



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO PENALE DELLE SCIENZE MEDICHE E
BIOTECNOLOGIE

**LA RESPONSABILITA' PENALE DELLO
PSICHIATRA**

RELATORE

Prof. **CRISTIANO CUPELLI**

CANDIDATO

GRETA AGNIFILI

Matr. 111103

CORRELATORE

Prof. **ANGELO CARMONA**

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

INDICE

CAPITOLO I LA COLPA MEDICA

<i>1. Il concetto dogmatico di colpa.</i>	1
<i>2. Colpa generica e colpa specifica. Il ruolo delle regole cautelari.</i>	10
<i>2.1 L'attribuibilità dell'inosservanza della regola di condotta.</i>	13
<i>2.2 La colpa professionale in ambito medico.</i>	18
<i>2.3 I limiti della colpa medica per effetto della Legge Balduzzi.</i>	20
<i>2.4 Il grado della colpa. Colpa lieve e colpa grave dopo la riforma Balduzzi.</i>	27
<i>3. La responsabilità colposa dello psichiatra. Cenni e profili problematici.</i>	31

CAPITOLO II LA POSIZIONE DI GARANZIA DELLO PSICHIATRA

<i>1. La causalità omissiva. L'impatto della sentenza Franzese.</i>	38
<i>2. La sentenza Franzese. Profili di innovazione e problemi ancora aperti.</i>	42
<i>2.1 La natura della condotta: omissiva o commissiva?</i>	44
<i>3. La posizione di garanzia dello psichiatra ed il suo oggetto: il paziente.</i>	53
<i>3.1 Il consenso del paziente come presupposto e limite degli obblighi di garanzia dello psichiatra.</i>	59

<i>3.2 Segue: il ruolo delle regole cautelari. Gli atti autolesivi del paziente. Il rischio suicidario.</i>	65
<i>4. La pericolosità sociale. Il ruolo dello psichiatra nel contesto forense.</i>	79
<i>4.1 La crisi del concetto psichiatrico-criminologico di pericolosità nel sistema penale.</i>	81
<i>4.2 Segue: la valutazione di pericolosità sociale: soluzioni prospettate.</i>	86
<i>5. La nuova responsabilità degli operatori sanitari alla luce delle ultime modifiche normative.</i>	91

CAPITOLO III

LA COERCIZIONE DEL PAZIENTE PSICHIATRICO

<i>1. La Costituzione italiana e la condizione dei malati di mente.</i>	94
<i>2. L'evoluzione normativa: la soppressione degli OPG.</i>	97
<i>2.1 La contenzione nelle emergenze psichiatriche.</i>	100
<i>3. La legge n. 81 del 2014: infermità di mente e pericolosità sociale.</i>	108
<i>3.1 Segue: le misure alternative al ricovero in OPG. L'istituzione delle REMS.</i>	114
<i>3.2 Segue: la protezione giuridica dell'infermo di mente. Profili civilistici.</i>	119
<i>4. Lo psichiatra tra cura e custodia. Il trattamento sanitario obbligatorio.</i>	121
<i>4.1 Segue: gli obblighi dello psichiatra tra funzione di protezione e dovere di controllo.</i>	
<i>Il caso Pozzi.</i>	127
<i>4.2 Segue: la casistica giurisprudenziale.</i>	137
<i>5. La legge Basaglia: profili critici a quasi quarant'anni dalla sua entrata in vigore.</i>	140

CAPITOLO I

LA COLPA MEDICA

1. Il concetto dogmatico di colpa.

Il reato colposo ha acquisito autonomia dogmatica in tempi relativamente recenti nell'ambito dell'elaborazione dottrinale: l'impostazione tradizionale, riconducibile alla dogmatica d'oltralpe, fonda la rilevanza penale dell'azione sul paradigma del delitto attivo e doloso. Il rimprovero penale scaturirebbe dunque da un impulso volontario e consapevole dell'uomo, finalisticamente volto al raggiungimento di un determinato obiettivo. Secondo tale teoria, pertanto, l'azione si presenta come un accadere teleologicamente orientato, non meramente causale: *“la finalità o conformità allo scopo poggia su ciò, che l'uomo in base al suo sapere causale è in grado di prevedere entro determinati limiti le possibili conseguenze del suo operare, di porsi molteplici obiettivi e di orientare la sua attività verso il loro raggiungimento”*¹.

Tale concezione, tuttavia, si presta ad un'obiezione difficilmente superabile: non tutte le condotte dell'uomo sono conformi allo schema mezzo-scopo, senza contare che nelle azioni colpose la finalità è solo eventuale, prospettando dunque il rischio di una “caccia al dolo nella colpa”² sostanzialmente ineliminabile.

Appare pertanto evidente l'autonomia della fattispecie colposa, la cui peculiarità si inquadra precisamente nel requisito soggettivo, carente di quella connotazione volontaristica ed intenzionale tipica del dolo e giustificativo, di conseguenza, di un trattamento sanzionatorio più mite rispetto alle corrispondenti ipotesi dolose.

La conferma della natura autonoma della fattispecie colposa è fornita dal dettato normativo, in particolare dall'art 42, comma 2, c.p.: *“Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo, espressamente preveduti dalla legge”*.

¹ H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht: Eine Systematische Darstellung*, De Gruyter Lehrbuch, 1989.

² G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 38.

Quale manifestazione di colpevolezza, la colpa si configura dunque in forma eccezionale e sussidiaria rispetto al dolo; è inoltre indispensabile, come fondamento di una responsabilità a titolo di colpa, l'esistenza di una disposizione penale che punisca *expressis verbis* un'ipotesi di reato di natura colposa. D'altronde, sarebbe inappropriato tutelare uno stesso bene giuridico da modalità di aggressione più lievi, scaturenti da comportamenti approssimativi e frettolosi, e non da forme indiscutibilmente più gravi, come le violazioni commesse da chi dimostri una totale ribellione all'insieme di valori espressi dall'ordinamento penale e dia prova di un consapevole intento di integrare una specifica fattispecie di reato.

Indispensabile nell'analisi della colpa risulta l'art 43 c.p., che fornisce la nozione di delitto colposo e ne descrive gli elementi strutturali. La suddetta norma specifica infatti che esso è integrato "quando l'evento, anche se preveduto, non è dall'agente voluto e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline". Gli elementi costitutivi del delitto colposo presentano dunque una duplice natura: psicologica - come assenza di volontà dell'evento -, e normativa - come violazione di regole cautelari -.

Il primo requisito ha carattere negativo e traccia una netta linea di demarcazione tra la fattispecie colposa e quella dolosa, in cui la realizzazione del reato è concretizzazione di una volontà effettiva, la quale è a sua volta fulcro del disvalore del fatto. Il richiamo normativo al termine "evento" ha stimolato alcuni autori³ a definire la nozione codicistica di colpa incompleta, sulla base della sua presunta inidoneità a ricomprendere i reati di mera condotta, nei quali la punizione legislativa prescinde dalla realizzazione di un evento in senso naturalistico. Tale osservazione risulta, tuttavia, opinabile, attesa la possibilità che il concetto di evento, nel diritto penale, venga in rilievo non solo in senso naturalistico - come conseguenza eziologica di un comportamento umano, concretamente apprezzabile nel mondo materiale -, ma anche in senso giuridico, come lesione o esposizione a pericolo di un bene giuridico o di un interesse primario tutelato dall'ordinamento. La dottrina prevalente⁴ attribuisce all'evento di cui all'art. 43 c.p. una qualificazione giuridica, ed è pertanto agevole ritenere che l'evento rappresenti un requisito imprescindibile anche nei reati di mera condotta.

³ A. CASTALDO, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1987, 127; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009.

⁴ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, 71; A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, 1996; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, 2008, 246; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, 1999.

Ove si consideri, dunque, l'evento di cui all'art. 43 c.p. in senso giuridico, lo stesso evento sarà un requisito indefettibile anche nei reati di mera condotta. Alla stregua del principio di offensività, infatti, il brocardo "*nullum crimen sine iniuria*" assumerà valenza positiva, come l'elaborazione dottrinale suggerisce⁵.

Prendendo le mosse dall'evento così qualificato, rimane, quindi, ancor più agevole comprendere la differenza tra i concetti di dolo e di colpa: la rimproverabilità a titolo di dolo si fonda senz'altro sull'assunto che l'evento delittuoso è stato oggetto di rappresentazione psicologica e, in sostanza, quindi, voluto – da parte dell'attore, già prima di essere concretizzato nella realtà percettiva. La punibilità dell'evento colposo, invece, non si ricollega mai alla volontà dell'attore (il delitto colposo è "contro l'intenzione" a norma dell'art. 43 c.p.) né, generalmente, alla prevedibilità dell'evento in questione. Difatti, sulla scorta di quanto predetto, il legislatore del '30 ha previsto l'applicazione della circostanza aggravante ex art. 61, comma 1, n. 3 c.p. a colui che "nei delitti colposi ha agito nonostante la previsione dell'evento".

Quanto al requisito positivo, ai fini dell'integrazione della fattispecie criminosa si richiede la presenza di "negligenza o imprudenza o imperizia", ovvero "l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline". Da ciò emerge la dimensione normativa della colpa, come contrarietà del comportamento concretamente posto in essere dall'agente a quello considerato doveroso sulla base dei canoni di diligenza, prudenza o perizia o dei dettami imposti nelle norme e regole cautelari contenute nelle suddette fonti, e risulta ancor più evidente la differenza rispetto al dolo, caratterizzato soltanto da elementi psicologici reali.

Oltre alla nozione di colpa elaborata dal nostro legislatore, è opportuno menzionare le diverse teorie tratteggiate in ordine all'elemento psicologico, idoneo a configurare una forma autonoma di responsabilità, distinta da quella a titolo di dolo.

Di immediato interesse sono le teorie di stampo soggettivo, fondate sulla indefettibilità di una connessione psichica tra soggetto e fatto di reato ai fini di un rimprovero per colpa.

La prima teoria attribuisce un ruolo cardine alla categoria della prevedibilità, definibile come capacità di rappresentarsi *ex ante* la realizzazione dell'evento che la norma cautelare era volta a prevenire. La responsabilità colposa si fonderebbe, dunque, sulla mancata previsione di una conseguenza criminosa che l'agente avrebbe dovuto e potuto considerare nel momento in cui ha

⁵ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IV edizione 2013, 856.

posto in essere il fatto costituente reato. Tale teoria, tuttavia, presta il fianco a due obiezioni insormontabili.

Innanzitutto si evidenzia l'inapplicabilità della suddetta teoria nel caso di attività socialmente utili, tra le quali rientra, indiscutibilmente, l'esercizio della professione medica. In questa situazione il soggetto agente risponde innanzitutto di un'obbligazione di mezzo e non di risultato, e si prefigura la possibilità che la sua condotta possa avere un esito infausto sul paziente. Egli, pertanto, è autorizzato ad agire, nel limite, però, del "rischio consentito", in nome della salvaguardia del valore costituzionalmente garantito - e pertanto gerarchicamente prioritario secondo l'ordinamento - della salute⁶. In secondo luogo, appare impossibile ricomprendere in questa interpretazione il caso della colpa cosciente, dove l'attore, ponendo in essere un certo comportamento, prevede la possibilità di verificazione dell'evento nocivo, ma confida nella sua non realizzazione, sulla base delle sue personali abilità o, ad esempio, in rapporto alle caratteristiche ambientali⁷.

Non è un caso che il legislatore applichi alla colpa cosciente il combinato disposto degli artt. 43 c.p. e 61, comma 1, n. 3, c.p., che aggrava la pena a colui che agisce nonostante la previsione dell'evento. In questa evenienza, infatti, è proprio la mancanza di volizione del fatto tipico a costituire la distinzione, fondamentale, con l'ipotesi di dolo eventuale.

Altrettanto limitata è la concezione che incentra il contenuto della colpa sulla evitabilità dell'evento, alla stregua della quale la responsabilità a titolo di colpa si basa sull'assunto che il soggetto avrebbe potuto prevenire le conseguenze dannose del suo agire in un momento antecedente alla commissione del fatto di reato. Ancora una volta, tale impostazione è inconciliabile con le attività socialmente utili, poiché, per poter evitare con certezza l'evento, sarebbe, per assurdo, necessaria l'inibizione e la proibizione aprioristica delle attività stesse, con effetto estremamente limitativo sulla tutela dei beni giuridici di primaria importanza dalle medesime tutelati.

⁶ Art. 32 Cost.: *"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. 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"*.

⁷ Ad esempio, il residente di un paese di montagna, confidando nella conoscenza delle strade della zona e nelle sue abilità di guidatore, guida a velocità sostenuta oltre il limite consentito e provoca un incidente letale.

