapportare all'obiettivo terapeutico condiviso, con i correlati effetti limitativi della sua rimproverabilità per colpa.

Se le regole cautelari vengono formalizzate, infatti, configurano a pieno (e molto più delle ipotesi di cautele desunte dagli usi sociali) quei modelli normativi preformati di prevedibilità ed evitabilità in grado di orientare il garante, prescrivendogli come (e fino a che punto) può (e quindi deve) agire.

Una regola cautelare precisa e tassativa semplifica la fase dell'accertamento; indicando al garante il percorso da seguire, questi sarà chiamato a rispondere in caso di mancato rispetto. Il che, tuttavia, non fa velo ai dubbi che la stessa scelta di formalizzazione delle cautele reca con sé, sia per quanto riguarda le ricadute, in termini di efficacia e di sicurezza, sul garante, sia soprattutto con riferimento al contributo che è in grado di rendere per far diminuire i pericoli al bene garantito. Se una positivizzazione sembra offrire maggiori certezze al garante, non è detto che essa sortisca sempre il contestuale effetto di migliorare la tutela del bene da proteggere (e cioè la salute del paziente), potendo anzi ingenerare un paradossale effetto di depotenziamento, lasciando fuori dai poteri di agire del garante una serie di modalità di tutela rilevanti. Ciò per molteplici ragioni legate sia ai limiti strutturali delle fonti prescelte (linee guida e buone pratiche) e alla loro genesi, sia, in termini più generali, alla ontologica possibilità di formalizzare cautele (che così divengono) doverose, in settori — come quello psichiatrico — che sembrano insofferenti a forme di standardizzazione. Ragioni che lasciano trasparire seri dubbi sulla bontà dell'opzione, i quali dubbi, lungi dall'essere affievoliti, paiono inesorabilmente destinati ad aumentare dinanzi alla discutibile scelta compiuta dal legislatore con l'art. 3, co. 1 della L. 189/2012¹⁹⁵.

CAPITOLO 4 – Il nesso di causalità

¹⁹⁵ G Sulla questione, anche nei suoi non agevoli rapporti con i profili di responsabilità penale dello psichiatra, si veda Cupelli C., *La responsabilità penale dello psichiatra*, op. cit., pp. 133 ss.

4.1. L'accertamento del nesso di causalità .

Affinché sia integrato il fatto tipico, devono sussistere gli elementi oggettivi essenziali della fattispecie: la condotta (o l'azione)¹⁹⁶, l'evento e il rapporto di causalità che lega quest'ultimo alla condotta dell'autore.

Come già più volte ripetuto nei capitoli precedenti del presente lavoro, la responsabilità dello psichiatra comprende sia le condotte attive che le condotte omissive. Definiamo così la condotta attiva: il soggetto agente pone in essere un fattore che innesca il processo causale sfociante nell'evento lesivo o quando il fattore realizzato dal medico non innesca il decorso causale, ma lo accelera soltanto. Tale fattore è cosiddetto iatrogeno, ossia provocato dal medico (dal greco *iatròs*, medico e *gennan*, generare; ciò che è causato dal medico o dalla medicina).

La condotta è, invece, omissiva quando il soggetto non pone in essere un fattore ostacolante il processo causale già esistente, ontologicamente, in rerum natura, capace di produrre autonomamente l'evento lesivo.

Nell'accertamento dell'esigibilità della condotta di protezione in favore della parte debole (la condotta omissiva) ed il verificarsi dell'evento dannoso vi è la posizione di garanzia dello psichiatra.

La posizione di garanzia è una locuzione che utilizziamo per spiegare il contenuto della norma giuridica posta dall'art. 40 c.p. (Rapporto di causalità). Venga qui riportato il testo normativo per precisione: *"Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione"*,

¹⁹⁶ A livello dottrinale si è cercato di costituire una nozione unitaria di condotta, al fine di creare una categoria generale inclusiva tutte le possibili forme di azioni del reato: in forma attiva, in quella passiva, passando sia alla forma dolosa e quella colposa. Se una parte gli sforzi sono stati ricchi di spunti interessanti dal punto di visto meramente speculativo, dall'altro il risultato finale è stato fallimentare, in quanto non si è riuscito ad includere in un'unica nozione diverse condotte con profili di altrettanta natura diversificata. Si citino qua le teorie più accreditate e celebri. Viene fin da subito superata l'originaria concezione dei giuristi tedeschi (di matrice hegeliana) che definivano la condotta come "*volontà che si realizza*", comprensiva tanto del movimento corporeo quanto delle sue conseguenze, lasciando così completamente scoperto il fatto colposo, il tentativo e l'omissione. Ricordiamo inoltre la c.d. *teoria finalistica dell'azione* (Hans Welzel) la condotta sarebbe rivolta alla realizzazione del fatto tipico. Anche questa però sconta il fatto che rimane del tutto ignorato il caso in cui la condotta provochi eventi non voluti dall'agente (reati colposi in cui la colpa è incosciente). Secondo Bricola la condotta è il comportamento dell'uomo posto in essere con coscienza e volontà (ignorando del tutto i casi in cui la *suitas* è solo potenziale). Da ultima ci riserviamo di citare la c.d. *teoria sociale dell'azione* (anche se corretta, non priva di contraddizioni, dal Mantovani) che considera penalmente rilevante "*ogni risposta dell'uomo ad una pretesa nascente da una situazione riconosciuta almeno riconoscibile attuata grazie alla messa in atto di una possibilità di relazione liberamente scelta tra quelle disponibili*" (Jescheck). Il vizio principale che sconta è quella di inquadrare la *suitas* all'interno della colpevolezza.

Al 2° comma il codice precisa: “*non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”.

L’accento che vorremmo ora porre ricade sui termini (azione ed omissione) ma soprattutto su quello che collega le azioni, il rapporto tra l’evento dannoso e il comportamento del soggetto (autore del fatto), astrattamente considerato: il nesso di causalità.

Il nesso di causalità è la relazione che lega in senso naturalistico un atto (od un fatto) e l’evento che vi discende. Tale fenomeno lo possiamo osservare da una doppia prospettiva: da un lato la prospettiva di chi agisce, dall’altro la prospettiva dell’osservatore cui perviene il risultato dell’azione. Nella dinamica descritta, la sintesi delle due prospettive si chiama nesso (dal latino *nectere*, legare), ed altro non è che la forza naturalistica che causa l’evento.

Il nesso di causalità è il rapporto fra le due prospettive, studiato al fine di ricavare la riconducibilità di un dato evento all’atto o al fatto presupposto. Ciò che presuppone l’evento, dunque, è un fatto ovvero un atto.

Nel caso si tratti di un atto, questo può prendere le forme di una data condotta umana e il prodotto di quella condotta, viene giuridicamente individuato come evento. Ma se quindi il nesso di causalità nella condotta attiva è facilmente intuibile e percepibile, questa immediatezza è più sfuggente nella condotta omissiva.

La causalità omissiva ha un fondamento normativo, essa si basa sul rapporto che pone il secondo comma dell’articolo 40 del Codice Penale, un rapporto di equivalenza tra il causare e il non impedire l’evento di reato. Ma questa equivalenza non basta: occorre infatti sviluppare un giudizio ipotetico nel senso che il nesso di causalità si ritiene sussistente qualora, volendo ipotizzare come posta in essere la condotta doverosa e omessa, l’evento costitutivo del reato non si sarebbe verificato.

Infine, *last but non the least* il presupposto essenziale citato nel dettato codicistico, è la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l’evento.

La vera sfida che ci si può porre, e che da sempre si pone la giurisprudenza e il legislatore, è proprio quella dell’accertamento del nesso di causalità. Riproponiamo l’esempio scolastico ma che chiarisce la quaestio: Tizio sferra un pugno a Caio procurandogli la frattura del setto nasale. Caio viene soccorso da un’ambulanza, che, sciaguratamente, durante il trasporto in ospedale, perde il controllo e finisce fuori strada; Caio, a seguito del sinistro, decede.

Giuridicamente Tizio non è responsabile della morte di Caio, ma solo del suo ferimento e ciò perché il pugno rifilato non è stata la “causa” della morte ma soltanto l’“occasione”¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Per quanto riguarda la nozione di “occasione ambientale” ci serviamo utilmente anche della giurisprudenza in materia civilistica: *Il legame può essere costituito dall’aver il convenuto posto in essere uno stato di cose tale che, senza di esso, il danno non si sarebbe prodotto: così il disservizio ferroviario è causa del danno subito, in un vagone eccessivamente affollato, da un viaggiatore il quale, per gli sbalottamenti, sia finito con le dita tra i cardini di una porta.* (Cass. Civ. 1843/60; Tribunale di Pisa 4 aprile 1981, RCP, 1982, 783). Non sussiste, però, un nesso di causalità giuridicamente rilevante nelle ipotesi in cui la condotta abbia determinato esclusivamente la presenza del danneggiato in un certo luogo e in un certo

È vero che senza pugno Caio non sarebbe morto, ma è altrettanto vero che per la frattura del setto nasale non si muore; il sopravvenuto incidente, quindi, ha eliminato il rapporto di causalità.

Il nesso causale è chiaramente intuibile nella condotta attiva mentre nella condotta omissiva il nesso di causalità diventa opera di una ricostruzione probabilistica. Entra in gioco un giudizio controfattuale.

Citando le parole della Cassazione Sezioni Unite che 2002 si esprimeva così nel caso Franzese : *“Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica - si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell’evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”*¹⁹⁸.

Il ragionamento controfattuale consiste nell’avere, al di là di ogni ragionevole dubbio, la prova contraria che quell’evento non si sarebbe verificato se quella condotta in esame non fosse stata posta in essere.

Arriviamo quindi al cuore dell’accertamento del nesso di causalità calato nell’oggetto da noi in questione. Lo psichiatra ha l’obbligo giuridico, ex art. 40 comma II c.p., di impedire gli atti auto ed eteroaggressivi del paziente? Ed è proprio questo che dottrina e scienza si chiedono, al fine di scongiurare una qualche responsabilità del sanitario: lo psichiatra può essere ritenuto responsabile per aver omesso di porre in essere qualunque comportamento di tipo impeditivo affinché non avvenisse il suicidio del paziente ovvero atti rivolti alla distruzione dell’altrui persona (si pensi all’omicidio, ma anche aggressioni fisiche e psichiche) scaturite come forma della patologia mentale?

Il reato omissivo improprio, così come tipizzato dal nostro legislatore, presenta gravi problemi di struttura, prima fra tutti risultano indeterminati gli elementi che lo compongono, non consentendo il rispetto dei principi di riserva di legge e determinatezza.¹⁹⁹ La succinta clausola di equivalenza contenuta nell’art. 40 comma II c.p. non specifica il raggio di azione della clausola di equivalenza; inoltre risulta del tutto privo di contorni l’obbligo giuridico di impedire l’evento; infine non di facile stima si presenta l’accertamento del nesso di causalità tra condotta omissiva ed evento non impedito.

momento, esponendolo ad un rischio che era distribuito in maniera uniforme nello spazio e nel tempo (così Realmonte F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, 1967, p. 207 e segg.; Trimarchi P., *Causalità e danno*, 1967, p.58). Si nega, ad esempio la responsabilità della p.a. per la morte - conseguente alla caduta da un balcone della questura - di una persona illegalmente trattenuta in stato di fermo, se questo ha costituito mera "occasione ambientale" dell'evento (Tribunale di Milano 17 febbraio 1977)

¹⁹⁸ Cass. Sez. Un. 11 settembre 2002, n. 30328 (Il caso di specie riguardava la responsabilità medica e il nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento).

¹⁹⁹ Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002 in Foro.it, 2002, II, 602.

È dunque l'interprete gravato dell'onere di delineare i confini e l'oggetto della posizione di garanzia. Certamente tale compito non si fa affatto facile quando il cosiddetto garante, il soggetto che deve ricoprire la posizione di garanzia è un medico specifico, che deve valutare il paziente dal punto di vista clinico e bioetico, ma anche seguire il soggetto affetto da patologia mentale in un percorso costante di riappropriazione del controllo delle proprie azioni.

Sarà doveroso domandarsi se fra gli obblighi costituenti la sua posizione di garanzia rientrino anche quello impeditivi in vista di evitare conseguenze lesive per il paziente e per i terzi.

Tale domanda però è foriera di dubbi che vanno precisati fin dal principio: l'espressione posizione di garanzia è correttamente riferita *alle sole ipotesi di responsabilità omissiva*. Non sorgerà alcun problema di accertamento ed eventuale applicazione della clausola di equivalenza nel caso in cui della posizione di garanzia sia oggetto una condotta commissiva, nel qual caso quindi il soggetto ha estrinsecato un qualche comportamento nel mondo esterno.

L'art. 40 secondo comma c.p., con l'espressione "non impedire un evento", fa appunto riferimento ad una condotta omissiva, cioè al mancato inserimento di un fattore ostacolante il processo causale che autonomamente può sfociare nell'evento lesivo.

Nel caso *Dieci e altro*²⁰⁰ si affronta la situazione di un uomo che, affetto da gravi disturbi psichici, spara dalla propria abitazione, sita al terzo piano di un edificio, verso la folla dei passanti. Ne colpisce alcuni, provocando loro gravi lesioni. La polizia giudiziaria rinviene, nel momento in cui riesce ad entrare nel palazzo, il cadavere di una donna e nell'appartamento dell'uomo, il corpo senza vita dello stesso e della sua convivente. La pistola era detenuta legalmente dallo sparatore, grazie ad un certificato anamnestico rilasciatogli da uno psichiatra. Certificato poi presentato ad un medico militare che, all'esito della visita, redige a sua volta il certificato per il conseguimento della licenza per il porto d'armi.

Entrambi i medici vengono condannati nel merito e la Cassazione conferma la condanna.

La sentenza appare di rilievo, anche nel prosieguo della trattazione sotto un'ottica di responsabilità del medico degli atti etero-aggressivi, poiché sostiene, in maniera del tutto esplicita, che risulta del tutto superfluo interrogarsi se i medici siano investiti o meno di una posizione di garanzia, proprio perché *trattasi di una condotta attiva, essendosi realizzata con il rilascio di certificati da parte di entrambi*. Non si deve, dunque, procedere alla ricerca della posizione di garanzia in coloro che hanno posto in essere un antecedente, causalmente efficiente, nella verifica dell'evento e la cui condotta va riportata, *sic et simpliciter*, all'art. 40 comma I c.p.

Tale sentenza rappresenta forse un unicum nel vasto spettro della giurisprudenza di legittimità: infatti molte volte si assiste alla ricerca quasi disperata di una qualche posizione di garanzia, anche quando si è di fronte, come in questo caso del tutto palese, a medici che pongono in essere condotte attive.

²⁰⁰ Cass. Sez. Pen. IV, 12 novembre 2008 (depositata il 28 gennaio 2009) n. 4107.

Un altro esempio è rappresentato dalla già più volte citata Sentenza *Pozzi*, in cui la Cassazione aveva sostenuto la presenza, in capo allo psichiatra, di una posizione di garanzia diretta ad evitare il verificarsi di aggressioni alla sfera giuridica altrui. La condotta, tuttavia, era consistita nella *incongrua riduzione della terapia farmacologica* e, per pertanto, si trattava di condotta attiva.

