

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale 1

La responsabilità penale dello psichiatra

Relatore

Ch.ma Prof.ssa Francesca Minerva

Candidata

Chiara Lucretia Tocci

Matricola: 113163

Correlatore

Ch.mo Prof. Enrico Gallucci

Anno Accademico 2016-2017

La responsabilità penale dello psichiatra

Indice

Introduzione	<i>1</i>
 Capitolo I: Il rapporto psichiatra-paziente nel quadro normativo italiano	
 1.1 La malattia mentale nel diritto: cenni storici	 <i>7</i>
1.2 La Legge Basaglia sull'assistenza psichiatrica: meriti e criticità	<i>9</i>
1.3 Ricostruzione del ruolo dello psichiatra alla luce della Legge Basaglia	<i>17</i>
 Capitolo II: La responsabilità omissiva dello psichiatra nel quadro normativo della responsabilità penale dei medici	
 2.1 Evoluzione normativa della responsabilità medica	 <i>26</i>
2.1.1 L'intervento della Legge Balduzzi	<i>31</i>
2.1.2 La riforma (della riforma): le novità della Legge Gelli-Bianco	<i>35</i>
2.2 I reati omissivi impropri	<i>37</i>
2.2.1 La questione della qualificazione della natura attiva o omissiva della condotta	

medica	37
--------	----

2.2.2 Individuazione dei presupposti della posizione di garanzia dello psichiatra	43
2.3 Problematiche del consenso e della libertà di autodeterminazione in psichiatria	53
2.4 Le REMS: strutture di custodia o di cura?	58

Capitolo III: La colpa

3.1 L'essenza e l'accertamento della colpa	64
3.2 Il criterio della prevedibilità e il "tramonto" dell'agente modello	71
3.3 Linee guida e colpa specifica	75
3.3.1 Atti autolesivi: il ruolo delle linee guida nella valutazione del rischio suicidario	80
3.3.2 Atti eterolesivi: concorso colposo dello psichiatra nel delitto doloso del paziente	85

Capitolo IV: La ricostruzione della responsabilità omissiva colposa dello psichiatra in una recente vicenda giudiziaria

4.1 Analisi del caso Campanale (Cass. IV, 4 febbraio. 2016, n. 14766): descrizione dei fatti	88
--	----

4.2 La verifica della riferibilità di una posizione qualificata di garanzia al personale sanitario	92
4.3 Il rischio consentito nella valutazione del rischio suicidario in ambiente carcerario	95
4.4 Alleanza terapeutica e consenso del paziente	98
Considerazioni conclusive	101
Bibliografia	104
Sitografia	121
Giurisprudenza di merito	122
Giurisprudenza di legittimità	123
Giurisprudenza costituzionale	125
Giurisprudenza internazionale ed europea	126
Ringraziamenti	127

Introduzione

La questione della responsabilità dello psichiatra, pur inserendosi nel contesto più ampio e generale della responsabilità medica degli operatori sanitari, se ne differenzia per importanti peculiarità. Le problematiche giuridiche e sociali che caratterizzano la materia sono legate al ruolo particolare ricoperto dalla figura dello psichiatra. Questi deve tener conto di due esigenze diverse, l'interesse alla salute del paziente e l'interesse alla tutela della collettività. La società chiede infatti allo psichiatra, così come a qualsiasi altro medico, una diagnosi e una prognosi di malattia, ma anche una prognosi di condotta e al tempo stesso una terapia che possa condizionarne la stessa. E' necessario tuttavia che la giurisprudenza delimiti la richiesta sociale, per evitare che quest'ultima arrivi al punto di pretendere che lo psichiatra debba prevedere sempre la condotta del suo paziente.

L'operatore psichiatrico si trova infatti nella posizione di dover rispondere dei danni alla salute (fino alla morte) del paziente se li ha causati volontariamente o per colpa, con condotte sia attive che omissive. Nella responsabilità di tipo commissivo rientrano l'errata diagnosi, l'errata terapia farmacologica e psicoterapica o una modifica della stessa, nella misura in cui la condotta dello psichiatra sia considerata condizione necessaria per il verificarsi dell'evento. Sono tuttavia altrettanto frequenti le ipotesi di responsabilità relative a fatti commessi da altre persone, ossia da pazienti che nel corso di un trattamento terapeutico agiscono in modo etero o auto-lesivo.

La ricostruzione del complesso rapporto psichiatra-paziente alla luce della Legge Basaglia del 1978 sull'assistenza psichiatrica viene analizzato nel Capitolo I. La previgente normativa aveva infatti lo scopo di proteggere la "società dei sani" dai soggetti malati di mente, in quanto tali socialmente pericolosi. Pertanto lo psichiatra

svolgeva un compito per lo più custodiale e di controllo e la cura veniva in rilievo solo in modo subordinato ed eventuale. E' con la Legge Basaglia che il sistema si trasforma in modo radicale, antepoendo il rispetto della libertà, della dignità e della salute della persona ad ogni altro interesse. Il paziente psichiatrico viene pertanto equiparato agli altri malati e di conseguenza lo psichiatra comincia a ricoprire una nuova posizione di protezione della salute del soggetto, in virtù di una vera e propria alleanza terapeutica sancita dall'art. 32 Cost. La riforma del 1978, pur affermando il superamento del modello custodialistico, associato ad una concezione del malato di mente come soggetto automaticamente pericoloso, a favore di un modello di cura e partecipazione del paziente, ha lasciato irrisolta la questione relativa all'ampiezza del contenuto della posizione di garanzia. In base ai più recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sembrerebbe che sull'operatore psichiatrico gravi non solo un obbligo di cura e di protezione del paziente, in quanto soggetto debole i cui comportamenti potrebbero rivelarsi pregiudizievoli anche per la sua salute, fino a spingerlo al suicidio, ma anche un obbligo di controllo.

L'assenza nella normativa dell'elemento della pericolosità non sembra dunque escludere l'obbligo di sorveglianza in capo allo psichiatra laddove il malato possa mettere in atto comportamenti eterolesivi. Questo ha comportato l'ampliamento delle ipotesi in cui lo psichiatra può essere chiamato a rispondere penalmente degli atti auto o eterolesivi del paziente, prevalentemente per omissioni colpose. L'evoluzione della normativa sulla responsabilità penale dei medici, in particolare la Legge Balduzzi del 2012 e la Legge Gelli-Bianco del 2017, ha evidenziato l'esigenza del legislatore di limitare il più possibile la responsabilità professionale della categoria medica cui appartengono anche gli psichiatri. Ad essi, infatti, possono essere addebitate non solo

proprie condotte, attive o omissive, bensì anche fatti commessi da un altro soggetto, ossia il paziente, nei confronti del quale lo psichiatra ricopre una posizione di garanzia che oscilla tra la cura e la custodia.

La casistica ha rivelato peraltro come le ipotesi più frequenti di responsabilità dello psichiatra non riguardino condotte attive bensì omissioni colpose ed è su di queste che verterà principalmente la nostra analisi. Nel Capitolo II si affronta una problematica di particolare rilevanza, spesso comune ad altri casi di responsabilità per colpa, consistente nel fatto che l'accertamento penale si instaura dopo il verificarsi dell'evento, per cui il giudice tende a valutare il comportamento tenuto dagli imputati esclusivamente *ex post*. Ne consegue che questi ultimi spesso finiscono con il sentirsi capri espiatori, soprattutto nella attuale situazione giuridica in cui non sempre il medico - e lo psichiatra ancor di più - può fare affidamento su regole cautelari, e conoscere a priori il modo in cui dovrebbe comportarsi, ma ne sarà consapevole solo al termine del processo. In mancanza di tale certezza giuridica si registra la tendenza, anche in campo psichiatrico, a tenere comportamenti di c.d. medicina difensiva che hanno il solo scopo di proteggere l'operato di chi agisce a discapito della tutela della salute del paziente.

Ai fini dell'accertamento della responsabilità penale per omesso impedimento dovranno allora essere presi in considerazione diversi elementi quali la posizione di garanzia, la volontà del paziente, le regole cautelari, la colpa. L'esistenza di doveri in capo allo psichiatra relativamente alla cura del paziente non può essere messa in discussione ed è avallata dalla giurisprudenza; sono invece discutibili la natura, l'ampiezza e i limiti di tali doveri. In tal senso diventa fondamentale il collegamento tra la posizione di garanzia e il consenso consapevole e responsabile del paziente, non sempre peraltro facilmente individuabile, da cui non è possibile prescindere ai fini della

legittimità del trattamento. Il consenso costituisce allo stesso tempo presupposto e limite della posizione di garanzia del terapeuta e rappresenta un aspetto rilevante anche ai fini di un ridimensionamento dei compiti dello stesso nella misura in cui essa estende l'area del rischio consentito facendolo ricadere sul paziente.

Le discussioni in merito ai confini della posizione di garanzia si sono riproposte a seguito della recente introduzione delle nuove strutture regionali per l'esecuzione delle misure di sicurezza, le c.d. REMS, avvenuta con l'entrata in vigore della legge 81/2014. Sembra infatti che gli operatori sanitari all'interno della struttura non debbano esclusivamente garantire le prestazioni terapeutiche ma svolgere anche un compito di sorveglianza degli internati, originariamente affidato in via esclusiva al personale dell'Amministrazione Penitenziaria.

Alla posizione di garanzia si legano i problemi della ricostruzione dell'evento lesivo e della colpa ad esso connessa, elemento quest'ultimo che permette di imputare soggettivamente il fatto al soggetto. In altre parole, una volta accertato il nesso causale tra la condotta del soggetto e l'evento lesivo, è necessario verificare che la stessa sia anche "colpevole" ovvero che sia imputabile soggettivamente allo psichiatra.

La giurisprudenza ha infatti attribuito molta rilevanza alla questione della colpa in materia di responsabilità medica. Quest'ultima, se nel codice penale viene considerata titolo "eccezionale" di responsabilità a carattere residuale, nel contesto medico si trasforma in criterio di imputazione "ordinario" in quanto il contenzioso giudiziario si fonda prevalentemente su ipotesi colpose. Nel Capitolo III si affronta la questione dei criteri attraverso cui individuare la fattispecie (omissiva) colposa.

A tal proposito rivestono un ruolo centrale le regole cautelari. Queste ultime descrivono in modo puntuale il comportamento che il soggetto deve assumere per

evitare che si concretizzi il pericolo di un danno, circoscrivendo in tal modo l'area delle condotte lecite "a rischio consentito".

L'essenza della colpa consisterà pertanto nella violazione delle condotte doverose individuate dalle regole cautelari. Il sapere tecnico-scientifico entra quindi a pieno titolo nella questione della ricostruzione della colpa attraverso l'elaborazione di linee guida o protocolli di comportamento da parte delle comunità scientifiche accreditate e/o organismi competenti che, pur non avendo carattere legislativo, aspirano ad essere considerate alla stregua di regole giuridiche sulla base delle quali individuare la c.d. colpa specifica.

Inoltre, ai fini dell'accertamento della colpevolezza si ritiene possano essere adottati una serie di criteri, tra cui in particolare quello della prevedibilità. Lo psichiatra infatti non può essere chiamato a rispondere dell'evento qualora questo non fosse prevedibile al momento della sua condotta. Pertanto la responsabilità per colpa va esclusa quando, nonostante l'osservanza delle regole cautelari, l'evento si sarebbe comunque verificato. Alla luce di quanto detto, risulta dunque evidente come nell'attività psichiatrica l'individuazione dei comportamenti doverosi non sia facile a causa del maggiore grado di incertezza che caratterizza le diagnosi relative ai disturbi della psiche, generalmente meno evidenti e identificabili delle malattie fisiche.

L'inquadramento della responsabilità dello psichiatra è dunque una questione complessa e tuttora dibattuta. Buona parte della dottrina evidenzia come la responsabilità dello psichiatra sia ricostruibile attraverso l'intreccio dell'istituto della posizione di garanzia con la volontà del paziente e le regole cautelari. Non sempre in sede giurisprudenziale questa impostazione viene seguita. Un caso interessante di questo tipo di ricostruzione è rappresentato dalla recente sentenza della Cassazione n.

14766 del 2016 avente ad oggetto il suicidio di un detenuto affetto da disturbo della personalità. All'analisi delle motivazioni addotte nei diversi gradi di giudizio fino alla sentenza definitiva della Suprema Corte è dedicato il Capitolo IV, in cui si utilizzano gli istituti giuridicamente rilevanti richiamati nel presente lavoro per discutere l'accertamento della responsabilità colposa per omesso impedimento dell'evento autolesivo.

Capitolo I

Il rapporto psichiatra-paziente nel quadro normativo italiano

1.1 La malattia mentale nel diritto: cenni storici

Il concetto di malattia mentale, nota anche come devianza o follia, nel corso del tempo ha avuto profonde variazioni e non è sempre stata fonte di preoccupazione per la medicina e per la società. Al contrario, nel mondo classico, era addirittura considerata sacra e divina, motivo per cui in quel periodo non ci sono esempi né di internamento né di allontanamento ma di trattamento di tipo mistico-religioso affidato ai sacerdoti. Il fenomeno dell'istituzionalizzazione nasce durante la Rivoluzione industriale; nel contesto dinamico di crescita, progresso, novità proprie della fase storica e soprattutto con l'affermazione di una nuova classe sociale, quella borghese, coloro che manifestavano disagio nell'adattarsi alla nuova vita sociale diventavano un problema.

Per far fronte a questa esigenza di collocamento del malato nacque il manicomio: struttura generalmente situata alle periferie delle città e circondata da alte mura che, seppur affidata alla gestione dei medici e con lo scopo apparente di cura del malato, nascondeva un luogo di reclusione e allontanamento dei diversi dalla collettività.

L'intento era di proteggere quest'ultima dagli eventuali gesti inconsulti di cui i malati psichiatrici avrebbero potuto essere capaci. Pertanto, l'istituzione rappresentava un meccanismo di esclusione sociale di differenti tipologie di soggetti, anche di coloro non affetti propriamente da disturbi psichiatrici ma in ogni caso diversi dalla normalità. In questa ottica, il concetto di devianza assume una dimensione normativa in quanto, nel

suo significato più proprio, essa esiste sempre in relazione ad una norma¹, indicando tutti i casi di opposizione o difformità rispetto ad un codice etico. In altri termini, la devianza rappresenta una violazione di norme reputate giuste, sane e morali. In Italia, la legge 14 febbraio 1904, n. 36² (Legge Giolitti) rappresentò il primo intervento di legislazione psichiatrica che si basava su un modello custodialistico - repressivo. L'elemento essenziale della malattia mentale era la pericolosità: il paziente psichiatrico in quanto tale si presumeva sempre socialmente pericoloso e di conseguenza l'intento principale dell'impianto normativo era quello di assicurare e garantire la tutela della collettività da parte di tutti i soggetti affetti da patologie, persino nel caso in cui questi ultimi non avessero manifestato atteggiamenti antisociali³. L'art. 1 della suddetta legge disponeva infatti che: *“Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualsiasi causa da alienazione mentale quando siano pericolose a sé o agli altri [...]”*. Sulla base di queste considerazioni, non è difficile immaginare come il ricovero fosse coattivo e rappresentasse la regola, dal momento che la custodia del soggetto aveva priorità sulla cura dello stesso. Ed il presupposto affinché il ricovero potesse essere disposto era il “pubblico scandalo”; pertanto la legge distingueva, in qualche modo, tra gli alienati⁴ pericolosi e non. Questi ultimi, da un lato, non potevano essere sottoposti ad alcuna limitazione della libertà personale; dall'altro, non vantavano alcun diritto terapeutico. Pertanto, la volontà del soggetto non veniva contemplata, al punto che in nessun caso era previsto il ricovero volontario.

¹ Su questo aspetto si rinvia a Giovanni Jervis, noto psichiatra, collaboratore di Basaglia a Gorizia, in *Manuale critico di psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1997, 67.

² Intitolata “Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati”, era ispirata alla legge francese del 1838, espressione delle concezioni psichiatriche del tempo.

³ C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, Tesi di Dottorato di Ricerca in “Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi”, Università degli Studi di Sassari, Ciclo XXV, 2013.

⁴ Per usare il linguaggio della legislazione vigente.

Quest'ultimo venne introdotto solo nel 1968 con la legge 18 marzo, n. 431⁵ (Legge Mariotti) che rappresentò il primo tentativo di superamento del finalismo custodialistico attraverso l'istituzione di centri e servizi di igiene mentale.

E' importante notare a questo punto come dalla presunzione assoluta di pericolosità, e dalla conseguente esigenza di difesa sociale, scaturisse il fenomeno della "criminalizzazione del malato". Non era la cura del "folle" ad ispirare le scelte degli operatori psichiatrici quanto piuttosto la tutela della società dallo stesso, a qualunque costo. Infatti, la malattia psichiatrica non era ricompresa tra le materie della sanità, bensì inserita nel testo unico relativo alla pubblica sicurezza. Secondo una disposizione di quest'ultimo gli esercenti le professioni sanitarie avevano l'obbligo di denunciare all'autorità di pubblica sicurezza, entro due giorni, tutte *"le persone da loro assistite o esaminate affette da malattia mentale o da grave infermità psichica, le quali dimostrino o diano sospetto di essere pericolose per sé e agli altri"*⁶. Inoltre, il codice penale prevedeva agli artt. 714 e ss. una serie di contravvenzioni, quali l'omessa denuncia del soggetto affetto da infermità psichica pericolosa, l'omessa custodia dell'alienato mentale e l'omessa denuncia della fuga dello stesso, che avrebbero dovuto costituire una sorta di sistema di tutela anticipata per chi entrava in contatto con il malato.

1.2 La Legge Basaglia sull'assistenza psichiatrica: meriti e criticità

Negli anni '70, uno psichiatra triestino, Franco Basaglia, cominciò a denunciare i soprusi cui erano sottoposti i malati psichiatrici nei manicomi, sensibilizzando

⁵ Intitolata "Provvidenze per l'assistenza psichiatrica".

⁶ R.d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 153.

l'opinione pubblica in proposito. Le critiche dello psichiatra riguardavano in particolar modo l'istituzione del manicomio, cui egli dedicò tra l'altro numerosi scritti. Sulla scia del pensiero di Erving Goffman,⁷ noto sociologo canadese, Basaglia sosteneva che il manicomio, al pari di altre istituzioni, era caratterizzato da una netta divisione dei ruoli, fra chi ha e gestisce il potere e chi non ce l'ha. Scrive, al riguardo: *“la suddivisione dei ruoli è il rapporto di sopraffazione e di violenza fra potere e non potere, che si tramuta nell'esclusione da parte del potere, del non potere: la violenza e l'esclusione sono alla base di ogni rapporto che si instauri nella nostra società”*⁸. D'altra parte lo psichiatra riteneva che la causa principale di questo approccio derivasse dal modo in cui la psichiatria del tempo considerava il malato: soggetto irrecuperabile ed incomprensibile cui andava applicato un metodo di natura oggettuale, di per sé antiterapeutico, che prevedeva il suo inserimento solo come oggetto all'interno dell'organizzazione sociale. L'istituzione psichiatrica tradizionale risultava pertanto molto simile all'istituzione carceraria; la sua finalità era, come già rilevato, la gestione di elementi considerati di disturbo per l'ordine costituito⁹.

Questo clima di critica generalizzata e contestazione terminò solo nel 1978 quando fu emanata la legge 13 maggio, n. 180¹⁰ (nota appunto come Legge Basaglia) che riformò radicalmente l'assistenza psichiatrica in Italia. Tuttora essa rimane il punto di riferimento normativo della materia, nonostante nel tempo si sia manifestata da più parti

⁷ Franco Basaglia curò, tra l'altro, l'introduzione del suo libro *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1974.

⁸ F. Basaglia, *Le istituzioni della violenza*, in F. Basaglia (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2010, 115.

⁹ F. Basaglia, *Introduzione* a E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Einaudi, 1974.

¹⁰ La legge, intitolata “Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”, era stata emanata originariamente in via transitoria e fin da subito avrebbe dovuto far parte della legge sul sistema sanitario nazionale ma le sue disposizioni vennero integralmente rifiutate solo successivamente negli artt. 33 e ss. della legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (SSN).

l'esigenza di modificare il sistema delineato dalla legge. I principi di fondo che la ispirano non sono stati tuttavia mai messi in discussione in quanto considerati unanimemente espressione di una fondamentale ed irrinunciabile conquista di civiltà.

Le novità che la sua riforma comportava furono sperimentate da Basaglia stesso prima ancora dell'emanazione della legge, nello specifico tra il 1962 e il 1965 all'interno del manicomio di Gorizia, di cui era direttore. Tra queste, in particolare: l'introduzione dei farmaci attraverso cui eliminare le contenzioni e iniziare a distinguere i danni della malattia da quelli dell'istituzionalizzazione; la rieducazione del personale; il riannodamento dei legami con l'esterno; l'abbattimento delle barriere fisiche; l'apertura delle porte; la creazione di un Ospedale di Giorno; il tentativo di organizzare la vita nell'Ospedale secondo i concetti di una comunità terapeutica¹¹.

In sintesi, i principali meriti della riforma sono rappresentati dallo scioglimento del legame presuntivo tra pericolosità e malattia mentale, da un lato; dalla restituzione al soggetto dello status di malato, e come tale sottoposto a trattamento terapeutico come un qualsiasi altro paziente, dall'altro. La legge ha dunque rappresentato un punto di svolta fondamentale nel sancire il passaggio dal custodialismo alla cura e nel garantire come priorità assoluta la salute del paziente, pur tenendo in debito conto la tutela dei terzi¹².

Inoltre, la misura del ricovero coatto persiste, pur cambiandone il presupposto: esso può essere disposto solo se necessario e urgente rispetto ad esigenze terapeutiche non gestibili in altro modo e solo per un periodo breve, all'interno dei Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura (SPDC) appositamente istituiti e collocati negli ospedali generali.

¹¹ F. Basaglia, *Scritti*, vol. 1, Einaudi, Torino, 1982, 254-255.

¹² B. Ugolini, *Diritto e psichiatria dopo la Legge 180*, Tesi di Dottorato di Ricerca in "Teorie del Diritto e della Politica", Università degli Studi di Macerata, Ciclo XXV, 2013.

Grazie alla Legge 180, il soggetto riacquista la dignità che gli spetta di diritto e la titolarità delle cosiddette “quote di autodeterminazione”, tra cui la possibilità di esercitare il diritto di voto (precedentemente sospeso durante la permanenza in manicomio) e conseguentemente la responsabilità dei propri comportamenti. In realtà, questa inversione di tendenza circa il modo di concepire il malato cominciò a farsi strada anche prima della riforma: in particolare, in una sentenza del 1975 della Sezione Istruttoria di Bologna, un caso di suicidio di un paziente venne inquadrato nella prospettiva della prevedibilità dell’evento, e quindi della colpa, abbandonando il campo tradizionale dell’obbligo di custodia.

Da un punto di vista giuridico, con l’entrata in vigore della Costituzione nel 1948, la riforma divenne necessaria ed impellente in quanto la reclusione all’interno dei manicomi prevista dalla legge del 1904 contrastava apertamente con l’art. 13, che sanciva la libertà personale quale diritto inviolabile. Pertanto il sistema previsto dalla Legge Basaglia si pone in continuità con l’art. 32 Cost. che al II comma prevede che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.”* In questo modo la volontà del paziente diventa condizione essenziale per la legittimità di qualsiasi trattamento terapeutico. Il diritto alla salute come previsto dalla Costituzione comprende infatti, al contempo, il diritto ad essere curato e il diritto a rifiutare le cure. Nel caso di pazienti psichiatrici, l’applicazione di questo principio può essere spesso drammatico in quanto chi soffre di disturbi psichiatrici gravi non riconosce la malattia e quindi non presta nemmeno il consenso alle cure, pur avendone fortemente bisogno.

Anche il codice penale ha risentito della riforma; furono infatti abrogati gli artt. 714 e ss., esclusivamente nella parte relativa agli alienati, e fu modificata la disciplina relativa ai Trattamenti Sanitari Obbligatori (TSO), che, come detto precedentemente, potevano essere disposti solo in casi di *extrema ratio*, quando il soggetto non avrebbe potuto essere adeguatamente seguito in una struttura diversa dall'ospedale. Peraltro, a livello operativo, la riforma ha comportato l'abolizione dei manicomi e la contestuale predisposizione di altre tipologie di strutture con finalità di prevenzione, cura e riabilitazione dislocate sul territorio nazionale, i c.d. Centri di Salute Mentale che dovrebbero intervenire soprattutto (ma non solo) a seguito della conclusione del periodo breve di ricovero¹³. Va sottolineato tuttavia che la legge ha lasciato irrisolti una serie di problemi, tra cui quello di non essere riuscita ad attuare efficacemente la presa in carico dei malati tramite i servizi psichiatrici territoriali, il più delle volte insufficienti e assenti sul territorio. Infatti, soprattutto a causa degli alti costi della spesa sanitaria, non tutte le Regioni, cui era stata demandata l'applicazione della normativa, sono riuscite a rispettare allo stesso modo i principi generali, con conseguenti situazioni estremamente differenziate tra le stesse, soprattutto tra il Nord e il Sud.

Da un punto di vista organizzativo, le strutture attraverso cui dare concreta attuazione all'intervento legislativo vennero predisposte solo successivamente dal Progetto Obiettivo "Tutela della Salute Mentale" 1994-1996¹⁴; esso prevedeva un assetto dipartimentale dei servizi attraverso l'istituzione del Dipartimento di Salute Mentale (DSM) presso ciascuna azienda sanitaria locale (ASL), con un direttore e personale

¹³ Da un punto di vista psichiatrico ed etico, infatti, il ricovero affinché sia davvero efficace deve durare il minor tempo possibile in quanto una degenza prolungata più del necessario finisce per essere addirittura controproducente per il malato. Essa, infatti, può distogliere l'attenzione degli operatori psichiatrici dalla malattia e comportare anche un abbandono psicologico da parte degli stessi familiari.