Non appaiono corrette neanche quelle teorie che conferiscono un ruolo preponderante alla pericolosità della condotta, nella misura in cui sostengono che a giustificare l'addebito per colpa possa essere sufficiente la realizzazione di un comportamento rischioso da parte dell'agente, cui consegua un evento lesivo. E' agevole notare come non si prenda in debita considerazione l'esistenza di attività socialmente necessarie ma intrinsecamente ed oggettivamente pericolose, con l'effetto paradossale ed inconveniente di inibirle in radice, mediante la minaccia di un addebito di natura penale. Emblematica, in questo frangente, l'osservazione di Antolisei, secondo il quale “*il pericolo altro non è che una congettura sul probabile verificarsi di un risultato*”⁸, con intuitiva attenuazione dei profili di differenza tra questa teoria e la teoria della prevedibilità, fino alla loro quasi totale sovrapposizione.

Risultano deboli anche le elaborazioni che rinvergono il nocciolo tipico della colpa nella violazione di un generico “dovere di attenzione”, poiché eccessivamente lacunose. Sono molteplici, infatti, i casi in cui l'agente riceve un addebito a titolo di colpa come conseguenza della violazione di regole a contenuto tecnico, poste dalla *lex artis*: in tali ipotesi, il soggetto potrebbe considerarsi colpevole per l'espletamento di una condotta con assenza di perizia, pur avendo prestato la dovuta attenzione al rispetto della corrispondente regola cautelare - come accade nell'ipotesi di “colpa per assunzione”, per l'analisi della quale si rinvia ai paragrafi successivi -.

Non persuade neanche la teoria che individua nell'errore il contenuto imprescindibile dell'imputazione colposa. Sebbene il combinato disposto degli artt. 43 e 47 del codice penale suggerisca che l'errore è intrinsecamente incompatibile con un addebito a titolo di dolo, non è necessario perché si integri la colpa che l'agente abbia avvertito la realtà circostante in maniera distorta o abbia impiegato in maniera erronea i mezzi di esecuzione del reato. Ne consegue che errore e colpa sono tra di loro conciliabili, ma non necessariamente devono coesistere: basti pensare alla categoria della c.d. “colpa impropria”, configurabile nei casi in cui il soggetto agisce con il riconoscibile intento di cagionare l'evento⁹.

Alle teorie di stampo soggettivo si affiancano le teorie oggettive, la cui comune caratteristica consiste nel tentativo di ricondurre il contenuto dell'imputazione colposa ad una formulazione

8 F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2013, 372.

9 A titolo di esemplificativo, si propongono vari esempi:

- l'eccesso colposo nelle scriminanti (art. 55 c.p.): esiste una situazione di pericolo ma si eccedono i limiti di reazione stabiliti dalla legge;
- l'erronea supposizione di cause di giustificazione (art. 59 comma 4 c.p.), c.d. scriminanti putative: la situazione di pericolo non esiste ma è erroneamente e giustificatamente supposta dall'agente;
- l'errore sul fatto determinato da colpa (art. 47 comma 1 c.p.): se l'errore sul fatto costituente reato è determinato da colpa, la punibilità non è esclusa.

Nelle ipotesi delineate, è presente la volontà dell'evento, ma la situazione che il soggetto si rappresenta è diversa da quella effettiva. In altre parole, l'errore cade sulla rappresentazione.

unitaria, pur non scongiurando però il rischio di degradazione delle ipotesi di responsabilità colposa a forme di imputazione oggettiva dell'evento.

Tra queste, le più significative segnalate dalla dottrina⁸ sono due: la teoria della causa efficiente e la teoria mista.

Alla luce della prima teoria, perché possa configurarsi la colpa è necessario che l'autore del reato sia "causa efficiente" di un evento, ponendosi come antecedente logico dello stesso, e che si avvalga di mezzi antiggiuridici, ossia essenzialmente contrari alla logica sottesa all'ordinamento. Immediatamente emergono tuttavia le debolezze dell'assunto, incentrato esclusivamente sulla componente oggettiva - come accade per la quasi totalità delle teorie appartenenti a questa categoria -. Il concetto di causalità è riscontrabile infatti in tutti i reati di evento, come dimostrato dal *dictum* dell'art. 40 c.p. ("*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*") ed è, singolarmente considerato, inidoneo a spiegare la fattispecie colposa, la cui struttura non può prescindere dalla considerazione degli elementi soggettivi e psicologici afferenti all'agente concreto. Ridurre l'imputazione colposa alla mera violazione di standard o modelli comportamentali, senza concentrarsi sul quantum di esigibilità dell'adeguamento da parte del soggetto agli standard medesimi, significherebbe prospettare un tipo di responsabilità di carattere prettamente oggettivo, pertanto contrario al dettato costituzionale, in particolare all'art. 27 della Carta che, nello statuire, al comma 1, la personalità della responsabilità penale, postula non solo il divieto di una responsabilità per fatto altrui, ma richiede altresì una responsabilità penale personale colpevole, ossia connotata dalla presenza dell'elemento psicologico, nella forma del dolo o della colpa.

⁸ F. CARINGELLA, op. cit., 859.

Più persuasiva sembra la teoria mista, i cui sostenitori, benché reputino indispensabile la violazione di una regola cautelare di stampo sociale o giuridico ai fini dell'integrazione di una fattispecie colposa, ritengono indispensabile l'esigibilità della condotta doverosa da parte dell'agente. Ne consegue un importante profilo di tutela per l'individuo, con il recupero di quella colpevolezza necessaria per fondare un addebito penale: perché la rimproverabilità a titolo di colpa penale sia legittima non sarà più sufficiente la mera trasgressione del canone di diligenza prescritto, ma si renderà necessaria un'ulteriore verifica, volta ad accertare la concreta possibilità da parte dell'agente, di agire, nel caso concreto, *secundum ius*, e dunque finalizzata a rilevare la sussistenza della concreta possibilità di pretendere l'osservanza della regola cautelare da parte dell'autore del reato.

In conclusione, è possibile esporre brevemente gli elementi costitutivi dell'illecito colposo:

- 1) la mancanza di volizione del fatto tipico materiale (elemento negativo);
- 2) l'inosservanza delle regole di condotta, formulate ai fini della tutela di determinati beni giuridici (elemento oggettivo);
- 3) l'attribuibilità di tale inosservanza al soggetto attivo del reato (elemento soggettivo).

Tali elementi portano a suddividere l'istituto della colpa in due categorie. La prima categoria ricomprende la colpa incosciente, ossia l'ipotesi ordinaria e più comune, che non si discosta dalla nozione codicistica di colpa, e che ricorre quando l'individuo agisca senza contemplare la possibilità che l'evento dannoso si verifichi.

Alla seconda categoria appartiene, invece, la colpa cosciente (o "colpa con previsione"). Essa ricorre quando il singolo pone in essere un fatto di reato pur essendosi rappresentato la possibilità che si realizzi, anche se tale previsione è assistita dalla convinzione che la conseguenza lesiva non avrà luogo. Dunque, anche se l'evento delittuoso è oggetto di rappresentazione, non si esula dalla sfera della colpa: il presupposto fondamentale, ovviamente, resta la mancanza di coscienza e volontà da parte dell'agente, ovvero l'erronea convinzione della sussistenza di un elemento negativo.

Così delineata la nozione di colpa cosciente, è innegabile che essa possieda grandi affinità con la fattispecie del dolo eventuale⁹. Tuttavia, la distinzione tra le due figure in sede applicativa,

⁹ Vedasi G. FIANDACA-E. MUSCO, *Manuale di diritto penale, parte generale*, VI edizione 2013, 368: "La problematicità di questa figura di dolo deriva anche dal suo collocarsi in una zona-limite con la colpa con

oltre a presentare evidenti difficoltà, emerge in particolar modo dal punto di vista sanzionatorio, essendo legate al delitto doloso conseguenze sanzionatorie più gravi rispetto al delitto colposo, sempreché la legge faccia espressamente corrispondere allo stesso una responsabilità anche a titolo colposo (si consideri l'omicidio volontario, ex art. 575 c.p., punito più rigorosamente dell'omicidio colposo di cui all'art. 589 c.p.). E' opportuno, di conseguenza, delineare in modo chiaro i confini tra i due parametri soggettivi: sono state elaborate, al riguardo, plurime teorie, riassumibili in tre cardinali indirizzi ermeneutici.

Una prima elaborazione, frutto della c.d. teoria intellettualistica, individua l'elemento distintivo tra la colpa cosciente e il dolo eventuale nella prevedibilità del risultato: nella colpa cosciente, la verificabilità dell'evento è apprezzabile soltanto astrattamente, mentre nel dolo eventuale l'agente considera il verificarsi dell'evento come concretamente possibile.

Altre correnti, le c.d. teorie emotive, affidano la distinzione tra le due categorie a fattori di tipo emotivo e vagamente moraleggiante: versa in dolo chi si mostra indifferente rispetto alla realizzazione dell'evento che, pur non essendo oggetto immediato della sua volontà, viene consapevolmente rappresentata ed accettata; agisce in colpa, invece, chi ritiene l'evento evitabile in virtù di proprie abilità personali e confida, dunque, nella sua non verificazione.

Un diverso orientamento, riconducibile alla teoria volontaristica, considera pregnante l'elemento volitivo, effettuando un giudizio prognostico fondato su quale condotta il reo avrebbe adottato qualora fosse stata indubbia la verificazione dell'evento delittuoso da lui non voluto: così, ricorrerà il dolo eventuale se l'agente avrebbe agito nonostante la certezza della realizzazione dell'evento collaterale, mentre si avrà colpa cosciente qualora il soggetto, di fronte a tale consapevolezza, si sarebbe astenuto dal porre in essere la condotta lesiva.

Si menziona, infine, la c.d. teoria mista, imperniata sul criterio dell'accettazione del rischio: secondo tale orientamento accettare il rischio di produrre l'evento equivale a voler cagionare l'evento stesso. Ne consegue che sarà responsabile a titolo di dolo eventuale il soggetto che, pur non essendo precipuamente intenzionato a produrre l'evento, poiché la sua condotta è diretta ad altri scopi, accetta e si fa carico del rischio che tale evenienza si concretizzi come conseguenza della sua condotta. Nella colpa cosciente, invece, l'agente si prefigura la possibilità che l'evento

previsione o cosciente che, secondo l'art. 61 n. 3 c.p., comporta un aggravamento di pena. La configurabilità del dolo eventuale ha, innanzitutto, per presupposto che il soggetto agisca senza il fine di commettere il reato: altrimenti, egli agirebbe con dolo intenzionale. Piuttosto, l'agente deve rappresentarsi la commissione di un reato soltanto come conseguenza possibile di una condotta diretta ad altri scopi".

si realizzi, ma agisce nella ragionevole speranza che ciò non accada, confidando nella propria capacità di governare la propria condotta e le sue conseguenze: non sarà pertanto sufficiente la mera speranza, ma una speranza avvicinata alla certezza, sicuramente oggetto di una convinzione personale ed avventata, ma comunque dotata di un fondamento razionale, in modo da poter valutare, a posteriori, che, dato lo status soggettivo del reo e le circostanze di fatto esistenti al momento della realizzazione della condotta, il soggetto abbia confidato di essere in grado di evitare la produzione dell'evento. La tesi appena esposta, prevalente tanto in dottrina¹⁰ quanto in giurisprudenza¹¹, individua nuovamente il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente nell'elemento volitivo: il dolo eventuale resta pur sempre una forma di dolo, sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 43 comma 1 c.p., che richiede non soltanto la previsione, ma anche la volontà di cagionare l'evento.

Nel settore medico spesso sorgono dubbi sulla qualificazione di una determinata condotta come dolo eventuale o come colpa cosciente. Si riporta in questa sede un esempio chiarificatore, inquadrabile nel settore della sperimentazione di farmaci off label¹².

Si tratta del caso di una psichiatra che, avendo in cura una bambina di dodici anni abbondantemente superiore ai cento chili di peso, le prescrive a scopo dimagrante un farmaco, il Topamax, deputato alla cura dell'epilessia avente come effetto collaterale, tra gli altri, un effetto anoressizzante. Il risultato agognato, tuttavia, non si verifica, anzi, a manifestarsi sono altri tipi di effetti collaterali: depressione, irritabilità, incubi, allucinazioni, protrattisi per oltre quaranta giorni. Il pubblico ministero procede dunque contro la psichiatra con l'accusa di lesioni personali dolose. Il giudice, tuttavia, ritiene opinabile la valutazione operata dal pubblico ministero e, nell'individuare il titolo soggettivo di responsabilità, si avvale del criterio dell'accettazione del rischio, elemento discretivo tra la colpa cosciente - o colpa con previsione - e il dolo eventuale. Seguendo questo ragionamento, ne conseguirà che il medico che abbia

¹⁰ G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-1978, 339; F. GIUNTA, op. cit.