In breve i fatti, al fine di poter seguire con corretta puntualità le motivazioni della Suprema Corte. Il paziente, affetto da schizofrenia paranoide cronica, è degente presso una struttura psichiatrica residenziale. Ogni tre settimane gli viene praticata un'iniezione di un neurolettico a rilascio ritardato. Chiede allo psichiatra curante che il trattamento venga sospeso. Lo psichiatra dapprima dimezza la dose del farmaco e poi sospende il trattamento. Il trattamento continua poi con la somministrazione di Entumin gtt e Diazepam²⁰¹ a basso dosaggio. Decide poi di riprendere la terapia, rinforzandola con l'associazione del Clopixol, poiché il quadro clinico si riacutizza.

Il paziente rivolge minacce di morte ad un operatore della struttura nella convinzione che questi voglia avvelenarlo. Nutre altresì la convinzione che due pazienti decedute nella struttura, sue amiche, siano state in realtà uccise. Sei giorni dopo la reintroduzione del trattamento, l'operatore si reca nella sua camera per somministrargli i farmaci, ma viene colpito mortalmente dal paziente con un coltello. Allo psichiatra viene addebitato di aver incongruamente disposto riduzione e sospensione del farmaco e di non aver disposto il T.S.O²⁰².

In Cassazione, l'addebito della mancata richiesta del trattamento sanitario coattivo viene lasciato fuori; ciò che interessa in tema di esposizione di garanzia, infatti si sostiene che il paziente accettasse gli interventi terapeutici che gli venivano proposti e che, quindi, veniva meno un presupposto necessario per disporre il ricovero coatto: il rifiuto delle cure.

L'analisi delle sentenze dal 1978 ad oggi²⁰³ mostra un atteggiamento tendenzialmente incline all'affermazione della sussistenza della posizione di garanzia, in capo all'operatore di salute mentale.

²⁰¹ Entrambi i farmaci qua citati appartengono alla famiglia delle Benzodiazepine. L'*Entumin* è il nome commerciale con cui si vende la Clotiapina: antipsicotico atipico di sintesi appartenente alla classe chimica delle dibenzotiazepine. Il farmaco possiede un effetto sedativo, un'azione ansiolitica con riduzione del livello di attività psicomotoria e regola il ritmo sonno/veglia. Presenta anche una buona azione antipsicotica, aiutando il soggetto a ristabilire un corretto contatto con l'ambiente circostante. Il *Diazepam*, conosciuto anche ai più con il nome di *Valium*, possiede proprietà ansiolitiche, anticonvulsanti, sedative, miorilassanti. Il diazepam è comunemente utilizzato per trattare i disturbi d'ansia, l'insonnia e gli spasmi muscolari. Inoltre può essere utilizzato prima di alcune procedure mediche per ridurre la tensione e l'ansia e in alcune procedure chirurgiche per indurre amnesia.

²⁰² Per il conciso riassunto dei fatti di causa: Ciafone M., *La posizione di garanzia dello psichiatra nella gestione del paziente psichiatrico: una review della attuale dottrina giurisprudenziale*.

Le numerose pronunce assolutorie, infatti, non si sono basate sull'esclusione della stessa, quanto sull'assenza di altri presupposti della responsabilità penale, come il nesso causale o la colpa.

4.2. *Causalità attiva ed omissiva.*

Al fine di comprendere se in capo al medico psichiatra sorga o meno un dovere di cura e quindi configurare un comportamento colpevole omissivo o assolutorio, occorre riprendere la distinzione che la giurisprudenza di merito fa sulla posizione di garanzia. Il discorso qua in questione serve a riempire di contenuto quello che è la lacunosa definizione del secondo comma dell'art 40 Codice Penale.

Anche perché il vuoto lasciato dal legislatore del Quaranta verrebbe riempito da un ulteriore problema interpretativo sulla fonte dell'obbligo di protezione, qualora vi fosse, venendo anche qui a delimitare quel decisivo spartiacque fra causalità attiva ed causalità omissiva.

La giurisprudenza all'interno della posizione di garanzia distingue due diverse tipologie: una posizione di protezione e una posizione di controllo.

La prima ha ad oggetto la protezione di soggetti, che in determinate circostanze, non sono in grado di provvedere a se stessi per età, infermità o altra causa e comporta il dovere di impedire eventi dannosi nei loro riguardi. Posizione di protezione, dunque, che si attaglia perfettamente all'operatore psichiatrico. Egli, infatti, ha l'obbligo di proteggere la vita e l'incolumità del paziente da potenziali comportamenti auto o etero lesivi, mediante l'attuazione di precise cautele.

Secondo un primo indirizzo, meglio noto come concezione formale, l'obbligo di impedire l'evento deve trovare il proprio fondamento in un atto dotato del crisma della giuridicità formale, individuando così quali fonti dell'obbligo in oggetto, la legge e il contratto.

La teoria, se da un lato, ha il merito di soddisfare il principio di legalità, stante il disposto dell'art. 40 comma II c.p., dall'altro non consente di individuare quegli obblighi in grado di fondare la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento²⁰⁴.

²⁰³ Anche la giurisprudenza si è dovuta confrontare con le modifiche avvenute con Legge numero 180 del 13 maggio 1978, "*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*", in quanto la ricerca dei presupposti al fine di disporre il T.S.O. risulta costante oggetto delle sentenze di legittimità.

²⁰⁴ Nello specifico, la *teoria formale* (o del trifoglio, da Feurbach A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1840) dell'obbligo di impedire l'evento trova le sue fonti formali nella legge (esempio scolastico dei genitori nei confronti dei figli), ma anche nell'art 1372 c.c. "*Il contratto ha forza di legge fra le parti*" (sia esso si natura tipica, come i contratti di prestazione d'opera, che di natura atipica, nel caso per esempio della vicina giudiziosa che guarda il figlio della coppia che abita accanto in assenza di essi). Rientra anche in questa nozione, la precedente attività pericolosa, e parte della dottrina fa rientrare infine la *negotiorum gestio*. (Cass. sez. IV, 27 aprile 2006, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2007, 2, 119).

Ai difetti della concezione formale²⁰⁵ risponde quella sostanzialistico - funzionale, secondo la quale la fonte della posizione di garanzia va individuata con riguardo alla situazione o posizione fattuale del soggetto nei confronti del bene giuridico tutelato²⁰⁶.

La teoria, pur avendo il pregio di selezionare tra gli obblighi di attivarsi quello di garanzia, non si mostra rispettosa del principio di legalità. Tale concezione, infatti, lascia in ombra la giuridicità dell'obbligo richiesta dall'art. 40 II comma c.p., accogliendo una soluzione completamente priva di qualsiasi riferimento ad essa.

Sia la teoria formale che quella funzionale hanno certamente colto dei profili importanti di struttura del reato improprio: la prima cerca la una base normativa dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, l'altra coglie l'aspetto essenziale della precostituzione dei garanti per salvaguardare beni non adeguatamente tutelati dal loro titolare, in conformità con l'idea solidaristica dello Stato sociale di diritto.²⁰⁷ La letteratura prevalente si rifugia nella teoria mista. Riprende quest'ultima i principi della teoria funzionale, ma riconosce l'esigenza della base normativa, la presenza di una legge in ultima analisi, che preveda la posizione del garante. Nella giurisprudenza di legittimità si è fatta strada una nuova concezione che trova la propria matrice nell'ambito della responsabilità medica.

La teoria mista si adegua alla posizione del soggetto occupata in una data e specifica situazione, e sostiene che una posizione di garanzia del medico può sorgere esclusivamente con l'instaurazione della relazione terapeutica tra il predetto e il paziente, purché elemento mai dimenticato sia il consenso, elemento strutturale decisivo capace di delineare l'esatto ambito operativo del medico e di plasmare contenuto e limiti²⁰⁸.

²⁰⁵Giunta F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, p. 644. e Fiandaca G.,- Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 642, rilevano, in effetti, come «non ogni obbligo extrapenale di attivarsi sia automaticamente suscettivo di convertirsi in un obbligo di impedire l'evento rilevante ai sensi di una fattispecie omissiva impropria».

²⁰⁶ L'individuazione della posizione di Garanzia (o *Garantenstellungen*) avviene ogni qual volta il titolare del bene giuridico non è in grado di tutelarlo adeguatamente, l'ordinamento in tale caso offre una tutela adeguata. Il garante dovrà essere in possesso di tre requisiti: il primo è l'obbligo impeditivo, in rispetto del dettato codicistico, "*l'obbligo giuridico di impedire*"; esso non si configura come un mero obbligo di sorveglianza, ma poteri impeditivi e sufficienti poteri di natura sollecitatoria (purché gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare, dal costante insegnamento della Cassazione, una fra tutte: Cass. sez. IV, 12 marzo 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 82). Il secondo requisito riguarda la capacità di esercitare tali poteri. Il terzo infine ricopre il carattere della precostituzione e della specificità (Cass, sez. V, 27 aprile 2005, in *Cass, pen.*, 2007, 735 – Cass., sez. IV, 12 marzo 2010, in *Cass, pen*, 2011, 82)

²⁰⁷ Grosso C.F. ed altri, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale 2014 p. 228

²⁰⁸ Cupelli C., *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)* p. 1821 in *Cass. pen.*, (48)5 2008

Rapporto che può instaurarsi su base contrattuale, come nel caso di paziente che si affidi al medico di fiducia; ma anche in base alla normativa pubblicistica di tutela della salute²⁰⁹, come avviene nel caso di ricovero in una struttura ospedaliera o in comunità protette.

La posizione di garanzia sussiste per il solo fatto di un rapporto di fatto tra medico e paziente. Questo, perciò, si verifica anche quando non vi sia stata una formale distribuzione degli incarichi all'interno della struttura.

Un esempio di questo orientamento è il caso *Pozzi*²¹⁰, già analizzata con riguardo ad un altro aspetto della materia di cui si discute. Nel caso di specie, il medico psichiatra aveva compiti di consulenza esterna e di partecipazione ad un gruppo di lavoro per il miglioramento delle procedure. Non era, dunque, incardinato all'interno della struttura sanitaria.

I giudici della Suprema Corte, nonostante l'assenza di una formale determinazione degli incarichi, avevano sostenuto che l'imputato fosse gravato di una posizione di garanzia, sotto il profilo di un obbligo di protezione. Independentemente dalla qualifica formale attribuita all'incarico dello psichiatra, egli *aveva di fatto tutelato la vita e l'incolumità del paziente*. Egli, invero, aveva accettato l'affidamento della cura del malato, deciso di modificare la terapia farmacologica, nonché stabilito le modalità di svolgimento dei colloqui terapeutici. La sentenza evidenzia come l'instaurarsi di una relazione terapeutica fra il paziente e il professionista sia di vitale importanza, sancendo di fatto la non più accettazione di una concezione meramente formale della posizione di garanzia.

La Corte sottolinea che *“il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza richiede che la cerchia dei titolari dell'obbligo di garanzia sia determinata soggettivamente e che gli obblighi siano oggettivamente determinati con esclusione quindi di doveri esclusivamente morali”*.

I titolari della posizione di garanzia quindi devono essere dotati di poteri (direttamente o indirettamente) impeditivi degli eventi dannosi, accompagnati da una capacità di esercitarli²¹¹.

²⁰⁹ Leoncini I, *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, p. 76: “La liceità del singolo intervento si fonda, direttamente, sull'obbligo di curare assunto dal medico, definito, per oggetto e limiti, nella cornice dell'autorizzazione statale, dal peculiare accordo intercorrente tra le parti. E l'esecuzione di tale obbligo *lege artis*, che necessariamente include gli atti lesivi per l'integrità anatomico- funzionale del paziente indispensabili per conseguire il risultato terapeutico, è attività non soltanto giustificata, bensì lecita ab origine e, conseguentemente, atipica rispetto a quelle fattispecie incriminatrici, che essa in apparenza sembrerebbe integrare. E sempre direttamente dall'obbligo di curare discende la liceità, per la sua atipicità, dell'intervento praticato sul paziente incapace di esprimere il proprio consenso. In questo caso peraltro, non risultando il contenuto dell'obbligo in concreto definito anche in base alla volontà espressa dal paziente, esso si riepanda in coincidenza con l'estensione che presenta in astratto, in conformità con la funzione assegnata dall'ordinamento alla posizione di garanzia del medico, di tutelare la vita e la salute dei pazienti, e nei limiti delle pratiche oggetto dell'autorizzazione statale”.

²¹⁰ Cass., Sez. Pen. IV, 11 marzo 2008, n. 10795.

²¹¹ La difficoltà nell'individuazione della posizione di garanzia sia da parte della giurisprudenza sia da parte della dottrina ha portato ad approntare soluzioni differenti: la proposta di tipizzazione della posizione di garanzia era sorta a livello di progetti

Secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, confermato quindi dalla sentenza commentata, la *posizione di garanzia può avere una fonte normativa di diritto pubblico e di natura privatistica (anche non scritta) e può trarre origine da una situazione di fatto, da un atto di volontaria determinazione ovvero da una precedente condotta illegittima*. Le difficoltà emergono più evidenti, se possibile, ogniqualvolta sia necessario giustificare la posizione di garanzia con riguardo ai delitti commessi dal paziente.

Nel caso del paziente affetto da disturbi psichiatrici, le difficoltà si acutizzano nel momento in cui si debba qualificare la posizione: infatti accanto alla definizione di protezione, occorrerebbe aggiungere anche quella di controllo? Quando in psichiatria si parla di controllo, le tesi non sono sempre concordi.²¹²

È necessario a volte riutilizzare tale termine: molte volte infatti la comparsa di un comportamento violento rappresenta senza dubbio una situazione di emergenza in ambito clinico, ma la gestione dell'aggressività si iscrive in un protocollo di intervento che implica sia la valutazione delle risorse del paziente e dell'ambiente, sia una puntuale disamina del rischio, sia un attento bilanciamento tra rischi e benefici di ogni scelta terapeutica, nel contesto più generale di una corretta presa in carico del soggetto nelle varie fasi della diagnosi, della terapia, della prognosi e della riabilitazione.²¹³

Un recente orientamento della giurisprudenza di merito, ha aperto la strada ad un nuovo volto della posizione di garanzia, riconducendola nel perimetro della posizione di controllo, seppur circoscritta all'interno dei luoghi di degenza.

di riforma del codice penale. Il *progetto di Riforma della Parte Generale del Codice Penale (da parte della Commissione Grosso)* aveva tentato di tipizzare con previsione espressa di legge le diverse posizioni di garanzia (art. 16), individuando le posizioni, i soggetti responsabili e l'ambito della responsabilità. Degno di nota è l'art 18: la posizione di garanzia del medico sussiste rispetto a chi è stato preso in cura.

²¹² La psichiatria negli ultimi anni vive un dilemma cruciale al suo interno: infatti sempre più voci si alzano dal coro per denunciare quello che per molti è il fine ultimo di una scienza che manipola il cervello e il pensiero: il *controllo sociale*. Così si esprimeva qualche anno fa Luciano Casolari, medico psicoanalista in: *Medicina difensiva: l'intervento psichiatrico deve svolgere un ruolo di controllo sociale?* “[...] sempre più spesso la società, i mezzi di informazioni e la giurisprudenza stanno spingendo la psichiatria a tornare ad assumere un ruolo di controllo sociale. Al di là degli aspetti peculiari delle vicende emerge l'idea mostruosa, ormai abbandonata in tutto il mondo civile, che la funzione della cura non sia solo per il bene del paziente ma per evitare che lui possa commettere dei reati e quindi, in ultima analisi, per tutelare la società. È chiaro che a questo punto chi si occupa di leggi eserciterà mille distinguo per cui si potrà affermare che se una persona è sana sarà meno portata a delinquere e che ogni caso è se stante. [...] Ribadire il concetto generale: la cura dovrebbe essere distinta dal controllo sociale.”