¹⁴ Approvato con D.P.R. 07/04/94 (Gazzetta Ufficiale n. 93 del 22/04/94).

sanitario misto distribuito nelle seguenti strutture: il Centro di Salute Mentale, sede organizzativa di un'équipe multidisciplinare, il Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura (SPDC) per il ricovero ospedaliero sia volontario che obbligatorio, le strutture semiresidenziali volte a prevenire e contenere il ricovero tra cui il Day Hospital (DH) per l'attuazione di trattamenti a breve e medio termine e il Centro Diurno (CD) per programmi terapeutici più a lungo termine, ed infine le strutture residenziali (SR) per attività riabilitative di pazienti dimessi dagli ospedali psichiatrici che necessitano di assistenza in ordine allo svolgimento di attività di vita quotidiana per periodi prolungati.

Tra le finalità più importanti che il progetto si prefigurava di raggiungere durante il suo triennio di validità però non c'era solo quella di realizzare tale modello organizzativo su tutto il territorio nazionale ma anche quella di predisporre interventi specifici con i quali superare i residuali manicomi e di promuovere la formazione e l'aggiornamento delle competenti figure professionali sanitarie.

In particolare, il Centro di Salute Mentale è la struttura sanitaria non ospedaliera, punto di riferimento dell'attività sul territorio; l'équipe multiprofessionale che vi lavora si occupa da un lato, di elaborare ed attuare il progetto terapeutico-riabilitativo personalizzato, dall'altro di coordinare tra loro gli interventi integrati di prevenzione, cura, riabilitazione e reinserimento sociale.

Successivamente, in aggiunta al primo, venne emanato un nuovo Progetto Obiettivo¹⁵ per il triennio 1998-2000 il quale si è occupato principalmente di precisare i compiti e le funzioni del DSM e delle sue componenti organizzative; di assicurare un coordinamento maggiore di tali servizi così specificati con le associazioni dei familiari, di volontariato e con altri servizi sociali e sanitari, inclusi i medici di medicina generale;

¹⁵ Approvato con D.P.R. 01/11/99 (Gazzetta Ufficiale n. 274 del 22/11/99).

di predisporre interventi di prevenzione dei disturbi mentali, soprattutto durante la fase adolescenziale. Purtroppo va rilevato che entrambi i Progetti non sono stati totalmente applicati e tuttora in ciascuna Regione persistono numerose differenze per quanto riguarda il livello minimo dei servizi di salute mentale che invece andrebbero garantiti in modo uniforme su tutto il territorio¹⁶.

Pertanto, questa situazione di insufficiente assistenza ha comportato che la famiglia non solo fosse chiamata a partecipare al programma terapeutico personalizzato stabilito, ma nei fatti fosse obbligata ad occuparsi quasi totalmente del malato, anche in caso di convivenza pericolosa per l'incolumità personale nelle ipotesi di disturbi psichici che possono indurre a comportamenti aggressivi ed imprevedibili. Tra le varie associazioni, l'ARAP (Associazione per la riforma dell'assistenza psichiatrica) è quella che maggiormente contesta questa conseguenza della Legge 180 e propone, fin dal 1981, modifiche ed integrazioni al testo legislativo originario soprattutto in merito alle strutture. Ritene anche tuttavia che, al fine di garantire l'incolumità degli stessi malati e allo stesso tempo dei familiari o dei terzi, sarebbe necessaria la previsione, in caso di patologie particolarmente gravi, di un obbligo di cura e di una specifica ipotesi di responsabilità penale tramite la configurazione del reato di omissione di soccorso per gli psichiatri che dimettono o abbandonano gli psicotici gravi e/o pericolosi¹⁷.

Inoltre, nonostante anche i manicomi criminali fossero stati oggetto di critiche e ripensamenti, la Legge Basaglia non si occupò direttamente dell'assistenza ai malati di mente colpevoli di reati i quali continuarono dunque per lungo tempo ad esservi

¹⁶ Su questi aspetti si rinvia al portale istituzionale del Ministero della Salute: [http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?id=168&area=salute%20mentale&menu=rete](http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?id=168&area=salute%20mentale&menu=rete;).; http://www.salute.gov.it/saluteMentale/documenti/PO_SaluteMentale_1994_96.pdf.; http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_558_allegato.pdf.

¹⁷ Per maggiori dettagli sulla proposta di legge in questione si rinvia al sito della associazione: www.arap.it.

rinchiusi e ad essere sottoposti ad un trattamento differenziato rispetto a quello riservato al malato di mente comune. Queste strutture erano entrate a far parte del sistema penale nel 1975 con la riforma dell'ordinamento penitenziario¹⁸ sotto il nome di Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG), dimostrando in tal modo almeno l'intenzione di un'apertura sanitaria dell'istituzione; la realtà dei fatti, invece, sembrava confermare il carattere penitenziario. La struttura ha sempre sofferto della contraddizione tra luogo di cura e di custodia; solo recentemente, e dopo innumerevoli proroghe, ne è stata disposta finalmente la chiusura definitiva su tutto il territorio nazionale, con l'emanazione della legge 30 maggio 2014, n. 81 (recante "Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari") da attuarsi entro il 31 marzo 2015¹⁹. In sostituzione delle stesse, sono già attive da aprile 2015 le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), che saranno in collegamento anche con le strutture territoriali e i Dipartimenti di salute mentale. Nonostante i dati significativi che finora dimostrano il generale funzionamento delle REMS²⁰, occorre rilevare che sussistono ancora molte questioni pratiche da affrontare, tra cui la possibilità di limitare l'accesso solo ai soggetti che sono già stati condannati in via definitiva, o l'organizzazione da prevedere per far fronte alla condizione femminile.

Soprattutto, è necessario evitare che queste strutture diventino una forma alternativa di nuovi manicomi in cui i soggetti scontano i c.d. "ergastoli bianchi". Occorre perciò

¹⁸ Disposta tramite la legge 26 luglio 1975, n. 354 intitolata "Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

¹⁹ L'iter legislativo per la chiusura delle OPG non è stato affatto semplice; infatti, il primo termine era stato previsto per il 31 marzo 2013 dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9 a seguito di un'indagine parlamentare che aveva accertato la situazione di grave disagio degli istituti e la mancanza generalizzata degli interventi di cura. A questo termine, che non è stato rispettato, sono susseguite altre due proroghe: il 1° aprile 2014 e il 30 aprile 2015. Da ultimo, nel 2014 è stata promulgata la legge 81 con la quale è stato finalmente possibile realizzare l'intento prefissato.

²⁰ La Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il Superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari ha registrato, dal 1° aprile 2015, 950 ingressi e 415 dimissioni.

applicare scrupolosamente la Legge 81, nella parte in cui prevede che la durata della misura di sicurezza abbia un termine, non superiore alla durata della pena massima prevista per il reato; in questo modo, lo psichiatra conoscendo in anticipo la data di uscita del soggetto, è in condizione di predisporre efficacemente il trattamento terapeutico strettamente necessario di cui questi ha bisogno²¹.

1.3 Ricostruzione del ruolo dello psichiatra alla luce della Legge Basaglia

La Legge 180, superando l'approccio trattamentale in senso custodialistico, ha cambiato radicalmente la concezione del malato di mente incidendo così anche sul rapporto dello psichiatra nei confronti dello stesso, ormai non più oggetto ma soggetto del rapporto terapeutico, al pari di qualsiasi altro paziente. Di conseguenza, alla luce di questo nuovo contesto, è stato necessario ridefinire anche le eventuali responsabilità in cui può incorrere lo psichiatra in caso di atti auto o etero aggressivi compiuti dal paziente che ha in cura.

Infatti, nonostante la presunzione astratta di pericolosità, principio cardine attorno cui ruotava la legislazione precedente, sia stata abolita dal linguaggio normativo in occasione della riforma, non si può negare che nella realtà permangano delle eventualità in cui gli atti aggressivi del paziente sono manifestazioni della malattia di cui soffre. Sussistono dunque ancora casi di stretto legame tra la malattia mentale e la pericolosità,

²¹ <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2017-02-20/finisce-l-era-ospedali-psichiatrici-giudiziari-175909.shtml?uuid=AEvEQmZ>.

anche se statisticamente esigui e soprattutto, il più delle volte, limitati a specifiche patologie e a determinate fasi²².

Non sempre tuttavia lo psichiatra è capace di individuare facilmente se il soggetto affetto da disturbi sia anche socialmente pericoloso in quanto il concetto di pericolosità non può essere delimitato in modo certo, ma ha contorni imprecisi²³. In ogni caso, la prospettiva da cui affrontare la questione è esclusivamente quella del problema medico, in modo da evitare la stigmatizzazione del malato e la sua riconduzione all'ambito dell'ordine pubblico. Una volta accertato che il paziente non solo è affetto da disturbi ma può essere potenzialmente pericoloso per se stesso e/o per i terzi, occorre capire se, in aggiunta alla obbligazione prestazionale sanitaria alla quale per "contatto sociale"²⁴, lo psichiatra è sempre tenuto, sussistono altri obblighi autonomi ed accessori rispetto al primo, ed in caso di risposta affermativa quali sono e in cosa consistono.

Tuttavia, prima di passare all'analisi dell'ambito sanitario che in questa sede maggiormente interessa, è necessario ricordare che mentre in Francia andava affermandosi la teoria delle *obligations de sécurité*, in Germania e in Italia si consolidava quella degli obblighi di protezione e che, seppur sviluppatosi autonomamente, tali teorie avevano un elemento in comune: entrambe infatti, si

²² C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit. .

²³ A. Manna, "Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale", in *Rass. it. crim.*, 3-4, 2000, 327.

²⁴ Si ricorda che la giurisprudenza nel 1999, con sentenza della Cassazione n. 589, ha riconosciuto al rapporto che si instaura tra medico, dipendente di un ente ospedaliero, e paziente la natura di contratto di fatto, cui si applicano quindi le regole della responsabilità del contratto. Infatti, anche se tra i due soggetti non è stato stipulato un contratto in senso proprio, sussiste in ogni caso un rapporto giuridico particolare (da contatto sociale appunto) dal quale scaturisce l'obbligo per il medico, in virtù di varie disposizioni di legge e del contratto con l'azienda ospedaliera, di tutelare la salute del paziente e di fare quantomeno il possibile per la sua guarigione. A questo contatto sociale qualificato si applica inoltre l'art. 1173 c.c. che prevede il risarcimento del danno per inadempimento non solo da contratto e da fatto illecito, ma anche da ogni altro atto o fatto idoneo per l'ordinamento a produrre obbligazioni, come in questo caso. La sentenza in questione ha rappresentato un punto di svolta fondamentale all'interno della teoria classica delle obbligazioni in quanto ha ridefinito i confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale facendo in modo che l'ambito contrattuale attraesse molte figure che inizialmente appartenevano all'alveo dell'articolo 2043 c.c.

basavano sul principio di buona fede ed avevano la tendenza a ricondurre nella sfera contrattuale diversi tipi di danno che invece, di regola, sarebbero dovute rientrare nell'ambito extracontrattuale. Secondo le stesse, infatti, nel momento in cui si instaura un rapporto tra due parti, queste si espongono al rischio che l'attività dell'una danneggi la sfera giuridica dell'altra e di conseguenza, onde evitare pregiudizi di tal genere, il principio di buona fede interviene creando obblighi accessori rispetto all'obbligazione prestazionale principale.

Inoltre, secondo la dottrina francese, all'interno della categoria delle obbligazioni di sicurezza occorre distinguere, ai fini della disciplina dell'onere della prova, tra le obbligazioni di risultato (dette determinate) per le quali è sufficiente che il danneggiato dimostri la sola violazione oggettiva e quelle di mezzi per le quali è necessaria altresì la prova della colpa del danneggiante. Per quanto riguarda invece la teoria degli obblighi di protezione nel nostro ordinamento, essa trova il suo fondamento nell'art. 1175 c.c.²⁵, nella misura in cui l'interesse di protezione preso in considerazione della norma si aggiunge a quello prestazionale principale definito dall'articolo precedente.

Applicando queste due teorie al contesto sanitario, si può affermare che dalla prestazione sanitaria del medico scaturisce, oltre all'obbligazione fondamentale di cura del paziente, anche l'obbligo sussidiario di sovrintendere alla *sécurité corporelle* dei propri assistiti e il dovere di protezione *“al fine di conservare integra la loro sfera giuridica, tutelandola da possibili invasioni lesive che l'esistenza del rapporto rende più agevoli in ragione dello stretto contatto che si realizza”*²⁶. In altre parole, accanto al

²⁵ L'articolo in questione, imponendo alle parti un comportamento secondo regole di correttezza, amplia il contenuto del rapporto obbligatorio, che quindi non prevede esclusivamente la prestazione che le parti hanno inteso stipulare.

²⁶ P. Girolami - S. Jourdan, “Lo psichiatra e il suicidio del paziente: viaggio

rapporto contrattuale di base tra sanitario e paziente, consistente in una prestazione a carattere terapeutico-riabilitativo, si affianca l'aspetto protettivo della persona, passando gradualmente dall'obbligo di predisporre adeguate e tempestive misure di prevenzione e di sorveglianza in caso di rischio elevato e pericolo imminente di comportamenti violenti (*obligation de sécurité*), a doveri di protezione più estesi al fine di tutelare la sfera giuridica del soggetto, ossia i suoi diritti e interessi. Le due categorie sembrano dunque in rapporto di *genus a species* e condividono la natura di doveri accessori e autonomi rispetto a quello prestazionale, giustificando così il fatto che la nostra dottrina tende a considerarle in modo unitario.

Nello specifico, è opportuno sottolineare che quella dell'operatore sanitario è un'obbligazione di mezzi e quindi, come negli altri settori della medicina, anche lo psichiatra è vincolato al rispetto della c.d. buona pratica clinica; quindi pur non dovendo garantire i risultati, deve predisporre tutti i trattamenti terapeutici necessari per la salute del paziente che gli consentano, allo stesso tempo, di prevenire i fatti lesivi di quest'ultimo. Solo in questo modo l'operatore di salute mentale non potrà essere chiamato a rispondere dei reati commessi dai propri pazienti.

Una volta accertata la sussistenza di questi adempimenti protettivi di cui è investito il soggetto, si fa strada l'interrogativo relativo alla loro ampiezza, soprattutto a fronte del fatto che, rispetto ad altri settori della medicina, la psichiatria presenta un catalogo più esiguo di mezzi, nonostante l'avvento degli psicofarmaci e lo sviluppo della psicoterapia²⁷. Gli strumenti a disposizione possono consistere in interventi di supporto familiare e di riabilitazione sociale fino ad un regime di stretta sorveglianza a seconda

attraverso le categorie giuridiche delle '*obligations de sécurité*' e degli '*obblighi di protezione*', in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 1, 56.

²⁷ Cfr. A. Fiori, "La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra", in *Riv. it. med. leg.*, 3, 1982, 540 ss.

dell'intensità del pericolo di commissione dei reati e del contesto in cui si trova l'assistito. La scelta sarà effettuata dallo psichiatra che, ovunque svolga la sua attività (in una struttura ospedaliera, residenziale o ambulatoriale), si trova nella posizione ideale per poter effettuare attentamente la valutazione della pericolosità sociale desumibile dall'anamnesi personale e dalla acquisizione di informazioni da parte dei familiari e anche dalle persone eventualmente destinatarie di minacce, e in base ad essa decidere quali misure sono idonee a circoscrivere il rischio di atteggiamenti violenti. Successivamente, l'agire psichiatrico sarà analizzato, in sede di giudizio, tenendo conto in particolare di tre categorie ermeneutiche: la prevedibilità, la prevenibilità dell'evento e l'esigibilità del comportamento da parte dello stesso. In altri termini, occorrerà valutare in concreto se l'evento verificatosi era prevedibile ed evitabile qualora si fossero attuate tutte le misure necessarie relative alla particolarità del caso.

In conclusione, le due categorie giuridiche dell'obbligazione di sicurezza e di protezione vanno integrate a vicenda e il quadro che se ne ricava può risultare utile per ricostruire le condotte dovute e/o realizzate dallo psichiatra individuando conseguentemente un'eventuale responsabilità professionale²⁸.

Pertanto, a conferma della circostanza che la pericolosità e i conseguenti obblighi di protezione e sicurezza, seppure in una veste diversa, siano ancora elementi da tenere in considerazione, va notato come la Legge 180 abbia modificato solo il codice penale, non anche il codice civile. Dall'art. 2047 c.c.²⁹ si evince, infatti, un obbligo di sorveglianza dell'incapace da parte di coloro cui è affidata la cura e quindi, nello

²⁸ P. Girolami - S. Jourdan, "Lo psichiatra e il suicidio del paziente: viaggio attraverso le categorie giuridiche delle 'obligations de sécurité' e degli 'obblighi di protezione' ", cit., 62 ss.

²⁹ Il I comma dell'art. 2047 c.c. sul danno cagionato dall'incapace così prevede: *"In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto."*

specifico, da parte dei servizi psichiatrici, sia in regime di ricovero volontario che di TSO. Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza successiva alla riforma, infatti, la norma in questione *“non presuppone un controllo assoluto da parte dei soggetti tenuti alla sorveglianza nei confronti di chi a questa è soggetto. Tuttavia l'art. 2047 (anche in seguito all'introduzione della legge n. 180 del 1978, che ha determinato l'abbandono della concezione ‘custodialistica’ sugli incapaci caratteristica della legislazione manicomiale) consente di configurare a carico dei servizi psichiatrici doveri con contenuto di sorveglianza in maniera da garantire un giusto equilibrio tra la libertà di movimento e di esplicazione della personalità dei soggetti sottoposti a controllo e la necessaria tutela dei terzi. Pertanto la Usl che non abbia svolto alcuna seria e meditata azione preventiva di cura e sorveglianza nei confronti di un infermo psichico, adeguata ad evitare il compimento di un illecito da parte di quest'ultimo, la cui pericolosità fosse già ampiamente dimostrata, è tenuta al risarcimento dei danni patrimoniali e morali”*³⁰.

In altre parole, nell'obbligo di cura ex art. 32 Cost. inteso non solo come diritto dell'individuo ma anche della collettività, rientra tuttora l'obbligo di custodia. Rispetto al regime precedente però, la custodia va intesa in modo diverso in quanto non ha più lo scopo di proteggere unicamente la società tramite la reclusione del malato, ma di curarlo: cambia perciò il destinatario della protezione³¹. Peraltro, la custodia non va riferita *solo* alla persona ma anche all'ambiente circostante; le strutture sanitarie

³⁰ Trib. Trieste 23 novembre 1990.

³¹ C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit. .

dovranno adeguarsi a determinati standard per non creare cause di pericolo ed evitare il verificarsi di eventi dannosi³².

In realtà, prima di giungere a questa lettura definitiva dell'articolo 2047 c.c. in relazione al ruolo di sorvegliante dello psichiatra, la dottrina e successivamente la giurisprudenza hanno oscillato tra varie interpretazioni possibili alla luce del nuovo contesto ordinamentale successivo alla Legge 180. Tra le varie ipotesi si è sostenuto, portando all'estremo le conseguenze dell'abbandono del sistema custodialistico, che nel momento in cui il malato di mente aveva smesso di essere un soggetto ospedalizzato e il ricovero veniva disposto solo per volontà dello stesso salvo eccezioni, veniva contemporaneamente meno anche il ruolo di custode-garante del personale ospedaliero e di conseguenza non era possibile imputargli alcuna responsabilità³³. Secondo altri invece, la posizione di garanzia poteva considerarsi affievolita ma non poteva dirsi scomparsa e infatti l'art. 2047 si sarebbe applicato solo nei casi eccezionali in cui il malato fosse sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio.

Inoltre, è opinione unanime che l'infermo di mente debba presumersi capace di intendere e di volere e che di conseguenza, affinché possa sussistere la responsabilità dell'operatore psichiatrico, sarà necessario che l'accusa dimostri, nel caso specifico, l'incapacità del malato. L'ambito di applicazione dell'art. 2047 c.c. è poi limitato al caso di ricovero ospedaliero del malato; secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, *“risulta d'altra parte priva di tutela a carico del Servizio Sanitario l'esigenza di assicurare la pubblica incolumità che possa essere messa in pericolo dal malato mentale, poiché tale compito rientra tra quelli demandati in via generale agli organi*

³² Cass. III, 16 giugno 2005, n. 12965.

³³ P. Cendon, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Il Mulino, Bologna, 1984, 50.

che si occupano di pubblica sicurezza”³⁴. Peraltro, il soggetto preposto alla sorveglianza dell’incapace risponderà “anche instando carenze di natura strumentali, organizzative, compresa la inadeguatezza numerica del personale di vigilanza, salvo che provi di non aver potuto impedire l’evento”³⁵.

Inoltre è importante notare come, dal momento che i trattamenti psichiatrici nella maggioranza dei casi sono svolti nell’ambito di strutture private o istituite dall’Amministrazione sanitaria, alla responsabilità del singolo operatore *ex art. 2047* si affianca inevitabilmente anche quella degli stessi enti in cui la prestazione viene effettuata sia a titolo contrattuale (*art. 1228 c.c.*) che a titolo extracontrattuale (*art. 2049 c.c.*), a prescindere dal carattere volontario od obbligatorio del trattamento³⁶.

In conclusione, affinché possa applicarsi l’*art. 2047 c.c.* sono necessari due requisiti: a) che la persona incapace abbia commesso un danno ingiusto; b) che il sorvegliante non abbia predisposto le misure necessarie ed idonee a scongiurare l’evento e quindi il conseguente danno. Quanto al primo presupposto, affinché sussista un danno ingiusto è necessario che il fatto commesso sia oggettivamente antigiuridico; quanto al secondo, invece, bisogna dimostrare il nesso causale (c.d. teoria della causalità adeguata) tra l’evento verificatosi e l’omissione del sorvegliante. Questo accertamento è fondamentale in quanto rileva in particolar modo per la prova liberatoria con la quale lo psichiatra può liberarsi dalle accuse se dimostra, appunto, che l’evento era inevitabile *“nonostante il diligente esercizio della sorveglianza e che quindi, non esiste nesso di causalità tra fatto dannoso e difetto di sorveglianza”³⁷.*

³⁴ Cass. III, 20 giugno 2008, n. 16803.

³⁵ App. Roma 20 ottobre 2003.

³⁶ Rossi S., “La responsabilità dello psichiatra”, in Todeschini N. (a cura di), *La responsabilità medica*, Utet, Torino, 2016, 646.

³⁷ Cass. III, 19 giugno 1997, n. 5485.

Peraltro, il contenuto e l'ampiezza della prova liberatoria è variabile in relazione alle circostanze di luogo, di tempo, alla modalità dell'evento e anche all'intensità del rischio di atti pericolosi; inoltre, il suo oggetto non sarà limitato alla sola dimostrazione della diligenza esercitata bensì alla prova che il soggetto non si trovava nella condizione di poter impedire l'evento, ovvero che l'omessa vigilanza sia stata dovuta ad una causa a lui non imputabile³⁸. Inoltre, nell'impossibilità di impedire l'evento può essere ricompreso anche il legittimo impedimento del sorvegliante purché sia oggettivo, ossia completamente estraneo alla sfera di controllo dello stesso.

La dottrina, nel tempo, ha riscontrato tutta una serie di ipotesi in cui la negligenza del sanitario può comportare la sussistenza di responsabilità come nel caso di trascuratezza nella raccolta di informazioni per accertare la pericolosità del soggetto, oppure di omissione dell'avviso da parte del medico della pericolosità, una volta che la stessa sia stata accertata³⁹.

In conclusione, la pericolosità del paziente affetto da disturbi psichiatrici continua ad influenzare l'agire del medico psichiatra il quale, avendo una posizione di garanzia nei suoi confronti, nel caso in cui sussista un rischio concreto di condotte lesive dovrà apprestare specifiche cautele; in caso di omissione di queste ultime sarà imputabile per gli atti commessi dal suo assistito.

³⁸ Cfr. Cass. 10 marzo 1980, n. 1601.

³⁹ Rossi S., "La responsabilità dello psichiatra", cit., 650-651.

Capitolo II

La responsabilità omissiva dello psichiatra nel quadro normativo della responsabilità penale dei medici

2.1 Evoluzione normativa della responsabilità medica

Il tema della responsabilità medica in generale ha sempre posto rilevanti interrogativi nel tempo, ed è stata addirittura definita come *“una delle grandi questioni della modernità”*⁴⁰; nello specifico il problema della colpa professionale dei sanitari è stata terreno, negli anni, di numerosi scontri tra diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ancora attuali. Alla base del dilemma troviamo l'esigenza della ricerca di un limite alla colpa del medico che possa salvaguardare la sua serenità professionale e allo stesso tempo tutelare efficacemente la salute del paziente e assicurare il contenimento della spesa pubblica in ambito sanitario.

Fino ai primi anni Settanta, in realtà, la tendenza generale della giurisprudenza era decisamente a favore della categoria. Infatti, mentre di regola veniva esclusa la colpa del medico, la sua responsabilità veniva riconosciuta eccezionalmente, in casi del tutto particolari ed evidenti. Secondo una sentenza del 1967, infatti: *“la colpa del sanitario deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione, sia perché la scienza medica non determina in ordine allo stesso male un unico criterio tassativo di cure, sia perché nell'arte medica l'errore di apprezzamento è sempre possibile”*⁴¹. Dal punto di vista normativo il fondamento di questo atteggiamento favorevole nei confronti

⁴⁰ A. Fiori - D. Marchetti, *“Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili”*, Giuffrè, Milano, 2009, 5.

⁴¹ Cass. IV, 6 marzo 1967, n. 447, Izzo.

della classe medica si faceva rinvenire, secondo un particolare orientamento, nell'art. 2236 c.c., rubricato "Responsabilità del prestatore d'opera", il quale escludeva il risarcimento dei danni quando la risoluzione dei problemi tecnici fosse stata di rilevante complessità, salvi i casi di dolo o colpa grave.