¹¹ *Ex plurimis*, sent. Thyssenkrupp, 24 aprile 2014 n. 38343.

¹² Si parla di prescrizione off label, o "fuori etichetta", quando il farmaco viene prescritto per una indicazione terapeutica diversa da quella contenuta nell'autorizzazione ministeriale d'immissione in commercio; indicazione poi trasposta nel foglietto illustrativo accluso alla confezione (c.d. bugiardino). La prescrizione è ritenuta off label anche quando l'indicazione terapeutica è autorizzata, ma non è autorizzata la via o la modalità di somministrazione prescelta: ad esempio, non è autorizzata la somministrazione per via sottocutanea o il numero di dosi supera la posologia autorizzata.

travalicato i confini di liceità della prescrizione stabiliti dalla legge¹³, accettando il rischio dell'insorgere di conseguenze dannose, risponderà di lesioni personali dolose, a titolo di dolo eventuale. Nel caso sopraindicato, il giudice di primo grado ha emesso nei confronti della psichiatra sentenza di condanna per lesioni dolose, sostenendo che l'imputata non avesse seguito l'andamento della rischiosa terapia intrapresa, oltrepassando in tal modo la sfera del rischio consentito. Tale ragionamento, tuttavia, è stato facilmente controbattuto in appello, derubricando le accuse da dolo a colpa, non tanto sulla base del criterio dell'accettazione del rischio, quanto piuttosto sulla considerazione generale per cui il medico versa in dolo quando in lui alberga la consapevole volontà di ledere, conclusione da escludere viste le finalità terapeutiche connaturate alla professione medica, e non configurabile, di conseguenza, neanche nel caso di specie. Per imputare al medico una condotta dolosa, nell'accezione particolare di dolo eventuale, sarà dunque necessario dimostrare che il medico abbia agito consapevolmente in violazione delle *leges artis*: in tal caso, la rappresentazione dell'evento è pienamente compatibile con la sua accettazione, e dunque con il dolo eventuale¹⁴.

L'esempio proposto è espressivo della tendenza generalizzata in giurisprudenza¹⁵ ad escludere, in linea di principio, una rimproverabilità a titolo di dolo in seno all'attività medica, avvalorando ulteriormente la natura essenzialmente colposa di tali tipologie di condotta.

2. Colpa generica e colpa specifica. Il ruolo delle regole cautelari.

Si è fino ad ora avuto modo di notare che nell'ambito dell'attività medica assume inconfutabile centralità il requisito, di stampo oggettivo-normativo, dell'inosservanza delle regole di condotta, precauzionali o cautelari, finalizzate a tutelare determinati beni giuridici da condotte pericolose degli individui, e pertanto orientative dei comportamenti di questi ultimi.

Sotto tale profilo, è fondamentale illustrare la distinzione tra altre due categorie di colpa, la colpa generica e la colpa specifica, avendo premura di precisare immediatamente che tale classificazione non implica differenziazioni nell'ambito della disciplina, dato che la sanzione in concreto applicabile, in assenza di circostanze aggravanti o attenuanti, resta la sanzione base

¹³ Legge 94/98, cosiddetta Legge Di Bella.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077.

¹⁵ *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. IV, 2016, n. 18780; Cass. Pen., Sez. IV, 2016, n. 1846.

prevista per il reato colposo. Il fattore distintivo si rinviene nelle regole di condotta la cui violazione è posta a fondamento del rimprovero a titolo di colpa.

Nel caso di colpa generica, si contesta al soggetto di aver cagionato l'evento a causa di negligenza, imperizia o imprudenza, che si manifestano nella violazione di una norma a contenuto precauzionale che imponga di astenersi dall'attuazione della condotta posta in essere o preveda l'adozione di specifiche cautele.

Più precisamente, la negligenza si sostanzia nella "inosservanza di una regola di condotta con finalità preventiva che prescrive un comportamento attivo e, dunque, nell'omissione di una cautela doverosa a causa di un difetto di attenzione o di sollecitudine"¹⁶.

L'imprudenza, invece, già nel suo significato letterale, si traduce in un comportamento avventato, posto in essere in violazione di una norma cautelare che suggerisca di astenersi da una determinata operazione o imponga di adempierla secondo precise procedure.

L'imperizia è definibile invece come "*inettitudine rispetto a regole tecniche sancite dalle leges artis dei singoli ambiti disciplinari di riferimento*"¹⁷.

La colpa generica, dunque, è suscettibile di assumere diverse connotazioni, ognuna delle quali rappresenta una diversa modalità di violazione di misure stigmatizzate da regole sociali, a loro volta definibili come la trasposizione e fossilizzazione di giudizi di prevedibilità ed evitabilità di eventi lesivi verificatisi nel tempo.

Nel caso di colpa specifica, il rimprovero che si muove all'individuo è di aver agito in difformità di una regola di condotta di stampo giuridico - sia essa una legge, un regolamento, un ordine o, più generalmente, una data disciplina -, volta a prevenire la realizzazione di specifici eventi e rivolta ad una determinata categoria di soggetti - vi si possono ricomprendere, ad esempio, gli automobilisti, i datori di lavoro, gli ingegneri o, per l'appunto, i medici -.

Come affermato *expressis verbis* dall'art 43 c.p., a connotare la colpa specifica è la disobbedienza di regole a contenuto cautelare che promanano da specifiche fonti di ordine giuridico: "leggi, regolamenti, ordini o discipline".

¹⁶ F. ANTOLISEI, op. cit.

¹⁷ F. CARINGELLA, op. cit., 878.

Analizzando le leggi formali ordinarie, secondo l'assunto del sistema delle fonti kelseniano, esse si trovano ad un livello primario, subalterne solo alle leggi costituzionali e a talune fonti internazionali che si collocano a livello intermedio tra le leggi formali ordinarie e la Costituzione (es. direttive europee self executing, regolamenti, trattati internazionali)¹⁸. Esse vengono approvate da entrambi i rami del Parlamento secondo il procedimento di cui agli artt. 70 e ss. Le peculiarità che le contraddistinguono sono la generalità e l'astrattezza, nonché la vincolatività immediata per i consociati. Ad esse sono equiparabili gli atti aventi forza di legge, disciplinati dagli artt. 76 e 77 della Costituzione, ossia i decreti legislativi e i decreti legge.

Occorre tuttavia circoscrivere la nozione di legge rilevante ai fini della configurazione di una colpa specifica alle sole leggi che contengono una finalità cautelare: è ormai obsoleta, infatti, l'elaborazione dottrinale tradizionale alla stregua della quale, con riferimento alla formulazione letterale dell'art. 43 c.p., giustificerebbe una rimproverabilità a titolo di colpa specifica la violazione di qualunque "legge". Con particolare riguardo alla legge penale, i seguaci di tale filone dottrinale erano soliti attribuire ad essa una duplice finalità, repressiva e preventiva: repressiva, data la finalità punitiva di condotte colpevoli, preventiva in quanto volta a mettere in guardia i destinatari sui pericoli legati alla sua trasgressione. Tale orientamento presta il fianco ad obiezioni difficilmente sormontabili, fondate principalmente sull'osservazione che, se per l'integrazione di una fattispecie colposa fosse sufficiente la semplice violazione di un disposto penale, si finirebbe per considerare implicito il requisito psichico, cristallizzato nella condotta di trasgressione: individuando l'elemento soggettivo nella sola circostanza del *versari in re illicita*, si sconfinerebbe nel terreno della responsabilità oggettiva o della "colpa presunta". Un risultato intollerabile in un sistema penale imperniato sul principio di colpevolezza, inteso non solo come divieto di responsabilità per fatto altrui, ma anche e soprattutto come necessità di un fatto proprio colpevole, costituzionalmente tutelato a norma dell'art. 27.

Ne consegue che l'addebito per colpa specifica deriva dalla disobbedienza a quelle specifiche norme la cui finalità non è quella di reprimere, bensì di prevenire eventi dannosi: inoltre, suddette norme possono essere penali ma anche extrapenali (si pensi al Codice deontologico nell'ambito della professione medica, di per sé privo di carattere normativo).

¹⁸ Nel diritto europeo, ad esempio, è sancito il principio della "primazia": la legge interna contrastante con quella europea deve essere disapplicata dal giudice in ogni caso, se non in quello concernente la lesione di principi cardine (quelli che la Corte Costituzionale tedesca definisce Grundprinzipien) delle costituzioni degli Stati membri.

Quanto ai regolamenti, essi sono collocabili al livello secondario della gerarchia delle fonti e sono indubbiamente idonei ad avere un contenuto preventivo in qualità di atti amministrativi generali di carattere normativo emanati dalla Pubblica Autorità, volti a disciplinare lo svolgimento di particolari attività.

Gli ordini e le discipline pongono invece regole rivolte ad una categoria specifica di destinatari per la tutela di determinate tipologie di interessi e promanano dall'Autorità pubblica o privata.

Preme sottolineare che, nonostante il rapido avanzamento del progresso tecnologico abbia condotto ad una notevole ed incessante proliferazione di norme di settore con finalità preventiva, nell'ambito delle attività per loro natura maggiormente rischiose - come, nel nostro caso, l'attività medico-chirurgica - residuano inconfutabilmente fattori di rischio inediti o imprevedibili a priori, che il professionista cauto e ponderato è solito fronteggiare osservando le cautele richieste ed avvalendosi spesso delle c.d. "manovre di urgenza". Tale precisazione consente di comprendere che la puntuale obbedienza alle norme cautelari non sempre determina un esonero di responsabilità a titolo di colpa per il soggetto agente, ogni qualvolta si dimostri che egli abbia violato i parametri di diligenza, perizia e prudenza.

2.1 L'attribuibilità dell'inosservanza della regola di condotta.

Requisito indefettibile per l'ascrizione di responsabilità a titolo di colpa, sia essa generica o specifica, è l'elemento soggettivo: ricondurre la responsabilità colposa alla sola trasgressione delle regole di condotta significherebbe rinunciare all'accertamento della colpevolezza, prescindendo dunque dalla verifica della effettiva esigibilità dell'osservanza della medesima regola nel caso concreto da parte dell'agente. Il rischio di attribuzione di responsabilità per colpa presunta o *in re ipsa* si scongiura dunque mediante l'applicazione di criteri direttivi, distinti e peculiari per la colpa generica e specifica.

In caso di colpa generica, i canoni di riferimento per l'attribuzione di responsabilità al soggetto agente sono la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento realizzato - fatta eccezione per la colpa cosciente, nella quale la previsione dell'evento rende apprezzabile soltanto il profilo dell'evitabilità -.

L'indirizzo di gran lunga prevalente, in dottrina¹⁹ come in giurisprudenza²⁰, ritiene che tali parametri debbano essere accertati con il criterio della prognosi postuma. Questo prescrive al giudice di tenere in considerazione tutte le circostanze e condizioni esistenti nel momento della realizzazione del fatto di reato, ossia al momento in cui la condotta commissiva od omissiva è stata posta in essere.

Sembra evidente, peraltro, che i requisiti di prevedibilità ed evitabilità dell'evento non possano prescindere da un esame oggettivo attinente al profilo della causalità. Si applicherà, pertanto, il principio ex art. 42, comma 2, del codice penale. Si richiamerà a tal proposito la teoria della causalità umana, che prescrive che le cause sopravvenute sono suscettibili di escludere la sussistenza del nesso causale soltanto quando abbiano carattere di eccezionalità ed imprevedibilità. Ovviamente, le differenze tra le suddette categorie di colpa rispetto all'elemento soggettivo sono rilevabili anche sul piano dell'accertamento, che in tal caso dovrà essere condotto tenendo conto anche delle conoscenze non disponibili al momento della realizzazione della condotta. Concludendo, si può pertanto affermare che la sussistenza della prevedibilità sul piano soggettivo debba essere accertata su criteri aprioristici, in quanto non si può, in nessun caso, addebitare all'attore la mancata previsione di un evento che, basandosi sulle sue esclusive conoscenze, non avrebbe potuto in alcun modo prevedere e del quale neanche aveva avuto avvisaglie.

Occorre, a questo punto, individuare il parametro di riferimento alla stregua del quale verificare se l'evento fosse rappresentabile e prevedibile. Tra le diverse prospettazioni dottrinali a tale riguardo²¹, la tesi indubbiamente maggioritaria è quella incentrata sul criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, idoneo a delineare i confini del dovere di diligenza in concreto esigibile da parte dell'agente. L'*homo eiusdem professionis et condicionis* altro non è che un agente modello presumibilmente dotato delle attitudini richieste per il corretto svolgimento di una determinata attività. Si dovrà dunque seguire un'impostazione relativistica, parametrando la prevedibilità e l'evitabilità sull'agente modello.

¹⁹ S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. It. Med. Leg.* 2016, fasc. II, 583; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2013, fasc. I, 250.