²¹³ Barbieri C. e Luzzago A., *Il comportamento aggressivo in psichiatria: un approccio ermeneutico come chiave di prevenzione del rischio e di valutazione della responsabilità professionale* in *Rassegna Italiana di Criminologia*: <http://www.rassegnaitalianadicriminologia.it/>

La posizione di controllo assegna al garante il dovere di impedire che determinate fonti di pericolo, nei confronti delle quali abbia poteri di signoria, rechino danni a terzi. La violenza e l'aggressività del paziente, secondo questo indirizzo, vengono in rilievo non solo come alterazioni comportamentali correlate alla malattia, ma come *fonti di pericolo da monitorare*.

Il controllo, dunque, è parte dell'insieme di segmenti che compongono la sfera di obblighi dei soggetti responsabili, a vario titolo, della struttura sanitaria.

Una posizione di controllo che è, quindi, connessa ai doveri di sicurezza che si rivolgono ad ogni operatore psichiatrico. Il comportamento illecito posto in essere del paziente diventa, così, fonte di responsabilità penale per coloro che non hanno rispettato quei doveri volti ad impedire il concretizzarsi del pericolo derivante dalla malattia psichica.

Un caso che vede condannati i medici per gli atti lesivi compiuti dal paziente è nel caso *Petrillo*²¹⁴.

Un paziente oligofrenico, degente presso una clinica neuropsichiatrica, aggredisce violentemente un altro paziente, cagionandone la morte per arresto cardiocircolatorio, successivo a trauma cranioencefalico.

I due medici che lo hanno in cura vengono ritenuti colpevoli del delitto di omicidio colposo, per aver omesso adeguate cautele e idonei presidi terapeutici, che probabilmente avrebbero diminuito la carica aggressiva dello stesso paziente. La sentenza è assai significativa poiché ritiene sussistente la posizione di garanzia, sia in capo al medico specialista che al medico di turno.

La Suprema Corte ritiene infondata la deduzione difensiva di quest'ultimo, il quale aveva eccepito la mancanza di competenza in materia, essendo un semplice medico di turno, privo di specializzazione in neuropsichiatria. Entrambi i medici della clinica neuropsichiatrica, secondo la Cassazione, sono gravati, nei confronti dei pazienti ricoverati, di una posizione di garanzia, che impone loro di evitare eventi lesivi cagionati da altri pazienti.

Nella specie, il medico in posizione apicale ha l'obbligo di impartire direttive cautelari organizzative, al fine di impedire che pazienti aggressivi vengano in contatto tra loro.

Tale medico e quello di turno hanno, altresì, l'obbligo di contenere l'aggressività dei pazienti con adeguati trattamenti farmacologici. Il caso appena esaminato evidenzia, così, l'importanza della posizione che il soggetto occupa in una data situazione, sottolineando che una posizione di garanzia sorge, in realtà, con l'instaurarsi della relazione terapeutica tra il medico e il paziente e, dunque, indipendentemente da qualifiche formali.

La causalità omissiva rileva anche nel caso particolare in cui lo psichiatra non esegua il T.S.O.

Riprendendo l'esempio del malato mentale che si suicida lasciando aperto il gas, provocando così il crollo del palazzo, in cui perde la vita anche un condomino. Accogliendo la tesi della differenziazione, il garante avrebbe l'obbligo di impedire il compimento dei soli atti autolesivi. Si pensi, allora, alle conseguenze derivabili da un

²¹⁴ Cass. Sez. Pen. IV, n. 18950/2009.

approccio differenziato, quando con una sola azione il paziente realizzi più eventi lesivi, in danno sia di se stesso che di terzi.²¹⁵ Risulta chiaro, dai giudici della Consulta in poi, che l'imposizione di un trattamento sanitario non debba essere visto nell'ottica della mera protezione del paziente singolo, ma ampliando l'orizzonte al fine di abbracciare la tutela della collettività.

Delicata però è la scelta del medico che di fronte a T.S.O. dovuto ma non disposto può essere anche perseguito per abbandono di incapace, previsto dall'articolo 591 Codice Penale (se dall'abbandono ne deriva la morte, si trova qui applicabile l'aggravante del terzo comma)

Di particolare interesse si presenta, poi, la valutazione del mancato procrastinarsi del ricovero del paziente per insussistenza di un presupposto.

Un episodio recente riguarda il caso *Giannini e altro*²¹⁶: due medici vengono imputati di concorso in omissione di atti del proprio ufficio, per aver omesso di procrastinare il ricovero di un paziente, nonostante le sollecitazioni dei genitori.

Questi segnalano il pericolo che il figlio possa porre in essere comportamenti aggressivi verso terzi.

Pericolo poi verificatosi con l'omicidio della madre, una volta dimesso dall'ospedale. La Suprema Corte condivide le conclusioni del giudice dell'udienza preliminare, il quale aveva escluso la responsabilità per il reato di cui all'art. 328 c.p., per assenza di volontà e rappresentazione dell'evento (l'omissione di atti d'ufficio è un reato proprio punito a solo titolo di dolo). La considerazione che, a questo punto, più interessa è il motivo per cui non era stato disposto il ricovero coatto: il paziente aveva recuperato una condizione di compenso e, di conseguenza, era assente uno dei presupposti del T.S.O., ossia le alterazioni psichiche tali da determinare urgenti interventi terapeutici.

²¹⁵ Con la sentenza 307/1990 la Corte Costituzionale ha affermato che l'imposizione di un trattamento sanitario, per essere compatibile con l'art. 32 Cost., debba essere diretta non soltanto a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi sia sottoposto, ma anche a proteggere l'incolumità degli altri soggetti. *“Il precetto nel primo comma [dell'art 32] definisce la salute come ‘fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività; nel secondo comma, sottopone i detti trattamenti a riserva di legge e fa salvi, anche rispetto alla legge, i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili”*.

²¹⁶ Cass. Pen., sez. VI, sentenza 15 maggio 2012 n. 18504.

Occorre osservare come, nei casi esaminati, l'addebito del rifiuto del ricovero sia stato giudicato privo di fondamento.

Appare, inoltre, difficile reperire sentenze definitive di condanna fondate su questo tipo di contestazione. L'oscillante atteggiamento della giurisprudenza rivela, dunque, l'esistenza di difficoltà ermeneutiche sui presupposti del trattamento sanitario obbligatorio e del successivo comportamento omissivo, dovute probabilmente alla poca chiarezza in merito alle ragioni che lo giustificano.

È quindi giocoforza tornare ancora sui presupposti.

Secondo un certo indirizzo giurisprudenziale²¹⁷, il ricovero coatto si giustificerebbe per ragioni di prevenzione.

Alla base di tale ragionamento vi sarebbe l'idea che il paziente psichiatrico sia un soggetto pericoloso per sé o per altri, per il solo fatto della malattia che lo affligge. La valorizzazione di tali esigenze ha stimolato l'interpretazione estensiva dei presupposti del T.S.O., in particolare di quelli relativi alla necessità ed urgenza. Un altro orientamento, sostenuto da certa dottrina medico legale²¹⁸, nega qualsiasi presunzione di pericolosità del malato mentale e conferma il principio secondo cui ogni trattamento sanitario debba essere accettato dal paziente.

Le uniche eccezioni, previste dall'art. 32 Cost., possono trovare asilo nel nostro ordinamento solamente in presenza di esigenze terapeutiche in senso stretto. Secondo questo indirizzo, i presupposti per l'attuazione del ricovero coatto sussisterebbero unicamente nei confronti di pazienti incapaci di intendere e di volere.

Più precisamente, in presenza di un quadro clinico che riveli un chiaro e indiscutibile disturbo dell'ideazione e delle percezioni sensoriali, quali ad esempio tutte le diverse forme psicotiche. Nonché, quando il paziente esprima un netto rifiuto al trattamento, nonostante i ripetuti inviti dell'èquipe sanitaria.

²¹⁷ Trib. Di Busto Arsizio nel 2008. Un paziente, affetto al momento del fatto da psicosi cronica, con diagnosi di disturbo delirante di tipo persecutorio, colpisce violentemente con un colpo di martello alla testa una ragazzina di dodici anni. Lo psichiatra che lo ha in cura viene condannato per il delitto di lesioni personali colpose (art. 590 commi I e II c.p.). La colpa dello psichiatra si incentra sulla sottovalutazione della patologia e, per quel che ci riguarda, sulla mancata attuazione del ricovero coatto.

Secondo l'organo giudicante, il rifiuto di farsi visitare, la mancata accettazione della terapia farmacologica, nonché la grave forma di malattia da cui era affetto avrebbero giustificato di per sé il t.s.o e, quindi, la necessità e l'urgenza di intervenire.

²¹⁸ Catanesi R., Ordinario di "Psicopatologia forense" presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università di Bari.

Obbligo della cura: aspetti legislativi, modalità operative e pratiche di presa in carico

<http://www.psychiatryonline.it/node/3633>.

Occorre a questo proposito ricordare che obiettivo del T.S.O. è, comunque, la cura del paziente e che la prevenzione viene attuata indirettamente mediante una terapia adeguata. Non avrebbe senso, dunque, distinguere a seconda che il gesto produca conseguenze soltanto per sé o anche per altri.

Un caso di condotta omissiva dello psichiatra riguarda il suicidio di un detenuto in carcere²¹⁹ (e successiva responsabilità civile del ministero della giustizia per carenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria).

In breve i fatti: il detenuto per allentare una situazione di tensione ambientale venutasi a creare all'interno della struttura penitenziaria e a causa dell'ingravescenza delle condizioni psichiche viene trasferito presso il carcere milanese per essere ricoverato presso idonea struttura psichiatrica giudiziaria. Il trasferimento temporaneo viene disposto senza preventiva verifica della possibilità di destinare il detenuto al centro medico.

Proprio a causa della mancanza di posti-letto presso il "Centro di osservazione neuro-psichiatrica" (CONP), al paziente viene assegnata una sistemazione provvisoria in cella a basso rischio suicidario con sorveglianza a vista fino a nuova valutazione medica. Lo stesso giorno la psicologa del carcere adotta un provvedimento con il quale revoca la sorveglianza a vista, verso la quale il detenuto, già noto per precedente carcerazione, aveva mostrato forte insofferenza, e dispone l'ubicazione in cella plurima di osservazione psichiatrica a medio rischio suicidario con "attenta sorveglianza".

La riduzione del livello di sorveglianza sarebbe compatibile - secondo la professionista - con il quadro clinico del detenuto, affetto da disturbo di personalità, e con la valutazione sul livello di rischio suicidario, in considerazione del fatto che i gesti autolesivi di cui egli si sarebbe reso fino ad ora autore non sarebbero qualificabili con certezza come anticonservativi.

Successivamente il detenuto viene visitato dalla psichiatra del carcere che, conoscendo la storia clinica pregressa e recente, conferma la diagnosi. Viene modificata invece la terapia farmacologica nel tentativo di ricercare una compliance con il detenuto che aveva *autonomamente* deciso di sospendere l'assunzione dei medicinali²²⁰.

Dopo la visita psichiatrica, il paziente si lesiona lo stesso giorno due volte. La psicologa dopo un colloquio con il paziente conferma in sintonia con la psichiatra la diagnosi e la valutazione del rischio suicidario. Due giorni dopo il cambio di cella, l'uomo si toglie la vita mediante impiccamento.

Vengono chiamate a rispondere del delitto di omicidio colposo ai sensi degli artt. 113 e 589 c.p. la psichiatra e la psicologa in servizio presso la Casa Circondariale di Milano, in virtù della posizione di garanzia della vita

²¹⁹ Tribunale di Milano, sez. IX, 8 aprile 2014

²²⁰ Il medico dichiara nel corso del processo che il giorno in cui visitò il paziente non era a conoscenza della decisione della psicologa di modificare l'ubicazione del detenuto.

e delle salute psico-fisica delle persone recluse che il personale sanitario condivide con quello dell'amministrazione penitenziaria.

Il Tribunale di Milano adotta un ragionamento orientato verso un principio generale di diritto, valido in qualsiasi contesto sanitario (ospedaliero, residenziale, penitenziario), secondo *cui per un'adeguata presa in carico del detenuto affetto da malattia mentale, funzionale a salvaguardarne interessi primari come la vita o l'incolumità psico-fisica, le esigenze di cura vanno, se necessario, bilanciate con le esigenze di sorveglianza sulle irregolarità comportamentali eventualmente indotte dalla condizione di sofferenza psichica.*

Anche nel particolare contesto carcerario - osserva il Tribunale di Milano - la legittimità dell'intervento sanitario è condizionata al consenso del paziente, e nei limiti in cui ciò sia possibile l'agire medico deve essere orientato alla realizzazione di un'alleanza terapeutica con la persona reclusa. Il rispetto della dignità umana e del diritto all'autodeterminazione del detenuto in ambito sanitario esclude, pertanto, che il controllo possa normalmente declinarsi in pratiche estreme di prevenzione della morte, coercitive o ulteriormente segreganti, come ad esempio la coercizione fisica o la contenzione meccanica, l'isolamento o la sorveglianza a vista H 24. Consenso e alleanza terapeutica non assurgono però a valori assoluti, potendo al contrario essere validamente derogati in situazioni di stretta necessità per la protezione di interessi primari dello stesso paziente o di altri detenuti.

La sentenza assolve²²¹ la psichiatra in servizio presso la Casa Circondariale di Milano ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p. per la presenza di una prova insufficiente sul piano dell'esigibilità di una condotta alternativa

²²¹ Della morte del detenuto viene giudicata penalmente responsabile la psicologa, condannata alla pena (condizionalmente sospesa) di otto mesi di reclusione ed al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale con una provvisoria immediatamente esecutiva di euro 529.000, in solido con il responsabile civile, Ministero della Giustizia, ex art. 2049 c.c.

Si rimprovera alla psicologa non già di aver modificato l'ubicazione del detenuto in cella con inferiore livello di sorveglianza in attesa che si liberasse un posto nel settore CONP, bensì di aver tenuto, pur in presenza di «*ulteriori tre episodi auto lesivi, a lei noti, posti in essere da CL, in un contesto ambientale divenuto difficile ... a causa delle relazioni complesse con i detenuti e il personale di polizia e con una deriva psicotica comunque accertata dalla [psichiatra]*», un "atteggiamento di tipo attendista" censurabile sul piano della imperizia e della negligenza. In particolare, la professionista avrebbe colpevolmente ommesso di rivalutare la situazione personale del detenuto e si sarebbe astenuta dall'adottare con urgenza qualsiasi «tipo di intervento, anche di tipo decisamente sollecitatore nei confronti dei soggetti responsabili delle strutture, quali il richiedere una visita psichiatrica per valutare a questo punto l'efficacia della terapia -farmacologica- adottata dalla dottoressa, il coinvolgere la responsabile del reparto per sollecitare il ricovero presso il CONP dove CL sarebbe stato finalmente "monitorato", l'attivarsi per richiedere un ricovero in una struttura sanitaria ospedaliera o giudiziaria»; soprattutto si contesta alla psicologa, trattandosi di azione personalmente esigibile, il non aver "messo in sicurezza" il detenuto attraverso la predisposizione di un «totale controllo» con sorveglianza a vista H 24, almeno per un periodo di tempo limitato in attesa dell'adozione di una delle misure sanitario-trattamentali sopraindicate.

idonea ad impedire l'evento, e precisamente perché non è possibile affermare *“con alto grado di probabilità, che il mantenimento della terapia farmacologica [...] fosse un atteggiamento esigibile a quale momento, e soprattutto, idoneo a scongiurare l'evento mortale in presenza delle altre situazioni stressanti costituite dalla collocazione nelle celle plurime del CAR e della detenzione in quell'ambiente milanese che era diventato per la parte lesa, sul piano della percezione soggettiva, fortemente ostile”*.