E questo limite della colpa grave, sebbene fosse contenuto in una disposizione civilistica, si riteneva potesse essere esteso anche in sede penale al fine di evitare situazioni contraddittorie in cui la stessa condotta del soggetto fosse considerata lecita in ambito civilistico e allo stesso tempo penalmente rilevante. Inoltre, l'ambito di applicazione della norma avrebbe dovuto essere circoscritto solo in casi di colpa per imperizia dal momento che la disposizione si riferisce a quei casi in cui, in determinati contesti professionali e a causa delle difficoltà tecniche che potevano sorgere, solo il massimo della perizia non era esigibile ma sicuramente lo erano almeno la diligenza e la prudenza. Successivamente nel 1973, a seguito di un'ordinanza del Tribunale di Varese⁴² che aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale, l'orientamento ottenne anche l'autorevole avallo della Corte Costituzionale. Dopo il suo intervento però, oltre a questo orientamento maggioritario⁴³, si aggiunsero nuovi orientamenti tra cui quello più rigoroso⁴⁴ che non accettava di estendere l'art. 2236 in ambito penale e quindi preferiva valutare la colpa del medico facendo ricorso alle regole generali sulla colpa *ex art. 43 c.p.*; e quello che rappresentava una via intermedia in quanto, pur considerando inapplicabile in ambito penale la disposizione, riteneva che potesse

⁴² Ordinanza 12 luglio 1971, n. 380.

⁴³ Nella sentenza della Cassazione IV, 29 gennaio 2013, Cantore, n. 16237, si ritiene anche che questo orientamento maggioritario abbia finito con il creare una sorta di privilegio nei confronti della categoria, i cui comportamenti anche gravi rimangono spesso imputati, anche per una ancora diffusa (a detta di alcuni giuristi) visione paternalistica della medicina

⁴⁴ Cfr. Cass. IV, 29 settembre 1997, n. 1693, Azzini.

almeno essere considerata come un criterio razionale utilizzabile dal giudice penale in sede di valutazione⁴⁵.

A questa situazione di incertezza legata ai diversi orientamenti giurisprudenziali vanno aggiunti altri fattori che hanno costituito il contesto (peraltro rimasto sostanzialmente immutato fino ad oggi) in cui il legislatore è intervenuto nel 2012: l'incremento del contenzioso giudiziario tra medico e paziente o suoi familiari; lo sviluppo del fenomeno della medicina difensiva; la tendenza alla positivizzazione delle *leges artis* della medicina.

Per quanto riguarda l'aumento del contenzioso, bisogna considerare che, insieme al sorprendente progresso tecnologico intervenuto negli ultimi decenni in campo medico, si è diffusa una sorta di illusione che la malattia e la morte potessero essere sempre in qualche modo curate e addirittura evitate; i pazienti sono diventati perciò psicologicamente meno disponibili ad accettare l'esito infausto del trattamento e anche più diffidenti rispetto all'operato del medico. Queste conseguenze sono state senz'altro incrementate anche dalla maggiore accessibilità delle informazioni in campo sanitario, che ha permesso ai pazienti di sganciarsi dalla visione paternalistica di un medico infallibile, rendendoli decisamente più predisposti a criticare⁴⁶.

Oltre a queste dinamiche negative per l'esercizio sereno della professione va aggiunto che spesso il medico ha la sensazione (a ragione) di essere un capro espiatorio in quanto unico soggetto, all'interno della complessa struttura sanitaria, che risponde

⁴⁵ Cfr. Cass. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, Buggè.

⁴⁶ F. Palazzo, "Responsabilità medica, 'disagio' professionale e riforme penali", in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1061 ss.

direttamente anche quando l'evento si sia verificato per cause che prescindono dal suo operato⁴⁷.

Queste dinamiche hanno creato un forte clima di preoccupazione che ha portato la classe medica a reagire mettendo in atto tutta una serie di comportamenti allo scopo di evitare l'instaurarsi di un contenzioso, che nella maggioranza dei casi lo vedrebbe soccombente sia civilmente che penalmente nei confronti del paziente o dei suoi familiari.

Questo fenomeno di medicina difensiva si distingue tra quella positiva e negativa; nel primo caso, il medico interviene più del necessario prescrivendo trattamenti, test o visite nonostante non ce ne sia reale bisogno al solo fine cautelativo. Nella seconda ipotesi invece, il medico evita a priori di prendere in carico pazienti difficili il cui trattamento sarebbe ad alto rischio di esito infausto. Le conseguenze però sono le stesse in entrambi i casi perché, così facendo, non solo si ha un incremento della spesa sanitaria derivante da una gestione non razionale delle risorse, ma si mette seriamente a rischio la salute del paziente che dovrebbe essere, invece, l'unico motivo per cui il medico decide di agire o non agire.

L'esigenza di elaborare delle linee guida, invece, si sviluppa da un lato a partire da una prassi diffusasi negli USA negli anni Settanta in risposta al crescente contenzioso giudiziario e dall'altro, come un modo di rendere l'esercizio della professione medica più efficiente e razionale. Secondo la Cassazione, che riprende la definizione dell'*Institute of Medicine*, le linee guida “*costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa*

⁴⁷ Cfr. L. Eusebi, “Medicina difensiva e diritto penale ‘criminogeno’” in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085 ss.; A. Manna, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; A. Di Landro, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009.

costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche”⁴⁸.

Esse hanno, quindi, la funzione di rendere oggettivo il sapere medico e a ciò conseguono numerosi vantaggi tra cui quelli di ridurre il margine di errore, di consentire al medico un più facile e rapido aggiornamento e di rendere omogenee le varie prassi mediche, garantendo così per quanto possibile una certa eguaglianza di prestazioni. Inoltre questo sistema concorre a creare una vera e propria “alleanza terapeutica” tra medico e paziente, superando in tal modo una visione paternalistica ormai datata. Anche gli svantaggi sono tuttavia numerosi: infatti, trattandosi di regole standardizzate, non tengono conto della specificità del caso concreto e vanno quindi adattate di volta in volta; non sono esaustive, nel senso che molti ambiti e settori non sono coperti data la vastità delle situazioni che un medico può trovarsi ad affrontare; possono favorire atteggiamenti di medicina difensiva quando il medico crede che sia sufficiente attenersi alle linee guida per assicurarsi l'impunità anche quando dovrebbe invece discostarsene.

Peraltro, la questione fondamentale riguardante le *guidelines* è il fatto che l'elaborazione avviene da parte di moltissimi soggetti (tra cui il Ministero della Salute, l'Istituto Superiore della Sanità, gli organismi regionali, le associazioni di professionisti, le aziende ospedaliere, i centri di ricerca, le compagnie assicuratrici e le case farmaceutiche) che perseguono interessi diversi, anche confliggenti tra loro, ma soprattutto non sempre volti alla tutela della salute del paziente. Inoltre, non si ha né un

⁴⁸ Cass. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri.

repertorio né un sistema di accreditamento delle stesse che valga come strumento per valutarne l'affidabilità⁴⁹.

2.1.1 L'intervento della Legge Balduzzi

In questo contesto, come dicevamo, il legislatore è intervenuto nel 2012 con la legge 8 novembre n. 189 (nota come Legge Balduzzi) che ha riformato la responsabilità penale dei soggetti interessati tramite il suo art. 3⁵⁰, rubricato “Responsabilità professionale dell’esercente le professioni sanitarie”, che al comma I stabilisce: *“L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve.”* L’articolo segue spiegando che è fatta salva la responsabilità (extracontrattuale) per fatto illecito ex art. 2043 c.c. ma aggiunge che il risarcimento dei danni ivi previsto deve essere determinato dal giudice anche tenendo conto della condotta compiuta dal medico e della gravità della colpa. La formulazione finale della norma ha tuttavia deluso le aspettative in quanto la disciplina è apparsa complessivamente criticabile anche dalla Corte di Cassazione. Questa, in una delle primissime sentenze successive alla riforma (Cantore, 2013), ha definito la stessa laconica e incompleta facendo notare le plurime questioni interpretative lasciate irrisolte.

⁴⁹ P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, Padova, 2009, 175 ss.; O. Di Giovine, “La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi”, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 61 ss.; A. Di Landro, *Dalle linee-guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e misura soggettiva della malpractice*, Torino, 2102, 26 ss.; M. Caputo, “ ‘Filo d’Arianna’ o ‘Flauto magico’? Linee-guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 1 ss.

⁵⁰ La legge di conversione del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (decreto Balduzzi) ha riformulato completamente l’art. 3 che, in origine, non contemplava in nessun modo la responsabilità penale.

Tralasciando per il momento l'analisi di queste ultime, occorre per prima cosa individuare il cuore della riforma. Essa, come già abbiamo rilevato, era mossa dall'intento di ridurre i casi di responsabilità del medico e ha subordinato di conseguenza la depenalizzazione della condotta a due requisiti tra loro cumulativi: 1) che la condotta fosse caratterizzata da colpa lieve e 2) che il sanitario si fosse attenuto alle linee guida. Con la stessa sentenza Cantore, la Cassazione ha individuato inoltre l'applicabilità della normativa in due ipotesi generali: l'esenzione infatti ricorre quando il professionista inquadra in modo corretto il caso clinico in una determinata strategia ma al momento di adattare le direttive di massima al caso concreto sbaglia compiendo qualche errore lieve (*adempimento imperfetto/errore di adattamento*) oppure allorché l'operatore sanitario non si discosti dalle linee guida pur dovendo a causa delle particolarità del caso specifico, sempre che esse non siano evidenti e macroscopiche, perché altrimenti verserebbe in colpa grave (*adempimento inopportuno/errore di strategia*)⁵¹.

In conclusione, la particolarità della riforma è stato prevedere il binomio “colpa grave-linee guida” che ha portato con sé principalmente due problemi interpretativi, dei quali negli anni successivi si sono occupate sia la dottrina che la giurisprudenza dal momento che la lettera della norma nulla diceva al riguardo. Si trattava per un verso, dell'individuazione delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica e dall'altro, del significato della colpa grave, vista la distinzione inedita tra i diversi gradi della colpa introdotti dall'art. 3.

⁵¹ Si rinvia alle sentenze Cantore, e Cass. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti. Entrambe le sentenze d'altra parte, hanno lo stesso estensore (Rocco Blaiotta).

In ordine alla prima questione si trattava non tanto di definire il concetto delle raccomandazioni quanto di individuare quali tra le tante disponibili potessero essere concretamente utilizzate all'interno di un giudizio penale per l'accertamento della responsabilità del sanitario. Dalla giurisprudenza di legittimità si ricavava che le linee guida utilizzabili fossero sicuramente quelle ispirate alla tutela della salute del paziente e non anche quelle aventi un interesse contrastante con essa⁵² e che l'onere di allegazione spettasse all'imputato mentre compito del giudice era quello di verificare in primo luogo, *“la correttezza e l'accreditamento presso la comunità scientifica delle pratiche mediche indicate dalla difesa”* e successivamente, *“l'effettiva conformità ad esse della condotta tenuta dal medico nel caso in esame”*⁵³.

Peraltro, la Corte di Cassazione soprattutto nelle sentenze Pagano e Cantore⁵⁴ ha ulteriormente specificato l'ambito di applicazione della disciplina, aggiungendo un altro presupposto necessario per l'esenzione: l'evento deve essere stato causato per imperizia del sanitario; quest'ultimo, infatti, in caso di comportamento negligente o imprudente non potrebbe invocare l'adesione alle linee guida per ottenere l'impunità in quanto si ritiene che esse contengano solo regole di perizia (*culpa levis sine imperitia non excusat*). Questo orientamento senz'altro maggioritario ha ottenuto in seguito anche l'avallo della Corte Costituzionale, mentre poche sentenze, tra cui ricordiamo la Denegri⁵⁵, si sono discostate ritenendo invece che la scriminante potesse sussistere per qualsiasi forma di colpa, purché lieve.

⁵² Cfr. Cass. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, Pagano. Quest'ultima è la prima sentenza in cui la Corte di Cassazione ha applicato la Legge Balduzzi.

⁵³ Cass. IV, 18 dicembre 2014, n. 21243, Pulcini.

⁵⁴ Cass., Pagano, cit.; Cass., Cantore cit. .

⁵⁵ Cass., Denegri, cit. .

La novità più rilevante e anche più problematica della riforma è stata senz'altro la previsione di una distinzione nell'ambito della colpa, in particolare tra colpa lieve e colpa grave, da cui dipende l'esistenza o meno del reato⁵⁶. Nello specifico il concetto di gravità è stato delineato dalla Cassazione nella già ricordata sentenza Cantore in cui si ritiene che essa ricorra nei casi in cui un qualsiasi altro medico, nella medesima situazione, avrebbe disatteso le linee guida oppure quando sussistono specificità del caso concreto talmente evidenti, macroscopiche o rilevanti che obbligherebbero il sanitario a discostarsi dalle stesse. Per favorire il riconoscimento di tali ipotesi, con la medesima sentenza, la Corte si è preoccupata inoltre di identificare una serie di parametri alla stregua dei quali il giudice può valutare il grado della colpa: quanto la condotta in concreto tenuta dal medico si sia discostata dalla regola cui lo stesso avrebbe dovuto attenersi, quanto la realizzazione dell'evento sia prevedibile ed evitabile, quanto l'osservanza delle regole cautelari sia esigibile rispetto alle specifiche condizioni dell'agente, i motivi alla base della condotta, la previsione dell'evento, il concorso di colpa di più agenti o della stessa vittima.

Il fatto che la giurisprudenza, in particolare quella di legittimità, abbia dovuto intraprendere negli anni successivi alla riforma un percorso interpretativo per risolvere i molteplici problemi applicativi causati da lacune ed incongruenze ha dimostrato come l'intento di limitare la responsabilità professionale in ambito professionale non è ancora stato completamente raggiunto. Il legislatore, nonostante questi sforzi interpretativi abbiano portato anche a risultati soddisfacenti, ha ritenuto che fosse necessario

⁵⁶ Tradizionalmente nel nostro ordinamento penale il grado della colpa era rilevante solo ai fini della commisurazione della pena (ex art. 133 c.p.) mentre la Legge Balduzzi gli attribuisce un rilievo del tutto inedito.

intervenire nuovamente sulla questione e recentemente, a distanza di poco più di quattro anni, è stata approvata la legge 8 marzo 2017, n. 24⁵⁷ (Legge Gelli-Bianco).

2.1.2 La riforma (della riforma): le novità della Legge Gelli-Bianco

La legge in questione affronta diversi temi ma ai nostri fini tratteremo solo delle novità di carattere penale contenute in particolare negli artt. 3 e 5 che configurano per la prima volta una disciplina dettagliata di accreditamento formale delle linee guida e delle buone pratiche mediche e nell'art. 6, che interviene direttamente sul codice penale introducendo l'art 590-*sexies*, rubricato “Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario”⁵⁸. In particolare, il secondo comma rappresenta la novità più rilevante in quanto prevede una disciplina speciale rispetto alle “comuni” ipotesi di omicidio colposo e lesioni colpose e ne definisce le condizioni di applicabilità. Dal testo della norma si deduce, per un verso, come l'intervento legislativo abbia confermato gli approdi giurisprudenziali (Pagano, Cantore) che limitavano l'applicazione della scriminante ai soli casi di condotta imperita, dall'altro come sia scomparso ogni riferimento alla graduazione della colpa e il binomio “colpa grave-linee guida” si sia spezzato: non rileva più, quindi, la distinzione tra colpa grave e colpa lieve, potendo sussistere adesso in entrambi i casi l'irrelevanza penale della condotta. Rimane però ferma la necessità che il sanitario si sia attenuto alle *guidelines* accreditate secondo

⁵⁷ Recante “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”.

⁵⁸ Si riporta il testo integrale dell'art. 6: “Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico - assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.

le modalità previste dalla legge o, in mancanza di esse, alle buone pratiche mediche (che ora, a differenza della Legge Balduzzi, rivestono una posizione suppletiva) ma solo quando risultino *adequate*, a meno che la specificità del caso concreto non imponga di discostarsene.

Inoltre, a differenza della legge previgente che usava un linguaggio così ambiguo da ritenere che la scriminante operasse eventualmente per tutti i reati che possano incorrere durante l'esercizio della professione, questa attuale, per scelta espressa del legislatore, potrà applicarsi solo in caso delle fattispecie codicistiche colpose quali l'omicidio colposo (art. 589 c.p.) e le lesioni colpose (art. 590 c.p.)⁵⁹.

La previsione di una tale area di non punibilità è stata accolta forse con troppo entusiasmo dalla classe medica dal momento che, siccome non è stata riconosciuta una presunzione assoluta di irresponsabilità nel caso di adesione alle raccomandazioni, continua a persistere in capo al giudice penale uno spazio molto ampio di valutazione in merito all'adequatezza di esse al caso concreto, e quindi c'è il rischio che il giudizio avvenga *ex post* piuttosto che *ex ante* (come invece sarebbe preferibile), e il giudice potrebbe essere tentato di concludere sempre per l'inadeguatezza della scelta operata quando si verifica un evento come la morte o lesioni per imperizia⁶⁰.

La disciplina, entrata in vigore il 1 aprile 2017, ha già suscitato critiche e perplessità da parte degli studiosi ma ad ogni modo bisogna riconoscere che la riforma ha avuto il merito di aver provato a superare l'ostacolo riguardante l'individuazione delle raccomandazioni che d'ora in avanti saranno contenute in un elenco tenuto ed aggiornato periodicamente dal Ministero della Salute e pubblicato sul sito dell'Istituto

⁵⁹ G. M. Caletti - M. L. Mattheudakis, "Una prima lettura della Legge 'Gelli-Bianco' nella prospettiva del diritto penale" in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

⁶⁰ C. Cupelli, "Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della Legge Gelli-Bianco", in *Diritto penale Contemporaneo*, 2017.

Superiore di Sanità; questo sistema permetterà più facilmente al medico di conoscere *ex ante* la condotta lecita da tenere.

2.2 I reati omissivi impropri

L'excursus normativo che abbiamo brevemente presentato si rileva necessario anche per inquadrare la responsabilità del medico psichiatra che rientra di diritto nella categoria degli operatori sanitari cui le discipline in questione espressamente si riferiscono.

Sebbene in effetti il tema della responsabilità dello psichiatra rientri in quello più generale della responsabilità sanitaria, essa può essere considerata un “sotto-sistema” con proprie particolarità e questioni specifiche⁶¹. In modo particolare dobbiamo considerare il fatto che, mentre agli altri medici possono essere addebitate solo proprie condotte, attive o omissive, lo psichiatra può rispondere anche dei fatti commessi da un altro soggetto, ossia il suo paziente, nei confronti del quale ricopre una posizione di garanzia che oscilla tra la cura e la custodia⁶².

Peraltro, la casistica ha rivelato come le ipotesi più frequenti di responsabilità dello psichiatra non riguardino condotte attive bensì omissioni colpose ed è su queste che verterà principalmente la nostra analisi.

⁶¹ S. Rossi, “La responsabilità dello psichiatra”, cit., 636.

⁶² R. Ariatti - M. Versari - V. Volterra, “Responsabilità professionale dello psichiatra operante nel servizio sanitario nazionale”, in Volterra V. (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Elsevier - Masson, Milano, 2010, 558.

2.2.1 La questione della qualificazione della natura attiva o omissiva della condotta medica

L'art. 40 c.p. al comma II prevede infatti che: *“Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”*; la norma, attraverso la c.d. clausola di equivalenza, si riferisce ai reati omissivi impropri, detti anche reati commissivi mediante omissione perché in queste ipotesi l'evento si realizza a causa di una mancata azione che ci si sarebbe legittimamente aspettati dall'omittente in quanto garante. A quest'ultimo perciò, non si imputa solo il fatto di non aver posto in essere l'azione doverosa ma anche i risultati lesivi da essa scaturiti, che andavano invece impediti; in questo pertanto consiste la particolarità rispetto all'altra forma di illeciti omissivi, i reati omissivi propri, per la cui configurazione è sufficiente il mancato compimento di un'azione dovuta⁶³. Inoltre, dal momento che non è stato in grado (e non lo è tuttora) di prevedere nella parte speciale del codice tutte le ipotesi possibili di omissioni improprie meritevoli di sanzione penale, il legislatore ha usato una tecnica di tipizzazione tale per cui *“il reato omissivo improprio finisce con l'essere ricostruito dall'interprete in base all'innesto della disposizione di cui all'art. 40 cpv. c.p. sulle norme di parte speciale che prevedono le ipotesi di reato commissivo suscettive di essere ‘convertite’ in corrispondenti ipotesi omissive”*⁶⁴; peraltro, nonostante l'innesto, questa nuova fattispecie acquista autonomia strutturale creando in questo modo non pochi dubbi relativamente alla sua compatibilità con i principi di legalità e sufficiente determinatezza della norma.

⁶³ G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1985, 319-320.

⁶⁴ G. Fiandaca - E. Musco, cit., 323.

Ciò che qui interessa mettere in evidenza è che per l'integrazione del reato omissivo improprio occorre stabilire per prima cosa se sussiste una condotta omissiva e solo in caso di risposta affermativa verificare se l'operatore di salute mentale sia titolare di una posizione di garanzia, cioè dell'obbligo giuridico di impedire i comportamenti lesivi del paziente, a danno di se stesso e/o di terzi; in altri termini, è possibile che lo psichiatra risponda per omesso impedimento del suicidio, dell'omicidio o di altri atti lesivi commessi dal suo paziente?

In generale, la laconicità della formula utilizzata dal legislatore rende l'individuazione della posizione di garanzia e del suo contenuto *“uno dei più tormentati e cruciali problemi della dogmatica del reato omissivo improprio”*⁶⁵ ma quando si tratta di un medico particolare come lo psichiatra la questione risulta ancora più complicata.

Tuttavia, come autorevolmente affermato nel 2008 dalla sentenza Dieci⁶⁶ della Cassazione, per poter parlare di soggetto-garante è necessario per prima cosa accertarsi di essere in presenza di una condotta omissiva. La Corte infatti nella suddetta pronuncia aveva rilevato come, ai fini della risoluzione del relativo caso, non era importante interrogarsi se i medici fossero garanti in quel particolare contesto perché si trattava di una condotta commissiva (nello specifico, il rilascio di certificati per il conseguimento della licenza per il porto d'armi). Peraltro, non è difficile imbattersi tuttora in sentenze⁶⁷ che procedono all'individuazione della posizione di garanzia anche quando la condotta

⁶⁵ C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit. .

⁶⁶ Cass. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, Dieci.

⁶⁷ Tra queste ricordiamo la controversa sentenza Cass. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi in cui, nonostante la condotta consistente in una riduzione e poi sospensione inadeguata della terapia farmacologica fosse stata considerata commissiva, la Corte aveva affermato in ogni caso la sussistenza del ruolo di garante dello psichiatra. Della sentenza si tratterà diffusamente anche più avanti.

sia di natura attiva; come accennato, in questi casi non sarebbe necessario poiché le ipotesi rientrerebbero *sic et simpliciter* nell'art. 40 comma I c. p.⁶⁸.

Fatta questa precisazione, occorre distinguere tra la condotta commissiva e quella omissiva. A dispetto delle apparenze, in ambito sanitario la questione non è di facile risoluzione in quanto la natura della condotta è stata fonte di numerose dispute dottrinali e oggetto di opposti orientamenti giurisprudenziali, a causa della sua ambivalenza. Innanzitutto, bisogna ridimensionare il principio generale secondo cui ci si troverebbe sempre di fronte ad una condotta attiva nel caso di un agire, e ad una condotta omissiva in presenza di un non agire. Bisogna evitare di incappare in questo equivoco perché spesso, nel contesto medico, un'omissione può anche consistere in un attivarsi del soggetto quando si esplica in maniera errata. D'altra parte, non bisogna confondere l'omissione in sé con la cosiddetta componente omissiva della colpa; quest'ultima, infatti, caratterizza tutte le ipotesi di colpa in cui, per definizione, ci si discosta dalla regola cautelare, di volta in volta individuata.

Dopo aver chiarito questi due eventuali equivoci, passiamo alla questione dell'individuazione dei criteri attraverso cui il giudice distingue la condotta attiva da quella omissiva. Nel tempo, se ne sono susseguiti due in particolare: quello normativo e quello naturalistico, talvolta utilizzati anche insieme tra loro.

Pertanto, una parte della giurisprudenza ha fatto uso del criterio normativo secondo cui la condotta sarebbe attiva quando viene violato un divieto, cioè la pretesa di *non facere*; al contrario, la stessa sarebbe omissiva se ad essere violato fosse un comando,

⁶⁸ Di cui di seguito si riporta il testo: “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto 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”.

cioè una pretesa di *facere*⁶⁹. Emblematica al riguardo è la sentenza Pozzi⁷⁰, tra le più controverse e significative in materia, di cui perciò riassumiamo brevemente l'accaduto: un paziente schizofrenico cagiona la morte di un educatore all'interno di una comunità e al medico curante viene contestato di non aver valutato adeguatamente i sintomi di aggressività, di aver modificato la terapia farmacologica fino alla sua sospensione e di non aver disposto il TSO pur in presenza dei presupposti. Pertanto, i giudici della quarta sezione hanno ritenuto che la condotta fosse commissiva in quanto, sbagliando terapia, il soggetto avrebbe violato non tanto un comando penale di intervenire in una certa situazione quanto piuttosto il divieto di non somministrare la terapia farmacologica in modo inadeguato⁷¹.

Nonostante in astratto la distinzione della causalità così come prevista dal criterio normativo sembra poter essere sempre facilmente applicato, in alcune ipotesi di situazioni intrecciate non risulta sufficiente e c'è anche il rischio che lo stesso possa essere manipolato invertendo il modo in cui si decide di qualificare la regola da seguire, vale a dire in termini di divieto o di comando⁷². Per questo motivo si è reso necessario risolvere la questione con un altro criterio, naturalistico appunto, accolto dalla giurisprudenza più recente.

⁶⁹ M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, 2004, 313.

⁷⁰ Cass. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1426. La suddetta sentenza verrà citata più volte in quanto rappresenta un punto di riferimento importante per numerose questioni in materia. Un altro esempio di utilizzo dello stesso criterio è rappresentato dalla pronuncia Cass., Dieci, cit.

⁷¹ C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 28.

Per ulteriori considerazioni in merito al caso si rimanda a "La configurabilità del concorso colposo nel reato doloso" in *Cass. pen.*, 2008, 12, 4622 ss. .

⁷² C. Sale, "La condotta medica tra azione e omissione", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011.