²⁰ Cass. Pen, Sez. II, 2015, sent. n. 40912; Cass. Pen., Sez. IV, 2016, sent. n. 53326; Cass. Pen., Sez. IV, 2016, sent. n. 45506.

²¹ Si segnalano a tal proposito tre orientamenti: la teoria dell'"agente concreto", la teoria della "miglior scienza ed esperienza", ed infine la teoria "dell'uomo medio". Per approfondimenti, F. CARINGELLA, op. cit., 882 ss.

Questo modello di riferimento è ormai pacificamente accolto anche in giurisprudenza²², che incentra l'analisi sulle prerogative che il soggetto agente aveva o avrebbe dovuto avere in virtù di quanto è ragionevole attendersi da una persona che rivesta una determinata qualifica in determinate circostanze di tempo e di luogo. Recentemente si è inoltre rilevato che ai fini dell'affermazione di sussistenza della colpa occorre condurre una valutazione ex ante sulla prevedibilità dell'evento, sulla base dell'asserzione che non può essere rimproverata all'agente modello la mancata previsione di un evento che, in base alle conoscenze che aveva o che avrebbe dovuto avere, non poteva prevedere - rischiando, diversamente argomentando, di legittimare un addebito a titolo di responsabilità oggettiva -.

In ogni caso, nell'esame del parametro della prevedibilità, con specifico riguardo alla individuazione del momento cui occorre far riferimento per poter pretendere che l'agente riconoscesse i rischi della sua attività e i potenziali sviluppi lesivi, è da ritenere che l'agente abbia in proposito un obbligo di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune e anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma²³.

E' chiaro che, in relazione ai diversi tipi di attività e al contesto e alle condizioni in cui le attività vengono svolte, esisteranno una pluralità di agenti modello: ad esempio, non si potrà pretendere dal medico generico il livello di specializzazione nella cura di una malattia per cui esiste, nella scienza medica, una determinata specializzazione. Degna di nota a tal proposito è una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione²⁴ secondo la quale, nell'ambito delle funzioni mediche di carattere specialistico, effettuate da chi sia in possesso di un diploma di specializzazione, non può prescindersi dal considerare le cognizioni generali e fondamentali di un medico specialista, non essendo sufficiente quel minimo di cultura e di esperienza che ci si

²² Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 22 settembre 2011, sent. n. 47474, nella quale si afferma che, in tema di reati colposi, per verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, occorre accertare, con valutazione ex ante, la prevedibilità dell'evento, giacché non può essere addebitato all'agente modello ("*homo eiusdem professionis et condicionis*") di non avere previsto un evento che, in base alle conoscenze che aveva o che avrebbe dovuto avere, non poteva prevedere, finendosi, diversamente opinando, con il costruire una forma di responsabilità oggettiva.

²³ Così, Cass. Pen., Sez. IV, 6 febbraio 2007, sent. n. 4675.

²⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 31 gennaio 1983, sent. n. 1914, in Riv. Pen. 1983, 769 e in Giust. Pen. 1983, Tomo II, 650, relativa a ritenuta omissione colposa addebitata ad uno specialista ostetrico il quale, praticata un'iniezione per accelerare il parto, non aveva provveduto ad essere presente e ad adottare i più opportuni ed efficaci accorgimenti terapeutici e di intervento, nella specie immediata isterectomia, nei confronti di una partoriente debilitata da pregresse e complesse gravidanze, deceduta per lacerazione spontanea dell'utero.

attende da un medico generico: la qualifica di specialista rappresenta infatti una più significativa garanzia per il paziente e legittima un'aspettativa di più accurata perizia.

Seguendo questa impostazione si scongiura il rischio di identificazione dell'autore del reato con l'agente modello, che porterebbe ad una sovrapposizione dei due soggetti fino a confonderli, con l'estrema conseguenza di ritenere non esigibile tutto ciò che l'agente non ha fatto. In questo modo si rispetta il principio di effettività, modellando gli standard di diligenza richiesti sulle peculiarità personali del soggetto agente.

Tale soluzione non è tuttavia adottabile in un caso particolare di responsabilità colposa, consistente nella c.d. "colpa per assunzione".

Per una definizione esauriente di tale categoria di colpa, si ripropongono le parole della Corte di Cassazione Penale: "il dovere obiettivo di diligenza, che contrassegna il delitto colposo, può avere a contenuto anche un obbligo di preventiva informazione nonché quello di ricorrere alle altrui speciali competenze, sicché versa nella cosiddetta "colpa per assunzione" colui che, non essendo del tutto all'altezza del compito "assunto", esegua un'opera senza farsi carico di munirsi di tutti i dati tecnici necessari per dominarla, secondo lo standard di diligenza, capacità e conoscenze richieste per il corretto svolgimento del ruolo stesso. E sempre nel caso, ovviamente, che quell'opera diventi fonte di danno anche a causa della mancata acquisizione dei dati o conoscenze specialistiche"²⁵. Da tale esauriente definizione è possibile riconoscere in capo al medico la titolarità di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, che si sostanzia nell'assunzione di specifici obblighi ad essa connessi, direttamente nascenti dalle funzioni di fatto esercitate.

Nella particolare ipotesi di colpa per assunzione, dunque, una stessa condotta realizza la violazione di più di una norma cautelare, manifestandosi innanzitutto in una forma di imperizia, consistente nel non aver svolto adeguatamente il proprio operato e presupponendo, in secondo luogo, una negligenza, nella misura in cui ci si fa carico di un compito che non si è in grado di adempiere - il difetto di diligenza è apprezzabile in relazione alla erronea e superficiale valutazione delle proprie capacità individuali -.

Nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, spesso suddivisa tra diversi operatori, ordinati secondo un sistema di gerarchie, la colpa per assunzione è ricorrente. Ad esempio, rispetto alla

²⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 1992, sent. n. 2754.

colpa professionale del medico chirurgo specializzando, *“la circostanza che la partecipazione all'attività operatoria si svolga sotto le direttive del docente, non esclude l'assunzione di responsabilità diretta da parte dello specializzando nella sua posizione di garanzia nei confronti del paziente, pur condivisa con quella che fa capo a chi le direttive impartisce. Ne segue che, poiché anche sullo specializzando incombe l'obbligo della osservanza delle *leges artis*, ove egli non sia ancora in grado di affrontare le difficoltà del caso specifico, ha l'obbligo, piuttosto che mettere a rischio la vita e l'incolumità del paziente, di astenersi dal direttamente operare”*²⁶.

E' dunque nell'elemento soggettivo della colpa, quello che determina l'esigibilità dell'osservanza dei precetti cautelari da parte dell'agente, che si colloca la colpa per assunzione, secondo il seguente ragionamento: l'individuo non ha agito con la dovuta perizia; la tipologia di evento corrisponde a quella che la regola cautelare è volta a prevenire; l'evento è da considerare prevedibile per l'agente, sulla base del parametro dell'agente-modello (*homo eiusdem professionis et condicionis*), tenendo però in considerazione la qualità e le mansioni che il soggetto stesso si è assunto al momento della realizzazione della condotta, con un livello tecnico, fisico e intellettuale insufficiente a consentirgli di prevedere la verificazione dell'evento. In ogni caso, attesa la negligenza dell'agente nel valutare le proprie attitudini, gli sarà comunque mosso un rimprovero per imperizia nonostante la sua attuale incapacità di previsione dell'evento: *“in tema di colpa professionale del medico, il concreto e personale espletamento di attività operatoria comporta pur sempre l'assunzione diretta della posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con quella che fa capo a chi impartisce le direttive (secondo i rispettivi ambiti di pertinenza ed incidenza), sicché anche su di lui incombe l'obbligo della osservanza delle *leges artis*, che hanno per fine la prevenzione del rischio non consentito ovvero dell'aumento del rischio, con la conseguenza che non lo esime da responsabilità la passiva acquiescenza alla direttiva data ove non si appalesa appropriata, avendo egli al contrario l'obbligo di astenersi dall'operare”*²⁷.

La prevedibilità è da ricondurre, quindi, allo stadio precedente di negligenza, non a quello successivo dell'imperizia: la colpa scaturisce, infatti, dalla negligente assunzione di un compito

²⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 1999, sent. n. 2453. Nel caso di specie, lo specializzando chirurgo, operando con una raspa nella cavità nasale del paziente, aveva, per deficit di esperienza, attinto l'arteria carotidea interna, una volta superata la parete del seno sfenoidale, provocando inarrestabile emorragia, causa della morte del paziente.

²⁷ Cass. Pen., Sez. IV, sent. cit.

troppo arduo, non dal conseguente errore. Il rimprovero che si muove al reo, naturalmente, si manifesta in maniera diversa a seconda della forma di colpa che si configura nel caso concreto.

L'analisi della problematica del medico specializzando ha fatto emergere un criterio generale utile ai fini dell'accertamento della colpa generica. In tale sede, è necessario un vaglio della prevedibilità ed evitabilità concreta dell'evento da parte dell'agente-modello, secondo il parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Quest'ultimo consente di comprendere e di spiegare quello che la dottrina²⁸ definisce come "doppia misura della colpa", che si esplica nella "*coesistenza del momento della trasgressione obiettiva di uno standard di comportamento richiesto e del requisito subiettivo della attribuibilità dell'inosservanza all'autore*": ciò significa che, per essere rimproverabile, il comportamento non dovrà essere semplicemente contrario ai dettami dell'ordinamento, ma dovrà esprimere una ribellione del soggetto alle esigenze valoriali che le norme penali esprimono e tutelano mediante la minaccia di una ripercussione sanzionatoria.

Per l'accertamento della colpa specifica, al contrario, sarà sufficiente accertare la violazione della regola cautelare e l'assimilazione dell'evento cagionato al tipo di evento che tale regola è volta a prevenire. Non è raro, addirittura, che la giurisprudenza²⁹ sostenga che, rispetto alla colpa specifica, gli elementi della prevedibilità e dell'evitabilità non necessitino di dimostrazione, in quanto il fulcro della colpa si sostanzierebbe nell'inosservanza della suddetta regola cautelare, nella quale sarebbero automaticamente ravvisabili l'imprudenza e la negligenza tipiche del rimprovero a titolo di colpa. Restando fermo tale assunto, la rigidità dell'accertamento della colpa specifica varia a seconda che ci trovi in presenza di una norma rigida ovvero elastica.

Le norme rigide (o esaustive) contengono una categorica prescrizione del comportamento da assumere nella ricorrenza di determinate circostanze: basti pensare al classico esempio del semaforo rosso, che impone inequivocabilmente al conducente di arrestare il veicolo. Proprio la netta imposizione della condotta cautelare da parte di questa categoria di norme comporta l'automatico insorgere di responsabilità colposa in conseguenza della loro violazione.

Le norme elastiche, invece, si limitano a fornire indicazioni di massima: prive della puntualità caratteristica delle norme rigide, indicano cioè un comportamento determinabile in base a

²⁸ F. CARINGELLA, op. cit., 886.

²⁹ Cass. Pen. Sez. IV, 2016, sent. n. 35834; Cass. Pen. Sez. IV, 2013, sent. n. 26239.

circostanze contingenti. In questo frangente, sarà dunque necessario un apprezzamento della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito anti-giuridico da parte dell'agente modello per giustificare l'imputazione soggettiva dell'evento.

2.2 La colpa professionale in ambito medico.

Occorre a questo punto della trattazione analizzare la spinosa tematica della cosiddetta "colpa speciale o professionale", specularmente alla c.d. "colpa comune".

La colpa comune è tendenzialmente configurata nell'alveo delle situazioni in cui l'individuo ha l'obbligo di astenersi dal porre in essere una determinata condotta pericolosa, non essendo consentita dall'ordinamento, rispetto ad una determinata attività, seppur lecita, l'assunzione di alcun rischio (si pensi all'utilizzo del fuoco in prossimità di sostanze infiammabili). Di conseguenza, la colpa comune concerne le "attività lecite perché non proibite", ed il rimprovero che si muove al soggetto agente è di aver agito in difformità delle cautele o delle modalità esecutive statuite dalle norme cautelari, finalizzate alla prevenzione di qualunque livello di rischio.

La colpa speciale o professionale, invece, si configura nell'ambito di "attività giuridicamente autorizzate perché socialmente utili, anche se per loro natura rischiose", come tali consentite dall'ordinamento giuridico malgrado la loro rischiosità. La responsabilità dell'individuo risiederà dunque nella inosservanza delle direttive comportamentali, scritte o non scritte, relative a quella attività (le *leges artis*) che, per la loro intrinseca natura cautelare, consentono di arginare il rischio entro determinati limiti: la finalità di tali regole di condotta non è, pertanto, la prevenzione di qualunque livello di rischio, bensì la prevenzione di un ulteriore rischio, non consentito.