La sentenza stigmatizza, a prescindere dalla eventuale rilevanza sul piano della responsabilità penale, l'operato del personale sanitario, a tutti i livelli nella struttura organizzativa, della Casa Circondariale. Alla Direzione rimprovera, in particolare, d'aver omesso di vigilare sulla gestione di un detenuto connotata da importanti manchevolezze: superficialità nella presa in carico del paziente, in una situazione caratterizzata peraltro da divisione di ruoli poco chiara in merito a chi spettasse seguire sul piano psichiatrico l'evoluzione del quadro sintomatologico dopo la visita, e passività dei responsabili dei reparti e dei medici, che hanno avuto contatto con il detenuto, nel rinvenire con urgenza una collocazione nel settore psichiatrico CONP o al limite nel CDT (Centro Diagnostico Terapeutico), eventualmente attraverso lo spostamento di un altro detenuto, ritenuto meno pericoloso.

4.3. *La creazione giurisprudenziale dell'omessa minimizzazione del rischio.*

La dottrina ha pesantemente criticato la giurisprudenza in merito alla responsabilità penale dello psichiatra: quello che più le si contesta è il fatto di aver utilizzato in modo del tutto duttile e malleabile all'esigenza il nesso di causalità, riducendo il modello di imputazione fondato sull'omessa minimizzazione del rischio.

La dottrina, riconoscendo comunque che lo psichiatra operi in un contesto di alto rischio, si è sempre più convinta che *“il comportamento del medico, lungi dall'esplicare una efficacia eziologica esclusiva, si pone quale concausa dell'evento morte (unitamente alla patologia di cui il paziente è affetto), sicché, di frequente, la rilevanza causale finisce per misurarsi solo in relazione all'anticipazione dell'evento, comunque inevitabile”*²²².

Eminente dottrina ricorda come il medico che ometta il trattamento corretto si trovi in una posizione più vicina a quella di chi non presti il soccorso dovuto (sia pure nei termini di un'omissione di soccorso “qualificata”), che non a quella del soggetto che gestisca il decorso causale che crea il rischio che si concretizza nell'evento. *“Il medico dunque, lungi dal creare il rischio che minaccia di tradursi in danno, si limita a non neutralizzare o ridurre un pericolo già esistente: ecco che allora, sotto questa angolazione visuale, la relazione tra*

L'Amministrazione penitenziaria viene condannata ex art. 2049 c.c. non solo per il fatto illecito della psicologa ma anche per le numerose deficienze evidenziate a tutti i livelli, centrale e locale, nella gestione «inaccettabile» di un detenuto in così gravi condizioni cliniche.

²²² Cupelli C., *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, cit., p. 27.

omissione ed evento sembra più propriamente strutturarsi secondo il modello della mancata diminuzione del rischio di verificazione dell'evento o del mancato accrescimento delle "chances" di sopravvivenza del bene giuridic."²²³.

Il fatto che la causalità omissiva presenti carattere ipotetico privo di un substrato naturalistico²²⁴, e che il primo termine della relazione causale sia formato da un non fare, ha portato la giurisprudenza ad accontentarsi di un non specifico rigore nell'accertamento della condotta omissiva: abbassare le probabilità di successo, anche meno del 50% al fine precipuo di accertare l'azione omessa doverosa. In altri termini, è sufficiente che la condotta omissiva abbia aumentato il rischio di verificazione dell'evento.

Nel caso *Melis*,²²⁵ si rimane sempre nel caso di responsabilità medica: un soggetto era precipitato dal tetto di una serra che moriva a causa di un collasso cardiocircolatorio. In entrambi i casi il paziente era stato soccorso in maniera generica ed approssimata. Non certamente questo il luogo per riprendere tutte le tappe giudiziarie del processo: occorra notare come in Cassazione, gli Ermellini abbiano accettato *una sufficiente serie e apprezzabili probabilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata.*

La Suprema Corte riconosce che *sussiste sempre il nesso di causalità tra la condotta imperita negligente e imprudente del sanitario, il quale non abbia disposto cautele ed accertamenti che avrebbero portato ad un sollecito intervento su un infortunato, e l'evento mortale che ne è seguito, quando tale intervento, anche se non avrebbe salvato con certezza il paziente, aveva buone probabilità di raggiungere tale scopo.*

Alla medesima conclusione giungono pochi anni dopo gli Ermellini nel caso *Silvestre e Leone*²²⁶: allo stesso modo (addirittura in maniera audace e non priva di critiche danno una quantificazione del rischio accettato) i giudici affermano che *sussiste sempre il rapporto di causalità tra la colposa omissione di diagnosi da parte del medico e la morte del paziente, anche qualora l'esatta e tempestiva opera del sanitario avrebbe potuto evitare l'evento non già con certezza o elevate probabilità, ma solo con probabilità apprezzabili nella misura del trenta per cento.*

Questo orientamento interpretativo ha trasformato l'illecito ad evento in un reato a condotta, per di più condotta rischiosa, in quanto il disvalore non si incentra più sulla causazione del determinato evento, ma semplicemente sul disvalore della condotta. L'unica valutazione andrà fatta, secondo tale filone di pensiero, sulla condotta se ha o non ha diminuito il rischio in ottica della tutela del bene.

La dottrina, in particolare Stella, ha superato l'allentamento nell'accertamento della causalità omissiva. Ha richiesto infatti sulla necessità di individuare un identico grado di certezza tra causalità attiva e causalità

²²³ Fiandaca G., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 961.

²²⁴ Palazzo C.F., *Corso di diritto penale: Parte Generale* 2016, p. 220 Cass, sez IV 7 gennaio 1983, in *Foro it.* 1986, II, 351

²²⁵ Cass, sez IV 7 gennaio 1983, in *Foro it.* 1986, II, 351

²²⁶ Cass. sez IV 12 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, 368.

omissiva: ha obiettato che in presenza di una condotta attiva si ricorre ad un ragionamento di tipo ipotetico attraverso il procedimento di eliminazione mentale, che è un giudizio contro-fattuale, ma non per questo il grado di certezza sulla sussistenza del nesso causale risulta affievolito²²⁷.

Nella causalità omissiva si aggiunge mentalmente la condotta doverosa omessa. Una recente pronuncia della Cassazione ha ritrovato una diretta applicazione. I giudici fanno una distinzione secondo cui *l'addebito è commissivo allorché si imputi al soggetto di avere introdotto nella situazione concreta un fattore di rischio in precedenza assente, poi effettivamente sfociato nella produzione di un evento lesivo; mentre l'addebito è omissivo allorché ciò che si imputa al soggetto è di non avere contrastato fattori di rischio già presenti nella situazione concreta, i quali siano effettivamente sfociati nella produzione dell'evento lesivo.*²²⁸

Riconducendo l'analisi alla professione psichiatrica, non si può che dire che rischio ovviamente può dirsi sempre prevedibile, in termini generali e astratti, se riferito al sofferente psichiatrico.²²⁹

Il rischio, e la sua conseguente omessa minimizzazione, ricompare celato in altre sentenze, in materia di responsabilità dello psichiatra. Una fra tutte è il caso *Guida*²³⁰, già citata in precedenza, avente ad oggetto, il suicidio per defenestramento di una paziente, affetta da disturbo depressivo, avvenuto durante un permesso d'uscita temporaneo lasciata in custodia di un'accompagnatrice volontaria priva di qualsiasi competenza medico-infermieristica.

Nel caso di specie, gli Ermellini precisano che l'uscita della paziente dalla casa di cura, costituisse circostanza fattuale *tale da determinare un aumento del rischio che la stessa realizzasse un ennesimo gesto autolesivo*. Rischio che non si sarebbe verificato, ribadiscono i giudici della Suprema Corte, qualora il medico curante avesse adeguatamente informato la volontaria delle condizioni della paziente. È stata fortemente criticata tale impostazione: si ritiene che si fosse fondato il nesso causale solo sulla base del rischio di verificazione dell'evento. Ad un'analisi²³¹ più accorta della pronuncia, però, si nota come in realtà i giudici di legittimità non abbiano fatto ricorso alla teoria dell'aumento del rischio (e della consequenziale omessa minimizzazione) per accertare la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva dello psichiatra e il suicidio della paziente. Basano il loro ragionamento sulla mancata informazione avvenuta tra il professionista e

²²⁷ Stella F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano 1975; id., *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217; id., *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, XXV Roma, 1991, 1; id., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003; id., *Fallacia e anarchia metodologica in tema di causalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 23;

²²⁸ Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2010 (dep. 3 maggio 2010), n. 16761, *Catalano e altri*.

²²⁹ Cupelli C., *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*. in *Diritto Penale Contemporaneo*. p. 55

²³⁰ Cass. sez. IV, 4 marzo 2004, n. 10430 in Giunta F. e altri, *Il diritto penale della medicina*.

²³¹ Si vedano le recenti considerazioni di C. Brusco, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Giuffrè, 2012, p. 245ss.,

l'accompagnatrice della donna: qualora l'assistente volontaria fosse stata adeguatamente informata del rischio suicidario, il gesto autolesivo non si sarebbe verificato con certezza.

Si ritorna anche qui alle parole di pochi anni prima, memori dell'insegnamento della sentenza Franzese, richiamando il principio sul quale poggia quest'ultima: *"...al giudizio di responsabilità può e deve pervenirsi solo quando, all'esito del ragionamento probatorio, che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e "processualmente certa" la conclusione che la condotta incriminata è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"*.

La sentenza ribadisce in più occasioni che l'uscita dalla casa di cura della paziente non accompagnata da un'assistenza più informata, e la condotta dello psichiatra, non abbiano ridotto il rischio che la paziente, la quale non trovandosi in quella situazione, non avrebbe commesso l'atto estremo. Il riferimento al rischio, ciononostante, non viene fatto al fine di accertare il nesso causale, ma rimane nel quadro della prevedibilità ed evitabilità del suicidio. Non a caso, i giudici affermano che *"la paziente era un soggetto ad alto rischio suicidario, in considerazione dei pregressi tentativi posti in essere in epoca immediatamente precedente e, quindi, tale pericolo concreto si presentava elevatissimo."*

Dello stesso tenore si può considerare il caso *Mura e Melella*²³²(stesso fattispecie alla base, paziente ad alto rischio suicidario al quale è stato permesso di uscire dalla struttura terapeutica; alla quale è seguita il suicidio dello stesso); per completezza citiamo le poche parole della decisione presa dal tribunale romagnolo: *"Non rispondono di omicidio colposo i due medici responsabili di una struttura psichiatrica per aver concesso il permesso di uscire da solo a un giovane ricoverato affetto da gravi disturbi depressivo-psicotici, il quale attuava il suicidio all'esterno, essendo nel caso di specie da escludere sia la colpa dei medici per omessa sorveglianza stante che il rischio di suicidio era insito e tollerabile nel tipo di trattamento non custodialistico adottato, sia il nesso causale dell'evento, posto che- ipotizzando la sospensione del permesso di uscire- il giovane avrebbe potuto comunque togliersi la vita con modalità diverse."*

La scienza psichiatrica di fronte ad un rischio che è caratterizzato da elementi di ingovernabilità non può fare altro che porsi l'obiettivo di una ragionevole minimizzazione, grazie a regole cautelari improprie, senza poter azzerarlo totalmente.

Si può così ritenere che il rischio sia talmente prevedibile in astratto, da non poter essere formalizzato in cautele, nel senso che non appare possibile predisporre delle regole terapeutiche atte in generale a prevenirlo; a meno di non considerare la previsione di misure di comune prudenza, quali, ad esempio, privare il paziente psichiatrico della disponibilità di oggetti taglienti o altri strumenti atti ad offendere, non necessariamente appannaggio del solo specialista e, pertanto, al di fuori del perimetro della perizia medica. Rispetto a tale rischio, quindi, il passaggio della formalizzazione della perizia sul piano della colpa specifica non appare

²³² Trib. Ravenna, Sez. dist., Faenza, 29 settembre 2003 in *Foro it.*, 2, 2004, cc. 566 ss

praticabile, non potendosi prescindere da un suo apprezzamento in termini di prevedibilità in concreto, enucleabile solo dalla conoscenza dello stato di salute del singolo paziente e del suo vissuto. Di contro, l'industria farmaceutica ha posto a disposizione dello psichiatra farmaci nuovi, potenti ed anche efficaci. La convergenza di questi fatti ha permesso che un maggior numero di pazienti potessero essere curati in tempi più brevi e con risultati apprezzabili, ma ha anche fatto sì che fossero manifeste le reazioni anomale a farmaci e le difficoltà a farvi fronte.

Generalizzare i trattamenti psichiatrici in documenti o linee guida standard è compito arduo se non fuorviante, in quanto è la natura stessa delle patologie che non lo permette. Infatti è più difficile trovare ciò che accomuna i vari pazienti e non ciò che li differenzia e li caratterizza singolarmente. Non si può che essere favorevoli verso una standardizzazione e, quindi, una spersonalizzazione del trattamento stesso, col progressivo distacco da quel giudizio individualizzante, libero da condizionamenti e vincoli che, *tanto nel momento diagnostico – nel quale ciò che lo psichiatra deve indagare non è solo la malattia, ma anche la persona sofferente e il suo contesto, biologico, economico, sociale, relazionale e di personalità –, quanto in quello prognostico, rappresenta il principale fattore terapeutico*²³³.

Tipizzare regole misurate sul rischio suicidario²³⁴ e assegnare la colpa allo statuto di quella specifica, anziché contribuire ad una sua apprezzabile minimizzazione, finiscono per determinare un suo possibile

²³³ Cupelli C., *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*. in *Diritto Penale Contemporaneo*, p 56.

²³⁴ Anche a livello europeo, la CEDU ha affrontato il rischio suicidario e la responsabilità dello psichiatra: Corte E.D.U., sez. IV, sent. 22 novembre 2016, *Hiller c. Austria*. Nel caso di specie la ricorrente, in seguito al suicidio del figlio avvenuto mentre questi si trovava ricoverato in regime di trattamento sanitario obbligatorio, si rivolge alla Corte di Strasburgo per vedere riconosciuta la violazione sostanziale dell'art. 2 della Convenzione da parte dell'Austria, ritenuta responsabile per la condotta negligente dello staff ospedaliero che avrebbe permesso il verificarsi del tragico evento.

La Corte ribadisce anzitutto la sussistenza di obblighi positivi scaturenti dalla prima parte dell'art. 2: lo Stato non viene chiamato solo a non uccidere, ma anche ad “adottare le misure adeguate per salvaguardare le vite dei soggetti sotto la sua giurisdizione”. E il rispetto di questo principio, sottolinea la Corte, deve essere assicurato anche nella sfera della sanità pubblica: in particolare, lo Stato deve garantire ai pazienti psichiatrici sottoposti a ricovero coatto un'adeguata protezione, soprattutto in considerazione della loro “particolare vulnerabilità”.

Altro principio generale richiamato dalla Corte riguarda eventuali “misure di protezione preventive” che lo Stato è tenuto a prendere, in determinati casi, per proteggere un soggetto da altri o da se stesso. In questa seconda ipotesi, la giurisprudenza di Strasburgo si muove nella direzione di ritenere che questi obblighi sorgano solo laddove sia provato che “le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere che la persona in questione correva un reale ed imminente rischio per la sua vita” e, ciononostante, non hanno assunto le misure da considerarsi ragionevoli per neutralizzare tale rischio. Esclusa la prevedibilità dell'evento, dunque, viene esclusa anche la conseguente responsabilità dell'ospedale e, di conseguenza, dello Stato austriaco.

accrescimento, allontanando la tipicità colposa dalla valutazione della prevedibilità in concreto, che rappresenta invece un passaggio obbligato: l'unico mezzo davvero in grado di incanalare nella giusta direzione la scelta delle cautele più adatte, eventualmente omesse.