Quest'ultimo, anche noto come criterio della reale efficacia condizionante⁷³, prevede che la condotta sia attiva quando il medico inserisce un fattore di rischio (c.d. iatrogeno) nel quadro clinico del paziente che provoca o anche solo accelera il decorso causale sfociante nell'evento lesivo; invece, la condotta è da ritenersi omissiva quando il soggetto non inserisce nel processo causale già in atto, e quindi idoneo di per sé a produrre l'evento, un fattore ostacolante o che rallenti il progredire della malattia. In altre parole, un'omissione è penalmente rilevante quando, nel confronto con l'azione del soggetto, si ritiene che essa sarebbe stata "salvifica" e decisiva per il paziente perché tesa a salvare la sua vita, ad evitare l'aggravarsi delle sue condizioni oppure anche a migliorarla⁷⁴.

Questo criterio, invero, è stato utilizzato dalla Suprema Corte in occasione della sentenza Brignoli in cui l'effetto collaterale di un antidepressivo e benzodiazepine somministrato con un dosaggio superiore a quello adeguato è risultato decisivo per la morte della paziente ed è stata considerata dai giudici una condotta avente natura attiva in quanto *"ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi"*⁷⁵.

Infine, in molte altre pronunce, tra cui la citata sentenza Dieci⁷⁶, al fine di qualificare una condotta come attiva od omissiva, la Cassazione ha ritenuto di dover cumulare entrambi i criteri.

In definitiva, nonostante sia tutt'altro che agevole riconoscere i casi in cui l'evento sia un risultato già insito nella situazione di rischio preesistente che non è stato

⁷³ F. Viganò, "Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice", in *Corr. Merito*, 2006, 8-9, 962.

⁷⁴ L. Lamberti (a cura di), *Diritto sanitario*, Itinera guide giuridiche, Ipsoa, 2011.

⁷⁵ Cass. IV, 6 novembre 2007, n. 840, Brignoli.

⁷⁶ Cass., Dieci, cit.; si veda anche la seguente pronuncia: Cass. IV, 16 giugno 2011, n. 29476, Luvarà.

neutralizzato da quelli in cui sia stato provocato da un fattore nuovo introdotto dal medico, la giurisprudenza ha ritenuto di poter parlare di omissione nei seguenti casi: condotta consistente nelle dimissioni con conseguente suicidio⁷⁷ o omicidio di un terzo; suicidio all'interno dell'ospedale in assenza di adeguati presidi terapeutici idonei ad evitare l'evolversi della patologia in atto; rifiuto del ricovero richiesto dal paziente in presenza dei presupposti; mancata prescrizione di farmaci ed errato dosaggio nel caso di suicidio in quanto la terapia non abbia contrastato in modo adeguato il rischio suicidario già presente⁷⁸.

Peraltro, è importante sottolineare come la qualificazione della condotta non abbia soltanto un valore teorico bensì anche delle conseguenze pratico-applicative in relazione alla posizione di garanzia, alla causalità e al giudizio controfattuale.

2.2.2 Individuazione dei presupposti della posizione di garanzia dello psichiatra

Il significato della posizione di garanzia va ricercato nella volontà del legislatore di attribuire a specifici beni giuridici di volta in volta individuati una tutela particolare e rafforzata da parte di un altro soggetto scelto a sua volta, il c.d. garante che è stato

⁷⁷ Nel caso specifico l'imputata viene condannata per non aver attuato le necessarie cautele idonee ad evitare il suicidio del paziente, cioè l'evento che rappresentava il naturale evolversi della patologia già in corso. (Cass. IV., 13 febbraio 2008, n. 10860, Pettiti).

⁷⁸ Secondo C. Cupelli: *“Utilizzando questo parametro si potrebbe ritenere che a fronte di una condotta naturalisticamente attiva (sommministrazione di un farmaco, che si è rilevato inidoneo) si possa giungere ad una ricostruzione sempre omissiva; col corollario di vedere ancora più estesa l'area di possibile rilievo della posizione di garanzia e delle problematiche ad essa riconducibili.”*, in *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 31.

spesso descritto con l'immagine di una “*sentinella posta a guardia di un castello, pronta ad intervenire nel momento in cui il nemico riesca a saltare il fossato*”⁷⁹.

Dunque, una volta accertata la sussistenza di un comportamento di tipo omissivo si può iniziare a ragionare sulla posizione di garanzia che, come abbiamo già accennato, rappresenta l'altro requisito fondamentale per il configurarsi del reato omissivo improprio. Ma quali sono i presupposti in presenza dei quali può configurarsi una tale posizione? A questo proposito la *littera legis* parla chiaro: deve trattarsi di un obbligo *giuridico* ossia di quell'obbligo che abbia il suo fondamento in una disposizione normativa. Abbiamo già sostenuto in precedenza come l'operatore di salute mentale non si possa limitare alla cura del malato mentale attraverso la terapia ma abbia altresì il dovere di occuparsi della sua condotta quando possa avere conseguenze negative. Ma quali sono le norme che attribuiscono al soggetto la titolarità di un tale obbligo ovvero la funzione di impedire il verificarsi di determinati eventi lesivi?

In realtà assistiamo in materia ad un vuoto normativo in quanto non esiste nel nostro ordinamento una disposizione che attribuisca un tale compito specifico all'operatore di salute mentale: va quindi ricavata per interpretazione. Anche per questo motivo, una parte della dottrina dubita addirittura dell'esistenza della posizione di garanzia, invocando il fatto che la Legge Basaglia nell'eliminare l'elemento della “pericolosità” avrebbe voluto escludere qualsiasi forma di custodia del malato di mente, equiparandolo così ad un qualsiasi altro paziente.

Pertanto, questa ricostruzione del panorama legislativo non è accolta né dalla giurisprudenza né dalla dottrina maggioritaria; al contrario, esse ritengono che in

⁷⁹ C. Sale, “La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

presenza di comportamenti violenti bisognerebbe comprendere quando si tratta di estrinsecazioni del disagio mentale perché in tal caso il medico dovrà rispondere non solo della terapia scelta bensì anche delle sue (drammatiche) conseguenze. D'altra parte, da questo punto di vista, il contenuto della posizione del terapeuta non differisce da quella di un qualsiasi altro specialista, con cui condivide confini e limiti della stessa, richiedendosi in qualsiasi settore che nell'obbligo primario di cura rientrino anche interventi di tipo cautelativo a tutela del paziente e (relativamente al soggetto affetto da disturbo mentale) anche della collettività⁸⁰. Pertanto, fin dal 1978 le pronunce tendenzialmente hanno riconosciuto la sussistenza della posizione di garanzia e anche nei casi di assoluzione il motivo non era legato all'esclusione della stessa ma alla mancanza di altri elementi necessari per la configurazione quali il nesso causale o la colpa.

Ciò che qui interessa mettere in evidenza è che l'agire dell'operatore psichiatrico si caratterizza per la costante ricerca di un equilibrio tra due diverse esigenze: da una parte di tipo terapeutico, dall'altra di controllo sociale. In questa situazione è del tutto evidente quanto il doppio ruolo di terapeuta e controllore, ricoperto dallo psichiatra, sia estremamente complesso e delicato. Egli, infatti, si trova stretto fra *“l'incudine e il martello”*⁸¹ perché dovrà salvaguardare sia la salute del paziente sia, tramite un controllo preventivo - coercitivo nei suoi confronti, la collettività, se reso necessario da un'elevata probabilità di condotte lesive dei beni giuridici della vita e incolumità individuale.

⁸⁰ Infra paragrafo 1.1.3 del Capitolo I.

⁸¹ Secondo l'immagine proposta da M. Zanchetti, *“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, 9, 2870-2871.

Ma quale è la *fonte* della posizione di garanzia? Secondo la tradizionale concezione formale che privilegia la giuridicità dell'obbligo come espressamente previsto ex art. 40, II comma c.p., essa dovrebbe scaturire esclusivamente da fonti formali ossia in presenza di legge extrapenale o contratto; questo indirizzo se da una parte soddisfa il principio di legalità, dall'altra non sembra sufficiente per individuare, tra gli obblighi di attivarsi, quello di garanzia.

Più di recente, invece, la giurisprudenza di legittimità ha preferito aderire ad una nuova teoria sostanzialistica - funzionale riprendendo al contempo una consolidata giurisprudenza civile secondo la quale la posizione di garanzia può scaturire anche in virtù di un contratto sociale ossia dalla relazione di fatto che si instaura tra medico e paziente⁸². Al riguardo, si riportano le parole di una pronuncia della Cassazione del 2007⁸³, secondo la quale sarebbe *“sufficiente richiamare sinteticamente la ormai consolidata giurisprudenza civilistica che ha individuato obbligazioni di natura contrattuale ma non fondate sul contratto, bensì sul contatto sociale. Tali obbligazioni sono agevolmente riconducibili all'ambito della posizione di garanzia”*. In altre parole, anche in ambito penale, questa situazione di fatto è sufficiente per l'insorgere dell'obbligo del soggetto di salvaguardare il bene giuridico tutelato, anche a prescindere dai rapporti giuridico formali che intercorrono tra le parti. Al contrario di quello precedente, questo orientamento tende a sacrificare il principio di legalità a favore di esigenze di effettiva garanzia permettendo così di configurare una posizione di garanzia

⁸² Per un approfondimento sulla giurisprudenza civile in relazione al contratto sociale vedi paragrafo 1.1.3 del Capitolo I.

⁸³ Cass. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, Conzatti.

non solo in presenza di un contratto ma anche in base alla sola normativa pubblicistica di tutela della salute⁸⁴.

Inoltre, la giurisprudenza sembra riconoscere all'interno della posizione di garanzia due aspetti diversi: una posizione di protezione e una di controllo, a seconda che l'aggressività del paziente provochi atti rispettivamente autolesivi o eterolesivi. Tuttavia, mentre si può affermare con certezza che lo psichiatra abbia sempre un obbligo di proteggere il paziente in tutti i casi in cui la sua malattia lo porti a compiere atti autoaggressivi non essendo in grado di provvedere a se stesso, non può dirsi lo stesso in caso di gesti eterolesivi. Qualcuno ha tentato di ricondurre il dovere di impedire i delitti del paziente ad una forma della posizione di protezione; il garante avrebbe così un obbligo di cura indiretto in quanto dovrebbe evitare anche che i paziente incorrano nelle conseguenze giuridiche delle loro azioni in contrasto con la legge penale. Non sarebbe invece più corretto parlare di posizione di controllo? In questo senso, il malato andrebbe considerato come una fonte di pericolo su cui l'operatore di salute mentale dovrebbe vigilare per evitare che l'aggressività del paziente rechi danni ai terzi, che siano altri degenti o coloro che lavorano nelle strutture.

Inoltre, è importante sottolineare due effetti che derivano dalla conclusione cui siamo giunti di rilevanza della sola relazione di fatto ai fini della sussistenza del ruolo di garante: 1) l'attribuzione formale degli incarichi non è fondamentale, potendo ben capitare che sia ritenuto responsabile anche un medico psichiatra non incardinato nella

⁸⁴ C. Sale, "La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali" in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

struttura; 2) per ogni soggetto da tutelare non sempre esiste un unico garante ma spesso i titolari della posizione di garanzia sono molteplici⁸⁵.

In merito al primo punto come esempio si può riportare il caso Pozzi già citato in cui l'imputato era un consulente esterno per lo sviluppo di alcune procedure di un gruppo di lavoro che, secondo i giudici, essendosi preso in carico la salute del paziente, avrebbe dovuto contestualmente assicurare anche la sua incolumità. Per quanto riguarda la seconda osservazione, invece, l'analisi della casistica ha dimostrato che generalmente vengono condannati sia il medico in posizione apicale che il medico di turno, come nella pronuncia Cass. IV, n. 18950/2009, Petrillo. Inoltre, come afferma una pronuncia del 2009⁸⁶, nell'individuare i differenti garanti, che talvolta possono essere anche soggetti diversi dal personale sanitario, bisogna tenere in considerazione il grado di autonomia del paziente individuato a seguito di un'attenta e scrupolosa analisi del quadro clinico compiuta dal medico curante.

Peraltro, un'altra questione viene in rilievo quando si afferma che compito dell'operatore sia quello di tutelare i terzi ovvero chi si intende esattamente per *terzi*. Secondo una parte della dottrina, essi sarebbero esclusivamente gli altri ricoverati nello stesso reparto; a sostegno di questa opinione si adduce il fatto che la legislazione che ha riformato il sistema dell'assistenza psichiatrica ha escluso la funzione cautelativa del trattamento sanitario di neutralizzare la pericolosità e quindi anche i contestuali compiti di polizia originariamente previsti in capo all'operatore psichiatrico⁸⁷. Pertanto, al di fuori dell'ambiente ospedaliero e dei soggetti affidati alle sue cure, quest'ultimo non

⁸⁶ Cass. IV, 27 febbraio 2009, n. 20010, Spalatti.

⁸⁷ Ulteriore prova di questo cambiamento di tendenza è l'abrogazione all'interno del codice penale delle contravvenzioni a tutela della sicurezza della collettività, in occasione della riforma psichiatrica.

avrebbe alcuna responsabilità nei confronti della collettività, inclusi i familiari del soggetto affetto da disturbi.

Contrariamene a questo indirizzo, la nota sentenza Pozzi⁸⁸ estende gli obblighi di tutela a chiunque entri in contatto con l'aggressività del paziente, anche a prescindere dal luogo; questo perché il comportamento violento tenuto dal soggetto nel provocare una lesione evidente al terzo coinvolto indirettamente ha effetti negativi anche sullo stesso in quanto rappresenta una regressione del percorso terapeutico intrapreso. Tra l'altro, in linea con l'interpretazione prevalente⁸⁹ dell'art. 32 Cost. secondo cui la salute deve essere tutelata come diritto non soltanto del singolo ma anche della collettività, il trattamento sanitario avrebbe lo scopo sì di curare il malato ma contemporaneamente anche di salvaguardare l'incolumità di chi vi sta attorno.

In definitiva, si può sostenere che la sfera di controllo del medico psichiatra si estenda a chiunque sia aggredito dal soggetto in cura, non rilevando nemmeno l'ambiente in cui la sua pericolosità si manifesta.

Ad oggi, nonostante con la Legge 180 i trattamenti sanitari obbligatori abbiano assunto carattere transitorio e residuale, in teoria sarebbe ancora possibile distinguere tra coloro che sono sottoposti a ricovero coatto da quelli che hanno accettato o hanno richiesto di sottoporvisi spontaneamente. Pertanto, nel circoscrivere ulteriormente l'oggetto e i confini della posizione di garanzia, è rilevante la distinzione tra le due categorie? In altre parole, essa sussiste sia in presenza che in assenza della volontarietà del trattamento? Anche su tale questione si sono alternate diverse opinioni dottrinarie

⁸⁸ Per quello che qui interessa evidenziare, a seguito dell'omicidio per cui il paziente era stato ricoverato in un ospedale psichiatrico giudiziario lo stesso si toglie la vita, dimostrando così che il delitto compiuto ha avuto dei drammatici effetti (non esclusivamente giuridici) anche per lo stesso autore del reato.

⁸⁹ Questa teoria è stata accolta anche dalla Corte Costituzionale nel 1990 con la pronuncia del 22 giugno, n. 307.

sostenute di volta in volta anche dalla giurisprudenza: alcune di esse hanno ritenuto di dover limitare gli obblighi del terapeuta ai soli pazienti in TSO, altre invece reputano che essi debbano estendersi indistintamente all'una e all'altra tipologia, per così dire, di pazienti.

La prima concezione fa leva soprattutto sulla rilevanza della libertà del soggetto così come sancita per la prima volta dalla Legge Basaglia che si ritiene non possa mai essere limitata se non in casi eccezionali in cui sussistano i presupposti per il TSO⁹⁰. Pertanto questo ragionamento porta a concludere che il terapeuta non abbia l'obbligo né il diritto, per esempio, di poter impedire al soggetto di suicidarsi: questa impostazione così rigida, peraltro, trova conferma a livello internazionale nella prevalente giurisprudenza statunitense. Emblematico è il caso *Marie Solbrig v. Usa*⁹¹ in cui un paziente che soffriva di depressione, dopo una breve degenza volontaria in una struttura pubblica, aveva deciso di togliersi la vita una volta uscito. I medici, secondo la giurisprudenza, avrebbero potuto agire in soli due modi: lasciarlo uscire oppure disporre il ricovero coatto per evitare ciò che poi è accaduto. Nel caso specifico, in assenza dei presupposti richiesti, la scelta si riduceva ad un'unica possibile cioè quella di rispettare la libertà del soggetto anche se ciò avrebbe comportato la sua morte imminente.

Questo orientamento però è stato di recente smentito dalla Cassazione la quale ha finalmente esplicitato l'irrilevanza della volontarietà del trattamento in relazione alla posizione di garanzia, essendo questa assicurata nei confronti di ciascun paziente, anche fuori dai casi di ricovero coatto.

⁹⁰ Per una migliore comprensione cfr. M. Maspero, "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, 913 ss.; F. Stella, "La responsabilità penale dello psichiatra nel trattamento open-door", in *Problemi giuridici attuali della legislazione psichiatrica*, Il pensiero scientifico editore, Roma, 7 ss. .

⁹¹ *Marie Solbrig v. Usa* no. 92 C 8249, United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 1995 U.S. Dist. Lexis 2201.

Riconosciuta in via generale la posizione di garanzia anche in caso di paziente ricoverato in regime di trattamento volontario, emerge un ulteriore quesito: il legame tra i due soggetti persiste anche quando al paziente è data la possibilità di trascorrere parte della giornata all'esterno della struttura oppure si interrompe fino al momento del rientro? Nella maggior parte dei casi la Cassazione ha riconosciuto la colpevolezza del medico curante sulla base del fatto che, secondo la stessa, il permesso temporaneo non faccia venir meno la relazione terapeutica; un esempio di tale situazione è rappresentato dal caso Guida⁹² in cui il direttore di una casa di cura nonché terapeuta di una paziente affetta da sindrome depressiva psicotica è stato imputato di omicidio colposo per la sua morte avvenuta in un luogo esterno alla casa di cura sotto la supervisione di un'accompagnatrice volontaria. Al medico si addebitava di non aver scelto adeguatamente la delegata (*culpa in eligendo*) dal momento che non aveva la specializzazione e le competenze richieste né tantomeno era stata prontamente informata dei precedenti tentativi di suicidio posti in essere non a scopo meramente dimostrativo.

Va sottolineato inoltre come la pronuncia, oltre ad aver ammesso il protrarsi del legame a prescindere dal luogo in cui in quel momento si manifestano i comportamenti lesivi, offre uno spunto importante per trattare del passaggio della posizione di garanzia da un soggetto all'altro; in altri termini, dell'affidamento della tutela del bene protetto dal titolare della posizione primaria al garante c.d. secondario o derivato. Tuttavia, allo stesso modo in cui accade per la delega di funzioni e dal momento che la salute del paziente va salvaguardata in ogni caso, il garante primario sarà gravato da un duplice

⁹² Cass. IV, 6 novembre 2003, n. 10430, Guida. Il caso è molto noto perché ha rappresentato anche un'occasione per la Corte di soffermarsi ampiamente sulla problematica, qui precedentemente analizzata, della qualificazione di una condotta come commissiva o omissiva.

dovere, e rispettivamente a) l'onere di scegliere un delegato adeguato cioè che sia altrettanto competente e idoneo, per la sua esperienza e capacità, a gestire le esigenze che gli si presenteranno in concreto, a maggior ragione in assenza dei poteri attuali di prevenzione dell'evento in capo al titolare originario; b) l'onere di comunicare all'affidatario tutte le circostanze del caso che siano utili a svolgere efficacemente il compito assegnatogli⁹³. Pertanto, solo in presenza di questi adempimenti, il garante primario si potrà ritenere esente da imputazione. E, tornando alla specifica vicenda giudiziaria di cui si trattava, è evidente come il medico curante sia stato condannato per l'omicidio colposo della volontaria nella misura in cui entrambi gli obblighi siano stati disattesi.

Per concludere, va detto che in questi discorsi (a volte fin troppo teorici) di individuazione della posizione di garanzia e dell'ampiezza del suo contenuto va tenuto in debito conto la realtà in cui lo psichiatra si trova ad operare ossia del contesto di cura, avendo riguardo soprattutto ai mezzi terapeutici effettivamente a disposizione dello stesso con i quali egli possa fronteggiare le situazioni a rischio. Infatti, se da una parte l'intento del terapeuta si riconosce nella cura della malattia mentale nel modo migliore possibile, dall'altra va rilevato come la psichiatria purtroppo, rispetto ad altri settori della medicina, ha senza dubbio usufruito in misura minore degli sviluppi tecnici degli ultimi anni e fa prevalentemente ricorso agli psicofarmaci⁹⁴ cui si aggiunge, come strumento di sostegno, la psicoterapia. Farmaci che, peraltro, possiedono un'efficacia terapeutica imprevedibile dal momento che non sono in grado di assicurare né la guarigione del paziente né di contenerne l'aggressività; inoltre, a ben vedere, le dosi

⁹³ A. Gargani, "La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione", in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1404.

⁹⁴ Per un approfondimento cfr. A. Fiori, "La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra", in *Riv. it. med. leg.*, 1982, 3, 540 ss. .

elevate e le associazioni farmacologiche rappresentano spesso fattori pericolosi per lo stesso soggetto in cura.

Pertanto, questa interrelazione tra la realtà e i poteri impeditivi e di intervento richiesti all'operatore rende ancora più complicata la distinzione tra *“quali siano, allo stato attuale, le regole doverose di condotta (la cui omissione può costituire colpa) e quali le condotte a carattere opzionale, da lasciarsi caso per caso all'autonoma e discrezionale decisione dello psichiatra”*⁹⁵.

2.3 Problematiche del consenso e della libertà di autodeterminazione in psichiatria

In tutta questa disquisizione non bisogna perdere di vista un ulteriore elemento fondamentale a cui si informa qualsiasi trattamento sanitario, compreso quello riguardante i disturbi psichiatrici: la volontà del paziente, intesa come espressione della sua libertà in merito alla sottoposizione ad una serie di cure. L'incidenza di questo profilo è estremamente importante poiché contribuisce *in primis*, a circoscrivere i confini entro cui il medico avrà l'obbligo di intervenire a tutela della vita e dell'incolumità del malato e in secondo luogo, avrà effetti anche in merito alla configurabilità della colpa.

Come abbiamo già rilevato, il riconoscimento del malato di mente come titolare del diritto all'autodeterminazione in riferimento alla propria cura, al pari di qualsiasi altro malato, è stata una vera e propria conquista di civiltà ottenuta con la Legge 180⁹⁶. Da allora lo scopo della psichiatria riformata è stato innanzitutto quello di *“recuperare e*

⁹⁵ A. Fiori - F. Buzzi, “Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica: riflessioni medico-legali alla luce della sentenza della Cass. pen. n. 10795/2008”, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 6, 1446.

⁹⁶ Infra paragrafi 1.2 e 1.3 del Capitolo I.

salvaguardare la libertà del paziente nel contesto di cura; in situazioni che spesso sono particolarmente critiche per tutti i soggetti coinvolti”⁹⁷. Perciò, il superamento della visione paternalistica del medico, unico *dominus* della strategia di cura, a favore di un’alleanza terapeutica ha riguardato anche l’ambito della psichiatria; ad oggi, di qualsiasi settore si tratti, è fatto obbligo all’operatore sanitario di rendere edotto il soggetto sottoposto alle cure di tutte le informazioni necessarie affinché possa prestare consapevolmente il proprio consenso ad un determinato trattamento, che verrà scelto, appunto, di comune accordo. Dunque, l’equiparazione tra malattia fisica e mentale è finalmente portata a compimento.

Secondo un orientamento ormai pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza, la volontà della persona assistita svolge un ruolo indispensabile costituendo allo stesso tempo presupposto necessario e limite invalicabile della posizione di garanzia giacché *“gli obblighi di cura del medico, che sono originariamente più ampi ed indistinti, subiscono, in virtù del patto tra medico e paziente, una ridefinizione, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, dando rilievo, tra i vari obblighi impeditivi, solo a quelli assistiti da poteri di agire consentiti dal paziente”*⁹⁸. Di conseguenza, in mancanza del consenso, il medico non avrà alcun obbligo giuridico di curarlo, poiché viene meno il titolo di legittimazione dell’esecuzione del trattamento. A queste conclusioni si giunge tramite l’interpretazione coordinata degli artt. 2, 13 e 32 Cost., che rappresentano il fondamento costituzionale del consenso informato⁹⁹. L’art. 32 Cost., infatti, riconosce espressamente come fondamentale il diritto alla salute, comprendendo certamente il

⁹⁷ D. Pulitanò, “Introduzione”, in Dodaro G. (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011, 26.

⁹⁸ C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, cit., 72-73.

⁹⁹ Corte cost., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771 e Cass. III, 23 maggio, 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2002, I, 2508 ss.

diritto ad esser curati (art. 32, co. 1) ma anche quello a non ricevere cure (art. 32, co. 2), nella misura in cui il rifiuto sia dettato da una scelta consapevole. Perciò, il consenso o il rifiuto non sono altro che la concreta attuazione dell'autodeterminazione mediante la quale il paziente manifesta la sua libertà di decidere in merito alla propria sorte e, nel nostro caso, alla propria salute. D'altra parte, se un medico imponesse, seppure nel presunto interesse del paziente, una terapia indesiderata perché contro la volontà dell'interessato, violerebbe l'art. 13 nella misura in cui sussista una coercizione della libertà personale intesa come libertà psico-fisica¹⁰⁰.

Il nostro ordinamento interno se ne occupa nella legge sul servizio sanitario nazionale tramite la disposizione dell'art. 33 secondo cui, dopo aver affermato che *“gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono, di norma, volontari”*, prevede che persino i trattamenti sanitari obbligatori, ad oggi relegati ad ipotesi eccezionali, *“devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato”*, ciò a conferma del valore riservato alla volontà della persona assistita.

Inoltre, a livello sovranazionale non sono poche le fonti che richiamano il consenso informato, elevandolo così a principio generale nel contesto medico, e che si preoccupano di dare alcune coordinate per la definizione dei presupposti di liceità del trattamento terapeutico; tra queste ricordiamo la Convenzione europea sui diritti dell'uomo (art. 8), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁰¹ (art. 3) la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani¹⁰² (artt. 5 e 6) ma in modo

¹⁰⁰ L'interpretazione di cui sopra ha ottenuto anche l'avallo della Corte Costituzionale nelle sentenze 26 giugno 2002, n. 282 (in *Giur. cost.*, 2002, 2012 ss., con note di A. D'Atena e di D. Morana) e 23 dicembre 2008, n. 438 (in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss., con note di Balduzzi - Paris).