L'attività medico-chirurgica risulta ancora una volta emblematica: tale professione, di per sé pericolosa, non può essere oggetto di un divieto assoluto, poiché posta a servizio di valori e beni primari della società, per loro natura irrinunciabili. Ciò che si rende necessario in questi casi è un contemperamento di esigenze in conflitto tra loro: da un lato, deve essere assicurata al medico la dovuta tranquillità nell'esercizio della sua professione –in ordine alla scelta del trattamento da intraprendere ed alla realizzazione del medesimo-, dall'altro si deve imporre il rispetto delle regole dell'arte medica poste a presidio della salute del paziente, bene dal valore assoluto ed incompressibile, e costituzionalmente tutelato dall'art. 32. D'altra parte, è indubbio

che ciascun intervento medico posseda un'imprevedibilità ed un'incertezza più o meno ingenti, ma altrettanto inconfutabili sono i benefici che dallo stesso si traggono in termini di benessere del paziente, rendendo quell'esposizione al rischio indispensabile.

Resta fermo, in ogni caso, che, ancorché l'agente sia tenuto a non arretrare di fronte all'insorgere fisiologico del rischio connesso all'attività esplicata, egli sia comunque gravato da un dovere di astensione ogni qualvolta il suo intervento oltrepassi la soglia di rischio consentito. E' opportuno, infatti, sottolineare che il limite del rischio consentito non comporta l'esenzione dall'obbligo di ottemperanza alle regole cautelari, ma è posto a presidio di quest'obbligo e ne costituisce il rafforzamento.

In questo tipo di attività, del tipo di quella medica, ci si trova spesso in assenza di predeterminazione legislativa o amministrativa delle regole cautelari: in tali evenienze, si rimetterà la definizione dei confini del rischio consentito alla discrezionalità del giudice, il quale sarà chiamato ad orientare la propria valutazione secondo il criterio direttivo dell'agentemodello. E' già stata chiarita in precedenza la natura relativa di tale parametro, il che comporta che si dovrà tenere doverosamente in considerazione il livello di conoscenze e di specializzazione posseduto dal reo al momento della realizzazione della condotta.

Il difetto di un'organica disciplina normativa impone di orientare l'attività medica secondo linee guida ricavabili dai principi del Codice deontologico - elaborato dalla stessa categoria professionale -, sulla base delle regole cautelari desumibili dalle prescrizioni contenute nell'art 43 c.p., nonché, infine, conformemente alle disposizioni che regolano in via generale le diverse attività sanitarie. Da tali fonti è possibile desumere che sul medico grava un obbligo di osservare scrupolosamente le *leges artis* nell'esplicazione della sua attività professionale, in quanto gravato dall'obbligo giuridico di proteggere con ogni sforzo la vita e l'integrità fisica del paziente rimesso alle sue cure.

La dottrina³⁰ fornisce una elencazione utile delle principali regole cautelari comuni per un medico:

- 1) l'obbligo di astenersi da attività che determinino un rischio incontenibile;
- 2) l'obbligo di adottare ogni precauzione per diminuire o elidere, a seconda dei casi, il pericolo insito nell'attività svolta;

³⁰ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IX edizione, 2013, p. 943.

- 3) l'obbligo di effettuare uno studio completo del caso clinico metti nota 208;
- 4) l'obbligo di seguire costantemente le condizioni del paziente e di adottare le iniziative opportune;
- 5) l'obbligo di aggiornamento professionale;
- 6) l'obbligo di procedere ad una calibrata scelta dei collaboratori; 7) l'obbligo di controllo dell'operato dei propri assistenti.

La valutazione della colpa medica è stata oggetto di intenso dibattito nel corso del tempo, che verrà ripercorso nel corso della trattazione.

2.3 I limiti della colpa medica per effetto della Legge Balduzzi³¹.

Merita una trattazione a sé stante una formulazione normativa estremamente rilevante nell'ambito della colpa medica: si tratta dell'art. 3 della l. 8 novembre 2012, n. 189, meglio nota come Legge Balduzzi, che ha determinato una parziale *abolitio criminis* nell'ambito dei reati colposi commessi dagli esercenti professioni sanitarie. Il comma 1 di tale norma recita: *“l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”*.

I profili di novità estremamente rilevanti apportati da tale modifica normativa investono sia il grado della colpa apprezzabile in relazione alle condotte poste in essere dai sanitari - giova sottolineare, infatti, che con la legge Balduzzi viene introdotta per la prima volta normativamente nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva la differenza tra colpa lieve e colpa grave -, sia il ruolo preponderante assunto dalle linee guida e dalle virtuose pratiche mediche come parametro di riferimento e di orientamento dell'attività medica. Si segnala infatti, in primo luogo, l'esclusione della rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, purché poste in essere in conformità delle suddette linee guida o buone pratiche mediche. Alla stregua della nuova normativa, infatti, la consistenza della violazione va parametrata sugli standard di perizia richiesti dai modelli comportamentali delineati da linee guide e virtuose pratiche mediche: quanto maggiore sarà il distacco dallo standard di

³¹ L. 8 novembre 2012, n. 189.

riferimento, tanto più elevata sarà la colpa.

Considerevole sul punto è la sentenza della IV Sezione della Corte di Cassazione del 29 gennaio 2013 n. 16237³², avente ad oggetto un caso di malasanità, consistente nell'erronea esecuzione di un intervento chirurgico di ernia discale recidivante, conclusosi con il decesso della paziente per effetto di una inarrestabile emorragia insorta in seguito alla lesione della vena e dell'arteria iliaca.

Le conclusioni della Quarta Sezione della Suprema Corte, alla luce delle novità legislative suesposte, sono estremamente utili ed innovative, ed affrontano due problematiche fondamentali:

- il ruolo cardine delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche;
- la distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

Partendo dalle prime, è opportuno proporre la nota definizione di linee guida fornita dal prestigioso Institute of Medicine, secondo la quale esse si qualificano come *“raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche”*³³. Per quanto concerne la loro carica prescrittiva, esse *“si collocano a mezza via tra regole etiche, direttive deontologiche e prescrizioni giuridiche. Non si tratta quindi di ordini calati dall'alto, categorici e definitivi, ma di suggerimenti, di indirizzi motivati ed intesi a tenere conto di tutte le istanze talora confliggenti, quali emergono dal mondo dei sanitari, dei pazienti, degli amministratori, dei giuristi”*³⁴.

Diffusesi inizialmente con l'affermazione dell'Evidence based medicine (EBM)³⁵ negli Stati Uniti negli anni '70 del secolo scorso, le *guidelines* hanno acquistato importanza sempre

³² In C. CUPELLI, *Limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cassazione penale*, n. 09/2013.

³³ FIELD-LOHR, *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, Washington, National Academy Press, 1992, 35.

³⁴ PORTIGLIATTI-BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*, 891.

³⁵ Per EBM si intende il processo di ricerca sistematica volta ad acquisire, valutare criticamente ed utilizzare dati tecnico-scientifici nucleati dalla osservazione e dalla cura dei pazienti. Il movimento ha espresso, negli anni, un'istanza di massima "scientificazione" sul piano metodologico, di cui le stesse linee guida possono dirsi figlie. Sul punto in particolare M. BARNI, *Evidence-Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1998, 3 e ss.

maggiore in virtù della loro attitudine a razionalizzare la conoscenza scientifica e ad agevolare l'accesso alla stessa da parte degli esercenti professioni sanitarie, spesso disorientati da quello che è stato definito un "eccesso di sapere scientifico", dovuto agli irrefrenabili progressi scientifici e tecnologici registrabili in ambito medico.

Le linee guida perseguono dunque una finalità esemplificativa, ponendo a disposizione del medico un "percorso terapeutico ideale" che, sulla base della migliore scienza ed esperienza del momento, lo orienta nelle scelte cliniche da compiere nel caso concreto, limitando al contempo la percentuale di errore potenzialmente associabile ad un approccio terapeutico frettoloso ed intuitivo.

In un'ottica eminentemente penalistica, il beneficio più vistoso legato alla proliferazione delle linee guida dovrebbe consistere nella progressiva "positivizzazione" delle *leges artis* in ambito medico. Tuttavia, la stessa classe medica è restia a fenomeni di codificazione delle regole cautelari, e rende quindi ancora più insidioso l'accertamento della responsabilità nel settore sanitario, già connotato da un deficit di tassatività legato all'intrinseca struttura dell'illecito colposo, nonché alla complessità della professione medesima. La riluttanza si fonda sul presupposto che la laboriosità dell'arte clinica imponga un giudizio sempre ancorato alle specificità del caso concreto, con la conseguenza che, non di rado, l'inosservanza di una regola standardizzata potrebbe risultare più efficace dal punto di vista terapeutico.

Tale visione, se ha il merito di fornire la più efficace protezione del paziente possibile, riducendo al massimo i rischi sul versante terapeutico, dall'altro lato dilata eccessivamente la responsabilità colposa dell'operatore sanitario. Lavorando in una vastità di regole cautelari imprecise ed indefinite, infatti, il medico si espone al rimprovero di inosservanza di un'ulteriore norma cautelare che, se correttamente applicata, avrebbe potuto impedire l'evento, con la conseguenza che anche condotte tecnicamente ineccepibili, ma dalle quali sia derivato un esito infausto, potrebbero rientrare nella sfera del penalmente rilevante. *"L'obbligo cautelare, in altre parole, finisce per essere ricostruito ex post, ragionando con il "senno di poi" (c.d. hindsight*

*bias*³⁶), e la responsabilità colposa viene affermata attraverso lo “specchio deformante” dell’evento”.³⁷

Una simile impostazione, tuttavia, consente di sostenere che le linee guida costituiscano “un’arma a doppio taglio”. Dall’applicazione delle stesse potrà derivare, infatti, tanto un esito accusatorio, qualora dal mancato rispetto delle linee guida da parte del medico si sia prodotto un esito infausto, quanto un effetto disculpante, nei casi in cui il medico dimostri di essersi doviziosamente conformato alle linee guida e, cionondimeno, l’evento sia ugualmente sopravvenuto.

Da un lato emerge dunque il problema della “burocratizzazione” dell’attività medica da parte delle linee guida, difficilmente compatibile con il principio di libertà di cura, sul quale l’attività stessa è imperniata, in quanto la meccanica conformazione agli standard imposti priverebbe l’attività medica di quella autonomia professionale ad essa connaturata. Dall’altro lato, la presenza di tali direttive cliniche potrebbe favorire l’insorgere di comportamenti “difensivi”: d’altronde, allontanarsi da tali suggerimenti può determinare un addebito colposo, mentre, al contrario, l’essersi conformato alle prescrizioni può suffragare la correttezza del piano terapeutico intrapreso in un eventuale processo. Non è difficile, di conseguenza, immaginare una estremizzazione di tali comportamenti, come osservato dalla dottrina nella prospettazione del c.d. fenomeno della “scelta postuma”: ipotizzando per assurdo, potrebbe accadere che il sanitario, a seguito di un danno riportato dal paziente affidatogli in cura, vada a ricercare tra le linee guida quelle a lui più favorevoli in sede processuale³⁸.

Un’ulteriore tematica cruciale in materia di linee guida è senz’altro inquadrabile in riferimento alla loro “sovrapproduzione”: procedono ormai alla redazione delle stesse molteplici soggetti - associazioni scientifiche nazionali e internazionali, case farmaceutiche, compagnie assicurative, rappresentanti dei pazienti, amministratori di aziende sanitarie, persino singoli reparti ospedalieri-, con due naturali ripercussioni.

³⁶ L’*hindsight bias* consiste nell’errore del giudizio retrospettivo, è in altri termini la tendenza delle persone a credere, erroneamente, che sarebbero state in grado di prevedere un evento correttamente, una volta che l’evento è ormai noto. Il processo si può sintetizzare nell’espressione: “Ve l’avevo detto io!”.

³⁷ G. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. Pen. Cont.* n. 01/2015.

³⁸ G. CALETTI, *op. cit.*

Innanzitutto, la molteplicità di testi di riferimento, a volte portatori di informazioni e suggerimenti clinici tra loro antitetici, finisce per non assolvere più ad una funzione di semplificazione ma di rappresentare un inconveniente, specialmente a fronte della incontrollata formulazione di prescrizioni cliniche.

Si pone pertanto l'esigenza di comprendere quali linee guida sono oggetto di considerazione all'interno della Legge Balduzzi; in altri termini, occorre individuare quelle linee guida che, se puntualmente osservate da parte del medico, lo esonerano da una attribuzione di responsabilità a titolo di colpa lieve.