Parte delle complessità in materia sorgono dal fatto che in questo tipo di responsabilità la determinazione dei presupposti della posizione di garanzia coincide con la stessa definizione delle regole cautelari cui il medico avrebbe dovuto attenersi, nel senso che in queste ultime devono ritrovarsi i limiti della prima: *“ogni qual volta il medico si sia attenuto al dovere oggettivo di diligenza ricavato dalla regola cautelare – e quindi l'evento avverso non sia a lui rimproverabile – viene a mancare, già a monte, un'omissione penalmente rilevante, non trovandoci al cospetto di una azione doverosa inosservata”*²³⁵.

4.4. La concausalità dell'evento lesivo.

L'accertamento della condotta trova un ostacolo nel momento in cui non è soltanto una causa che si lega eziologicamente all'evento, ma più cause.

L'articolo 41 del Codice Penale definisce il concorso di cause (o concausalità), che rappresenta la situazione più complessa e allo stesso tempo più frequente nel rapporto di causalità materiale. Tale articolo afferma che *“il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra la azione od omissione e l'evento.”*

Le concause sono una serie di cause necessarie ma non sufficienti che determinano l'evento dannoso finale. L'esempio più classico è rappresentato dal medico che non diagnostica una patologia infettiva (o sbaglia il trattamento) e questa degenera in una grave polmonite che porta a morte il paziente, magari anziano. In questo caso l'errore del medico rappresenta una concausa insieme alla patologia infettiva che sarebbe potuta esser curata senza determinare la morte del paziente.

Si specifica però, al secondo comma, che *“le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita.”*

Se il dettato codicistico recide di netto quelle che sono le cause sopravvenute dalle restanti, le quali non sono in grado da sole di determinare l'evento, in concreto l'accertamento della causa ovvero delle cause scaturenti il fatto illecito risulta di estrema complessità.

La Corte nega una qualsivoglia violazione sostanziale dell'art. 2 imputabile all'Austria, ritenendo fondate le argomentazioni dalla Corte Suprema austriaca: una più severa restrizione della libertà di movimento del figlio della ricorrente si sarebbe essa stessa scontrata con le esigenze di tutela degli artt. 3, 5 e 8 della Convenzione. Vedi: Nota a: in *La Corte di Strasburgo in materia di responsabilità del medico per il suicidio del paziente psichiatrico*. In www.dirittopenalecontemporaneo.it

²³⁵ Vedi nota 38.

La dottrina aveva sottolineato come la norma fosse contraddittoria: benché essa disciplini un concorso di cause, finisce in un'ultima analisi per escluderlo, in quanto rilevano come fattore determinante solo le cause sopravvenute. In altri termini, le cause sopravvenute in grado di interrompere il nesso eziologico sono rappresentate dalla cd. serie causale autonoma²³⁶, ossia una circostanza indipendente che si innesta sulla serie causale e che da sola è capace di cagionare l'evento anche in assenza della condotta dell'agente.

In merito perciò risulta essenziale delineare le teorie che sono alla base della causalità. Tenendo sempre conto che la concatenazione degli eventi e la successiva imputazione devono essere costantemente rispettosi dell'art 27 Costituzione, non può giovare non citarlo, *“la responsabilità è personale”*. L'imputazione di un fatto ad un soggetto “reo” di aver innescato la catena di momenti che hanno portato all'intervento di una causa ed esso estraneo, violerebbe quello che giurisprudenza, di legittimità e di merito, ha da anni insegnato: un'imputazione oggettiva non può sussistere in un ordinamento come il nostro che riconosce la personalità della colpa, intesa come attribuzione psicologica della causazione di un fatto, non solo materiale, ma anche *in quanto prodotto dalle scelte di una persona che si trovi in grado di governare i propri impulsi psichici e di orientarli nell'una piuttosto che dell'altra direzione*²³⁷.

La prima teoria è quella condizionalistica (o condicio sine qua non): la causa è l'insieme delle condizioni necessarie per la produzione dell'evento: ogni condizione risulta essere necessaria ma non sufficiente. Il procedimento di eliminazione mentale, svolto a mezzo di un giudizio ipotetico controfattuale, è il mezzo tecnico attraverso cui si valuta la sussistenza del nesso condizionalistico.

In altri termini, se si elimina mentalmente il fatto che si suppone essere stato "causa" (andando quindi "contro il fatto" per come esso si è verificato) si può ragionevolmente sostenere che l'effetto non si sarebbe potuto verificare, ne deriva che quel fatto antecedente è la causa dell'effetto conseguente.²³⁸ Teoria questa fortemente negli anni corretta ma anche criticata per la sua indeterminatezza²³⁹, ma anche posta alla base della cosiddetta

²³⁶ Cass., Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 15220, Cass., Sez. V, 13 febbraio 2012, n. 13114, Cass., Sez. V, 26 gennaio 2010, n. 11954.

²³⁷ Sentenza Corte Costituzione n. 364 del 24 marzo 1988: Il principio di colpevolezza in materia penale costituisce anche garanzia di libere scelte di azione del cittadino, e come tale rappresenta il secondo aspetto del principio di legalità vigente in ogni Stato di diritto. Da leggersi, per completezza, anche la coeva Sentenza Corte Costituzionale 1085/88: Perché l'art. 27, primo comma, Cost, sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati.

²³⁸ Mantovani F., Diritto Penale -Parte Generale Edizione IX 2015

²³⁹ Fiandaca F.- Musco E., Diritto Penale, Parte Generale III ed P.217

teoria della causalità adeguata (Von Kries). Tale teoria si presenta come correzione al pericolo dell'eccessiva estensione del concetto di causa (e di conseguenza della responsabilità) cui porta la teoria condizionalistica. Secondo tale teoria, invece, la causa dell'evento è solo quella condizione che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, e cioè secondo la comune esperienza, è la più idonea a produrlo: affinché esista un rapporto di causalità giuridicamente rilevante, dunque, occorre che l'agente abbia determinato l'evento con un'azione che, secondo lo sviluppo eziologico normale della vicenda, è adeguata a produrlo.

Anche tale nozione però presta il fianco a critiche: prima di tutto, il riferimento alla "comune esperienza" e allo "sviluppo normale della vicenda" la connota di poca rigosità ed applicazione prettamente empirica. Inoltre, finisce con il limitare eccessivamente il campo della responsabilità penale perché esclude tutte le cause atipiche.

Un'altra teoria, questa elaborata dall'Antolisei, viene chiamata *della causalità umana*. Secondo l'Autore, la causalità delle condotte umane ha delle proprie specificità in quanto l'uomo ha una sfera di signoria che gli permette di dominare una serie di circostanze: i fattori che rientrano in questa sfera possono essere considerati causati dall'agente, i fattori che fuoriescono dal suo controllo, sono del tutto imprevedibili, e per questo eccezionali²⁴⁰.

Tale teoria trova ampia applicazione nella giurisprudenza²⁴¹ di Cassazione, soprattutto in materia di responsabilità medica, nel caso in cui interviene un fattore del tutto eccezionale ed atipico.

Infine la maggioranza della dottrina (Stella, Fiore, Padovani) aderisce alla cosiddetta *sussunzione del rapporto causale sotto leggi scientifiche*. Secondo questo modello, che riprende la teoria condizionalistica, è condizione necessaria dell'evento un antecedente soltanto qualora rientri nel novero di quegli antecedenti che,

²⁴⁰ Antolisei F., *il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova 1934

²⁴¹ Anche a livello dottrinale ha riscosso un certo fascino: il progetto di riforma del codice penale Grosso (1998) prevedeva un articolo 13 denominato *Rapporto di Causalità* che riproponeva gli artt. 40 e 41 c.p. con l'eccezione delle cause sopravvenute: Art13: Rapporto di causalità

1.Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se la sua azione od omissione non è condizione necessaria dell'evento da cui dipende l'esistenza del reato.

2.Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità tra l'azione o l'omissione e l'evento.

3.La disposizione di cui al comma precedente si applica anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.

4.L'imputazione dell'evento è comunque esclusa quando esso costituisce conseguenza eccezionale della azione od omissione.

sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica (c.d. legge generale di copertura), portano ad avvenire del tipo di quello verificatosi in concreto.

La legge scientifica di copertura può essere “universale” o “statistica”. Rientra nella prima categoria la legge in grado di affermare che la verifica di un evento è invariabilmente accompagnata dalla verifica di un altro evento. Rientra nella seconda categoria, invece, la legge che attesta che la verifica di un evento è accompagnata dal prodursi di un altro evento in una certa percentuale di casi. Se da un lato è evidente che una legge scientifica universale è in grado di soddisfare al massimo le esigenze di certezza e di rigore scientifico è altrettanto palese che la limitatezza delle conoscenze umane raramente consente di fare affidamento su leggi di questo tipo. Considerato, inoltre, che il giudice non è uno scienziato ed è chiamato ad accertare un fatto di reato il quale, a sua volta, potrebbe rimandare ad un numero considerevole di antecedenti, sarebbe irrealistico pretendere un accertamento fondato sulla certezza assoluta. Ecco allora che in sede giudiziale è possibile accontentarsi di un accertamento a carattere probabilistico²⁴².

Tornando alla disamina specifica, risulta doveroso chiedersi quanto lo psichiatra abbia la piena sovranità sulla concatenazione di cause che portano al fatto illecito.

Si legga a tal riguardo la sentenza di primo grado sez. III penale, sentenza 04/04/2007 del Tribunale di Bologna²⁴³: *È responsabile per omicidio colposo il medico psichiatra che non somministra la corretta terapia al proprio paziente, laddove quest'ultimo, proprio a causa dell'errata somministrazione, compia un omicidio.* Altri passaggi della sentenza sembrano, ad avviso di chi scrive, mostrare la ricerca di un percorso di concausalità da parte dei giudici felsinei: *È vero che è stata comunicata al [paziente] la morte di due ospiti della struttura alle quali era legato, ma tale notizia di carattere stressante può avere contribuito ad aggravare la condizione psichica, che però già in precedenza era stata gravemente scompensata dalla condotta dell'imputato, che, una volta resosi conto dell'evidenza dello scompenso, non vi pose rimedio con terapia adeguata.*

A fronte di un positivo accertamento che la condotta dell'imputato ha causalmente contribuito, *in concorso con altri fattori (quale, ad esempio, la mancata custodia dei coltelli da cucina nella struttura)* - che peraltro non presentano carattere di eccezionalità -, all'evento, deve evidenziarsi che, in presenza del mantenimento della terapia, *l'evento omicidiario non si sarebbe, con ogni probabilità, verificato*, in quanto le condizioni del

²⁴² Fiandaca F., *Causalità (rapporto di)* in *Dig. Disc. Pen.* Torino, 1988; Fiore C., Fiore S., *Diritto penale - Parte Generale* 2016 p.219 e segg; Padovani T., *Diritto penale* X edizione, 2012; Stella F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, 1988, p. 1217.

²⁴³ Emessa a seguito di giudizio abbreviato dal Giudice per l'Udienza Preliminare in data 25 novembre 2005 e depositata il 19 gennaio 2006. Per commento più specifico: Venturini E., Casagrande D., Toresini L., *Il folle reato. Il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e l'imputabilità del paziente* 2010.

paziente, considerato in fase di remissione, nel corso degli ultimi anni non avevano dato luogo a episodi significativi di aggressività, avendo la condotta dell'imputato quanto meno aggravato la situazione del paziente, che aveva dato segnali recenti che dovevano suscitare una certa preoccupazione. *In base alle argomentazioni tecniche dei periti, deve altresì ritenersi che, qualora, a scompenso conclamato, lo psichiatra avesse adottato adeguate misure terapeutiche²⁴⁴ di pronta efficacia, non vi sarebbe stata l'aggressione omicidiaria.*

Citiamo a conclusione di tale disamina la sentenza a sezioni unite²⁴⁵ della Suprema Corte che ha (ri)definito la responsabilità medica di fronte ad evento dannoso. Il problema centrale del processo, sollevato sia dal ricorrente che dalla Sezione remittente, ha per oggetto l'esistenza del rapporto causale fra la condotta (prevalentemente omissiva) addebitata all'imputato e l'evento morte del paziente e, di conseguenza, la correttezza logico-giuridica della soluzione ad esso data dai giudici di merito.

E' stata sottoposta all'esame delle Sezioni Unite la controversa questione se *"in tema di reato colposo omissivo improprio, la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico-chirurgo, debba essere ricondotta all'accertamento che con il comportamento dovuto ed omesso l'evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità "vicino alla certezza", e cioè in una percentuale di casi "quasi prossima a cento", ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto "serie ed apprezzabili probabilità di successo" della condotta che avrebbe potuto impedire l'evento".* Il Collegio ritiene che, per pervenire ad una soluzione equilibrata del quesito, sia necessario procedere, in via prioritaria, ad una ricognizione dello statuto della causalità penalmente rilevante, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri ed allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica. Di fatto fa un'analisi delle teorie che si sono susseguite sia a livello dottrinale che giurisprudenziale. Nell'ambito della scienza giuridica penalistica può dirsi assolutamente dominante l'interpretazione che, nella lettura degli artt. 40 e 41 del codice penale sul rapporto di causalità e sul concorso di cause, fa leva sulla "teoria condizionalistica" o della "equivalenza delle cause" (temperata, ma in realtà ribadita mediante il riferimento, speculare e in negativo, alla "causalità umana" quanto alle serie causali sopravvenute, autonome e indipendenti, da sole sufficienti a determinare l'evento: art. 41 comma 2). E' dunque causa penalmente rilevante la condotta umana, attiva o omissiva, *che si pone come condizione "necessaria" - conditio sine qua non - nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato.* Con particolare riferimento ai settori delle attività

²⁴⁴ Quelle esaminate sono le condotte di tipo commissivo che hanno concorso a causare l'evento, ma vi è anche una condotta omissiva che si trova in tale rapporto di causalità: l'omessa richiesta di trattamento sanitario obbligatorio, che avrebbe comportato il ricovero coatto del paziente in struttura ospedaliera e quindi avrebbe impedito il verificarsi dell'azione omicidiaria.