¹⁰¹ Adottata a Nizza il 7 dicembre del 2000.

¹⁰² Approvata dall'Unesco il 9 ottobre 2005.

particolare la Convenzione di Oviedo¹⁰³ (artt. 5, 6, 7, 8). A livello europeo inoltre, più di recente, sono stati emanati due documenti dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa¹⁰⁴.

In via generale, affinché il consenso possa considerarsi valido e giuridicamente rilevante è necessario che sia stato prestato dalla persona legittimata a disporre del diritto, che sia attuale, manifesto e consapevole ovvero espresso a seguito di un'adeguata informazione sulle conseguenze del trattamento fornita dal medico; inoltre, è necessario che il soggetto abbia la capacità decisionale di scegliere in merito alla gestione della propria salute¹⁰⁵. E qui veniamo al punto che maggiormente ci interessa dal momento che in ambito psichiatrico l'accertamento di tale *competence o capacity*, sulla base della quale il consenso potrà ritenersi validamente acquisito, rappresenta una questione di non facile risoluzione; infatti, il tradizionale assioma secondo cui il malato di mente sia per ciò solo incapace di intendere e di volere è definitivamente tramontato e di conseguenza occorre prendere atto del fatto che - nonostante tali soggetti si trovino tutti, chi più chi meno, in situazioni di notevole debolezza e fragilità - non sempre l'infermità mentale comporta una compromissione totale delle facoltà cognitive al punto da impedire al medico di scegliere con lui l'*an* e il *quomodo* della terapia. Dunque, l'accertamento delle facoltà intellettive del malato psichiatrico andrà valutata caso per

¹⁰³ Di cui è stata autorizzata la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145. In particolare l'art. 5 così recita: *"Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso"*.

¹⁰⁴ Risoluzione n. 1859 e Raccomandazione n. 1993 entrambe del 2012 relativamente alla manifestazione del consenso informato nei trattamenti sanitari in previsione di uno stato di incapacità.

¹⁰⁵ U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 1035.

caso ¹⁰⁶ e tuttavia, anche nel caso in cui se ne accerti il possesso, affinché il medico possa legittimamente acquisire un valido consenso alle cure, dovrà farlo attraverso un processo giacché *“la contrattazione circa un accertamento o un trattamento psichiatrico ben può implicare una sequenza di passaggi, un percorso articolato appunto”*¹⁰⁷ anche in via graduale, a differenza che in altri ambiti sanitari, in cui il momento della formazione si riduce solitamente ad un semplice atto. Pertanto, solo in presenza di disturbi talmente gravi da pregiudicare la capacità di autodeterminazione del soggetto, ad esempio nelle ipotesi di allucinazioni, stati confusionali, di coscienza alterata e di altre situazioni simili, si potrà affermare l’incapacità del soggetto, quindi la sua non imputabilità.

Ora, in termini strettamente penalistici, riconoscere un tale ruolo del consenso significa - come abbiamo già accennato - che nella misura in cui il malato esprima il suo rifiuto ad essere curato, il medico non potrà incorrere in responsabilità qualora ometta un trattamento. Questa considerazione vale anche per il medico psichiatra ma in questo caso la situazione si complica dal momento che sarà decisivo stabilire se il comportamento del paziente a danno di se stesso o dei terzi sia una manifestazione della patologia di cui soffre o è indipendente dalla stessa e quindi frutto di una libera scelta¹⁰⁸.

Da ciò si deduce che la posizione di garanzia sussisterà anche in presenza di un rifiuto alle cure solo nel caso in cui il gesto sia espressione del disturbo; in tal caso il

¹⁰⁶ A sostegno di questa concezione va rilevato come anche nell’ambito delle perizie psichiatriche per decretare la capacità di intendere e di volere del reo ai fini dell’imputabilità, la valutazione di tale capacità prescinde dalla diagnosi dell’infermità psichica, stante la riconosciuta autonomia tra i due fenomeni.

¹⁰⁷ C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, cit., 89, che cita a sua volta A. Venchiarutti, “Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica”, in Lenti L. - Palermo Fabris E. - Zatti P. (a cura di), *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, 829 ss. .

¹⁰⁸ C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit. .

terapeuta potrà incorrere in responsabilità per non aver impedito l'evento, sempreché si configurino anche gli altri presupposti sotto il profilo causale e soggettivo. Invece, nella misura in cui si dimostri che l'atto era autenticamente libero e privo di condizionamenti, il dissenso consapevole al trattamento costituirà, anche per il terapeuta, un limite invalicabile ai suoi doveri di cura ed egli dovrà rispettare il libero arbitrio del paziente fino al punto di non poter imporre una terapia nemmeno al fine di evitare un suicidio ritenuto dallo stesso imminente¹⁰⁹.

In conclusione, i poteri impeditivi in cui si concretizza la posizione di garanzia sono sempre subordinati al consenso informato e possono esplicarsi solo entro i limiti di quanto consentito.

2.4 Le REMS: nuove strutture di custodia o di cura?

Le discussioni in merito ai confini della posizione di garanzia sembrano riproporsi a seguito della recente introduzione delle nuove strutture regionali per l'esecuzione delle misure di sicurezza, le c.d. REMS, avvenuta con l'entrata in vigore della legge 30 maggio 2014, n. 81. La rilevanza di questo aspetto, seppur finora poco affrontato, è riconducibile alla circostanza che esso può determinare importanti conseguenze sugli stessi destinatari delle misure di sicurezza¹¹⁰.

Prima di discutere nello specifico di quale sia (o debba essere) il ruolo del personale sanitario, e in particolare dei medici psichiatri, in queste strutture, si rende necessario

¹⁰⁹ C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, cit., 99-100.

¹¹⁰ C. Cupelli, "Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

delineare le principali tappe che hanno portato al definitivo superamento degli OPG. La Riforma Basaglia infatti non aveva interessato gli ex “manicomi giudiziari”¹¹¹ che quindi, a differenza di quelli civili, erano rimasti in funzione fino alla legge recente sopra menzionata, che ne ha sancito la chiusura. Inoltre, come già evidenziato nel Capitolo I, la riforma ha avuto ricadute rilevanti anche sugli obblighi impeditivi del medico psichiatra, ampliando il perimetro applicativo della responsabilità professionale in linea con la giurisprudenza di legittimità e la letteratura medico-legale successiva alla Legge 180¹¹². E’ inoltre necessario sottolineare la sussistenza di una differenza di trattamento tra i pazienti in libertà non autori di reato e gli infermi di mente che avevano commesso crimini; infatti, come ha tenuto a precisare la Cassazione, *“alla necessità di appropriate cure, comune ad entrambe le categorie si aggiunge per la seconda, quale elemento diversificatore, quella di un rigoroso controllo dello stato di pericolosità, attraverso l’osservazione negli istituti specificatamente attrezzati”*¹¹³. Pertanto ad esigenze diverse non potevano che corrispondere strutture diverse ed è per questo motivo che non si ritenne di eliminare dalla scena il “manicomio criminale”, reputato ancora necessario¹¹⁴.

Nel tempo però si sono susseguiti numerosi interventi legislativi volti ad accentuare la funzione terapeutica degli OPG così da ridurre la disparità di trattamento tra gli internati e i pazienti in libertà. A conferma di ciò, la Corte Costituzionale, dapprima con

¹¹¹ Successivamente la riforma dell’ordinamento penitenziario (Legge n. 354/1975) ne ha di fatto cambiato soltanto la denominazione in ospedali psichiatrici giudiziari.

¹¹² Per una migliore comprensione si rinvia al paragrafo 1.3 del Capitolo 1.

¹¹³ Cass. I, 30 gennaio 1981.

¹¹⁴ L. Cimino, “Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: un’analisi critica”, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2014, 2, 31.

la pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p.¹¹⁵ (Ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario) nel 2003, e poi dell'art. 206 c.p.¹¹⁶ (Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza) l'anno successivo, ha ritenuto che anche il reo malato di mente potesse essere sottoposto a trattamenti territoriali personalizzati in sostituzione del ricovero in OPG, come i pazienti in libertà e tramite i loro stessi servizi¹¹⁷. Infine, dopo numerose proroghe che hanno fatto slittare la data prevista per la chiusura degli OPG, questi ultimi sono stati sostituiti dalle REMS (Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza), attive a partire dal 1 aprile 2015. All'interno di queste nuove strutture saranno trasferiti tutti quei soggetti autori di reato non imputabili perché infermi di mente e non ritenuti dimissibili in quanto ancora socialmente pericolosi, da sottoporre a trattamenti terapeutici al fine di un recupero sociale; coloro che, invece, possono essere dimessi saranno presi in carico dal DSM competente per territorio. Dunque, l'applicazione della misura di sicurezza e la scelta del percorso da intraprendere sono condizionati dalla valutazione della pericolosità sociale, intesa per lo più come probabilità di recidiva ex art. 203 c.p., e dalla collocazione nelle residenze. Ne derivano pertanto, come rileva la Corte Costituzionale¹¹⁸, nuovi obblighi e responsabilità a carico del personale sanitario in quanto *“l'attuale configurazione della misura di sicurezza si muove fra le polarità di trattamento e di controllo”*. Peraltro, anche l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità¹¹⁹ tende ad attribuire allo psichiatra l'obbligo di prevedere un trattamento riabilitativo che assicuri

¹¹⁵ Nella parte in cui il prosciolti per vizio totale di mente era obbligato al ricovero in OPG perché ritenuto socialmente pericoloso anche quando fosse stato possibile adottare una misura di sicurezza alternativa.

¹¹⁶ “Nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva prevista dalla legge”.

¹¹⁷ Le due sentenze sono rispettivamente quella del 18 luglio 2003, n. 253 e del 17 novembre 2004, n. 367.

¹¹⁸ Corte Cost., 17 novembre 2004, n. 367.

¹¹⁹ *Ex multis* sentenze Pozzi, cit. e Cass. IV, 27 novembre 2008, n. 48292, Desana.

contemporaneamente anche un *controllo sociale*. In particolare, l'assimilazione della custodia al concetto di cura e la concezione secondo cui lo psichiatra ha l'obbligo di proteggere il malato dalle conseguenze della sua stessa malattia si fa risalire ad un'importante sentenza della Cassazione del 2007¹²⁰ che ha rappresentato uno spartiacque per la psichiatria riformata. Nel caso specifico, l'omicidio del paziente venne descritto come un "delitto di terapia" ovvero causato dall'errore terapeutico dello psichiatra e non solo dal gesto inconsulto dell'infermo di mente. In proposito la Suprema Corte introdusse per la prima volta un terzo elemento, accanto a quello della commissione del reato e della malattia mentale, rappresentato appunto dalla terapia (per lo più farmacologica), in base all'assioma per cui il crimine può essere evitato nella misura in cui la patologia è ben curata.

Inoltre, sono gli stessi decreti ministeriali di attuazione della normativa in questione che impongono agli operatori sanitari di rispettare una serie di linee guida sia per quanto riguarda l'esercizio delle prestazioni terapeutiche che relativamente alla gestione della vigilanza interna, al fine di contenere il rischio di recidiva violenta degli internati, sempreché i comportamenti siano prevedibili ed evitabili¹²¹. In questo modo si aprono scenari allarmanti e si rischia un ritorno al passato nello sviluppo dell'assistenza psichiatrica nella misura in cui si ricrea la situazione sussistente al tempo delle istituzioni chiuse. Si rischia infatti di passare da un sistema di controllo tramite l'internamento ad uno più moderno in cui il controllo viene effettuato con la terapia farmacologica, che rappresenta la restrizione più adeguata al contenimento

¹²⁰ Cass. IV, 14 novembre 2007, n. 10795.

¹²¹ L. Cimino, "Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: un'analisi critica", cit., 39-40.

dell'eventuale aggressività del paziente. Tutto questo pertanto porta a concludere che le REMS siano strutture a rischio di derive custodialistiche.

Occorre inoltre sottolineare come sia la stessa legge da un lato a prevedere *“l'esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture”* ex art. 3-ter, comma III, lett. a, e dall'altro ad attribuire alle stesse la scelta discrezionale in merito alla dotazione di un sistema di vigilanza esterna (lett. b) tramite eventuali accordi con le Prefetture; conseguentemente, nel caso in cui l'attività di sorveglianza perimetrale dovesse venire a mancare, essa ricadrà direttamente sul personale sanitario.

Infatti *“i compiti dello psichiatra supplementari connessi all'esercizio del controllo rispetto ai possibili comportamenti aggressivi, rischiano di riversarsi sul personale sanitario a discapito della funzione terapeutica”*¹²², contribuendo ad alimentare tutta una serie di incertezze riguardo al contenuto concreto e all'ampiezza del mandato sociale di questi soggetti. D'altra parte già a partire dal D.P.C.M. 1 aprile 2008¹²³ era iniziato un processo di *sanitarizzazione* delle strutture in questione tramite il trasferimento delle funzioni di medicina penitenziaria svolte nelle OPG, dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale in modo tale da concentrare, come si è già detto, i compiti terapeutici e di controllo in capo ai soli operatori sanitari, lasciando alla competenza dell'Amministrazione penitenziaria solo residuali funzioni organizzative. Peraltro, il successivo decreto ministeriale del 2012 specifica che *“la responsabilità della gestione all'interno della struttura è assunta da un medico dirigente psichiatra”*, e in aggiunta contempla sistemi di sicurezza e poteri di intervento

¹²² F. Scarpa, “Dopo l'Ospedale Psichiatrico Giudiziario: valutazioni e riflessioni ‘oltre il confine’”, in *Sestante*, 2015, 1, 36.

¹²³ Recante “Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria”.

in capo allo stesso¹²⁴, oltre alla possibilità di richiedere tramite procedure scritte l'attivazione delle Forze dell'Ordine per la sola gestione delle emergenze legate alla sicurezza.

Ne consegue l'impossibilità di distinguere adeguatamente i ruoli nonché la mancata realizzazione di un'adeguata alleanza terapeutica tra medico e internato, necessaria ai fini della cura di cui l'infermo di mente ha bisogno. Si ravvisa il rischio che l'esercizio di compiti organizzativi e di gestione della sicurezza interna da parte della classe medica abbia luogo a discapito dell'attività terapeutica, che dovrebbe invece risultare prioritaria; in altri termini, la terapia potrebbe essere sensibilmente condizionata dalla preoccupazione del contenimento e della risoluzione della pericolosità.

In conclusione, per quanto riguarda i profili della responsabilità, l'organizzazione delle REMS sembra aver creato un contesto di profonda instabilità. Si può verificare sempre più spesso che lo psichiatra risponda degli atti auto o eterolesivi per omissione derivante dalla violazione di un obbligo di custodia piuttosto che di cura, in particolare qualora abbia preso delle decisioni reputate errate dal punto di vista organizzativo-gestionale ma ritenute al tempo stesso adeguate e coerenti sul piano terapeutico. A queste ipotesi di responsabilità si aggiungono i casi in cui il giudice reputi che gli eventi lesivi siano derivati da trattamenti arbitrari posti in essere dallo psichiatra al fine di neutralizzare l'aggressività dell'internato senza tenere in debito conto le sue esigenze terapeutiche¹²⁵.

Infine, un'altra questione che la legge sembra lasciare in sospeso è rappresentata dalla sussistenza ed estensione degli obblighi degli operatori sanitari oltre le mura delle

¹²⁴ E' consigliata, per esempio, la predisposizione di sistemi di allarme, di chiusura delle porte interne ed esterne, di telecamere ecc. .

¹²⁵ C. Cupelli, "Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?", cit. .

residenze, una volta terminato il periodo di detenzione. Ad oggi una soluzione plausibile sembra essere quella di poter applicare misure di sicurezza diverse da quelle detentive, come la libertà vigilata o a domicilio¹²⁶, nel caso in cui il soggetto sia ritenuto ancora pericoloso.

Si consideri che tutte queste mancanze e criticità del sistema sono state ampiamente evidenziate dalla classe dei medici e degli infermieri, che non reputano di dover svolgere una vera e propria attività di custodia, in una interrogazione parlamentare al Ministro della Salute del 2016¹²⁷, in cui essi hanno richiesto un chiarimento in merito alle mansioni loro attribuite alla luce della nuova legge; si legge in tal senso che: *“la mescolanza tra competenze sanitarie e quelle di ambito giudiziario, tra cura e custodia, in un contesto nuovo come quello delle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza, può rischiare di alterare l’identità professionale dell’infermiere e del medico psichiatra, che stanno facendo fatica ad accettare queste nuovi compiti previsti dalla legge, tra l’altro senza un’adeguata chiarezza su tutti i protocolli da seguire”*.

Risultano pertanto necessari ulteriori interventi normativi in materia volti a fornire risposte adeguate alle problematiche evidenziate.

¹²⁶ M. Casacchia - M. Malavolta - V. Bianchini - L. Giusti - V. Di Michele - P. Giosuè - M. Ruggeri - M. Biondi - R. Roncone, “Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: a new deal per la salute mentale?”, in *Riv. Psichiatr.*, 2015, 50 (5), 204.

¹²⁷ Atto Camera. Interrogazione a risposta scritta 4-10165 presentata dagli on. Gallinella, Ciprini e Baroni, 5 agosto 2015, seduta n. 476. Per la visione del testo integrale si rinvia al seguente link: <http://aic.camera.it/aic/scheda.html?core=aic&numero=4/10165&ramo=C&leg=17>.

Capitolo III

La colpa

3.1 L'essenza e l'accertamento della colpa

La giurisprudenza ha sempre attribuito molta rilevanza ad una questione fondamentale in materia di responsabilità medica: quella della colpa. Infatti, come si è già avuto modo di notare, nel diritto penale della medicina - e in modo particolare nel settore della psichiatria - i casi che più di frequente giungono nelle aule giudiziarie sono proprio quelli in cui al medico viene rimproverato un determinato comportamento a titolo di colpa; quest'ultima quindi, se nel codice penale viene considerata titolo "eccezionale" di responsabilità a carattere residuale in quanto configurabile solo nelle ipotesi di espressa previsione legislativa¹²⁸, nel contesto sanitario si trasforma in criterio di imputazione "ordinario". Pertanto, l'interrogativo al quale tenteremo di dare una risposta esaustiva nelle pagine che seguono è quando il comportamento del medico psichiatra possa ritenersi colposo.

Innanzitutto, per definire la fattispecie colposa è necessario partire dall'analisi dell'art. 43 c.p., rubricato "Elemento psicologico del reato", che al I comma, alinea III¹²⁹, nel riferirsi al delitto colposo, ne individua i due requisiti: uno negativo, per cui

¹²⁸ Il codice penale, infatti, prevede il dolo come criterio generale di imputazione della responsabilità penale per i delitti, salvo i casi in cui il legislatore vi deroghi, prevedendo espressamente che uno stesso delitto possa essere configurato sia nella forma dolosa che colposa. Al riguardo, il II comma dell'art. 42 così recita: *"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente previsti dalla legge."*

¹²⁹ Di seguito si riporta il testo della norma in questione: (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."*

non deve sussistere dolo e conseguentemente deve mancare la volontà del soggetto agente, e l'altro positivo che richiede negligenza, imprudenza o imperizia ovvero inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline come fattori scatenanti dell'evento, ossia la violazione di una regola cautelare. La dottrina, inoltre, è solita distinguere tra colpa *generica* e colpa *specificata* a seconda della tipologia delle regole cautelari violate; la prima sarebbe configurabile in caso di violazione di massime di esperienza non scritte (di diligenza, prudenza e perizia), l'altra invece delle fonti normative richiamate dall'articolo sopra citato, scritte e stabilite da un'autorità (leggi, regolamenti ecc.)¹³⁰.

Pertanto, l'accertamento di una tale regola cautelare si presenta come essenziale ai fini della configurazione della fattispecie colposa perché la completa, pur trovandosi al di fuori della stessa. Quest'ultima, infatti, essendo "aperta", ha un contenuto che non è totalmente predefinito dal legislatore il quale si preoccupa di definirne soltanto l'evento; la condotta da incriminare, invece, dovrà essere ricavata dall'interprete tramite la corrispondente regola cautelare violata. La responsabilità colposa di per sé riguarda quelle attività che la legge, seppur pericolose, ritiene abbiano un'utilità tale per cui l'esercizio non possa essere vietato; allo stesso tempo però si ritiene che il loro svolgimento debba comunque avvenire nel rispetto di determinate modalità che dovranno essere previste nello specifico da parte delle regole cautelari. Queste ultime, pertanto, hanno carattere modale in quanto descrivono in modo puntuale il comportamento che il soggetto dovrebbe tenere per evitare che si concretizzi il pericolo di un danno e risultano perciò indispensabili per capire quando sussista un'ipotesi di

¹³⁰ Per un maggior approfondimento sull'essenza della colpa si veda F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 366 ss. .

responsabilità¹³¹. In altre parole, quanto si tratta di attività “a rischio consentito”, tali regole intervengono al fine di circoscrivere le condotte lecite e non, e pertanto l’essenza della colpa consisterà nella “*inosservanza di precauzioni doverose*”¹³². A queste conclusioni è arrivata anche la giurisprudenza, in modo particolare nella sentenza Dieci¹³³, cui abbiamo già fatto riferimento per altri profili, in cui l’attività pericolosa consisteva nella detenzione delle armi; nel caso specifico i giudici hanno affermato la responsabilità dei due medici (uno psichiatra e un medico militare) per l’omicidio compiuto da un infermo di mente, per non aver rispettato gli obblighi di diligenza richiesti per il rilascio dei certificati necessari per ottenere l’arma.

Il fenomeno di eterointegrazione normativa appena descritto dimostra come la questione sulla colpa sia per prima cosa un problema di tipicità e nello specifico di individuazione della condotta; questa concezione c.d. normativa, avallata dalla più recente giurisprudenza, ricostruisce il concetto della colpa in termini diversi rispetto a quello proposto dalla teoria psicologica tradizionale. Secondo quest’ultima infatti, l’analisi della sussistenza della colpa dovrebbe limitarsi al mero riscontro della rimproverabilità del fatto compiuto, mentre aderendo all’altra concezione si ritiene che la condotta colposa addebitabile al soggetto corrisponda a quella che si pone in contrasto con il comportamento indicato nella regola cautelare¹³⁴. Di conseguenza, potrà verificarsi che la condotta causale da cui è derivato l’evento non coincida con quella contraria al paradigma comportamentale e quindi che il soggetto che ha materialmente

¹³¹ F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie*, Cedam, Cedam, 1993, 223 ss. .

¹³² F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, cit., 374.

¹³³ Cass., Dieci, cit. .

¹³⁴ Secondo quest’ottica, nel dolo, invece, la condotta corrisponderebbe ad un’azione diretta all’offesa.

causato l'evento non sia poi lo stesso ad essere ritenuto responsabile in giudizio¹³⁵. Una sentenza del 2005¹³⁶ che ha accolto questa interpretazione può aiutare a comprendere più a fondo il cambio di prospettiva: si tratta del caso di decesso di un paziente al termine di un'operazione a causa di una negligenza del chirurgo che aveva ommesso di estrarre un corpo estraneo dalle viscere. Se si fosse accolta la concezione psicologica sarebbe stato il medico ad incorrere in responsabilità perché, dimenticandosi di recuperare il corpo estraneo, aveva avviato quel processo causale che aveva portato il paziente al decesso. I giudici della Suprema Corte, invece, hanno preferito aderire all'altra teoria, ribaltando completamente l'esito appena ipotizzato; hanno affermato infatti che, siccome al termine di ogni intervento esiste una prassi nota come la "conta dei ferri", ossia un controllo di tutti gli strumenti utilizzati durante l'atto operatorio, e dal momento che di questo compito era incaricato proprio un soggetto *ad hoc*, l'accusa non andava mossa al chirurgo bensì a quest'ultimo soggetto, seppur non fosse lui ad aver provocato materialmente l'evento lesivo.

Detto ciò è importante capire le modalità con cui si svolge l'accertamento della colpa in sede giudiziale: l'esistenza della colpa, infatti, necessita di essere provata di volta in volta, avendo escluso la dottrina qualunque deroga a questo principio. Sia che si tratti di colpa *generica* che di *colpa specifica*, si ritiene che non sia sufficiente il solo riscontro di una violazione della regola cautelare (da cui *a contrario*, come abbiamo visto, si ricava la condotta) bensì è necessario che venga valutata anche l'effettiva rimproverabilità del fatto sulla base dei seguenti criteri: a) prevedibilità; b) evitabilità; c) esigibilità. In altre parole bisognerà capire *in primis* se fosse prevedibile, al momento

¹³⁵ C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit. .

¹³⁶ Cass. V, 6 aprile 2005, n. 22579, Malinconico.

del fatto, che dalla condotta del soggetto agente sarebbe derivato l'evento lesivo e poi se l'agente sarebbe stato in grado di impedirlo, non essendo altrimenti possibile rimproverargli alcunché. Si tratterà, pertanto, di ipotizzare l'azione alternativa doverosa che avrebbe scongiurato l'evento e di capire se il soggetto si fosse trovato nella posizione di poter osservare le prescrizioni, tenuto conto delle sue particolari competenze, qualità ed esperienze che lo caratterizzano (giudizio di esigibilità).

Queste fasi in cui si articola la valutazione però sono effettuate in modo parzialmente diverso a seconda che si tratti di colpa *generica* o *specificata*; nel primo caso infatti, dal momento che le regole cautelari violate non sono scritte ma si ricollegano a determinati usi sociali bisognerà, una volta accertata la violazione della stessa, formulare caso per caso il giudizio di prevedibilità ed evitabilità, tenendo conto del comportamento che si ritiene avrebbe tenuto un c.d. agente modello se si fosse trovato ad affrontare la medesima situazione. Nel caso della colpa *specificata*, invece, la rimproverabilità della condotta è già stata compiuta a monte dal legislatore, al momento di redazione della regola cautelare scritta; inoltre, per evitare il rischio che la responsabilità diventi oggettiva, è necessario verificare se l'evento verificatosi rappresenti l'effettiva concretizzazione del rischio che la regola cautelare mirava ad evitare¹³⁷.