Bisogna dunque inquadrare le linee guida nella struttura del reato colposo e definire il loro ruolo nella affermazione o negazione della responsabilità colposa, partendo indubbiamente dal presupposto che tale processo dovrà essere scevro da automatismi, onde evitare quel duplice, sopraesposto, contraddittorio effetto accusatorio e disculpante: *“l'adeguamento o il non adeguamento del medico alle linee guida non esclude né determina automaticamente la colpa, giacché discostarsi o conformarsi alle linee guida integra una scelta del medico che il giudice reputa di per sé sola insufficiente per pervenire a un verdetto di esonero o di affermazione della responsabilità”*³⁹.

È quindi da queste considerazioni che nasce e si sviluppa il dibattito sulla natura generica o specifica della colpa medica, scaturente dalla violazione delle linee guida, per la cui composizione si renderà necessaria la definizione della natura giuridica di queste ultime. Resta fermo, in ogni caso, che l'incertezza sul loro status giuridico non compromette il grado di vincolatività delle prescrizioni cliniche, il cui rispetto raramente assume una valenza totalmente liberatoria per il medico. Anche avvalorando le formulazioni teoriche che attribuiscono alle linee guida la natura di fonti scritte, dalle quali direttamente è edificabile un rimprovero a titolo di colpa specifica, infatti, resterà comunque ineliminabile la necessità di un apprezzamento circa l'eventuale sussistenza di una colpa generica, ai fini di un esonero o di un'affermazione di responsabilità.

E' inoltre difficile configurare una colpa specifica rispetto alla inosservanza delle linee guida, visto il deficit di tassatività e di determinatezza che le caratterizza e che le rende inidonee ad esprimere un comando rigoroso e prescrittivo. Esse sono piuttosto assimilabili a mere indicazioni di massima, a semplici orientamenti, la cui natura flessibile ed elastica non consente

³⁹ M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, 901.

di muovere un rimprovero a titolo di colpa specifica. Ne deriva la necessità di una puntuale verifica, da condursi caso per caso, del *quantum* di diligenza osservato dal medico nell'applicazione concreta del piano terapeutico. E tale valutazione non potrà che essere rimessa al giudice, secondo lo schema dell'agente-modello e dei canoni di prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo cagionato. I rischi connessi a questo tipo di operazione sono evidenti, poiché da un lato l'agente-modello preso in considerazione è sempre suscettibile di esprimere uno standard più elevato di quello effettivamente richiesto, dall'altro i giudizi di prevedibilità ed evitabilità rischiano di essere eccessivamente discrezionali ed arbitrari.

Non a caso, ne è scaturita una tendenza giurisprudenziale eccessivamente rigorista, che ha svilito l'essenza soggettiva della colpa riducendola ad un fenomeno meramente causale - e pertanto oggettivo - che, per il suo accertamento, richiede la sola verifica della sussistenza del nesso eziologico; d'altro canto, l'aumento del rischio di incriminazione penale ha condotto all'adozione, da parte degli operatori sanitari, di atteggiamenti e pratiche difensive.

Questa prima analisi consente di affermare l'inidoneità delle linee guida a fornire adeguata risoluzione alle problematiche emerse nel dibattito dottrinale sulla responsabilità medica: non a caso, la Legge Balduzzi ha tentato di fronteggiare e di arginare tali difficoltà affiancando alla inosservanza delle linee guida la necessità di una forma qualificata di colpa da attribuire all'operatore sanitario che si sia conformato alle indicazioni delle linee guida medesime, affinché possa configurarsi una responsabilità penalmente rilevante: *“la responsabilità del medico andrà pertanto affermata allorché sia l'omaggio alle linee guida sia il loro abbandono sono stati, in base alle circostanze del caso concreto, il frutto di scelte azzardate e spropositate e hanno attivato un'area di rischio illecito, arbitrario, valutabile già sul piano della tipicità colposa, e “tipico” delle ipotesi di colpa grave”*⁴⁰.

Un cenno meritano anche le “buone pratiche” mediche le quali, se “accreditate dalla comunità scientifica”, circoscrivono la responsabilità dell'operatore sanitario che vi si sia attenuto ai soli casi di colpa grave, al pari delle linee guida. L'indeterminatezza del termine ha sollevato l'esigenza di una più precisa definizione dei suddetti parametri, nel tentativo di rendere meno vaga l'enunciazione normativa.

⁴⁰ M. CAPUTO, op. cit.

Un primo orientamento emerso in dottrina⁴¹ è incline a identificare le buone pratiche con i protocolli medici, sull'assunto che la letteratura di settore fa un uso indifferenziato e alternativo dei concetti di "linee guida" e "protocolli".

Argomentando a contrario rispetto a quanto esposto, parte della dottrina medico-legale definisce i protocolli come "*predefiniti schemi di comportamento diagnostico terapeutico, una sequenza di comportamenti ben definiti, come occorre, ad esempio, all'interno di un programma di ricerca clinica*"⁴². I protocolli si distinguono dalle linee guida in virtù di una caratterizzazione più rigida e inflessibile delle loro prescrizioni. Essi non sono un "percorso terapeutico ideale" composto da chiavi e suggerimenti di valore parziale che il medico ha l'onere di modellare sul caso concreto, ma piuttosto una serie di istruzioni da applicarsi a tutti i comportamenti terapeutici e diagnostici. Essi contengono tutte le procedure da seguirsi tassativamente secondo un certo ordine e una certa procedura definita in relazione a determinati casi clinici. In ogni caso, tra linee guida e protocolli non esiste una cesura netta: i protocolli sono esclusivamente un "naturale sviluppo", una specificazione delle *guidelines*, e ne riducono, tramite precise indicazioni terapeutiche, il grado di indeterminazione. Si annoverano tra i protocolli anche le cosiddette checklist, ossia "liste o schemi di controllo mutuati dall'esperienza pionieristica dell'aviazione civile, che si prefiggono di "catturare" gli errori generati dalla complessità crescente dell'ars medica. Essi consistono in una corolla di adempimenti necessari e sistematici, ciascuno dei quali va eseguito e "spuntato" dalla lista prima di procedere al compimento del successivo. Se una verifica non ha avuto luogo, o se ha prodotto un risultato di segno negativo, nel senso che l'azione non è stata eseguita secondo la procedura corretta, non si può proseguire alla fase seguente"⁴³. Tuttavia, rendere equivalenti, teleologicamente ed ontologicamente, i termini "buone pratiche" e "protocolli" risulta fallace.

Innanzitutto si può ancora citare l'obiezione del "in culpa sine culpa" che viene agevolmente superata in relazione alle linee guida, in virtù del loro carattere fluido e malleabile, ma che per i protocolli, stante la loro rigidità ed imperatività, comporta l'impensabilità di una colpa - lieve o grave, è indifferente - in capo ad un sanitario che si sia attenuto con dovizia alle procedure dei

⁴¹ Soprattutto F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il <<Decreto Balduzzi>>*, in Riv. It. Med. Leg. 2013, 820 ss; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in Dir. pen. proc., 2013, 216 ss; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica*, in Dir. Pen. Cont. 2013.

⁴² TERROSI-VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, 194.

⁴³ M. CAPUTO, op. cit.

protocolli e delle checklist. *Secunda facie*, è indubitabile che a differenza delle linee guida, che, secondo la giurisprudenza, contengono solo regole di perizia, i protocolli prevedano, invece, prevalentemente regole procedurali volte proprio ad evitare che si verifichi un evento lesivo a causa della negligenza o imperizia dell'operatore sanitario. Da questo assunto potrebbe derivarsi facilmente la scusabilità di negligenze ed imperizie lievi, la qual cosa viene esclusa con fermezza da dottrina e giurisprudenza (anche delle Sezioni Unite), al fine di circoscrivere l'ambito di operatività dell'art. 3, con occhio di riguardo alle situazioni considerabili immeritevoli di una norma di favore. Stante quindi la difficoltà di equiparare la fattispecie di "buone pratiche" a quella di "protocolli", viene in luce l'alternativa consistente nel definire l'espressione usata dal legislatore una mera "endiadi priva di ogni rilievo pratico" o un semplice "pleonasma giuridico". Altra strada sarebbe quella di creare una interpretazione costruttiva della situazione, attribuendo alle buone pratiche un autonomo significato, salvando la norma dell'art. 3. Pertanto si può dire che il concetto di buone pratiche attenga, a differenza di quanto accade per le linee guida e per i protocolli, non ad una disciplina previamente stabilita, ma alla successiva fase di attuazione concreta della disciplina medesima. Quest'ultima potrà essere stigmatizzata nelle linee guida di riferimento, ma anche riferirsi a procedure non previste formalmente nelle linee guida o nei protocolli, e nonostante ciò comunemente applicate in virtù della loro efficacia terapeutica o quantomeno della loro non dannosità per il paziente. A titolo di esempio, ci si può riferire ai farmaci off label: se la somministrazione di un farmaco non è prevista dalle linee guida per il contrasto di una determinata patologia ma ha dato, in un numero significativo di casi, effetti positivi e mai negativi, il medico che lo somministra si conforma ad una buona pratica⁴⁴.

Tale interpretazione sembra essere accolta, almeno nel senso di diversificare le buone pratiche dai protocolli, anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (Sent. Cantore)⁴⁵. In essa si sottolinea la flessibilità delle linee guida, ancora una volta contrapponendola alla rigidità dei protocolli, recependo che *"le linee guida, a differenza dei protocolli e delle checklist, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massima, orientamenti"*.

⁴⁴ C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, in *Dir. Pen. Cont.*, 64.

⁴⁵ Cass. Pen. Sez. IV, 29/01/2013, sent. n. 16237.

2.4 Il grado della colpa. Colpa lieve e colpa grave dopo la riforma Balduzzi.

Veniamo dunque ad esaminare il secondo profilo estremamente innovativo della Legge Balduzzi: la limitazione della responsabilità penale medica ai soli casi di colpa grave.

Nello studio della colpa grave si sono avvicendati diversi orientamenti giurisprudenziali, che è opportuno riassumere anche per comprendere la grandezza della portata innovativa della legge Balduzzi.

La risalente giurisprudenza di legittimità⁴⁶ in tema di colpa nell'esercizio della professione medica presenta profili di comprensione e di indulgenza: si ritiene infatti che la responsabilità penale possa affermarsi solo nei casi di colpa grave, definibile come una macroscopica trasgressione dei più elementari precetti dell'arte medica. Tale orientamento si fonda sull'eventualità, non poco frequente in medicina, che la malattia si manifesti in modo oscuro, equivoco, i cui sintomi possono condurre ad una diagnosi errata, spesso in assenza di criteri diagnostici univoci e tassativi. La colpa rilevante nell'ambito della professione medica si sostanzierà dunque in un errore inaccettabile, che scaturisce o dall'assenza delle conoscenze basilari attinenti alla professione o dal deficit di quel minimo di abilità tecnica nell'uso degli strumenti operatori o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria. Di conseguenza, dato che nella professione medica l'errore di valutazione è sempre possibile, l'affermazione della colpa professionale troverà fondamento nella condotta del terapeuta, del tutto incompatibile con quel minimo di cognizione e di esperienza che è doveroso e legittimo esigere da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica.

In questa risalente giurisprudenza, in linea con una visione paternalistica e permeata da un'incondizionata fiducia nei confronti della classe medica, l'esonero da responsabilità penale diventa dunque la regola e l'imputazione colposa l'eccezione, configurabile soltanto nelle che si configura solo nelle situazioni più gravi ed estreme.

Il dato normativo che suffraga tale orientamento è l'art. 2236 del codice civile, ai sensi del quale *“se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”*.

⁴⁶ Cfr., tra le altre, Cass. Pen., Sez. IV, 23 marzo 1995, sent. n. 5278.

Il rilievo in ambito penale di tale norma era frutto di opinioni dottrinali imperniate sul principio di sussidiarietà, ad onta del quale l'applicazione del diritto penale costituisce un'*extrema ratio*. Il rigoroso rispetto di tale principio impedisce di qualificare come anti giuridica in ambito penale una condotta insufficiente a far sorgere una semplice responsabilità civile risarcitoria e risponde dunque ad esigenze di coerenza dell'ordinamento giuridico.