²⁴⁵ Sez. pe. Un. sentenza 10 luglio-11 settembre 2002, n. 30328

medico-chirurgiche, delle malattie professionali, delle alterazioni ambientali e del danno da prodotto, dall'erosione del paradigma causale nell'omissione, asseritamente motivata con l'incertezza costitutiva e con i profili altamente ipotetici della condizionalità, a fronte della pluralità e in conoscibilità dei fattori interagenti, trae alimento la teoria della 'imputazione oggettiva dell'evento'. Questa é caratterizzata dal riferimento alla sufficiente efficacia esplicativa del fenomeno offerta dalla mera 'possibilità' o anche da inadeguati coefficienti di probabilità salvifica del comportamento doveroso, espressa in termini di 'aumento -o mancata diminuzione - del rischio di lesione del bene protetto o di diminuzione delle chances di salvezza del medesimo bene (vita, incolumità fisica, salute, ambiente), di cui si esalta lo spessore primario e rilevante. Pure in assenza, cioè, dell'accertamento rigoroso che, qualora si fosse tenuta da parte dell'agente la condotta doverosa e diligente (ad esempio, in materia di responsabilità medica: diagnosi corretta, terapia adeguata e intervento tempestivo), il singolo evento di danno non si sarebbe verificato o si sarebbe comunque verificato, ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. *“Partendo dunque dallo specifico punto di vista che interessa il giurista, le Sezioni Unite, nel condividere le argomentate riflessioni del P.G. requirente, ritengono, con particolare riguardo ai decorsi causali ipotetici, complessi o alternativi, che rimane compito ineludibile del diritto e della conoscenza giudiziale stabilire se la postulata connessione nomologica, che forma la base per il libero convincimento del giudice, ma non esaurisce di per se stessa la verifica esplicativa del fenomeno, sia effettivamente pertinente e debba considerarsi razionalmente credibile, sì da attingere quel risultato di 'certezza processuale' che, all'esito del ragionamento probatorio, sia in grado di giustificare la logica conclusione che, tenendosi l'azione doverosa omessa, il singolo evento lesivo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe inevitabilmente verificato, ma (nel quando) in epoca significativamente posteriore o (per come) con minore intensità lesiva. [...] Ex adverso, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine ai meccanismi sinergici dei plurimi antecedenti, per ciò sulla reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione, non può non comportare la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il canone di garanzia 'in dubio pro reo'. E non, viceversa, la disarticolazione del concetto di causa penalmente rilevante che, per tale via, finirebbe per regredire ad una contraddittoria nozione di 'necessità' graduabile in coefficienti numerici. Ed ecco che la Sentenza fissa tre punti fissi che si riassumono in:*

(I) Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica universale o statistica -, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

(II) *Non é consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con 'alto o elevato grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica'.*

(III) *L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.*

Quindi, se numerosi problemi di responsabilità professionale per lo psichiatra possono sorgere quando un suo paziente possa compiere un gesto auto od etero-lesivo, che abbia conseguenze di una certa gravità, o quando il paziente possa allontanarsi dall'abitazione e non sia più ritrovato. In tali casi allo psichiatra potrebbe in ipotesi essere addebitata la circostanza di non aver posto la diagnosi corretta, o di non aver fatto una prognosi attendibile, o di non aver prescritto la terapia efficace a scongiurare una condotta aberrante. L'addebito ovviamente non significa la condanna in quanto prima di giungervi, si dovrà dimostrare che è stato compiuto un errore medico, e che esso è derivato da negligenza o imprudenza o imperizia, e che dall'errore medico è conseguita la condotta aberrante del paziente, e da questa un danno alla persona. Anche volendo considerare lineare questa catena, i singoli anelli tranne l'ultimo (il danno alla persona) appaiono estremamente complessi nella loro intrinsecità e nella loro interdipendenza.

La necessità di quest'analisi si verifica soltanto quando si realizza il danno alla persona: questo evento però non implica necessariamente la responsabilità dello psichiatra, ne è lecito assumere che il fatto dannoso costituisca di per sé la prova della colpa del medico. Bisogna invece partire dall'esame della condotta del medico in rapporto al caso clinico. Così facendo, ci si rende subito conto di quanto la catena causale, di cui avevamo ipotizzato la natura lineare, sia in realtà molto ramificata, e talvolta circolare, nel senso che un evento può assumere la veste di causa, o alternativamente di effetto, a seconda di circostanze o di punti di vista. Nella sequenza, qualunque ne sia la forma, non possiamo trascurare l'importanza della casualità. Il problema è dunque questo, nei suoi termini essenziali: come da una condotta erronea (dello psichiatra) derivi una condotta anomala (del paziente). Essendo dunque questi i termini del problema, è evidente come fattori a carattere soggettivo possono modificarli, cosicché la tipologia logico-deduttiva che giustifica l'accettazione di un nesso causale fra due eventi tende a venir meno, fino al punto da permettere di ritenere del tutto casuale tale rapporto²⁴⁶.

²⁴⁶La Marca M., *La responsabilità professionale del medico psichiatra in www.cepic-psicologia.it/contributi/*

4.5. *La responsabilità del terapeuta per gli atti etero-aggressivi del paziente.*

Come già stato detto nei capitoli precedenti, lo psichiatra ricopre un ruolo di garanzia: tali obblighi che gravano sul professionista possono derivare da fonti normative, contrattuali, amministrative o giudiziarie. Lo status a lui riconosciuto costituisce, in sostanza, tutto ciò che la collettività ritiene doveroso chiedere a quel professionista, la qualità di “garanzia” sociale che egli fornisce attraverso il suo operato.

La prospettiva della collettività non manca nelle parole degli Ermellini che più volte proiettato i sanitari nell’ottica di *“portatori di una posizione di garanzia, espressione dell’obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto dagli articoli 2 e 32 della Costituzione nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l’integrità”*²⁴⁷.

Ma se la prevenzione di condotte autodistruttive del paziente è ormai consolidata in capo al paziente, dottrina e giurisprudenza pacifica non si trova per gli etero-aggressivi, volti cioè all’intromissione violenta nella sfera giuridica di terzi.

Rispetti agli atti ad alto rischio suicidiario, che rappresentano molto spesso gli esiti più frequenti e drammatici dell’ingravescenza della patologia psichiatrica, quelli nei confronti di altri soggetti non rientrano nelle tipologie più abituali. Tuttavia non si può affermare che l’evento drammatico della lesione o dell’omicidio rientri a pieno titolo nella forma esteriore del morbo che affligge l’autore.

Ed ecco che le regole poste alla tutela della salute mentale del soggetto hanno anche il difficile compito della tutela della collettività, riguardando i danni che il paziente può causare al tessuto sociale che lo circonda. Se proprio questo era l’obbiettivo del legislatore del 1978, cioè far riappropriare il soggetto psichiatrico della sua prospettiva sociale, certo è compito dell’operatore specializzato trovare la via corretta, senza che gesti improvvisi e scellerati minaccino la collettività tutta²⁴⁸.

In questa prospettiva risulta qua cruciale comprendere l’accusa mossa al capo di imputazione del concorso colposo per il medico curante di delitto doloso²⁴⁹ commesso dal paziente. Analizzando le considerazioni

²⁴⁷ Si osservi, una fra tutte, Cass. Sez.Pen. IV, 11 marzo 2005 n. 9739

²⁴⁸ Cingari F., *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, cit., p. 452.

²⁴⁹ Cass pen. 27 novembre 2008 n. 48292 con nota di Piras P., Sale C., *Atti auto ed eteroaggressivi e responsabilità dello psichiatra*.

giuridiche che sorgono su tale argomento, diventa opportuno avvertire che esistono due tesi principali: in senso positivo una lo considera attuabile, l'altra al contrario nega la sua sussistenza²⁵⁰.

Quest'ultima fa un esplicito rinvio ad una sentenza pronunciata in sede di Cassazione penale nel 1996²⁵¹ nel caso *De Sanctis*. Sul punto in diritto tale pronuncia ruota attorno a due disposizioni del codice Rocco: in particolare l'art. 42 secondo comma c.p. secondo cui si punisce a titolo di colpa solo nei casi espressamente previsti dalla legge, e l'art. 113 c.p. per cui la compartecipazione colposa si prevede solo nei delitti colposi.

Incrociando le due disposizioni, verrebbe da sostenere che *il concorso colposo non è configurabile rispetto al delitto doloso richiedendo l'art. 42 secondo comma c.p. un'espressa previsione che manca, in quanto l'art. 113 c.p. parla di cooperazione del delitto colposo e non già di cooperazione colposa nel delitto, contempla perciò solo il concorso colposo nel delitto colposo*.

I giudici nel tempo chiamati a dirimere le controversie più ricercate hanno confermato tale giudizio in più occasioni. In una delle più rilevanti pronunce in sede di legittimità, sebbene ormai datata²⁵², hanno sviluppato tale orientamento. Il caso nel merito vedeva coinvolti due psichiatri ai quali fu rivolta l'accusa di aver cooperato a titolo di colpa per un delitto previsto nella fattispecie dolosa (nel caso di specie: l'imputazione in capo ai medici accusati contestava gli artt. 113, 589 c.p. e art 1 della legge 286/1996 per aver omesso il ricovero di una paziente psichiatrica, la quale provocava la morte del figlio dopo alcuni giorni).

Il tribunale di Trieste in primo grado assolveva i medici con formula piena, riconoscendo che il fatto non costituiva reato. Appellata la pronuncia, la Corte d'Appello del capoluogo friulano pronuncia sì una sentenza assolutoria ma formula un'ipotesi dubitativa circa la condotta dei due terapeuti. Infine in sede di Cassazione i giudici confermando l'orientamento della Corte di secondo grado asseriscono che la valutazione era corretta sostenendo che si trattava di nesso di causalità all'interno di un delitto doloso, escludendo quindi il concorso. Per mero scrupolo si citano le parole della Cassazione che afferma decisamente che: *“la morte del bambino non può qualificarsi come delitto doloso, ma deve ritenersi quello che, in effetti, esso è stato: un puro e semplice fatto giuridico, cioè un avvenimento modificatore della realtà con conseguenze giuridiche, ma non inquadrabile nel concetto di reato, per assoluta mancanza dell'elemento essenziale della volontà... pertanto la questione va posta esclusivamente sul piano del nesso di causalità fra condotta omissiva o presunta tale da una parte e delitto compiuto dall'altra”*.

²⁵⁰ Padovani T., *Diritto Penale* p 295 e segg; Angioni F.; *Il concorso colposo e la riforma del delitto penale*, in *Archivi penali* 1983 p. 92 e seguenti; Fiandaca G.-Musco E., *Diritto Penale, Parte Generale* pag 515; Giunta F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, pag 455 e seguenti.

²⁵¹ Cass sez IV 11 ottobre 1996 n. 9542

²⁵² Cass. sez. IV 1 dicembre 1986 n. 2059

Per completezza sul punto, a sostegno di tale tesi si cita un'ulteriore pronuncia della Corte di Cassazione che annulla una pronuncia di merito.²⁵³ Nel 1984 la Corte d'Appello di Perugia aveva enunciato che: *“risponde di omicidio colposo il medico del servizio di igiene mentale il quale abbia, malgrado l'esplicita richiesta dei familiari, omissso di proporre un trattamento sanitario obbligatorio in regime di degenza ospedaliera, e si sia comunque astenuto dal prescrivere idonee misure terapeutiche alternative, nei confronti di un soggetto schizofrenico reso responsabile, due giorni dopo, di un accoltellamento letale ai danni della madre.”*

Il giudice di merito aveva riconosciuto al terapeuta una posizione di garanzia e di controllo, e correttamente l'omissione di interventi clinici e farmacologici nella finalità di evitare i danni all'altrui integrità per le condotte poste in essere dal malato altro non sia che equivalente condotta attiva.

Tuttavia gli Ermellini annullano senza rinvio tale pronuncia di appello, ragionando sull'assenza di un nesso di causalità tra la richiesta di T.S.O. e l'evento morte. Osserva inoltre come dalla richiesta del primo medico alla convalida che avrebbe dovuto apporre il secondo, fino all'ordinanza del Sindaco, vi siano troppi passaggi intermedi per credere che in un giudizio ipotetico l'avvenuta richiesta del trattamento obbligatorio avrebbe costituito l'impedimento dell'evento con una probabilità talmente elevata da avvicinarsi alla certezza.

La Suprema Corte motiva così: *“il ricovero coattivo di infermi di mente deve essere disposto come rimedio estremo con carattere temporaneo mentre d'altro canto non possono essere posti a carico del medico del centro di igiene mentale compiti di polizia, il cui svolgimento può essere reso necessario dal malato di mente, ne consegue che non può essere considerato responsabile del reato di cui all'art. 328 c.p. – rifiuto di atti di ufficio- il medico del centro che abbia omissso di promuovere un ricovero finalizzato alla rimozione di una stabile situazione di familiare e generale pericolosità.”*

L'orientamento espresso dalla Cassazione nel sopracitato caso *De Sanctis* è stato completamente ribaltato dagli stessi giudici di legittimità quando hanno affermato in modo esplicito: *“il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, non ostandovi la previsione di cui all'art 42 comma 2 c.p., che riferendosi soltanto alle parti speciali del codice non interessano le disposizioni di cui artt 110 e 113 c.p.”*²⁵⁴

Tralasciando i fatti che si sono avvicendati intorno a tale situazione, si giunge ad introdurre la tesi positiva che accetta il concorso colposo in delitto doloso. E dunque non ci si può esimere dall'affrontare la sentenza della Cassazione del 2008 che sembra imprimere una significativa revisione sull'argomento. Nello specifico, la sentenza enuncia che: (i) in primo luogo che l'art 113 c.p. non esclude il concorso colposo nel delitto doloso, essendo il dolo qualche cosa di più, ma non strutturalmente diverso dalla colpa; (ii) l'art. 42 riguarda la previsione delle singole norme incriminatrici, ma non la disciplina delle regole concorsuali art 110 e 113 c.p.

²⁵³ Cass. sez IV 5 maggio 1987 Bondioli in Foro it 1987, II, 107.

²⁵⁴ Cass. sez IV 9 ottobre 2002, n. 39680

Il concorso colposo nel delitto doloso è configurabile, quando la condotta colposa, concorra con quella dolosa alla *causazione* dunque per nesso causale dell'evento²⁵⁵.

Risulta essere qui utile riprendere la sentenza già in precedenza oggetto di analisi, Cass. pen., sez. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107. La Suprema Corte condanna a titolo di omicidio e lesioni plurime il terapeuta che, rilasciando al paziente un certificato *anamnestico e sanità fisica e mentale*, poiché aveva verificato l'assenza di malattie psichiatriche tale da inficiare la capacità di intendere e volere e non da ultimo aveva sospeso il trattamento farmacologico a base di psicofarmaci. L'uomo poi presentando tali attestazioni agli uffici preposti, aveva conseguito l'idoneità per il porto d'armi, per inciso anche l'ufficiale medico militare era stato condannato a sua volta per i medesimi reati. L'uomo infatti compromesso da notevoli disturbi psichici²⁵⁶, aveva in seguito utilizzato le armi (regolarmente acquistate) per sparare dalla propria abitazione in direzione dei passanti (provocando loro gravi lesioni); uccide a questo punto una condomina, la sua convivente e per poi suicidarsi.

I giudici chiamati a dirimere il caso – il Tribunale in primo grado, la Corte d'Appello di Milano e la stessa Cassazione- hanno rilevato che nella condotta dei due professionisti che è stata correttamente qualificata come commissiva *fossero presenti profili di grave negligenza, imprudenza e imperizia*. Questa sentenza è di stretto interesse ai fini esplicatori del presente lavoro in quanto i giudici, nel cogliere l'occasione, qualificano la condotta degli imputati non come omissiva (durante il processo si era paventato il rischio che la condotta rilevante fosse contestata a titolo di omissione negli atti di ufficio), bensì commissiva (in quanto i due professionisti avevano rilasciato i certificati), esplicitano il principio in base al quale, *nell'ipotesi di condotta attiva, non assume alcuna rilevanza la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al terapeuta*.

Si può quindi affermare in ultima analisi che l'impedimento delle condotte etero-lesive del paziente rientrino fra gli obblighi posti in capo allo psichiatra. Infatti “*non si può pretendere un atteggiamento sistematico di repressione preventiva di tutte le iniziative, anche solo potenzialmente lesive, assunte dal paziente perché ciò significherebbe relegare l'operatore stesso al ruolo, ope legis desueto, di mero custode e controllore, distogliendolo dall'azione terapeutica in senso proprio[...]*” e “*si può e si deve esigere dal medico addetto al servizio di psichiatria – anche al di fuori del regime di trattamento sanitario obbligatorio – il massimo*

²⁵⁵ Venturini E., Casagrande D., Toresini L., *Il folle reato. Il rapporto fra la responsabilità dello psichiatra e l'imputabilità del paziente*, p 22 e seguenti, in *Saggi e studi di psicologia*.