Da questo quadro emerge la necessità e l'importanza di reperire le regole cautelari che rappresentano il presupposto per il giudizio di imputazione soggettiva. In sede giudiziale il ruolo del giudice sarà proprio quello di ricercare, il più delle volte coadiuvato da un esperto, le regole che dovrebbero essere già predeterminate. C'è da dire che, se da una parte il reperimento non è sempre facile in ambito medico e soprattutto in ambito psichiatrico dove è difficile individuare regole standardizzate di

¹³⁷ F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, cit., 376-377.

comportamento proprio per l'incertezza e l'imprevedibilità che caratterizzano la scienza psichiatrica, dall'altra accade sempre più spesso, in violazione del principio di legalità che vedrebbe delineate prima della commissione del fatto le condotte lecite e non, che il giudice non si limiti ad una ricognizione normativa bensì si presti ad una vera e propria creazione delle norme che si suppone l'imputato abbia violato¹³⁸. La questione, quindi, costituisce un problema di non poco conto se si tiene presente che tra i principi fondamentali del diritto penale vi sono anche quelli di legalità e colpevolezza¹³⁹, secondo i quali il cittadino avrebbe il diritto di "sapere prima" la condotta che non gli è consentita. Sempre più spesso invece, come si è detto, il giudice esprime la regola di giudizio *ex post*, in particolare al momento della condanna dell'imputato, il quale perciò viene a conoscenza della regola solo a posteriori, con un'evidente violazione anche del suo diritto di difesa¹⁴⁰. Il confine tra il lecito e l'illecito ovvero tra rischio consentito e non, viene in tal modo stabilito dal giudice che assume un compito che invece spetterebbe al potere legislativo; la giurisprudenza nel tempo ha violato più volte i principi in questione e tra le sentenze più note ricordiamo quelle riguardante il caso Pozzi, Dieci (già citate) e più di recente il caso Di Lella¹⁴¹.

¹³⁸ La Cassazione in diverse sentenze (*ex multis*: Cass. IV, 6 giugno 2000 n. 1340, Fratta) ha riconosciuto che il ruolo del giudice non è quello di facitore ma di fruitore di regole di diligenza, prudenza e perizia; esse non sono endoprocessuali bensì ectoprocessuali, cioè formate al di fuori e prima del processo. Inoltre, preesistono non solo ad esso ma anche al fatto.

¹³⁹ Nello specifico, il principio di legalità si ricava dal combinato disposto degli artt. 25, II comma Cost. e I c.p. i quali prevedono che la condotta che costituisce il reato deve essere previamente individuata dalla legge; gli artt. 27, I comma Cost. e 43 alinea III c.p., invece, affermano il principio di colpevolezza secondo cui un giudizio di rimproverabilità possa essere espresso solo se la condotta doverosa era conoscibile *ex ante* rispetto alla commissione del fatto.

¹⁴⁰ In una tale situazione, infatti, all'imputato non viene data la possibilità di difendersi adeguatamente con tutti gli strumenti possibili in quanto non potrà dimostrare, per esempio, che l'azione doverosa non poteva essere conosciuta oppure che non era nelle condizioni di poterla porre in essere.

¹⁴¹ Il caso riguardava un paziente schizofrenico degente presso una comunità protetta. Dopo averlo ritrovato al suolo con gravi lesioni personali, viene trasferito in una struttura ospedaliera dove decede a causa di un'affezione polmonare causata dalle lesioni riportate in precedenza. Ricostruita la causa delle lesioni in un defenestramento, viene condannato il direttore sanitario per omicidio colposo per aver

E' importante ribadire il concetto secondo cui lo psichiatra ha il diritto di conoscere in anticipo, già quando sta valutando il rischio suicidario piuttosto che quello di atti eteroaggressivi, se il suo comportamento si trova ancora nell'area di rischio consentito oppure sta rischiando penalmente: *“se cioè al rischio suicidario si accompagna anche un rischio penale”*¹⁴². L'esigenza di assicurare la conoscenza della condotta doverosa prima della condanna è assolutamente condivisibile (e auspicabile) perché garantirebbe ai professionisti di lavorare più serenamente, avendo un effetto positivo anche sulla stessa salute dei pazienti, dal momento che il ricorso alle pratiche di medicina difensiva verrebbe limitato. Tuttavia essa si scontra con la difficoltà, peraltro spesso evidenziata dalle pronunce della Suprema Corte, di individuare il limite del rischio consentito.

3.2 Il criterio della prevedibilità e il “tramonto” dell'agente modello

Secondo un'autorevole e consolidata dottrina, i due concetti alla base dell'essenza della colpa sarebbero la prevedibilità e l'evitabilità: nessuno, infatti, può essere ritenuto responsabile di un evento se lo stesso non era riconoscibile ed evitabile al momento della commissione del fatto. Pertanto, se la colpa consiste nella violazione di una regola cautelare e la sua essenza consiste a sua volta nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento ne consegue che *“violare una regola di cautela non significa nient'altro che tenere un comportamento che rende prevedibile la verifica di un evento*

omesso la vigilanza appropriata, una terapia adeguata, l'accesso alle finestre e il trasferimento in una diversa struttura (Cass. IV, 22 novembre 2011, n. 4391).

¹⁴² P. Piras, “Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

evitabile”¹⁴³. Il problema legato a questi concetti è che sono estremamente incerti ed inafferrabili; quindi, violando il principio di determinatezza della fattispecie, è possibile che vengano facilmente manipolati rispetto alla ricostruzione delle regole cautelari a seconda delle esigenze di giustizia che sorgono in sede processuale. Per evitare che si concretizzi un rischio di tal genere, è necessario in via preliminare sciogliere alcuni “nodi” tra cui quello relativo al punto di vista dal quale deve essere valutata la prevedibilità e l’evitabilità dell’evento: da quello oggettivo di un osservatore ideale esterno o piuttosto dal punto di vista soggettivo dell’agente che in concreto si è trovato in tale situazione? Il problema della misura o del metro della colpa è di fondamentale importanza dal momento che il punto di vista dal quale il giudice effettua la valutazione condiziona fortemente l’esito del giudizio in merito alla sussistenza della colpa dell’imputato. Nel tempo si sono susseguite numerose proposte di risoluzione della questione che sono risultate fallimentari; se il punto di vista fosse quello dell’agente che concretamente ha posto in essere la condotta, ci troveremmo di fronte ad una eccessiva riduzione delle condanne dal momento che il giudice, tenendo conto di tutte le condizioni e le caratteristiche del caso concreto, si troverebbe costretto a giustificare l’operato dell’agente. Se invece fosse quello di un agente ideale accortissimo, si avrebbe, al contrario, un’estensione esagerata della colpevolezza. Ad oggi, si ritiene che il punto di vista più adeguato dal quale effettuare questa valutazione sia quello di un osservatore ideale esterno, diverso a seconda della tipologia di attività svolta e della situazione di pericolo a cui va incontro il bene protetto nel caso specifico: questa figura è comunemente nota come *agente modello* o *homo eiusdem professionis et conditionis*.

¹⁴³ F. Basile, “Fisionomia e ruolo dell’agente - modello ai fini dell’accertamento processuale della colpa generica”, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2012.

Prima della diffusione delle linee guida e delle buone pratiche mediche, di cui tratteremo nello specifico nel paragrafo successivo, il parametro dell'agente modello era ampiamente diffuso in giurisprudenza per la sua capacità di colmare l'assenza di regole scritte in ambito medico. Inoltre, al fine di pervenire ad un giudizio sulla sussistenza della colpa, in molte pronunce i giudici lo hanno affiancato al criterio della prevedibilità, utilizzandoli in modo complementare. Di questo connubio sono testimoni diverse sentenze relative ai casi Dieci e Desana in cui i giudici della Cassazione sottolineano come la valutazione della prevedibilità da sola non sia sufficiente a pronunciare un giudizio di colpevolezza. Questo in quanto se da una parte risulta utile per evidenziare il livello di rischio (suicidario o anche di commissione di un omicidio e così via), dall'altra non è sufficiente perché è solo grazie all'agente modello che la regola cautelare violata viene ricostruita ipotizzando il comportamento che un soggetto ideale avrebbe posto in essere evitando l'evento che si è invece realizzato nella realtà. In conclusione, si può dire che la figura dell'agente modello venga utilizzato come strumento per tentare di dare un corpo al criterio, per sua natura indeterminato, della prevedibilità¹⁴⁴.

Pertanto, il carattere ideale e non realistico di tale figura fa sì che mentre può risultare molto utile a posteriori, cioè a fatto avvenuto, lo è meno per l'agente concreto che non potrà facilmente confrontare *ex ante* la sua condotta con quella del soggetto modello per conformarvisi, evitare l'evento lesivo e quindi la successiva condanna. Stando così le cose, si deduce come questa figura perfetta, in realtà, possieda un difetto: *“la mancata puntualità. Arriva sempre in ritardo, a suicidio [o altro fatto lesivo] avvenuto, a dirci*

¹⁴⁴ C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit. .

come si sarebbe comportato”¹⁴⁵, quando ormai è troppo tardi per tutelare l’incolumità del paziente o dei terzi perché l’atto auto o etero lesivo si è già consumato. Ma come già abbiamo accennato precedentemente l’operatore psichiatrico ha bisogno di sapere in anticipo come affrontare al meglio il proprio mandato sociale ovvero quale sia il comportamento migliore da tenere al fine di tutelare la salute del paziente entro i limiti del rischio consentito ed evitando così l’evento infausto. Peraltro, solo se lo psichiatra poteva previamente conoscere le regole di condotta che avrebbe dovuto osservare per evitare l’evento, potrà essere condannato in modo non arbitrario né intuitivo nel rispetto dei principi di legalità e colpevolezza.

Quanto fin qui esposto ci aiuta a comprendere il motivo per cui soprattutto negli ultimi anni si riscontra un certo disinteresse nelle aule di giustizia per la figura dell’agente modello e per la relativa colpa *generica*, con un contestuale ampliamento di quella *specificata* in relazione alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, soprattutto alla luce delle Leggi Balduzzi (2012) e Gelli-Bianco (2017) che ne hanno enfatizzato il ruolo¹⁴⁶. Altre volte, invece, quando si profilano delle ipotesi di colpa “spaccata”, come si suol dire in gergo giudiziario, i giudici nell’affermare la sua esistenza non richiamano alcun parametro di riferimento in quanto la regola cautelare violata viene considerata evidente e così anche la conseguente colpa¹⁴⁷. Un esempio di *culpa in ipsa re* si riscontra nella sentenza Di Lella¹⁴⁸, già oggetto di analisi, in cui, ad avviso della Cassazione, il peggioramento delle condizioni

¹⁴⁵ P. Piras, “Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra”, cit. .

¹⁴⁶ A tal proposito si rimanda al commento delle due leggi svolto nel paragrafo 2.1 del Capitolo II.

¹⁴⁷ In ogni caso, onde evitare il rischio di forme occulte di responsabilità oggettiva, sarebbe preferibile che sia il pubblico ministero che i giudici, rispettivamente nell’imputazione e nella motivazione, richiamassero la regola cautelare, seppur evidente e scontata.

¹⁴⁸ Per un’analisi più approfondita del caso si veda l’articolo di P. Piras, “*Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra*”, cit. .

psicologiche del paziente era talmente evidente da suggerire senza alcun dubbio la predisposizione di adeguate cautele volte a prevenire azioni inconsulte che erano assolutamente prevedibili, dati gli inequivocabili sintomi. Cautele che invece l'imputato aveva ommesso di predisporre causando così il defenestramento del suo paziente e il conseguente decesso.

3.3 Linee guida e colpa specifica

Proprio per le ragioni che abbiamo precedentemente discusso, la giurisprudenza ha iniziato di recente ad attribuire un ruolo sempre più centrale ad un particolare strumento clinico che, nato negli Stati Uniti negli anni Settanta, si è diffuso progressivamente anche in Italia: le linee guida. Queste hanno acquisito nel tempo una rilevanza sempre maggiore fino alla loro espressa menzione nella Legge Balduzzi e successivamente nella Legge Gelli-Bianco¹⁴⁹.

La crescente “codificazione” delle regole operative che disciplinano l'attività dei medici e del personale sanitario rappresenta una risposta, da un lato, all'aumento del contenzioso giudiziario per casi di *malpractice* medica, dall'altro alla necessità di introdurre elementi di maggiore efficienza nella professione¹⁵⁰.

Le linee guida sono state definite dalla Cassazione nella nota sentenza Denegri come *“raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare*

¹⁴⁹ Infra paragrafo 2.1 del Capitolo II.

¹⁵⁰ P. Veneziani P, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 175 ss.; O. Di Giovine, “La responsabilità legale del medico: dalle regole ai casi”, in *Riv. med. leg.*, 2013, 61 ss.; A. Di Landro, *Dalle linee-guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva o misura soggettiva della malpractice*, Torino, 2012.

medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche”.

Sempre secondo la Cassazione, nella già citata sentenza Cantore, *“le linee-guida costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un’utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato le decisioni terapeutiche”*. In altri termini, si tratta di raccomandazioni di tipo clinico elaborate in forma sistematica che inseriscono elementi di oggettività e di uniformità nelle valutazioni e decisioni del terapeuta riducendo il margine di errore nonché le differenze nelle prestazioni sanitarie. Le linee guida favoriscono dunque la trasparenza nel rapporto medico-paziente riducendo il problema delle asimmetrie informative tra gli stessi e creando la cosiddetta “alleanza terapeutica” tra medico e paziente; consentono al medico un aggiornamento del sapere scientifico più accessibile e razionale; rappresentano indicatori di qualità, appropriatezza ed economicità delle prestazioni sanitarie.

Tuttavia, trattandosi di regole standardizzate, basate su studi scientifici statistici, le linee guida presentano una serie di svantaggi tra cui: non possono tener conto delle specificità delle diverse situazioni di pericolo di fronte a cui può trovarsi il medico; rischiano di formalizzare ed irrigidire l’attività medica a discapito della salute del paziente; spesso contengono indicazioni difficilmente realizzabili in alcuni contesti per competenze, tecnologie disponibili e situazione assistenziale¹⁵¹. In generale tuttavia raramente il quadro clinico smentisce le linee guida, e in questi casi il medico dovrà

¹⁵¹ G. Marinucci, “La responsabilità colposa: teoria e prassi”, *Diritto penale contemporaneo*, 2011; P. Piras, “La colpa medica: non solo linee-guida”, *Diritto penale contemporaneo*, 2011.

comportarsi di conseguenza facendo ricorso alla sua esperienza o a quella di altri e segnalando il caso alle società scientifiche.

Le linee guida manifestano inoltre una certa ambivalenza rispetto ai comportamenti di medicina difensiva e al contenimento della spesa sanitaria in quanto, se da un lato potrebbero limitarli proprio in quanto il medico si attiene alle indicazioni, dall'altro potrebbero favorirli generando un irrigidimento nell'esercizio dell'attività medica.

Non esiste un repertorio ufficiale delle linee guida né un sistema unico di accreditamento. Esse vengono elaborate da una serie di soggetti portatori di interessi a volte in conflitto tra loro quali il Ministero della Salute¹⁵², l'Istituto Superiore della Sanità, organismi regionali, associazioni professionali, aziende ospedaliere, società scientifiche, centri di ricerca e sono pertanto alquanto diversificate nel metodo, nei contenuti, nell'origine (centralizzata o locale, pubblica o privata), nel livello di precisione, nel grado di aggiornamento.

La giurisprudenza di legittimità relativa all'utilizzo delle linee guida ha fornito un'indicazione univoca solo relativamente a quelle che non possono essere utilizzate nell'ambito di un giudizio penale per accertare la responsabilità del medico ovvero quelle che *“non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il profilo del contenimento della spesa, in contrasto con le esigenze di cura del paziente”*¹⁵³.

Per superare questa difficoltà la giurisprudenza ha posto a carico dell'imputato l'onere di allegazione delle linee guida a cui la condotta del medico si sarebbe

¹⁵² Un esempio di linea guida è rappresentato dalla raccomandazione n°4 del 2008 - Prevenzione del suicidio di un paziente in ospedale, in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_592_allegato.pdf.

¹⁵³ Cass., Pagano, cit. .

conformata “*al fine di consentire al giudice di verificare: a) la correttezza e l’accreditamento presso la comunità scientifica delle pratiche mediche indicate dalla difesa; b) l’effettiva conformità ad esse della condotta tenuta dal medico nel caso in esame*”¹⁵⁴. L’uso delle linee guida è particolarmente importante in psichiatria, a causa della natura funzionale della malattia e della estrema variabilità del quadro clinico. L’*American Psychiatric Association* (APA), ad esempio, elabora *guidelines* relative a diverse patologie mentali (tra cui la schizofrenia, i principali disturbi depressivi, i disordini bipolari e così via) che individuano degli standard di assistenza medica sulla base di tutti i dati clinici disponibili per ciascun paziente e soggetti al cambiamento nell’ipotesi in cui il sapere scientifico e la tecnologia progrediscano. Un caso noto di richiamo all’uso delle linee guida è la sentenza Pozzi, di cui abbiamo già avuto modo di analizzare altri profili, in cui i giudici hanno utilizzato appunto anche le linee guida dell’*American Psychiatric Association* per sostenere la colpa di uno psichiatra che non vi si era attenuto nella riduzione di un farmaco ad un paziente, poi scompensatosi e resosi autore di un omicidio.

L’utilizzo delle linee guida comporta conseguenze rilevanti sul piano dell’accertamento della responsabilità colposa del terapeuta in quanto, grazie ad esse, l’individuazione della regola cautelare non è più rimessa all’intuizione del giudice e/o al parere dell’esperto. Tuttavia, la violazione di queste regole di comportamento clinico configura una colpa specifica? Per rispondere a questa domanda occorre verificare se le linee guida possano rientrare nell’inquadramento normativo dell’art. 43 c.p. alinea III (leggi, regolamenti, ordini o discipline). La dottrina sostiene che tale disposizione possa

¹⁵⁴ Cass., Pulcini, cit. .

consentire l'accesso a regole di condotta professionale, elaborate da società scientifiche prestigiose, dirottando la colpa del medico da generica a specifica¹⁵⁵.

Tale questione viene ripresa dalla giurisprudenza con riferimento all'evenienza di ravvisare la colpa specifica del terapeuta nonostante il rispetto delle linee guida. In proposito si era espressa la sentenza Ingrassia¹⁵⁶ con la quale la Cassazione era giunta alla conclusione che non ci fosse alcun automatismo tra l'osservanza o l'inosservanza delle linee guida e l'addebito per colpa del medico: *“in tema di responsabilità medica, le linee-guida – provenienti da fonti autorevoli, conformi alle regole della migliore scienza medica e non ispirate ad esclusiva logica economicità – possono svolgere un ruolo importante quale atto di indirizzo per il medico; esse, tuttavia, avuto riguardo all'esercizio dell'attività medica che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline), non essendo né tassative né vincolanti e, comunque, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente. D'altro canto le linee-guida, pur rappresentando un utile parametro nell'accertamento dei profili di colpa riconducibili alla condotta del medico, non eliminano la discrezionalità giudiziale insita nel giudizio di colpa; il giudice resta, infatti, libero di valutare se le circostanze concrete esigano una condotta diversa da quella prescritta dalle stesse linee-guida”*.

Tale orientamento esclude dunque che le linee guida possano essere ricondotte al paradigma dell'art. 43 c.p. e viene ribadito dalla sentenza Cantore secondo cui *“le linee-guida non valgono come regole cautelari scritte ai sensi dell'art. 43 p.c.”* per cui la loro

¹⁵⁵ Si veda su questo punto G. Iadecola, “Il valore dell'opinione dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale”, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2001, 11 ss.

¹⁵⁶ Cass. IV, 11 luglio 2012, n. 35922.

osservanza non mette, di per sé, al riparo da un addebito per colpa specifica così come la loro inosservanza non è fondativa di un addebito per colpa specifica. Questo in quanto *“le linee-guida non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti”* e pertanto vanno riferite e adattate alle peculiarità di ciascun caso clinico.

Infine, altrettanto complessa è la questione del rapporto tra le linee guida e le buone pratiche. Non è chiaro infatti se il legislatore abbia voluto riferire queste ultime ad un fenomeno sostanzialmente diverso, come nel caso dei protocolli che consistono in modelli comportamentali diagnostico-terapeutico rigidi, che prescrivono nel dettaglio la sequenza di interventi del medico nella realizzazione del trattamento; o se invece siano un mero strumento di amplificazione dello stesso fenomeno sostanziale contenuto nelle linee-guida. Fino a questo momento non c'è alcuna sentenza di legittimità che abbia chiarito l'interpretazione del termine.

3.3.1 Atti autolesivi: il ruolo delle linee guida nella valutazione del rischio suicidario

Il trattamento dei pazienti affetti da patologie psichiatriche rientra tra quelle attività di utilità sociale che il legislatore, nonostante il rischio congenito di situazioni pericolose, consente di svolgere, anche se a determinate condizioni. Rispetto ad altri settori della medicina, infatti, quello della psichiatria risulta il più complesso e delicato a causa delle numerose incertezze che derivano dall'*“imprevedibilità di condotta che caratterizza talune sindromi psichiatriche e taluni singoli casi”*, 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"¹⁵⁷.

Tra le cause più frequenti di responsabilità omissiva dello psichiatra si annovera la morte per suicidio del paziente, l'esito più drammatico della malattia mentale di cui lo psichiatra può essere chiamato a rispondere. In altre parole, l'operatore di salute mentale potrà essere condannato per omicidio colposo del paziente solo nel caso in cui si dimostri che l'evento era prevedibile a causa di un elevato rischio suicidario e che l'esito tragico si sarebbe potuto evitare tramite la predisposizione di specifiche misure adeguate, tra cui una maggiore sorveglianza all'interno e fuori la struttura, anche tramite l'accompagnamento di una persona qualificata e adeguatamente informata, oppure una modifica del trattamento farmacologico.

D'altra parte, occorre sottolineare come secondo le statistiche epidemiologiche le malattie mentali più gravi quali la depressione, la schizofrenia, i disturbi bipolari costituiscano il fattore principale di rischio suicidario. Pertanto, dal momento che quest'ultimo non può essere totalmente eliminato dal quadro clinico, bisognerà individuare di volta in volta il confine del rischio consentito entro cui lo psichiatra non incorre in responsabilità penale. L'interrogativo a cui il giudice deve dare risposta, nella maggior parte dei casi tramite l'aiuto degli esperti in materia, è il seguente: quanto era prevedibile l'evento suicidario al momento del fatto? Questa valutazione clinica del rischio è considerata tra le più complicate in quanto in genere è *"un'operazione dal risultato matematicamente definito solo a posteriori, ovvero in fase di esecuzione della cosiddetta autopsia psicologica. Come ogni giudizio prognostico anch'esso è gravato*

¹⁵⁷ C. Cupelli, "La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016 che cita a sua volta G. Fiandaca, "Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi", in Manacorda A., *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori* (a cura di), Centro Studi Giuridici e Politici, Perugia, 1989, 212.

da un non trascurabile indice di incertezza”¹⁵⁸ e la situazione si complica se si considera che il gesto autolesivo non è legato ad un’unica causa ma a una serie di fattori diversi, psicologici, sociali, biologici che interagiscono tra loro.

Una sicura previsione dell’evento pertanto non è mai possibile. Tuttavia da un lato si dimostrano estremamente utili i dati dell’epidemiologia psichiatrica che esprimono una correlazione tra una determinata patologia e il presumibile livello di verifica dell’evento auto soppressivo; dall’altro, esistono dei “sintomi” che possono orientare lo psichiatra nella suddetta valutazione: la tipologia della malattia di cui il soggetto è affetto, il riscontro di determinati dati anamnestici e soprattutto un pregresso tentativo di suicidio¹⁵⁹. Quest’ultimo è sicuramente il più rilevante nella misura in cui esprime un’autentica volontà di porre fine alla propria vita, ma non è sempre facile da distinguere rispetto ad un mero atto dimostrativo. Nel caso Desana, già oggetto di analisi relativamente ad altri profili, il percuotere le sbarre di una finestra, per esempio, viene ritenuto sufficiente dai giudici per affermare il tentativo di defenestramento che ha sfortunatamente avuto luogo poco tempo dopo.

Generalmente anche la natura e le caratteristiche della malattia possono essere degli indicatori rilevanti tramite i quali valutare il livello di rischio a seguito di un tentativo di suicidio. Infatti, dal momento che i pazienti affetti da depressione sono generalmente inclini al suicidio, lo psichiatra dovrà allarmarsi al punto da predisporre le dovute misure precauzionali nel caso in cui essi compiano un gesto autolesivo; nel caso in cui lo psichiatra non si attivi, nella maggioranza dei casi risponderà di omicidio colposo,

¹⁵⁸ P. Girolami - S. Jourdan, “Lo psichiatra e il suicidio del paziente: viaggio attraverso le categorie giuridiche delle ‘obligations de sécurité’ e degli ‘obblighi di protezione’”, cit., 63.

¹⁵⁹ Tra le varie nozioni esistenti quella di un gruppo di lavoro dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (*Working group on preventive practices in suicide and attempted suicide*, 1986) ci sembra la più adeguata: il suicidio viene definito come un gesto non abituale, con esito non fatale, che il soggetto compie con l’intento di provocarsi un danno.

sempre che siano integrati anche gli altri elementi necessari per la configurazione del reato. Al contrario, nel caso di disturbo di personalità di tipo *borderline*¹⁶⁰, che si caratterizza per l'impulsività dei comportamenti, le minacce o i gesti autolesivi dovranno considerarsi comuni e quasi irrilevanti ai fini del giudizio di valutazione del rischio suicidario; perciò, a fronte del suicidio del soggetto, lo psichiatra sarà generalmente assolto.