La dottrina ha effettuato importanti analisi e precisazioni, spesso ignorate o tralasciate da parte della giurisprudenza. Innanzitutto, è stato osservato che il testo dell'art 2236 c.c. richiede che le prestazioni eseguite presentino speciali difficoltà tecniche; in secondo luogo, la norma civilistica limita l'addebito per colpa grave al solo difetto di perizia, non estendendo la necessità di tale livello di gravità anche alla prudenza e alla diligenza. Si giunge in tal modo alla conclusione che la sussistenza della colpa medica debba essere affermata con riferimento ai soli casi clinici in cui si rendano necessari interventi particolarmente delicati e complessi, con riverberazioni negative sul rispetto del principio di uguaglianza. Difatti, la questione della conciliabilità di questo indirizzo con il principio d'uguaglianza è stata posta, nell'anno 1973⁴⁷, al vaglio della Corte costituzionale, la quale, recependo sostanzialmente le linee seguite dalla dottrina, ha chiarito che dal combinato disposto degli artt. 589, 42 e 43 c.p. e dall'art. 2236 cod. civ. è ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti professioni intellettuali, idonea a soddisfare due opposte esigenze: evitare di svilire l'iniziativa del professionista per paura di ingiuste ritorsioni in caso di esito infausto, e quella opposta di non tollerare acriticamente superficiali e sbrigative decisioni o deprecabili inerzie del professionista stesso. La Corte ha dunque dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale per presunta violazione del principio di uguaglianza, sull'assunto che il regime contestato implica esonero o limitazione di responsabilità nei soli casi in cui, per citare la norma civile, sia richiesta la "soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà". Ciò circoscrive la deroga alla disciplina generale della responsabilità colposa entro l'area della perizia, non investendo anche i profili di diligenza e prudenza, e pertanto appiana i contrasti con l'art. 3 della Costituzione.

Tuttavia, la lesione del principio di uguaglianza non risultava, di fatto, scongiurata, poiché l'eccessiva tolleranza di tale visione giurisprudenziale ha creato una situazione di privilegio per la categoria medica, espressione di una ormai obsoleta visione paternalistica della medicina.

⁴⁷ Sent. Corte Cost. 28 novembre 1973, n. 166.

Così, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, si è affermata e consolidata una tendenza radicalmente contrapposta, che priva l'art 2236 c.c. di qualsivoglia rilievo in ambito penale ed incentra la valutazione della colpa professionale sulle regole generali in tema di colpa contenute nell'art. 43 c.p.

La gravità della colpa potrà venire eventualmente in rilievo esclusivamente ai fini della graduazione della pena. D'altra parte, la autonomia delle categorie soggettive penalistiche, nonché il categorico divieto di analogia che costituisce uno dei pilastri portanti del diritto penale, non potevano tollerare la trasposizione in ambito penale di una norma prettamente civilistica. A sostegno di questa considerazione depone anche il dato codicistico. In particolare, l'art. 185 c.p. dispone che *“ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”*. E' possibile notare, dunque, che è la responsabilità civile a derivare logicamente dalla commissione di un reato, ed invertire tale logica consequenzialità significherebbe riesumare quella concezione ormai superata che rinviene nel sistema penale una finalità meramente repressiva e sanzionatoria.

Tuttavia, la giurisprudenza non rinuncia in toto al richiamo all'art. 2236 c.c.: pur negando la sua diretta applicabilità nell'ordinamento penale, la Suprema Corte ha affermato⁴⁸ che la norma civilistica può essere presa in considerazione anche in tema di colpa professionale del medico, quando il caso specifico oggetto di esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà. La norma civilistica assume così, in ambito penale, i connotati di regola di esperienza cui il giudice possa riferirsi nel valutare l'addebito di imperizia.

Questa rivisitazione dell'art. 2236 c.c. riveste una particolare importanza, poiché la sentenza in esame individua le circostanze che per la loro complessità rendono legittima una valutazione meno rigorosa della condotta del medico: da un lato, la presenza di novità tecnico-scientifiche; e dall'altro (aspetto mai prima enucleato esplicitamente) le situazioni emergenziali, caratterizzate da quella impellenza ed imprevedibilità che può rendere difficili anche operazioni semplici e di routine. Sono anche le contingenze del caso concreto a determinare, dunque, la concreta esigibilità della condotta astrattamente doverosa⁴⁹.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 39592 del 21 giugno 2007.

⁴⁹ In una pronuncia della Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 16328 del 5 aprile 2011 si è evidenziato che una attenta e prudente analisi della realtà di ciascun caso può consentire di cogliere i casi nei quali vi è una particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza; e di distinguere tale situazione da

In un'altra pronuncia⁵⁰ ci si è invece concentrati sulla valutazione dell'elemento soggettivo, nella quale non si può non tener conto del contesto in cui la condotta è stata posta in essere. Nel caso di specie tale principio è stato affermato in riferimento al settore psichiatrico: l'episodio concreto vedeva protagonista un paziente ricoverato in una casa di cura, affetto da una grave patologia psichiatrica che, presumibilmente e verosimilmente, lasciava percepire il palpabile rischio di suicidio. La Suprema Corte ha osservato che nei contesti di particolare complessità, come quello psichiatrico, è riscontrabile un'area irremovibile di rischio consentito, rendendo estremamente labile la linea di demarcazione tra il lecito e l'illecito. La situazione in cui lo psichiatra si trova ad operare è dunque inevitabilmente incerta, e di tale incertezza è necessario prendere atto nel valutare la colpa: l'esistenza di una posizione di garanzia non è, di certo, da sola sufficiente a fondare l'imputazione. E' altrettanto vero che, in questi particolari frangenti, ad essere chiamato a tracciare la linea di confine tra il rischio consentito e la condotta illecita è proprio il giudice, che viene a trovarsi, come detto nella sentenza, in una situazione "molto imbarazzante": in tali contesti è infatti rimesso al giudice di ricorrere ad un metro di giudizio informato su particolari livelli di cautela e di prudente discernimento, dovendo trattare casi relativi ad un soggetto, come lo psichiatra, che gestisce un'area di rischio complessa e non analiticamente delimitata. Da questo punto di vista, si è concluso, l'art. 2236 cod. civ. "*non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose*". In breve, quindi, il parametro sulla base del quale condurre l'apprezzamento della colpa del terapeuta è la difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento effettuato, nonché il contesto in cui esso si è attuato.

La speranza è che questo atteggiamento rinnovato della giurisprudenza possa essere utile ad approcciarsi in maniera più cauta e critica ai casi più complessi e di difficile risoluzione, nei quali non di rado si trova ad operare il medico psichiatra.

quelle in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio in urgenza. E' stata quindi confermata la sentenza assolutoria di merito che aveva compiuto una ponderazione basata sull'ambiguità della sintomatologia e dell'esito degli esami ematochimici, nonché sulla necessità di avviare con prontezza il paziente alla struttura sanitaria che, nella situazione data, appariva ragionevolmente dotata delle competenze ed attrezzature più adeguate in relazione alla prospettata patologia neurologica.

⁵⁰ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 4391/12 del 22 novembre 2011.

Le considerazioni così esposte consentono di rinvenire nella colpa grave il mezzo concettuale idoneo a valorizzare l'elemento più squisitamente soggettivo della colpa nella formulazione del giudizio di responsabilità.

3. La responsabilità colposa dello psichiatra. Cenni e profili problematici.

Come chiarito nel precedente paragrafo, la *ratio* ispiratrice della riforma Balduzzi è l'esistenza, nell'alveo dell'arte medica, di discipline di particolare complessità, tanto per il medico che in tali settori esegue il suo operato, quanto per il giudice chiamato a vagliare l'attività stessa.

Il settore della psichiatria è suscettibile di venir inserito a pieno titolo in tale categoria, per via dei molteplici e difficilmente eliminabili profili di incertezza ad esso sottesi, dalla fase iniziale di elaborazione della diagnosi fino alla conseguente attuazione concreta del percorso terapeutico prescelto. Inoltre, il ruolo rivestito dallo psichiatra non può essere estrapolato dal contesto storico di riferimento, segnato da un intervento di riforma di significativa importanza, effettuato con la legge n. 180 del 1978, altrimenti nota come legge Basaglia: il merito di tale intervento normativo risiede nell'aver stravolto la prospettiva e l'essenza della professione psichiatrica, alla luce specialmente del dettato costituzionale e della carica prescrittiva dell'art. 32 Cost. che definisce il diritto alla salute come un diritto fondamentale ed inviolabile tanto dell'uomo, quanto dell'intera collettività. Si assiste dunque ad una rivoluzione copernicana del rapporto medico-paziente, non più improntato su logiche autoritarie e custodialistiche, che pongono il medico in una posizione apicale e di controllo rispetto al paziente, dal canto suo personalizzato e ridotto ad un acritico destinatario delle scelte cliniche. Il rapporto medicopaziente assume le connotazioni di uno scambio dialettico e paritario, imperniato sulla necessità del consenso del paziente - che, come precedentemente illustrato, costituisce imprescindibile fattore di legittimazione dell'attività medica, nonché invalicabile limite al potere/dovere di agire del medico - durante l'intero suo corso. La natura rischiosa, imprevedibile, incerta del settore psichiatrico rende tale rapporto altrettanto complesso e difficilmente governabile, dagli esiti spesso drammatici, come dimostrano i frequenti episodi di cronaca, che arricchiscono la riflessione prettamente giuridica di sfumature etiche e sociologiche. Si rende dunque necessario definire i presupposti ed i limiti della professione psichiatrica, nel tentativo di individuare dei punti di riferimento quanto più possibile chiari e risolutivi.

Questi non possono che stagliarsi nell'alveo delle regole cautelari applicabili al caso concreto, spesso, come osservato, contraddittorie e non risolutive, ma fondamentali per delimitare i confini della posizione di garanzia rivestita dal medico e, dunque, di ciò che dallo stesso è consentito esigere.

Nel caso dello psichiatra è intuitivo che la posizione di garanzia assuma una duplice connotazione, ricomprendendo da un lato un obbligo di controllo sul paziente, identificato come una fonte di pericolo, dall'altro un obbligo di protezione del paziente medesimo. Quest'ultimo, quale individuo instabile ed imprevedibile, può infatti essere autore di comportamenti lesivi non solo verso i terzi, ma anche verso sé stesso, fino all'ipotesi estrema del suicidio. E' stato inoltre osservato che lo psichiatra *“è tenuto a realizzare tutti gli interventi terapeutici di volta in volta necessari o utili in vista del miglioramento delle condizioni psichiche del paziente, come pure dell'eventuale impedimento di eventi capaci di arrecargli pregiudizio”*⁵¹.

Ci si pone dunque un interrogativo, ossia se, ad eccezione dei casi di ricovero coatto, nei quali lo psichiatra mantiene poteri e doveri di custodia del malato di mente, siano ancora configurabili in capo allo psichiatra doveri di protezione e di sorveglianza del paziente in relazione al pericolo di condotte auto ed etero lesive; quesito incrementato dallo spirito volontaristico e dalla logica squisitamente terapeutica della legge Basaglia. Come è stato messo in evidenza dalla dottrina, *“una corretta –e logica- accezione della funzione pur essenzialmente terapeutica – quale quella oggi generalmente postulata quale ordinaria ed istituzionale – della medicina psichiatrica, vede necessariamente intrecciati il profilo della cura e quello della vigilanza: in sintesi, il gesto aggressivo del malato di mente è un'estrinsecazione, o comunque una conseguenza, della patologia da cui è affetto, e, dunque, quando la malattia possa, in determinate sue fasi, prevedibilmente esitare in tali manifestazioni, essa, evidentemente, va adeguatamente presidiata con gli opportuni rimedi perché queste non si verifichino”*⁵².

Tali difficoltà in psichiatria si accrescono ulteriormente. Molte sindromi rendono infatti la condotta del paziente imprevedibile, con conseguente indecisione in ordine alla prognosi: “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

⁵¹ G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, 109.

⁵² G. IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una Casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 1150.

nell'ambito della generica attività medica"⁵³. Controversa è anche la questione relativa ai mezzi terapeutici concretamente a disposizione dello psichiatra: alla mutevole ed incostante efficacia dei farmaci si affiancano le discutibili terapie di contenzione fisica, nelle quali è insito il rischio di menomazione della libertà, dignità ed autonomia del paziente.

Emblematica risulta l'elencazione, nel Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM), il più diffuso manuale diagnostico internazionale edito dall'American Psychiatric Association, di più di 400 patologie psichiatriche: un numero che appare eccessivo e poco realistico, forse mosso più dall'intento di arrecare vantaggio alle case farmaceutiche, mediante l'aumento spesso ingiustificato di prescrizioni farmacologiche, che da una reale necessità di cura di condotte fino a quel momento considerate normali e in tal modo trasfigurate artificiosamente in disturbi mentali, al punto da indurre a parlare, al riguardo, di una "patologizzazione del normale".⁵⁴

E' sempre attuale e di difficile composizione, dunque, il dibattito sulla ampiezza della posizione di garanzia dello psichiatra, che oscilla tra tesi sostenitrici della funzione esclusivamente terapeutica rivestita dal medesimo e tesi ancora legate al pre-Basaglia, tuttora inclini a riconoscere in capo allo psichiatra un connaturato dovere di controllo sul paziente.