²⁵⁶ Si trattava, infatti, di paziente seguito da ben cinque anni dal medico psichiatra, il quale aveva diagnosticato un disturbo ossessivo compulsivo e un probabile disturbo di personalità. L'uomo inoltre era stato sottoposto a specifiche terapie farmacologiche; era stato ricoverato in ospedale alcune volte; aveva tentato più volte il suicidio e aveva aggredito diverse volte soggetti terzi.

impegno dell'attenzione al fine di stornare quelle condotte pericolose per l'incolumità fisica, propria o di altri, che le circostanze del caso concreto consentano di ritenere come di prevedibile verifica."²⁵⁷

Si crede tuttavia che tale obbligo non discenda dalla circostanza per cui gli obblighi del medico comprendano in toto e in ogni caso doveri di assistenza e sorveglianza volti ad impedire le condotte del paziente lesive per sé e per gli altri, ma dall'assunto che il contenere tali fenomeni, nel caso in cui siano direttamente collegati alla patologia mentale e da essa trovino sorgente, sia diretto alla cura del malato e costituisca in ultima battuta tassello di cui tenere conto nell'ambito di un'efficiente strategia terapeutica.

CONCLUSIONI

La via tracciata in questo elaborato si è articolata nel difficile ma necessario compito di inserire la posizione dello psichiatra nell'ambito della responsabilità penale del medico alla luce delle trasformazioni apportate dal nostro legislatore ad una materia sfaccettata e non ancora pienamente delineata. Dalle riforme del 1978 (legge 13 maggio 1978, n. 180 e legge 23 dicembre 1978, n. 833) in poi si è tentato di tracciare gli obblighi gravanti sul medico psichiatra, limitando i suoi diritti e i suoi doveri nei confronti della giustizia.

Prima di tutto, nel nuovo millennio non regge più la concezione di emarginazione, delinquenza e di generale pericolosità del paziente psichiatrico, fin troppo ignorato, deriso, escluso dal contorno sociale. Grazie all'evoluzione delle scienze, dalla farmacologia e delle terapie, il paziente è ancora un anello, benché debole, della collettività, la quale si carica dell'onere di recuperarlo e di reintrodurlo nel modo più conciliativo possibile.

Il ruolo delicato di collante spetta allo psichiatra, che cammina sul filo spinoso, quanto mai sottile, del rischio di terapie corrette, ausiliarie del benessere psico-fisico, ovvero controproducenti addirittura aggravanti della situazione precaria e incerta del soggetto ad egli affidato.

E qui si mostra la lontananza tra il dettato normativo e la conoscenza psichiatrica, in quanto il giurista e il medico assistono alla manifestazione della psiche fragile, tormentata, lacerata²⁵⁸ da due prospettive speculari, ma non sempre affini.

Il giurista e lo psichiatra affrontano percorsi e studi differenti, basati su esperienze di vita, di interessi che molte delle volte non collidono. La toga e il camice non coprono soltanto due specialisti di due settori

²⁵⁷ Iadecola G., Bona M., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili 2009*.

²⁵⁸ Santo Di Nuovo, *Prigionieri delle neuroscienze?* Giunti 2014

distanti; tuttavia rappresentano due mondi talvolta agli antipodi. Uno, per un verso, cerca la verità, basandosi su nozioni certe, affidandosi al testo normativo, tenta di aggrapparsi a una sicurezza che codici, leggi e giudici cercano tutti i giorni di cementificare. Nel frattempo, l'altro, sul versante opposto, quotidianamente sfida le regole che ha studiato con certezza sui suoi libri universitari di fronte a pazienti che presentano le mille e più sfaccettature. Inutilmente uno cerca di capire e dialogare con l'altro.

Questo può sembrare un discorso semplicistico e arrendevole, soffermarsi sulle differenze non è un atteggiamento che chi ha voglia e coraggio di affrontare tale materia complicata ma eccezionalmente affascinante.

Mettersi nei panni di uno psichiatra dapprima è un viaggio nell'ignoto, uno schiaffo alle teorie e alle certezze di una scienza che ogni giorno contraddice se stessa. Il medico che ha nelle proprie mani la cura del luogo più recondito e intricato del corpo umano, visita nella propria carriera un numero indeterminato di pazienti schizofrenici ovvero affetti dalle più variegata patologie. Ognuno di loro può dire al professionista che vorrà redigere un testamento, o non tollerare la vita con i propri familiari, un altro vede solo terrore e buio, un altro ancora sente voci, le quali non tollerano una sonora replica. Il quadro agli occhi del professionista sarà certamente serio, di fronte a terapie consolidate da antipsicotici e anamnesi, forse pazienti con tendenze autolesioniste.

Ovviamente lo si vuole curare al meglio, ma oltre alla cura del paziente il professionista dovrà pensare costantemente al suo destino giudiziario. La libertà e la coercizione fisica sono elementi del percorso di un soggetto, che spesso non vede che la propria fine come soluzione ultima, e non alternativa.

Ed ecco che lo psichiatra incontra l'avvocato, la magistratura, il diritto in generale. Obiettivo primario è ovviamente la cura del paziente, ma allo stesso tempo di fuggire da qualunque responsabilità penale. Anche perché ogni qualvolta lo psichiatra visitasse un paziente affetto da una patologia psichiatrica, avrebbe accanto a lui la costante preoccupazione che il paziente sia ad alto rischio suicidario. Il professionista conosce il diritto penale e le leggi che disciplinano il suo *modus operandi*, ma nella manifestazione delle sue conoscenze esperte non saprà mai come comportarsi per non essere punito o per contenere il rischio di suicidio entro limiti consentiti.

Essenziale risulta indossare il camice, entrare al cuore del problema, "bruciarsi la pelle"²⁵⁹ per rendersi davvero conto di come il problema sia vissuto da uno psichiatra che vuole dare il meglio di sé. Che vuole curare il paziente e allo stesso tempo rispettare la legge. È un problema quotidiano: la possibilità di incontrare uno psichiatra che vive un dramma interiore è molto più alta di quello che si possa pensare.

²⁵⁹ Giuliano Castiglione, *Quando lo psichiatra è il paziente* in *Incontri di confine Riflessioni ai confini di psicoanalisi, psichiatria e narrativa in tempi di digitale umanità*. Consultabile in:

<http://giulianocastiglione.nova100.ilsole24ore.com/2016/02/21/quando-lo-psichiatra-e-il-paziente/>

Adesso si riponga il camice e si indossi nuovamente la toga. È forse l'esperto che più di tutti fonda le sue certezze su delle basi granitiche: conosce la costituzione, àncora l'analisi di comportamenti umani - forse la cosa più difficile del mondo? - alle parole sacre scolpite nel testo dei Padri Costituenti: il principio personale di colpevolezza, l'icastico art. 27 letto in combinato disposto alle non eloquenti parole del Codice Penale (art 40 e seguenti).

Tali disposizioni sono supportate da un'essenza cautelare, esse si formano nell'ordinamento giuridico integrandosi con la fattispecie colposa; tuttavia esse raccomandano esiti comportamentali e devono sussistere ancor prima della commissione del fatto. E' questa la vera accezione normativa della colpa: non possiamo ridurre questo significato ad un fenomeno puramente descrittivo di essa quale violazione di una norma cautelare. Infatti, nel nostro ordinamento penale, vi è la tendenza verso un'espansione di ipotesi di colpa specifica, vista la costante ricerca da parte del legislatore contemporaneo di voler positivizzare le regole cautelari. Questa ricerca mostra il fianco, d'altro canto, ad indebite ipotesi di responsabilità oggettive occulte nel momento in cui pur in presenza di un superamento dei rischi da parte del soggetto il fatto si verifiche per caso fortuito.²⁶⁰ Si assumano perciò tutte le conseguenze che derivano sul piano giuridico: è necessario che la norma cautelare leghi il proprio ambito di applicazione con quella incriminatrice, che senza il presupposto della prima rimane lettera morta. Che si rimanga sul terreno della legalità o si sconfini nella prospettiva di una possibile incriminazione, rimane di estrema attualità un fatto innegabile: il terapeuta avverte la necessità di sapere prima l'esito delle sue condotte.

La Cassazione in sentenza in commento, parrebbe invece negare quell'imprescindibile diritto²⁶¹.

Essa riconosce la primazia della libertà dei pazienti psichiatrici, i quali non possono essere segregati, il rischio suicidario in ultima analisi non può essere eliminato riconoscendo quindi un margine di tollerabilità consentito. Ma aggiunge che: *il limite fra un rischio consentito e non consentito è in definitiva rimesso al giudice.*²⁶²

Sorge allora il più che lecito dubbio che, se debba essere il giudice a stabilire quel limite, allora l'imputato apprenderà solo dalla sentenza, a processo concluso, quale comportamento avrebbe dovuto adottare per rimanere nell'alveo del consentito. Una proiezione al futuro che ovviamente non può essere considerabile né tollerabile. Non si può che essere concorde al fatto che è più che legittimo riconoscere un pieno diritto ad essere a conoscenza già nel momento in cui stia valutando il rischio suicidario, se si tratta di rischio consentito o no. Se, in altri termini, un rischio penale si celi dietro ogni sua azione rimasta all'interno del

²⁶⁰ Grosso C.F, Pellissero M., Petrini D., Pisa P., *Manuale di diritto penale*, parte generale, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 356 ss.

²⁶¹ Cass. pen. sez. IV, 22 novembre 2011 (dep. 1 febbraio 2012) n. 4391

²⁶² *Ibidem*.

quadro di rischio consentito, o se comunque la minimizzazione del rischio sia essa sufficiente a liberarlo da qualunque risposta di tipo sanzionatoria ad un'incriminazione penalistica.

Ma allora ecco che le due professioni non sono poi così distanti: dove termina il campo spaziale del lecito, fin dove uno può spingersi in un settore talmente irto di insidie da non sfociare nell'illecito dell'altro. Si giungerebbe alla paradossale situazione in cui si nega la necessaria conoscibilità ex ante della condotta doverosa. Con la totale dimenticanza dei principi di legalità e colpevolezza. Scomparebbe il diritto di sapere prima e si finirebbe per assegnare al giudice un ruolo che non è suo: quello di stabilire se una condotta è o non è penalmente sanzionata, caso per caso. Chi stabilisce il limite fra lecito e illecito, è il giudice che aiutato da esperti o pseudo tali marca un confine con una matita tra i due campi; confine che prontamente verrà cancellato con facilità dal prossimo caso e dal prossimo giudice.

In termini generali, rimane la domanda, spietatamente pratica: *fino a che punto lo psichiatra può rischiare il suicidio del paziente senza rischiare penalmente? Quale modello comportamentale deve seguire?*²⁶³

Ritorna qui dominante la figura che dovrebbe aiutare gli esperti qualora si presenti la difficoltà di configurare una certa responsabilità: il tanto proposto agente modello. Ma ecco che risulta anche ai meno accorti improponibile tale soluzione.

*Lo psichiatra modello è uno psichiatra fantasma. Con sano realismo: non esiste.*²⁶⁴ E per fortuna, altrimenti saremmo di fronte ad una macchina senza emozioni. Si assisterebbe al sorgere di un soggetto capace di prevedere ed analizzare in modo così distaccato dalla realtà tutti gli atteggiamenti di un uomo che proprio da essa ha perso ogni contatto. Se pensiamo allo psichiatra modello, non si può con estrema certezza individuarlo nell'immaginario collettivo, il dubbio su come affrontare un'anamnesi del proprio paziente, con il massimo delle cautele. *Ma lo psichiatra modello non può essere quello che ricovera tutti i pazienti, perché così non li cura, ma li terrorizza.*²⁶⁵

Lo psichiatra modello, forse sconta uno dei principali difetti della medicina in generale, perdendo quella perfezione così rincorsa e concretamente mai raggiunta. Egli manca di puntualità. Egli è sempre in ritardo di qualche passo, a suicidio avvenuto, a dire come si sarebbe dovuto comportare.

Un invito della sentenza certamente però risulta facilmente accoglibile: servirsi dell'aiuto degli esperti per tracciare il confine fra rischio lecito e condotta illecita. La tempistica deve essere certa e non rinviabile: non

²⁶³ Si domanda così la Dott.ssa Maria Ciafone del DSM Reggio Calabria in un convegno svoltosi a Gambarie nel settembre 2014 dal titolo *La posizione di garanzia dello psichiatra nella gestione del paziente psichiatrico: una review della attuale dottrina giurisprudenziale.*

²⁶⁴ Paolo Piras, *Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra.* In Nota a Cass. pen. sez. IV, 22 novembre 2011 (dep. 1 febbraio 2012) n. 4391, da consultare <http://www.penalecontemporaneo.it/d/1589-rischio-suicidario-del-paziente-e-rischio-penale-dello-psichiatra>

²⁶⁵ Vedersi nota precedente.

sarebbe utile né per il paziente né per lo psichiatra aspettare che il gesto auto o etero-aggressivo avvenga. La società scientifica con la sintesi della miglior scienza, deve essere celere e pronta a cogliere la sfida che la legge purtroppo le offre e la lancia. La quale non può non tracciare linee guida al fine di chiudere quella che è una ferita aperta della dottrina penalistica: la fattispecie colposa.

Pagine e pagine del codice penale sono state lasciate in bianco, alcune anche di diretta intenzione perché il diritto sconta un limite conoscitivo che solo la scienza e il suo carattere mutabile riesce a superare. Le società scientifiche sono chiamate a scrivere quelle pagine: risulta estremamente arduo anche per il legislatore più legato al principio tassonomico descrivere per esempio il rischio suicidario ovvero le condotte aggressive di un soggetto psichiatrico.

Ci sembra più che naturale citare le parole del padre della riforma che da lui prende il nome: *“Per poter veramente affrontare la "malattia", dovremmo poterla incontrare fuori dalle istituzioni, intendendo con ciò non soltanto fuori dall'istituzione psichiatrica, ma fuori da ogni altra istituzione la cui funzione è quella di etichettare, codificare e fissare in ruoli congelati coloro che vi appartengono. Ma esiste veramente un fuori sul quale e dal quale si possa agire prima che le istituzioni ci distruggano?”*²⁶⁶

Non è forse questa allora la grande sfida perpetua di uno e dell'altro, incontrarsi, al fine ultimo di tutela e di protezione del soggetto che in questione è il vero *vulnus* della collettività tutta: il paziente.

²⁶⁶ Basaglia, F. *Il problema della gestione*, in Scritti, 1968

Bibliografia

- Allen F., Primo, *Non curare chi è normale. Contro l'invenzione delle malattie*, Torino, 2013, pp. 23 ss.
- Amatulli A., Maranesi T., Pittini G., Varrani E., *La psichiatria: confrontiamoci con indagini, procedimenti e sentenze*, in G. Dodaro (cur.), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, op. cit., 117, ss.
- Anzillotti S., *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Milano, 2013, p. 213 ss.
- Ariatti R., Versari M., Volterra V., *Responsabilità professionale dello psichiatra operante nel servizio sanitario nazionale*, in *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Volterra V. (a cura di), Milano, 2010, pp. 578, ss.
- Bartoli R., *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, pp. 82 ss.
- Bertolino M., *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.*, 2006.
- Bilancetti M., *La responsabilità penale e civile del medico*, 4^a ed., Cedam, 2001, pp. 115 ss.
- Borgna E., *Noi siamo un colloquio. Gli orizzonti della conoscenza e della cura in psichiatria*, Milano, 2012 (I ed. 1999), p. 11 ss. e Id., *La dignità ferita*, Milano, 2013, pp. 48 ss.