Peraltro, la letteratura psichiatrica propone una metodologia di tipo clinico-diagnostico per la prevenzione del rischio di autolesionismo che si basa su un colloquio confidenziale con il paziente volto a reperire tutte quelle informazioni personali e familiari utili per accertare la sussistenza del rischio ed eventualmente la misura. Lo psichiatra, infatti, *“si trova in una posizione privilegiata tale da consentirgli di dar luogo ad un’attenta valutazione del rischio e alla possibilità di predisporre misure di prevenzione, sia che operi in un ambiente ospedaliero sia che svolga la propria attività professionale in una struttura territoriale (ambulatoriale o residenziale)”*¹⁶¹. Dunque, una volta raccolti tutti gli elementi rilevanti per la formazione del quadro clinico del paziente, all’operatore di salute mentale non potrà essere addebitata alcuna violazione degli obblighi di protezione del paziente se ha adempiuto correttamente al suo obbligo di vigilanza senza, per esempio, aver disposto il TSO dopo un’attenta e ragionata valutazione del caso specifico¹⁶². Queste considerazioni sono importanti soprattutto alla luce di una recente sentenza della Corte E.D.U del 2017 in cui si ribadisce che anche *“dalla prospettiva della Convenzione, resta auspicabile assicurare un’ampia libertà ai malati, così da preservarne nel miglior modo possibile la dignità ed il diritto di*

¹⁶⁰ Cfr. Cass. IV, 7 febbraio 2007, n. 42670, D’Erminio.

¹⁶¹ P. Girolami - S. Jourdan, “Lo psichiatra e il suicidio del paziente: viaggio attraverso le categorie giuridiche delle ‘obligations de sécurité’ e degli ‘obblighi di protezione’”, cit., 53.

¹⁶² S. Rossi, “La responsabilità dello psichiatra”, cit., 654.

autodeterminazione. In altre parole, è sempre necessario operare un bilanciamento tra i possibili vantaggi derivanti dall'applicazione di una terapia "aperta" e gli eventuali svantaggi di un simile approccio - quali il rischio di fuga del paziente o, peggio, qualche gesto autolesionista"¹⁶³.

Inoltre, i "nuovi" strumenti delle linee guida possono giungere in soccorso sia del giudice che dello psichiatra prima che si verifichi l'evento infausto, nella misura in cui gli consentano di conoscere in anticipo quale modello comportamentale attuare e fino a che punto può spingersi nella terapia senza temere conseguenze giudiziarie¹⁶⁴. A tal proposito occorre sottolineare che esistono anche dei protocolli operativi di intervento che propongono soluzioni di trattamento a seconda dell'intensità del rischio (da quello immediato a quello a lungo termine)¹⁶⁵.

Affinché sia valido, questo aiuto deve però provenire da particolari organismi e accreditate società scientifiche¹⁶⁶ che, tra le altre cose, si occupano di sintetizzare ed aggiornare il sapere scientifico. Tra queste, come si diceva precedentemente, l'*American Psychiatric Association* (APA), che a partire dal 1992 elabora periodicamente linee guida relative al trattamento di diverse patologie, tra cui il comportamento suicida. Riguardo a quest'ultimo nel 2003 l'APA ha pubblicato le "*Practice Guideline for the*

¹⁶³ C. Mostardini, "La Corte di Strasburgo in materia di responsabilità del medico per il suicidio del paziente psichiatrico. Nota a Corte E.D.U., sez. IV, sent. 22 novembre 2016, Hiller c. Austria", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

¹⁶⁴ P. Piras, "Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

¹⁶⁵ Alcune tabelle sono riportate nell'articolo di P. Girolami - S. Jourdan, "Lo psichiatra e il suicidio del paziente: viaggio attraverso le categorie giuridiche delle 'obligations de sécurité' e degli 'obblighi di protezione'", cit., 61-62, cui si rinvia per ulteriori considerazioni.

¹⁶⁶ La scelta delle linee guida considerate valide e affidabili al punto da poter essere utilizzate in sede di giudizio per l'accertamento della responsabilità è un compito riservato al giudice, eventualmente coadiuvato dagli esperti.

Assessment and Treatment of Patients with Suicidal Behaviors”¹⁶⁷, applicate in sede giudiziale nella nota sentenza Pozzi.

3.3.2 Atti eterolesivi: concorso colposo dello psichiatra nel delitto doloso del paziente

Il paziente, come già anticipato, può manifestare la sua aggressività non soltanto contro se stesso ma anche contro i terzi che entrino in contatto con lui quali altri infermi di mente, personale sanitario, familiari; in queste ipotesi, il ruolo dello psichiatra consiste nell’effettuare un bilanciamento tra le esigenze di salute del paziente e di tutela della collettività. Per accertare la colpa sarà necessario ancora una volta individuare quella regola cautelare che, qualora si fosse osservata, avrebbe scongiurato l’evento eterolesivo; anche in queste ipotesi il giudice, per la sua identificazione, si servirà del criterio della prevedibilità che dall’analisi dei casi ¹⁶⁸ risulta il più delle volte strettamente legata al tipo di disturbo psichiatrico di cui soffre il soggetto. Quest’ultimo quindi rappresenta il fattore di rischio più importante non solo relativamente agli atti autolesivi ma anche a quelli eterodiretti¹⁶⁹.

L’omicidio, in particolare, rappresenta l’ipotesi più frequente in cui lo psichiatra risponde per concorso colposo nel delitto doloso anche se una responsabilità del genere, in psichiatria, è stata ammessa dalla giurisprudenza di legittimità per la prima volta solo nel 2008 in occasione del noto caso Pozzi. Prima di questa storica sentenza infatti, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali concordavano nell’escludere la coesistenza,

¹⁶⁷ Per un ulteriore approfondimento si rinvia al seguente link: http://psychiatryonline.org/pb/assets/raw/sitewide/practice_guidelines/guidelines/suicide.pdf.

¹⁶⁸ *Ex multis*: Cass. IV, 30 gennaio 2008, n. 8611, D’Aquino; Cass., Dieci, cit. .

¹⁶⁹ C. Sale. *La responsabilità penale in psichiatria*, cit. .

all'interno di una stessa fattispecie, della responsabilità sia dolosa che colposa sulla base del classico principio dell'unitarietà del titolo di responsabilità concorsuale. Un volta superato questo primo ostacolo, la Cassazione ha affermato l'ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso contestando i vari argomenti proposti da quella parte di giurisprudenza che non la reputava, al contrario, ammissibile. Nella motivazione della sentenza in questione i giudici della Suprema Corte si preoccupano innanzitutto di ribadire il superamento della concezione dell'unitarietà della reato concorsuale, per poi procedere alla contestazione punto per punto delle varie obiezioni opposte. In particolare, l'argomento principale volto ad escludere l'ammissibilità dell'istituto riguardava il fatto che l'intenzione del legislatore nell'intitolare l'art. 113 c.p.¹⁷⁰ "Cooperazione nel delitto colposo" fosse quella di escludere il concorso colposo nel delitto doloso; i giudici superano questa obiezione affermando che la norma indica solo il concorso nel delitto colposo in quanto la previsione del delitto doloso sarebbe stata superflua: il dolo infatti, non è un atteggiamento psicologico diverso dalla colpa ma lo ricomprende in quanto contiene non solo gli elementi del fatto colposo ma anche quelli della previsione e volontà dell'evento. In secondo luogo, si è sottolineato come una responsabilità a titolo di concorso possa essere configurata solo nell'ipotesi in cui il delitto doloso commesso da altri sia previsto dalla legge anche nella corrispondente forma colposa ai sensi dell'art. 42, comma II c.p. e per quanto riguarda i gesti eterolesivi compiuti dal paziente (come l'omicidio, lesioni personali ecc.), sempre che questa condizione sia, di regola, soddisfatta¹⁷¹. In definitiva, la Cassazione conclude statuendo che *"il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, sia*

¹⁷⁰ Il I comma prevede che *"Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso"*.

¹⁷¹ Si veda in proposito P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988.

nel caso in cui la condotta colposa concorra con quella dolosa alla causazione dell'evento secondo lo schema del concorso di cause indipendenti, sia in quello di vera e propria cooperazione colposa, purché in entrambi i casi il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella sua condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa. In particolare è necessario che la regola cautelare violata sia diretta ad evitare anche il rischio dell'atto doloso del terzo, risultando dunque quest'ultimo prevedibile per l'agente”¹⁷².

Peraltro, l'omicidio (o un altro atto etero aggressivo) compiuto dal paziente può essere causato sia dalla condotta dell'unico psichiatra che lo ha in cura sia da diversi contributi causali se gli psichiatri che lo seguono sono diversi. In questa ipotesi di pluralità di garanti bisognerà capire di volta in volta se ci si trova dinanzi ad un concorso di cause indipendenti oppure di cooperazione colposa, ferma restando in entrambi i casi la possibilità della configurazione del concorso colposo nel delitto doloso, come affermato unanimemente dalla giurisprudenza di legittimità.

In particolare, avremo concorso di cause colpose indipendenti con conseguente applicazione della disciplina prevista dall'art. 41 c.p.¹⁷³ quando, seppur entrambi i soggetti contribuiscano con le loro condotte alla verifica dell'evento, non vi è legame psicologico tra i due, mentre sarà configurabile un'ipotesi di cooperazione colposa ex art. 113 c.p. nella misura in cui ciascun soggetto sia consapevole dell'altrui partecipazione nell'attività svolta, pur non essendo necessario che conoscano le condotte e i partecipanti nello specifico¹⁷⁴.

¹⁷² Massima della sentenza Pozzi, cit. .

¹⁷⁴ C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit. .

Capitolo IV

La ricostruzione della responsabilità omissiva colposa dello psichiatra in una recente vicenda giudiziaria

4.1 Analisi del caso Campanale (Cass. IV, 4 febbraio 2016, n. 14766): descrizione dei fatti

Alla luce di quanto finora esposto, commenteremo una vicenda giudiziaria recente avente ad oggetto il suicidio di un detenuto, conclusasi con sentenza della Suprema Corte, sez. IV, n. 14766 del 4 febbraio 2016 che ha confermato per entrambe le imputate, la Dott.ssa De Simone, psicologa, e la Dott.ssa Marasco, medico psichiatra, l'assoluzione dal reato di omicidio colposo pronunciata dalla Corte d'Appello di Milano. Questa vicenda giudiziaria è particolarmente interessante ai fini del presente lavoro in quanto nella ricostruzione processuale la Suprema Corte richiama i vari istituti trattati. Nella sentenza emerge infatti che l'accertamento della responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento è frutto dell'intersezione della posizione di garanzia, della volontà del paziente e delle regole cautelari.

Il caso trattato ha ad oggetto il suicidio del detenuto Luca Campanale avvenuto il 12 agosto 2009 nel carcere di San Vittore dove questi era stato trasferito il mese prima per ricevere cure più adeguate e assistenza psichiatrica permanente presso il Centro di osservazione neuro-psichiatrica (CONP) dell'istituto. Il ventottenne, infatti, cui era stata applicata una misura di sicurezza a seguito di un commesso reato di scippo, all'epoca dei fatti soffriva di un disturbo diagnosticato come "stato psicotico persecutorio", aggravato da manifestazioni autolesive. Queste ultime, nel periodo precedente il drammatico epilogo (21 maggio - 9 agosto), erano state frequenti ma mai qualificate,

nel corso delle visite psichiatriche cui il detenuto veniva sottoposto, come espressione di un intento suicidario quanto piuttosto come un modo per attirare l'attenzione sulla situazione di insofferenza verso l'ambiente cui era stato inizialmente destinato. Pertanto, il trasferimento presso il carcere milanese veniva disposto senza previa verifica della disponibilità di posti letto del settore psichiatrico e al soggetto veniva assegnata in via provvisoria una cella a basso rischio suicidario con sorveglianza a vista fino a nuova valutazione medica. Nel frattempo la psicologa del carcere, la Dott.ssa De Simone, essendo a conoscenza del disagio già manifestato dal detenuto relativamente al suddetto regime, ne disponeva la revoca con un provvedimento che sarebbe stato eseguito qualche giorno dopo e che prevedeva una nuova sistemazione presso la cella plurima n. 115 a medio rischio con attenta sorveglianza. Secondo la psicologa, la valutazione del rischio di suicidio non avrebbe dovuto tenere conto dei gesti autolesivi posti in essere precedentemente dal detenuto, trattandosi di tentativi di manipolare gli addetti in servizio al fine di farsi spostare da una cella ad un'altra con regime differente, e non tentativi di togliersi la vita.

Nei giorni ancora successivi e a seguito di ulteriori atti autolesivi compiuti dal soggetto, la psichiatra Dott.ssa Marasco visitava il Campanale e confermava la diagnosi: i gesti, insieme alla scelta del tutto autonoma di sospendere la terapia farmacologica cui egli era sottoposto, costituivano una richiesta celata di trasferimento. Pertanto la psichiatra provava a convincere il detenuto ad assumere nuovamente i farmaci modificando la terapia; dopo la visita psichiatrica CL si lesionava ancora. Anche la psicologa aderiva quindi alla diagnosi e confermava il livello del rischio suicidario della psichiatra.

Successivamente, la psicologa continuava ad insistere per ottenere il diverso collocamento nella cella n.115, già disposto precedentemente. A fronte dell'indisponibilità della cella richiesta, decideva di ricreare in quella occupata dal Campanale le condizioni della stessa trasferendovi alcuni detenuti, e predisponendo una sorveglianza a vista durante le 24 ore, anche se non ininterrotta. Nonostante le predisposte misure, il 12 agosto 2009 il Campanale moriva per asfissia meccanica da impiccagione¹⁷⁵.

Nel giudizio di primo grado, incardinato dinanzi al Tribunale di Milano, il Pubblico Ministero formulava l'accusa di omicidio colposo ai sensi degli artt. 113 e 589 c.p. nei confronti sia della psicologa che della psichiatra in servizio presso la Casa Circondariale di San Vittore in quanto, essendo entrambe dotate di competenze specialistiche in merito alla valutazione della sussistenza del rischio suicidario, non avevano adeguatamente compreso la gravità delle condizioni psichiche, il significato dei gesti autolesionistici pregressi e l'auto-sospensione dei farmaci da parte del soggetto. Conseguentemente, avevano omesso di predisporre le doverose misure medico-sanitarie e di controllo carcerario al fine di tutelare la salute psicofisica del detenuto, causandone di fatto colposamente la morte. Pertanto, secondo l'ipotesi accusatoria, le due imputate, in cooperazione tra loro, con le loro condotte negligenti, imprudenti ed imperite, violative delle regole dell'*ars medica*, avrebbero cagionato con colpa la morte del detenuto.

Il Tribunale di Milano nei confronti della psichiatra pronunciava sentenza di assoluzione ex art. 530, comma II, c.p.p. in quanto ha ritenuto non sussistenti prove

¹⁷⁵ G. Dodaro, "Suicidio di detenuto in carcere e responsabilità civile del Ministero della Giustizia per carenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria centrale e locale", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

sufficienti per ritenere con certezza e “oltre ogni ragionevole dubbio” che una condotta alternativa sarebbe stata idonea ad impedire l'evento. Secondo i giudici, infatti, non si poteva 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”*¹⁷⁶.

Diversamente, il Tribunale riteneva la psicologa colpevole della morte del detenuto non tanto per aver trasferito il paziente, in attesa del definitivo collocamento nel settore CONP cui era destinato fin dall'origine del suo trasferimento nel carcere milanese, da una cella con sorveglianza a vista ad una con inferiore livello di sorveglianza (“solo” ad attenta sorveglianza) ma in quanto, nonostante gli *“ulteriori tre episodi auto lesivi 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]”*, aveva tenuto un comportamento di tipo attendista sanzionabile dal punto di vista della negligenza e della imperizia. In altre parole, la psicologa, astenendosi dal rivalutare le condizioni cliniche del detenuto, avrebbe colpevolmente omesso di predisporre 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 adottata dalla dr.ssa M. [...], il coinvolgere la responsabile del reparto dr.ssa C., o la stessa dr. M., per sollecitare il ricovero presso il CONP dove CL sarebbe stato*

¹⁷⁶ Trib. Milano IX, 8 aprile 2014.

finalmente ‘monitorato’, l’attivarsi per richiedere un ricovero in una struttura sanitaria ospedaliera o giudiziaria”. Inoltre, la psicologa ometteva di sottoporre il soggetto ad un sistema di controllo totale con sorveglianza a vista H 24, anche solo per il tempo strettamente necessario prima del ricovero nel settore CONP, comportamento di messa in sicurezza del paziente personalmente esigibile dalla psicologa, secondo i giudici.

Vedremo poi come la Corte territoriale ha modificato il giudizio nei confronti della condotta della psicologa, che sarà assolta in secondo grado per le motivazioni confermate dalla Corte di Cassazione. In questa sede, come anticipato, tenteremo di ripercorrere le argomentazioni addotte nei tre gradi di giudizio in merito all’accertamento della responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento che hanno portato alla fine ad escludere la colpevolezza di entrambe le imputate.

4.2 La verifica della riferibilità di una posizione qualificata di garanzia al personale sanitario

Il punto da cui partire per tale accertamento è la verifica della riferibilità al medico psichiatrico di una posizione qualificata di garanzia nei confronti di determinati soggetti e il conseguente obbligo di apprestare specifiche cautele finalizzate a evitare il rischio di condotte autolesive. Sul punto già il Tribunale aveva affermato che, all’interno dell’istituto carcerario, la posizione di garanzia fosse configurabile non solo in capo all’Amministrazione Penitenziaria ma anche al personale sanitario¹⁷⁷. Fin dal primo grado di giudizio infatti, i giudici non hanno avuto dubbi nell’affermare che entrambe le imputate avessero rivestito il ruolo di garanti a carattere terapeutico nei confronti del

¹⁷⁷ M. L. Fadda, “La tutela del diritto alla salute dei detenuti”, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 613 ss. .

detenuto. Inoltre il Tribunale, nel suo percorso logico-giuridico, confermato poi dai successivi gradi di giudizio, si era preoccupato anche di delineare il contenuto di tale obbligo affermando il principio generale di diritto secondo cui all'interno di qualsiasi contesto sanitario, anche penitenziario, la presa in carico di un soggetto affetto da disturbi psichici implica che sul garante gravi un ampio obbligo di cura nei suoi confronti, comprensivo sia di un *obbligo di protezione* che di *controllo*. Infatti, le esigenze di cura del paziente e di tutela dello stesso da possibili comportamenti pregiudizievoli per sé medesimo (che, come nel caso di cui si discute, possono arrivare fino al suicidio) devono essere necessariamente bilanciate con quelle di sorveglianza al fine di evitare che gesti aggressivi derivanti dalla sofferenza mentale possano avere effetti lesivi nei confronti di terzi. Dunque, sia la psicologa che la psichiatra avrebbero dovuto predisporre *“tutti gli interventi terapeutici di volta in volta necessari o utili in vista del miglioramento delle condizioni psichiche del detenuto, ed attuate tutte le strategie di controllo all'interno del carcere per sorvegliarne il comportamento”*¹⁷⁸.

Normalmente però si tende ad escludere un controllo che consista in misure estreme ed ulteriori di coercizione e segregazione: infatti, la sorveglianza a vista H 24 oppure l'isolamento, la contenzione meccanica o la coercizione fisica, sono tutte pratiche cui bisognerebbe ricorrere solo in *extrema ratio*, in mancanza di valide alternative perché, nonostante riducano più di altre misure il rischio dell'evento mortale, costituiscono tendenzialmente una violazione del diritto all'autodeterminazione e del rispetto della dignità umana. Inoltre, sono spesso causa di regressione in termini di recupero del paziente.

¹⁷⁸ Così si esprime la Cass. IV, 4 febbraio 2016, n. 14766.

Da questo punto di vista la Cassazione, contrariamente a quanto risultava dalle motivazioni del Tribunale secondo cui la condotta della psicologa sarebbe stata inadeguata, ha ritenuto corrette le scelte di trattamento di entrambe le imputate; da una parte, infatti, la terapia farmacologica adottata dalla psichiatra era stata considerata adatta alla patologia del Campanale, il quale l'aveva anche accettata dimostrando un atteggiamento più collaborativo rispetto a quando precedentemente rifiutava di assumere i farmaci prescritti; dall'altra, la psicologa *“aveva scelto un regime di alta sorveglianza, con controllo non a vista ma ad intervalli di tempo di pochi minuti, raggiungendo così un non facile bilanciamento tra obiettivo di proteggere il paziente, anche da se stesso, e necessità di tutelarne al contempo libertà, dignità ed autonomia, dati gli effetti controproducenti conseguiti ad una vigilanza ancora più intensa, in precedenza attuata”*. Infatti il Campanale ad un certo punto aveva già manifestato la sua insofferenza per il sistema di osservazione a vista nella cella cui era stato provvisoriamente destinato, rendendosi autore di ulteriori gesti autolesivi.

Pertanto ai giudici la decisione del collocamento presso una cella ad attenta sorveglianza, congiuntamente ad una modifica della terapia farmacologica, è sembrata la migliore soluzione operativa possibile in quanto teneva conto non solo della condizione psicologica di disagio in cui versava il detenuto in quel momento particolare, ma anche delle carenze organizzative che purtroppo persistevano e che impedivano il suo trasferimento nel settore CONP, come previsto in origine. Dunque, la psicologa e la psichiatra avevano fatto il possibile per elaborare un progetto che andasse incontro alle esigenze manifestate dal detenuto. L'unica alternativa possibile per evitare con maggiore certezza il tragico evento - secondo la Corte - sarebbe stata quella di applicare misure di contenzione, di somministrare farmaci molto più pesanti e di

disporre il collocamento presso una cella a basso rischio suicidario con sorveglianza a vista continua, con luce accesa e senza lenzuola. Tuttavia tali modalità sarebbero state considerate inaccettabili poiché avrebbero mortificato e reso ancora più intollerante il paziente, aggravando verosimilmente la sua sofferenza.

4.3 Il rischio consentito nella valutazione del rischio suicidario in ambiente carcerario

Si può parlare di posizione di garanzia nella misura in cui sussiste un rischio *“inerente ad una data attività che non sempre può essere eliminato del tutto per effetto di condotte appropriate”* ma che il garante, di volta in volta individuato, deve tentare di fronteggiare al fine di salvaguardare il bene giuridico a lui affidato. In questo contesto un ruolo fondamentale svolgono le regole cautelari che, indicando i comportamenti adatti da tenere in particolari circostanze, circoscrivono la probabilità di verificazione dell'evento e di conseguenza, assicurano al garante che le osserva un'area di “rischio consentito” in cui non potrà essergli mosso alcun rimprovero per colpa. Dunque, ad avviso del Tribunale, *“‘rischio consentito’, o ‘aggravamento del rischio consentito’ non significa esonero dall’obbligo di osservanza delle regole cautelari, ma rafforzamento di tale obbligo in relazione alla gravità del rischio, il quale solo in caso di rigorosa osservanza di tali regole potrà effettivamente ritenersi consentito per quella parte che non può essere eliminata”*.

Peraltro, è altamente verosimile che la vicenda giudiziaria in commento abbia risentito dell'influenza della elaborazione dottrinale e legislativa che, a partire dalla Legge Balduzzi del 2012 fino alla recente Legge Gelli-Bianco del 2017 (successiva alla sentenza, ma su molti aspetti in linea con la Legge Balduzzi), ha profondamente

innovato la materia della responsabilità medica, attribuendo un ruolo centrale alle linee guida o buone pratiche mediche delle comunità scientifiche accreditate. E' stata esclusa infatti la rimproverabilità dapprima delle sole condotte colpose lievi, poi di qualsiasi condotta colposa, a prescindere dalla gradazione, nella misura in cui il medico abbia agito in conformità di tali linee guida previste per lo specifico settore diagnostico. Ne consegue che, nel momento del giudizio sulla correttezza dell'operato dell'imputato, risulta molto importante la verifica del rispetto da parte dello stesso delle linee guida in quanto esse rappresentano regole cautelari che individuano l'azione doverosa omessa, quella che se fosse stata posta in essere dall'agente avrebbe scongiurato l'evento. Tuttavia, non bisogna formalizzare eccessivamente l'uso delle linee guida perché altrimenti si rischia di procedere all'accertamento della responsabilità esclusivamente in base alla violazione delle stesse senza tenere conto delle ipotesi in cui le particolarità del caso concreto impongano una loro disapplicazione.

Nel caso in questione però non è affatto facile individuare le condotte doverose che avrebbero impedito il verificarsi del tragico evento in quanto la valutazione del rischio suicidario di un paziente affetto da gravi disturbi psicotici risulta estremamente complessa. Come correttamente rilevato dagli stessi giudici in tutte e tre i gradi di giudizio, è difficile reperire linee guida accreditate dalla comunità scientifica e protocolli codificati in base ai quali gli operatori di salute mentale possano orientare il proprio agire in quanto è la scienza psichiatrica stessa ad essere caratterizzata dall'incertezza. Le difficoltà che si verificano al momento della valutazione derivano principalmente dal fatto che occorre interpretare i segnali; questi, nella maggioranza dei casi risultano evidenti solo *ex post*, quando l'evento si è già verificato. Soprattutto riguardo agli atti autolesionistici bisogna verificare, sulla base dell'entità del gesto, della

frequenza degli episodi, della situazione psicologica del soggetto e di altri fattori personali e ambientali, quale sia l'intenzione. A volte la finalità di tali comportamenti sarà di tipo anticonservativo, altre invece esclusivamente di natura dimostrativo-manipolatoria per ottenere benefici ulteriori.

La Corte d'Appello confermava l'assoluzione della psichiatra e perveniva alle stesse conclusioni in merito alla condotta della psicologa, riformando così sul punto la condanna resa in primo grado tramite l'esclusione della colpa, proprio sulla base della *“insussistenza di elementi univoci o quantomeno significativamente indicativi di un tale rischio”* da cui le professioniste avrebbero dovuto dedurre che il suicidio del detenuto fosse concreto ed imminente. Queste ultime infatti, alla luce dei dati clinici di cui erano in possesso, avevano correttamente ritenuto che il rischio di verifica dell'evento non fosse *“tanto elevato da giustificare il ricorso a metodi contenitivi estremi”* né da imporre al soggetto un terapia farmacologica più pesante rispetto a quella in concreto accettata e assunta dal paziente. Inoltre, seppur tra i vari sintomi manifestati ci fossero anche i pregressi gesti autolesivi, dalle varie visite psichiatriche era risultato che la volontà del Campanale non fosse quella di togliersi la vita.

D'altra parte, i giudici di secondo grado hanno rilevato *“l'assenza di protocolli o linee guida indicatori sia degli elementi comportamentali da cui desumere da parte della psicologa e della psichiatra un tale tipo di rischio sia dei presidi estremi da adottare per scongiurare il temuto evento, ed ancora la mancata individuazione nella letteratura scientifica accreditata di parametri di valutazione da cui potesse evincersi che i sintomi manifestati da ultimo dal detenuto lasciassero desumere un rischio suicidario imminente”*. In conclusione, entrambe le terapeute avevano svolto il loro lavoro in osservanza delle regole dell'*ars medica*, in assenza, nell'istituto di San

Vittore, sia di specifici protocolli o linee guida per l'individuazione del reparto e della cella più idonei relativamente al livello di rischio suicidario e al tipo di patologia, sia di procedure di gestione dei detenuti in base ad uno specifico rischio. Va tuttavia riconosciuto il tentativo della comunità scientifica e del Ministero della Giustizia, in questi anni, di organizzare i vari servizi e di offrire un'adeguata preparazione del personale in vista della prevenzione del fenomeno dei suicidi, purtroppo frequenti, all'interno degli istituti penitenziari.

4.4 Alleanza terapeutica e consenso del paziente

E' importante sottolineare un ulteriore elemento della vicenda giudiziaria, ossia come, nel giudicare idonee le scelte di trattamento, i giudici abbiano dato valore anche al fatto che sia la psichiatra che la psicologa si siano preoccupate di scegliere una collocazione all'interno dell'istituto e una terapia farmacologica che tenesse anche conto delle esigenze manifestate dal detenuto. Infatti, la situazione psichica del malato di mente non autorizza il medico curante a prendere decisioni senza prima consultarsi con chi sarà sottoposto a determinate cure, anche nel contesto carcerario in cui alcune privazioni della libertà sono inevitabili perché imposte a monte dall'Autorità Giudiziaria. Nei limiti del possibile però, anche in tale contesto, il personale sanitario non può esimersi dal ricercare un'alleanza terapeutica con il recluso affetto da disturbi psichici.

Il ruolo della volontà è un altro profilo che incide sulla posizione di garanzia in quanto ne costituisce al contempo il presupposto ed il limite; consente inoltre di distinguere tra ciò che il medico *può fare* e ciò che *deve fare*. In altre parole, non tutto

ciò che è nei *poteri* del medico rientra anche nei suoi *doveri* per cui non tutti i comportamenti che in teoria il medico potrebbe porre in essere per evitare l'evento lesivo e salvaguardare così la salute del paziente, se non compiuti, costituiscono un'omissione penalmente rilevante. Lo sono infatti solo gli atti doverosi, individuabili, appunto, attraverso le regole cautelari ma anche tramite la volontà del soggetto che circoscrive la posizione di garanzia e quindi i corrispondenti obblighi impeditivi. Esistono dunque delle ipotesi particolari in cui, al fine di tutelare gli interessi primari degli altri detenuti o dello stesso paziente, il requisito del consenso può essere validamente derogato.

Nel nostro caso, il Campanale aveva accettato liberamente il percorso terapeutico proposto dalla psicologa in merito al collocamento in una cella ad osservazione meno invasiva e alla modifica della terapia farmacologica suggerita dalla psichiatra; questa circostanza comportava uno spostamento del rischio consentito sulla sfera del detenuto e di conseguenza, anche per questa ragione, ad entrambe le professioniste non poteva essere rimproverata l'omessa adozione di una terapia diversa, in astratto tecnicamente migliore.

In definitiva, la Cassazione conclude affermando che *“nel caso del suicidio di un paziente affetto da turbe mentali, qualora si arrivi a dimostrare che il terapeuta abbia applicato, nell'economia complessiva della specifica valutazione clinica, la terapia più aderente alle condizioni del malato ed alle regole dell'arte psichiatrica [...], può dirsi che il medico non avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come ha fatto, disponendo una differente iniziativa (pur fattualmente dotata di efficacia impeditiva dell'evento), e in conclusione che non ha errato nel non averla disposta e non ha omesso una doverosa condotta”*. Ricapitolando, la condotta del Campanale non era

prevedibile al momento del fatto, e quindi non necessariamente evitabile da parte delle due professioniste con l'adozione di altre eventuali misure. Viene dunque esclusa ogni rimproverabilità per colpa a carico di entrambe.

Considerazioni conclusive

La vicenda giudiziaria in commento e l'analisi delle motivazioni addotte dai giudici, e in particolare dalla Corte di Cassazione, si presta molto bene, a mio avviso, alla ricostruzione degli istituti rilevanti ai fini del procedimento logico-giuridico di accertamento della responsabilità omissiva colposa proposta nel corso del lavoro. L'intersezione dell'istituto della posizione di garanzia con le regole cautelari e la volontà del paziente rappresenta un metodo di analisi adeguato attraverso cui i giudici possono risolvere le controversie in merito all'eventuale rimproverabilità per colpa dello psichiatra.

L'inquadramento della responsabilità attraverso il ricorso a questi tre elementi consente, da un lato, di tutelare l'operatore di salute mentale, il quale sarà messo nella condizione di conoscere in anticipo gli obblighi a suo carico nonché l'area di rischio consentito in cui svolgere serenamente la propria attività medica senza che gli venga addebitato l'omesso impedimento dell'evento lesivo; dall'altro, consente di salvaguardare il diritto di autodeterminazione e la salute psicofisica del paziente rispetto agli atti auto o eterolesivi di cui può rendersi autore a causa della malattia.

Pertanto, nel processo di accertamento della responsabilità per omesso impedimento dell'evento lesivo occorre, innanzitutto, accertare la sussistenza in capo all'operatore sanitario di una posizione di garanzia da cui scaturiscono tutta una serie di obblighi impeditivi a tutela del paziente. Tuttavia, tale dovere di agire non è senza limiti e la sua ampiezza va delineata tenendo conto, per un verso, del consenso del paziente che limita le condotte *possibili* in astratto da quelle *doverose* in concreto, distinguendo in questo modo i *poteri* del medico dai suoi *doveri*; dall'altro, delle regole cautelari che indicano *in che modo* il medico debba agire per scongiurare la verifica dell'evento infausto.

A partire da tali regole, che vanno individuate di volta in volta rispetto al caso concreto, si ricava dunque la condotta doverosa dello psichiatra: il suo comportamento potrà dirsi quindi colposo solo nella misura in cui, disattendendo tali indicazioni, favorirà il verificarsi dell'evento che le regole erano volte ad evitare.

Ai fini della valutazione della configurabilità della colpa sarà inoltre necessario procedere ulteriormente con la verifica, peraltro non facile quando si ha a che fare con le manifestazioni dei disturbi psichici, della prevedibilità in concreto dell'evento. A nessuno infatti può essere addebitato un fatto che al momento della condotta non fosse evitabile in quanto imprevedibile.

A questo punto va sottolineato come l'esigenza di limitare la responsabilità professionale dei medici sia dimostrata anche dai recenti interventi legislativi quali la Legge Balduzzi del 2012 e la recentissima Legge Gelli-Bianco. L'intento di entrambe è quello di restringere la rilevanza penale di alcune condotte colpose della categoria medica utilizzando il "nuovo" strumento clinico delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, che vanno assumendo quindi un ruolo sempre più importante. In particolare, mentre la Legge Balduzzi prevedeva un'esenzione di responsabilità nel caso delle sole condotte imperite, qualora il medico avesse osservato le linee guida o le buone pratiche, e nell'ipotesi di colpa lieve, la Legge Gelli-Bianco sembra ampliare ulteriormente tali casi di irrilevanza introducendo un'ipotesi di generalizzata depenalizzazione della colpa medica, anche se per la sola imperizia. In altri termini, eliminando la distinzione tra colpa grave e colpa lieve, la Legge Gelli-Bianco subordina l'esenzione esclusivamente all'osservanza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida (o, in mancanza, nelle buone pratiche) così come definite e

pubblicate ai sensi di legge, sempre che risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Si consideri infine che il consenso del paziente, qualora sia possibile ottenerlo da soggetti capaci di intendere e di volere, riveste un ruolo altrettanto centrale in sede giudiziaria nel circoscrivere ulteriormente i doveri impeditivi del garante. In altre parole, il rischio dell'omissione di determinati interventi graverà sul paziente nella misura in cui questi abbia partecipato alla definizione della cura e abbia concordato con lo psichiatra un trattamento diverso.

In conclusione, va segnalato che l'intersezione tra gli istituti di cui si è discusso non è sempre stata accolta dalla giurisprudenza, soprattutto in merito alle ipotesi di atti autolesivi come il suicidio. In questo caso fino a questo momento essa è stata “[...] *incline per lo più, [...], ad abbracciare una ricostruzione fattuale del potere di agire, arrivando nella sostanza a ritenere il suicidio di un paziente psichiatrico sempre prevenibile previa segregazione o contenzione fisica*”¹⁷⁹, alimentando non poche perplessità relativamente al rispetto della dignità del soggetto coinvolto. Le motivazioni alla base della sentenza presentata nel lavoro sembrano dunque andare in senso contrario, favorendo l'interrelazione tra gli istituti e conseguentemente un maggiore l'equilibrio tra la tutela della salute del paziente e l'attività dello psichiatra.

¹⁷⁹ C. Cupelli, “La colpa dello psichiatra: rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

Bibliografia

AA.VV., *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Centro scientifico editore, Torino, 2006.

Altamura A. C., “A proposito della Legge 180 trent’anni dopo: riflessioni su una Psichiatria che cambia (e sul ruolo dello psichiatra)”, in *Rivista di Psichiatria*, 2009, 44(3), pp. 145-148.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale*, Parte generale, vol. I, Milano, 2002.

Ariatti R. - Versari M. - Volterra V., “Responsabilità professionale dello psichiatra operante nel Servizio Sanitario Nazionale”, in Volterra, V. (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Elsevier-Masson, Milano, 2010.

Attili V., “L’agente-modello ‘nell’era della complessità’: tramonto, eclissi o trasfigurazione?”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 4, pp. 1240 ss.

Baraldo M., “Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale tra cura del malato e difesa sociale”, in *Cassazione penale*, 2008, 12, pp. 4638-4648.

Basaglia F., “Introduzione”, in Goffman E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell’esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1974.

Basaglia F., *Scritti*, vol. 2, Einaudi, Torino, 1982.

Basaglia F., *Che cos'è la psichiatria*, Baldini&Castoldi, Milano, 1997.

Basaglia F., *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2010.

Basile F., “Fisionomia e ruolo dell'agente - modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica”, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2012.

Basile F., “Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)” in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

Bassi M. - Siracusano A., “I doveri dello psichiatra”, in *Psichiatria di comunità*, 2008, 7(1), pp.1-3.

Bellomo A. - Nardini M. - Nigro P. - Scapati F. - Suma D., *Aspetti dell'agire psichiatrico: contesti, norme, responsabilità, etica*, Giuffrè, Milano, 2002.

Borghetti S. - Erlicher A., “Linee guida, vincolo normativo o supporto?, Ovvero l'operatore in bilico tra filo di Arianna e richiamo del pifferaio magico”, in Dodaro G. (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011.

Caletti G. M. - Mattheudakis M. L., “Una prima lettura della Legge ‘Gelli-Bianco’ nella prospettiva del diritto penale” in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

Caputo M., “ ‘Filo d’Arianna’ o ‘Flauto magico’? Linee-guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 1 ss.

Casacchia M. – Malavolta M. – Bianchini V. – Giusti L. - Di Michele V. - Giosuè P. – Ruggeri M. - Biondi M. - Roncone R., “Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: a new deal per la salute mentale?”, in *Rivista di Psichiatria*, 2015, 50 (5), 204.

Catanesi R. - Carabellese F., “Suicidio e responsabilità professionale”, in *Rivista di psichiatria*, 2011, 46 (2), pp. 75-88.

Cendon P., *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Il Mulino, Bologna, 1984, 50.

Centonze F, “Causalità attiva e omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 277 ss.

Centonze F, “L’imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 39, pp. 249 ss.

Cimino L., “Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: un’analisi critica”, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2014, 2, 31.

Cingari F., “Presupposti e limiti della responsabilità dello psichiatra per gli atti etero - aggressivi del paziente”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1, pp. 440-461.

Cupelli C., “La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva”, in *Diritto e procedura penale*, 2012, 9, pp. 1104-1114.

Cupelli C., *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

Cupelli C., “I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione” , in *Cassazione penale*, 2013, 9, pp. 2999-3014.

Cupelli C., “Damned if you do, damned if you don’t. Il rischio e la responsabilità penale dello psichiatra” in *Rivista Sperimentale di Freniatria*, 2015, 3, pp. 47-70.

Cupelli C., “La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

Cupelli C., “La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma della riforma alle porte)”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

Cupelli C., “Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

Cupelli C., “Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

Cupelli C., “Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della Legge Gelli-Bianco”, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2017.

De Risio B., “La responsabilità dello psichiatra”, in F. Peccennini (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 247 ss.

Di Giovine O., “La responsabilità legale del medico: dalle regole ai casi”, in *Rivista italiana medicina legale*, 2013, 61 ss.

Di Landro A., *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009.

Di Landro A., *Dalle linee-guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e misura soggettiva della malpractice*, Torino, 2102, 26 ss.

Di Salvo E., "Nesso di causalità e responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente", in *Dir. form.*, 2005, 8-9, p. 113.

Dodaro G. (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011.

Dodaro, G., "Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario", in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, pp. 1483-1518.

Dodaro G., "Suicidio di detenuto in carcere e responsabilità civile del Ministero della Giustizia per carenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria centrale e locale", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

Eusebi L., "Medicina difensiva e diritto penale 'criminogeno'", in *Rivista italiana di medicina legale*, IV-V, 2011, pp. 1085 ss.

Fadda M. L., "La tutela del diritto alla salute dei detenuti", in *Rivista italiana di medicina legale*, 2012, 613 ss.

Feola T., “Orientamenti della Cassazione penale in tema di responsabilità professionale dello psichiatra: osservazioni medico - legali”, in *Min. medicina legale*, 2008, 3, pp. 105 ss.

Ferracuti S. – Coppotelli A. – Volterra, V., “Responsabilità dello psichiatra”, in Volterra V. (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010.

Ferranini L., “Il rischio e la responsabilità dell’operatore psichiatrico nei servizi di psichiatria di comunità”, in Dodaro G. (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011.

Fiandaca G., “Responsabilità penale dell’operatore di salute mentale: i reati omissivi”, in Manacorda A. (a cura di), *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria, 1989.

Fiandaca G., “Omissione”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VIII, Torino, 1994.

Fiandaca G. - Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014.

Fiandaca G. - Musco E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna, 2013.

Fiori A., “La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1982, pp. 535 ss.

Fiori A. - Buzzi F., “Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica: riflessioni medico-legali alla luce della sentenza della Cass. Pen. N. 10795/2008”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2008, 6, pp. 1438-1455.

Fiori A. - Marchetti D., *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Giuffrè, Milano, 2009, 5.

Fornari U., *Trattato di psichiatria forense*, Utet, Torino, 2013.

Gargani A., “La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi ‘esemplari’ di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.”, in *Diritto penale e processo*, 1999, pp.629 ss.

Girolami P., “Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all’ambito psichiatrico”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1997, 2, pp. 287 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 *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, 1, p. 53.

Giunta “La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva dello psichiatra”, in *Diritto penale e processuale*, 2004, pp.1150 ss.

Grasso G., *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983.

Iadecola G., “Il valore dell’opinione dell’ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1, 2001, 11 ss.

Indirli D., “La responsabilità giuridica dello psichiatra per i comportamenti etero-aggressivi dei pazienti”, in Sanza M. (a cura di), *Il comportamento aggressivo e violento in psichiatria: valutazione e intervento*, Centro scientifico editore, Torino, 1999.

Insolera G., “Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra”, in *Indice Penale*, 1990, pp. 775 ss.

Jervis G., *Manuale critico di psichiatria*, Feltrinelli, Milano, 1997.

Jourdan S., “La responsabilità dello psichiatra per le azioni compiute dal paziente: prevedibilità dell’evento e possibilità di evitarlo”, in Jourdan S. - Fornari U. (a cura di), *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Centro scientifico editore, Torino, 2006.

Jourdan S. - Fornari U. (a cura di), *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Centro scientifico editore, Torino, 2006.

Lamberti L. (a cura di), *Diritto sanitario*, Itinera guide giuridiche, Ipsoa, 2011.

Leoncini I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999.

Leoncini I., “Obbligo di curare e liceità dell’atto medico”, in Canestrari S. - Giunta F. - Guerrini R. - Padovani T. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Pisa, 2009.

Manacorda A., *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori: atti del Seminario di Perugia, 18-19 marzo 1988*, Centro studi giuridici e politici della Regione Umbria, Perugia, 1989.

Manna A., “Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale”, in *Rassegna italiana di criminologia*, 3-4, 2000, 327.

Manna A., “I nuovi profili della colpa medica in ambito penale”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 2013, pp. 73 ss.

Manna A., “La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti

auto- ed etero-lesivi dei pazienti in Italia”, in *Archivio penale*, 2016, pp. 1 ss.

Mantovani F., “L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, pp. 337 ss.

Marinucci G., “La responsabilità colposa: teoria e prassi”, *Diritto penale contemporaneo*, 2011.

Manna A., *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014.

Marra G., “Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l’omicidio commesso dal suo paziente”, in *Cassazione penale*, 2008, pp. 2609 ss.

Marra G. - Pezzetto S., “La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla L. n. 180 del 1978”, in *Cassazione penale*, 2006, 10, pp. 3429 ss.

Maspero M., “La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2005, 6, pp. 777 ss.

Maspero M., “Una discutibile sentenza della Cassazione sulla responsabilità penale del medico psichiatra”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2002, pp. 913 ss.

Maspero M., “Mancata previsione di un evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un *fuzzy set*, o rilevazione di un ossimoro?”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2004, 5, pp. 923 ss.

Massaro A., “Sorvegliare, curare e non punire: l’eterna dialettica tra ‘cura’ e ‘custodia’ nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza”, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, pp. 1357 ss.

Montanari Vergallo G. - Frati P. - Gulino M. - Di Luca M.N., “La responsabilità dello psichiatra per le condotte auto- ed etero-aggressive del paziente: tra il non ancora e il non più”, in *Giustizia penale*, 2011, pp. 80 ss.

Mostardini C., “La Corte di Strasburgo in materia di responsabilità del medico per il suicidio del paziente psichiatrico”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

Nivoli G.C., Loretto L., Sanna, Nivoli A., Nivoli L.F, Milia P., “Valutazioni del paziente violento e aggressivo e modi di intervento”, in Volterra V. (a cura di), *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010.

Palazzo F., “Responsabilità medica, ‘disagio’ professionale e riforme penali”, in *Diritto penale e processo*, 2009, 9, pp. 1061-1066.

Pellegrini P., “Sulla responsabilità in psichiatria”, in *Psicoterapia e scienze*

umane, 2008, 42(3), p. 295.

Pellegrini P., “Ancora sulla responsabilità in psichiatria”, in *Psicoterapia e scienze umane*, 2010, 44(2), p. 207.

Piana T., *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

Piras P. - Sale C., “Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra”, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1471 ss.

Piras P., “La colpa medica: non solo linee-guida”, *Diritto penale contemporaneo*, 2011.

Piras P., “Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

Poli P. F., “Il D.D.L. Gelli – Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali” in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

Pozzi E., “Il fatto e le sue conseguenze, posizione di garanzia e legge 180”, in *Psichiatria di comunità*, 2008, 7(4), p. 217.

Pulitanò D., “Introduzione”, in Dodaro G. (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Franco Angeli, Milano, 2011

Roiati A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.

Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, 2004, 313.

Rossi S., “La responsabilità dello psichiatra”, in Todeschini N. (a cura di), *La responsabilità medica*, Utet, Torino, 2016, pp. 636-663.

Sale C., *La responsabilità penale in psichiatria*, Tesi di Dottorato di Ricerca in “Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi”, Università degli Studi di Sassari, Ciclo XXV, 2013.

Sale C., “La condotta medica tra azione e omissione”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011.

Sale C., “La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

Sale C., “Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico” in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

Scalini R. - Rondoni D. - Scalini M., *La toga e il camice. La responsabilità giuridica dello psichiatra e degli altri operatori della salute mentale*, Edizioni Maddali e Bruni, Firenze, 2016.

Scapati F. - Suma D. - Ferrarrini L., “Il tema dei confini dell’agire psichiatrico: considerazioni a margine della sentenza della Cassazione 10795, IV Sez. Pen. (Dep. 11.3.2008)”, in *Psichiatria di comunità*, 2008, 7(4), pp. 222-231.

Scarpa F., “Dopo l’Ospedale Psichiatrico Giudiziario: valutazioni e riflessioni ‘oltre il confine’”, in *Sestante*, 2015, 1, 36.

Severino Di Benedetto P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988.

Stella F., “La responsabilità penale dello psichiatra nel trattamento open-door”, in AA. VV., *Problemi giuridici attuali della legislazione psichiatrica*, Il pensiero scientifico, Roma, 1974.

Ugolini B., *Diritto e psichiatria dopo la Legge 180*, Tesi di Dottorato di Ricerca in “Teorie del Diritto e della Politica”, Università degli Studi di Macerata, Ciclo XXV, 2013.

Venchiarutti A., “Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica”, in Lenti L. - Palermo Fabris E. - Zatti P. (a cura di), *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, 829 ss.

Veneziani P., “L’attività medica in rapporto al malato di mente. La responsabilità colposa (omissiva) del sanitario per fatti di omicidio/lesioni realizzati dal pazienti nei confronti di terzi”, in Marinucci G.- Dolcini E. - Veneziani P. (a cura di), *Trattato di Diritto penale - Parte speciale, I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, Tomo II, Cedam, Padova, 2003, pp. 338 ss.

Veneziani, P., *Regole cautelari proprie e improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Giuffrè, Milano, 2003.

Venturini E. - Casagrande D. - Torresini L., *Il folle reato: il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, Franco Angeli, Milano, 2010.

Viganò F., “Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per *medical malpractice*”, in *Corriere del Merito*, 2006, 8-9, 962.

Vitali M. - Zaccagni M. - Bonello M. - Aceti F., “L’assistenza psichiatrica in Italia”, in *Rivista di Psichiatria*, 2010, 45(2), pp. 71-77.

Zanchetti M., “Fra l’incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione, nota a

Cass. Pen., IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, Guida”, in *Cass. pen.*, 2004, 9, pp. 2854 ss.

Zanconi M.C., “Un paziente si uccide: lo psichiatra poteva prevederlo?”, in AA. VV., *Processi penali processi psicologici*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 276 ss.

Sitografia

- http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?id=168&area=salute%20mentale&menu=rete
- http://www.salute.gov.it/saluteMentale/documenti/PO_SaluteMentale_1994_96.pdf
- http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_558_allegato.pdf
- www.arap.it
- <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2017-02-20/finisce-l-era-ospedali-psichiatrici-giudiziari-175909.shtml?uuid=AEvEQmZ>
- <http://aic.camera.it/aic/scheda.html?core=aic&numero=4/10165&ramo=C&leg=17>
- http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_592_allegato.pdf
- http://psychiatryonline.org/pb/assets/raw/sitewide/practice_guidelines/guidelines/suicide.pdf

Giurisprudenza di merito

- Ordinanza 12 luglio 1971, n. 380
- Trib. Trieste, 23 novembre 1990
- App. Roma, 20 ottobre 2003
- Trib. Milano IX, 8 aprile 2014

Giurisprudenza di legittimità

- Cass. 6 marzo 1967, n. 447
- Cass. 10 marzo 1980, n. 1601
- Cass. III, 19 giugno 1997, n. 5485
- Cass. IV, 29 settembre 1997, n. 1693
- Cass. IV, 6 giugno 2000, n. 1340
- Cass. III, 23 maggio 2001, n. 7027
- Cass. V, 6 aprile 2005, n. 22579
- Cass. IV, 14 novembre 2007, n. 10795
- Cass. IV, 27 novembre 2008, n. 48292
- Cass. IV, 22 novembre 2011, n. 4391
- Cass. IV, 11 luglio 2012, n. 35922
- Cass. IV, 7 febbraio 2007, n. 42670
- Cass. IV, 30 gennaio 2008, n. 8611
- Cass. IV, 6 novembre 2003, n. 10430
- Cass. III, 16 giugno 2005, n. 12965
- Cass. IV, 22 maggio 2007, n. 25527
- Cass. IV, 21 giugno 2007, n. 39592
- Cass. IV, 6 novembre 2007, n. 840
- Cass. IV, 14 novembre 2007, n. 10795
- Cass. IV, 13 febbraio 2008, n. 10860
- Cass. III, 20 giugno 2008, n. 16803
- Cass. IV, 12 novembre 2008, n. 4107
- Cass. IV, 5 febbraio 2009, n. 18950

- Cass. IV, 27 febbraio 2009, n. 20010
- Cass. IV, 16 giugno 2011, n. 29476
- Cass. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493
- Cass. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237
- Cass. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289
- Cass. IV, 18 dicembre 2014, n. 21243
- Cass. IV, 4 febbraio 2016, n. 14766
- Cass. IV, 11 maggio 2016, n. 2328

Giurisprudenza costituzionale

- Corte Cost., 22 giugno 1990, n. 307
- Corte Cost., 15 gennaio 1997, n. 364
- Corte Cost., 26 giugno 2002, n. 282
- Corte Cost., 18 luglio 2003, n. 253
- Corte Cost., 17 novembre 2004, n. 367
- Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438

Giurisprudenza internazionale ed europea

- Marie Solbrig v. Usa no. 92 C 8249, United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 1995 U.S. Dist. Lexis 2201
- Corte E.D.U., IV, 22 novembre 2016, Hiller c. Austria

Ringraziamenti

Desidero rivolgere un ringraziamento a chi mi ha accompagnato in questo percorso di studio ma anche di crescita personale.

Alla professoressa Minerva, per avermi dato l'opportunità di affrontare un tema controverso e delicato, seguendomi sempre con grande interesse e partecipazione. Sono felice di averla scelta per le sue preziose qualità professionali e umane, e le sono grata per avermi trasmesso serenità e fiducia in questi mesi.

Al professor Enrico Gallucci, per la garbata disponibilità e per i preziosi consigli.

Alla mia famiglia, presenza tanto rumorosa quanto insostituibile e a Cleo, presenza silenziosa nelle mie notti bianche.