- Bricola F., *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in Manacorda (a cura di), *La tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Atti, Centro Studi giuridici e politici della Regione Umbra, Stabilimento Tipografico Pliniana, 1989, pp. 139, ss.
- Canepa G., *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in Riv. it. med. leg., 1983, pp. 23 ss.
- Caputo M., *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, 2012, pp. 897, ss.
- Casciaro G., Santese P., *Il consenso informato*, Milano, 2012, pp. 114, ss.
- Castronuovo D., Ramponi L., *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in Trattato di biodiritto, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, pp. 947, ss.
- Castronovo C., *La legge 180, la Costituzione e il dopo*, in Riv. critica dir. priv., 1986, II, pp. 607 ss.
- Castronuovo D., *L'evoluzione torica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, pp.1610 ss.
- Catanesi R., Troccoli G., Carabellese F., *La contenzione in psichiatria profili di responsabilità penale*, in Riv. it. med. leg., 2003, pp. 1007, ss.
- Ciafone M., *La posizione di garanzia dello psichiatra nella gestione del paziente psichiatrico: una review della attuale dottrina giurisprudenziale*.
- Cingari F., *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2009, pp. 441 e ss.
- Corbellini G. – Jervis G., *La razionalità negata. Psichiatria e antipsichiatria in Italia*, Torino, 2008.
- Corbellini G., *Scienza*, Torino, 2013, pp. 17 ss.
- Cupelli C., *La colpa dello psichiatra. rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*.
- Cupelli C., *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in Diritto penale e processo, 9/2012.
- Cupelli G., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. i rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, 2014, pp. 225 ss.
- Cupelli C., *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare) p. 1821 in Cass. pen., (48)5 2008*
- De Francesco G., *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in Riv. it. med. leg., 2012, pp. 970, ss.

- Di Giovine O., *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in Riv. it. med. leg., 2013, pp. 79 ss.
- Di Landro A., *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, 83 ss.
- Dodaro G., *La posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, Dodaro G. (a cura di), Milano, 2011, pp. 57 ss.
- Ferranini L., *Il rischio e la responsabilità dell'operatore psichiatrico nei servizi di psichiatria di comunità*, in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, op. cit., pp. 131 ss.
- Fiandaca G., Musco E. tra gli altri, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, 2015.
- G. Forti, M. Catino, F. D'Alessandro, C. Mazzucato, G. Varraso, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del rischio clinico*, Pisa, 2010.
- Fiandaca G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, e Bondioli M., in Foro it., 1988, II, c. pp.108 ss.
- Fiandaca G., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in Ind. pen., 2006, p. 961.
- Fiandaca G., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, in Centro studi Giuridici e politici della regione Umbria, 1989, p. 212
- Fiori A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, ivi, 1982, pp. 535 ss.
- Fornari U., *Il trattamento del malato di mente e la l. n. 180 del 1978: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in Riv. it. med. leg., 1984, pp. 333 ss.
- Forti G., Centonze F., *Diritto e sapere scientifico in campo sanitario: un progetto di integrazione multidisciplinare*, ivi, 2011, pp. 921 ss.
- Gargani A., *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione, due casi 'esemplari' di responsabilità ex art.40 comma 2 c.p.*, in Dir. pen. proc., 2004, pp. 1401 ss.
- Giannichedda M.G., *Relazione al Convegno "Profili di tutela dei diritti della personalità"*, Trieste, 7 - 8 maggio 1982, Istituto Giuridico-Facoltà di Economia e Commercio, Università di Trieste, Centro Studi Giuridici "P. Calamandrei"
- Girolami P. – Jourdan S., *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle "obligations de sécurité" e degli "obblighi di protezione"*, in Riv. it. med. leg., 2001, pp. 60 ss.
- Giunta F., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in Giust. pen., 2012, II, c. pp. 589 ss.

- Giunta F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, p. 644
- Giusti G., *La responsabilità civile e penale dello psichiatra*, in Ferracuti (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, vol. 14, Giuffrè, 1989, pp. 57 ss.
- Girolami P., *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all'ambito psichiatrico*, ivi, 1997, pp. 287 ss.
- Goldacre B., *Effetti collaterali. Come le case farmaceutiche ingannano medici e pazienti*, Milano, 2013; Id., *La cattiva scienza*, Milano, 2013, pp. 171 ss.
- Grosso S., *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Rivista italiana di medicina legale*, XXXVIII fasc. 2 – 2016.
- Greco O., Catanesi R., *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Piccin, 1990, pp. 20, ss.
- Jourdan S., Fornari U., *La responsabilità del medico in psichiatria*, Centro Scientifico Editore, 1997, pp. 75 ss.
- Iadecola G., Bona M., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili 2009*.
- Iadecola g., in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 1150 ss.
- Institute of Medicine, *Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington D.C., National Academy Press, 1992.
- Introna F., *I diritti del malato di mente; ovvero il malato di mente nel diritto*, *Riv. it. Med. leg.*, 1993, pp. 27 ss.
- Introna F., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. med. leg.*, 1980 pp. 15 ss.
- Insolera G., *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, pp. 775 ss.
- Leoncini I., *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, p. 76
- Manna A., *Medicina difensiva e diritto penale*, pp. 154 ss.
- Manna A., *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2013, pp. 106 ss.
- Manacorda A., *Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso da infermo di mente*, in *Foro it.*, pp. 122 ss.
- Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997, pp. 160 ss.
- Manna A., *Medicina difensiva e diritto penale*, op. cit., pp. 165 ss.
- Masotti G., Sartori T., Guaitoli G., *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. Med. leg.*, 1992, pp. 305 e ss.

- Maspero M., *Mancata previsione di evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un "Fuzzy set" o rilevazione di un ossimoro?*, ivi, 2002, pp. 913 ss.; Id., *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, ivi, 2005, pp. 777 ss.
- Mazzacuva N., *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: la responsabilità a titolo di colpa*, in *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, cit., pp. 215 ss.
- Montalto B., *Primi lineamenti della responsabilità professionale degli psicoterapeuti ad indirizzo psicoanalitico*, ivi, 1984, pp. 1050 ss.
- Palazzo F., *Relazione di sintesi*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, pp. 703 ss.
- Palermo E., *Brevi note sulla natura giuridica del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio per persone affette da malattia mentale*, ivi, 1981, pp. 337 ss.
- Piccione M., *Manuale italiano di psichiatria*, Roma, 1995, pp. 171 ss.
- Piccione D., *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 4137 ss.
- Ponti G. –Bovio L., *Un nuovo diritto per il malato di mente o una nuova percezione della malattia mentale?*, ivi, 1986, pp. 1062 ss.
- Pulitanò D., *Introduzione*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, cit., pp. 20 ss.
- Realdon A., *Malati di mente e ricovero coatto*, ivi, 1980, pp. 910 ss.
- Realdon A., *Problemi interpretativi pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente (lettera al direttore)*, ivi, 1980, pp. 10 ss.
- Realdon A., *Responsabilità e libertà in psichiatria* in *Riv. It. Med.Leg.* 10/1988 pp. 189 ss.
- Realmonte F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, 1967, p. 207 e segg
- Recalcati M., *La nostra vita trasformata in patologia*, in *La Repubblica*, 8 maggio 2013, pp. 31 ss.
- Rocca G., Candelli C., Rossetto I., Carabellese F., *La valutazione psichiatrico forense della pericolosità sociale del sofferente psichico autore di reato. Nuove prospettive tra indagine clinica e sistemi attuariali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 4, 2012, pp. 1444 ss.
- Romano M. – Stella F., *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente; aspetti penalistici e costituzionali*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1973, pp. 388 ss.
- Rotolo G., *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1263 ss.

- Sara G., Pezzetto S., *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla l. n. 180 del 1978*, in Cass. pen., fasc.10, 2006, pp. 3429B.
- Stampanoni Bassi G., *In tema di accertamento della responsabilità medica: sulla rilevanza delle “linee guida”*.
- Stella F., *Giustizia e modernità*, 3^a ed, Giuffrè, 2003, pp. 154 ss. e 307 ss.
- Stella F., *La responsabilità dello psichiatra nel trattamento open-door*, in AA.VV., *Problemi giuridici attuali della istituzione psichiatrica*, Roma, 1974, pp. 7 e ss.
- Stella F., Romano M., *Ricoveri, dimissioni, e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1973, pp. 388 ss.
- Toresini L., *Dalla legge Mariotti a Basaglia - L'evoluzione dell'assistenza psichiatrica italiana e il superamento dell'esperienza manicomiale nel decennio 1968–1978*
- Traverso G.B., *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, 4, 1986, pp. 1041 ss.
- Trimarchi P., *Causalità e danno*, 1967, p.58
- Vecchietti A.M., *L'evoluzione della legge psichiatrica italiana dalla legge n. 36 del 1904 alla legge 833 del 1978*, ivi, 1981, pp. 115 ss.
- Venturini E., Casagrande D., Toresini L., *Il folle reato. Il rapporto fra la responsabilità dello psichiatra e l'imputabilità del paziente*, p 22 e seguenti, in *Saggi e studi di psicologia*.
- Visintini G., *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 1982, pp. 445 ss.
- Whitaker R., *Indagine su un'epidemia. Lo straordinario aumento delle disabilità psichiatriche nell'epoca del boom degli psicofarmaci*, Roma, 2013, pp. 16 ss.
- Zanchetti M., *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, in Cass. pen., 2004, pp. 2859 ss.
- Zannotti R., *La responsabilità penale dello psichiatra e dello psicologo*, in G. Giusti a cura di, *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 2008, vol. IX, pp. 488 ss.

Sitografia

https://storiaeregione.eu/attachment/get/up_202_14685005811754.pdf

www.archiviopenale.it

www.triestesalutementale.it.

<http://www.psychiatryonline.it/node/3633>.

<http://www.rassegnaitalianadicriminologia.it/>

www.cepic-psicologia.it/contributi/

www.dirittopenalecontemporaneo.it

<http://giulianocastiglieno.nova100.ilsole24ore.com>

Giurisprudenza di Merito

Corte di Appello di Bologna, 1° luglio 1975, Cotti, in Riv. pen., 1977, pp. 407 ss.

Corte di Appello di Milano, 28 gennaio 1980, Orefice, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, pp. 1558 ss., con nota di Forti.

Corte di Appello di Cagliari, 9 aprile 1991, Scamonatti, in Riv. giur. sarda, 1992, pp. 158 ss.

Corte appello di Perugia, 9 novembre 1984, in Foro it., 1988, II, c. 108.

Corte d'Assise di Cagliari, 16 giugno 1999, imp. Uras, Foro. It., 2000, II, pp. 577 ss.

Corte di Assise di Parma, 10 novembre 1991, Tondelli, inedita.

Tribunale di Bolzano, 9 febbraio 1984, in Rep. Foro it., 1985, voce Omicidio e lesioni personali colpose, n. 156.

Tribunale di Spoleto, 8 giugno 1987, Franzese in Riv. pen., 1987, pp. 961 ss.

Tribunale di Brindisi, 5 ottobre 1989, Rini ed altri, in Foro it., 1990, II, pp. 273 ss.

Tribunale di Busto Arsizio - sez. dist. Saronno, 27 maggio 1999, n. 164, inedita, p. 11 ss.

Corte di Appello di Torino, 18 ottobre 1996, Rigolet, ivi, 1999, pp. 711 ss., con nota di L. Fornari, Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: «passi avanti» della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa.

Tribunale di Cagliari, 21 novembre 1989, Scamonatti, in Riv. giur. sarda, 1992, pp. 158 ss. con nota di Usai.

Tribunale di Vallo della Lucania, sentenza, 30 ottobre 2012 (dep. 27 aprile 2013), in Dir. Pen. Cont., 12 giugno 2013.

Tribunale di Trento, 29 luglio 2002, Bertuzzi in Giur. merito, 2002, pp. 346 ss.

Tribunale di Bolzano, 19 febbraio 1984, March in Giur. merito, 1985, II, pp. 681 ss.

Tribunale di Ravenna, 29 settembre 2003, Mura in Foro it., 2004, II, c. 566.

Giurisprudenza di Cassazione

Sezioni Penali

Sez. II, 24 novembre 1994, Leone, in C.E.D. Cass., n. 199757.

Sez. IV, 14 settembre 1991, Navone, n. 188199.

Sez. IV, 11 febbraio 1998, Azzimi, in C.E.D. Cass., n. 210351.
Sez. IV, 5 maggio 1987, in Foro it., 1988, II, c. 107.
Sez. II, 11 maggio 1990, in Foro it., 1991, pp. 68 ss.
Sez. I, 10 novembre 1997, n. 11038, in Arch. civ., 1998, pp. 428 ss.
Sez. IV, 06 novembre 2003, n.10430.
Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 16975 (in Guida dir., n. 24/2013, p. 84).
Sez. II, 11 maggio 1990 in Cass. pen., 1991, pp. 68 ss.
Sez. IV, 30 gennaio (27 febbraio) 2008, n. 8611.
Sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti, in Foro it., 1992, II, c. 36.
Sez. IV, 12 aprile 2005, Lattanzi in Guida dir., 2005, n. 41, p. 89 ss., con nota di Galdieri, In caso di trattamento volontario non può sorgere obbligo di custodia.
Sez. IV, 26 maggio 1999, Cattaneo, in Guida dir., 2004, n. 12, pp. 59 ss.
Sez IV, n. 48292/2008, imputato Desana.
Sez. IV, 27 febbraio (12 maggio) 2009, n. 20010, imp. Spalatti e altri, est. Visconti, in Il diritto penale della medicina.
Sez. IV, 28 aprile 2010, n. 20595.
Sez. III – 20 marzo 2008, n. 12361.
Sez. IV, 1 febbraio 2012 (ud. 22 novembre 2011), n. 4391.
Sez IV 24 giugno 2008, 37077, in Cass. pen. 2009, 6, pp. 2381 ss.
Sez. IV, 23 novembre 2010, in procedimento Grassini, in Foro it., 2011, 7-8, II, 416.
Sez. IV, 22 novembre 2011 (dep. 01.01.2012), n. 4391, in De Jure/Juris Data.
Sez. IV, 19 settembre 2012 n. 35922.
Sez. IV, 19 settembre 2012 (dep. 11 luglio 2012), n. 35922, in DeJure/ Juris Data; in Dir. pen. proc., 2/ 2013, p. 191 ss., con nota di L. Risicato, Le linee guida e i nuovi confini. della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto.
Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, in De Jure/Juris Data.

Sezioni Unite.

SS. UU., 10 luglio 2002, Franzese, in Riv. it. med. leg., 2002, p. 1599 ss.

Cass. Sez. Un. 11 settembre 2002, n. 30328

Giurisprudenza costituzionale

Sentenza Corte Costituzione n. 364 del 24 marzo 1988

Sentenza Corte Costituzione n. 307 del 22 giugno 1990

Sentenza Corte Costituzionale n.1085 del 13 dicembre 1988

Giurisprudenza estera

White v. United States, D.C., 244 F. Supp. 127, 134

Solbrig V. United States of America, 92 C8249, 14-18 (US Dist Lexis 2201, 1995)

Corte E.D.U., sez. IV, sent. 22 novembre 2016, Hiller c. Austria