Gli esponenti del primo filone dottrinale⁵⁵, nell'encomiare l'innovazione che la legge Basaglia ha apportato nella dialettica medico-paziente - restituendo al malato di mente la dignità di paziente bisognoso di cure, non più di soggetto in sé pericoloso da rinchiudere in strutture specializzate -, evidenziano anche le lacune delle soluzioni custodiali. E' nota infatti l'originaria ispirazione delle stesse a logiche repressive, ben lontane dall'esprimere l'esigenza di evitare che il paziente leda sé stesso o terzi. Il ricorso al trattamento sanitario obbligatorio sarebbe ammissibile dunque soltanto in casi estremi, e nemmeno di fronte al pericolo di atti etero lesivi da parte del paziente, bensì solo di fronte al rischio che il paziente faccia del male a sé stesso: "la tutela della salute di un malato di mente incapace di autodeterminarsi implica, *a fortiori*, la tutela della sua vita e della sua incolumità"⁵⁶.

⁵³ G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, 212.

⁵⁴ M. RECALCATI, *La nostra vita trasformata in patologia*, in *La Repubblica*, 8 maggio 2013, 31 ss.

⁵⁵ Tra i tanti, C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.

⁵⁶ G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, 112.

Gli appartenenti al secondo filone dottrinale⁵⁷, per converso, non riconoscono la portata innovativa della riforma, ritenendo che il ruolo dello psichiatra non abbia subito mutamenti e che, di conseguenza, egli non possa esimersi dai propri obblighi di controllo e di custodia del paziente. Il fulcro di tale tesi è la potenziale pericolosità del malato di mente e la considerazione che il medesimo potrebbe sempre essere autore di comportamenti pregiudizievoli non solo per sé, ma anche per gli altri: degenerazione inaccettabile, visto il *dictum* dell'art. 32 della Costituzione, che definisce il diritto alla salute come diritto inviolabile non solo del singolo, ma anche della collettività. Per tale via, la condotta illecita del paziente può divenire fonte di responsabilità penale dello psichiatra, attribuendosi in capo allo stesso obblighi impeditivi di atti etero aggressivi del paziente, non più inquadrabili nel dovere di cura e assistenza del soggetto affetto da una patologia psichiatrica, ma ricondotti ai subalterni doveri di sicurezza e di vigilanza gravanti sull'operatore medico.

Il binomio dottrinale si riscontra anche in giurisprudenza, divisa tra chi propende per l'illegittimità di un trattamento sanitario obbligatorio non supportato da altre esigenze terapeutiche, se non da quella di vanificare la potenziale pericolosità sociale del paziente⁵⁸, e chi invece fa scaturire dal concetto di "protezione" il vero e proprio obbligo giuridico di impedire il verificarsi di tutte le potenziali conseguenze negative della patologia del paziente stesso.

A sostegno di questa seconda posizione si richiama la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. IV, dell'11 marzo 2008, n. 10795, nella quale si afferma che *“vero che lo scopo primario delle cure psichiatriche è quello di eliminare, o contenere la sofferenza psichica del paziente, ma quando la situazione di questi sia idonea a degenerare - anche con atti di auto o etero aggressività - il trattamento obbligatorio presso strutture ospedaliere è diretto ad evitare tutte le conseguenze negative che la sofferenza psichica cagiona. Appare illusorio separare le conseguenze personali (che sole giustificerebbero il trattamento) da quelle verso terzi: la*

⁵⁷ Vedasi, ad esempio, M. A. FARINA COSCIONI, *Matti in libertà. L'inganno della "legge Basaglia"*, 53 ss.

⁵⁸ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sent. 15 maggio 2012, n. 18504. Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione stabilisce che nelle ipotesi di trattamenti sanitari volontari, non ricorrendo le condizioni per la protrazione del ricovero del paziente psichiatrico e per disporre un trattamento sanitario obbligatorio, lo psichiatra non può trattenere il paziente contro la sua volontà in ospedale. La richiesta di trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale, infatti, è legittima solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dal paziente e se non sussistano le condizioni che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra-ospedaliere. In assenza di tali presupposti e di finalità terapeutiche, lo psichiatra che dimette il paziente non commette il delitto di omissione di atti d'ufficio.

*manifestazione di violenza ed aggressività non reca danno solo al terzo aggredito, ma anche all'aggressore*⁵⁹.

Inevitabile, dunque, la notevole menomazione dello spazio di manovra dello psichiatra il quale, come giustamente osservato in dottrina, si trova stretto “tra due fuochi”⁶⁰: la cura e il rispetto incondizionato del paziente, da un lato, il timore di una pronuncia giudiziaria arbitraria dall'altro, con l'inesco inevitabile di comportamenti difensivi dal rischio giudiziario⁶¹. Il rischio diventa quindi quello di una medicina asservita ai dettami e agli orientamenti della giurisprudenza, a tutto discapito, come è intuibile, della cura del malato.

E' proprio di fronte a questi problemi che è possibile comprendere l'importanza di un criterio di riferimento che guidi lo psichiatra nella sua complessa attività e lo renda *ex ante* edotto delle conseguenze penali cui potrebbe andare incontro in ragione del trattamento terapeutico intrapreso. Criterio identificabile, come anticipato, nelle regole cautelari, strumento indispensabile per circoscrivere e definire la condotta concretamente esigibile da parte dell'operatore sanitario.

La stragrande maggioranza delle condotte penalmente rilevanti poste in essere nel settore psichiatrico è riconducibile, come si approfondirà nel capitolo seguente, alla classe dei reati omissivi impropri. Il giudizio dovrà dunque vertere sulla dimostrazione che l'attore, attenendosi alla regola cautelare di riferimento, avrebbe potuto impedire l'evento concretamente cagionato.

La regola cautelare, in questo frangente, sottrae la valutazione della correttezza del comportamento assunto dal medico all'apprezzamento discrezionale del giudice e seleziona i comportamenti concreti dell'agente, colmando in parte quella carenza di tassatività connaturata alla professione medica, e in particolare a quella psichiatrica. Ne consegue che, ove la regola

⁵⁹ Con tale sentenza la Suprema Corte ha confermato la condanna dello psichiatra, il quale aveva sospeso imprudentemente il trattamento farmacologico cui era sottoposto il paziente ricoverato in una comunità determinando un aggravamento della patologia e una riacutizzazione dell'aggressività del paziente, ritenuti in rapporto di causalità con la crisi nel corso della quale lo stesso paziente aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori che prestavano servizio nella struttura.

⁶⁰ G. INSOLERA, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, 2859.

⁶¹ Il fenomeno della c.d. medicina difensiva è sempre più frequente. Lo dimostrano numerosi studi, tra i quali si menziona una ricerca condotta dal Department of Health Policy and Management della Harvard Medical School: su un campione di 824 medici operanti in sei strutture sanitarie della Pennsylvania, è stato osservato che il 93% dichiara di praticare medicina difensiva. Nello specifico, il 92% afferma di prescrivere con facilità test e procedure diagnostiche e chiedere consulti, il 43% riferisce di prescrivere procedure diagnostiche clinicamente non necessarie, il 42% ammette di aver volutamente ristretto il proprio campo di azione professionale per evitare complicazioni.

cautelare sia stata diligentemente osservata dal medico, e l'evento lesivo non sia a lui attribuibile, scarseggerà ab origine una omissione penalmente rilevante, poiché manca l'attribuzione normativa del potere/dovere di agire in capo al medico⁶². Ciò consente di affermare che non necessariamente i poteri del medico coincidono con i suoi doveri, essendo questi ultimi definiti e delimitati dalla doverosa conformità alle regole cautelari di riferimento.

Naturalmente, la regola cautelare non rappresenterà l'unico fattore di legittimazione dell'operato dello psichiatra. Riveste infatti una funzione imprescindibile e fondamentale la volontà del paziente, nella prospettiva di un percorso terapeutico concordato e condiviso.

L'imprescindibilità del consenso del malato - in positivo, come presupposto di legittimità, in negativo come elemento di limitazione di qualunque intervento medico -, trae origine, dal punto di vista normativo, dagli artt. 13 e 32 della Costituzione. E' nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana che si instaura quel rapporto fiduciario fulcro della dialettica medico-paziente, quel ragionevole affidamento dell'uno sull'altro nella partecipazione e collaborazione reciproca. Ancora una volta, emerge dunque il problema della interazione tra la posizione di garanzia rivestita dal medico e le regole cautelari che egli è chiamato a rispettare. La collaborazione terapeutica, infatti, ridisegna gli obblighi di cura dell'operatore sanitario, discriminando come dovuti soltanto quelli assistiti dal consenso del paziente.

L'oggetto del consenso non sarà dunque limitato al sottoporsi a una cura, ma investirà anche il *quomodo* della cura stessa, ossia la selezione delle concrete modalità di gestione del trattamento terapeutico. Qualora il consenso dovesse difettare, il mancato inizio o la mancata prosecuzione del percorso di cure non potrà far sorgere in capo al medico garante una responsabilità per omesso impedimento dell'evento che a tale scelta operativa sia conseguito, essendo il suo potere di agire negato in maniera insindacabile.

Come si è correttamente osservato in dottrina, dunque, ne conseguirà che *“in difetto di un valido consenso informato, il medico debba astenersi dal praticare un trattamento che comporti*

⁶² In chiave esplicativa, C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. It. Med. Leg.*, il quale propone l'esempio del suicidio di un paziente affetto da turbe mentali e sostiene che *“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 (ad esempio un trattamento a carattere domiciliare, con somministrazione di farmaci antidepressivi appropriati), potrà 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 concludersi che, non avendo errato nel non averla disposta, non abbia omesso una condotta doverosa”*.

*un rischio apprezzabile per la salute del paziente (non importa se attinente o connesso alla patologia già in atto, o se autonomo e collaterale): è il paziente, infatti, che deve decidere se rischiare, e quanto, nel contesto di una valutazione complessiva dei costi e dei benefici del trattamento (sofferenza, risultati sperati, effetti collaterali negativi possibili o addirittura certi, etc.), resa possibile da un corretto e puntuale adempimento dei doveri informativi da parte del medico”⁶³. La volontà del paziente, nella sua assoluta insindacabilità, traccia pertanto in maniera diretta il *discrimen* tra un rischio lecito, e dunque consentito, e un rischio illecito – incidendo in tal modo sul giudizio di rimproverabilità eventualmente formulato a carico del medico -. Non solo: essa è suscettibile altresì di condizionare in maniera indiretta la selezione della regola cautelare più idonea al raggiungimento di quello specifico obiettivo terapeutico prefigurato da entrambi i soggetti del rapporto clinico.*

La compenetrazione di regole cautelari e consenso si riscontra forse in maniera particolarmente evidente nell’ambito della scienza psichiatrica, di per sé restia più delle altre ad essere incardinata in norme tassative e monolitiche.

Si metteranno dunque in luce le caratteristiche più rilevanti di tale disciplina e si illustreranno la genesi e le modalità di attribuzione della responsabilità a titolo di colpa in capo allo psichiatra, nel suo ruolo di garante della precaria salute mentale dei pazienti sottoposti al suo affidamento.

⁶³ P. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie*, 138.

CAPITOLO II

LA POSIZIONE DI GARANZIA DELLO PSICHIATRA

1. *La causalità omissiva. L'impatto della sentenza Franzese.*

Si definisce “reato” quel comportamento umano volto a ledere un bene giuridicamente tutelato, cui l'ordinamento riconnette l'irrogazione di una sanzione penale. La struttura del reato si compone di due elementi essenziali: uno soggettivo, che è stato oggetto di esteso approfondimento nel capitolo precedente, ed uno oggettivo. Quest'ultimo è costituito, a sua volta, da tre elementi costitutivi: la condotta, l'evento ed il nesso di causalità tra i due intercorrente.

Esaminando la componente della condotta, giova innanzitutto precisare che essa può manifestarsi tanto in un'azione quanto in un'omissione. In ambito medico, la forma nella quale la condotta più frequentemente si esplica è quella omissiva. E' opportuno analizzare dunque la duplice fisionomia di questo tipo di condotta: omissiva propria ed omissiva impropria.

La linea di demarcazione tra i reati omissivi propri ed i reati omissivi impropri è tracciata in maniera esauriente dalla formulazione letterale dell'art. 40, comma 2, del codice penale. Esso, nel fornire una definizione di reato omissivo improprio, stabilisce infatti che “*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”. E' evidente dunque che l'elemento distintivo tra le suddette tipologie di reati sia la sussistenza di un evento materiale, la cui verifica fa sì che operi la clausola di equivalenza contenuta nella citata disposizione normativa. Rispetto ai reati omissivi impropri, infatti, si rende necessaria l'identificazione del nesso eziologico intercorrente tra l'omissione e l'evento. Occorre dunque verificare se l'azione normativamente imposta, oggetto dell'“obbligo giuridico” di cui al comma 2 dell'art. 40, avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo; in altre parole, se tale evento sarebbe stato ugualmente cagionato qualora il soggetto agente si fosse attenuto alla prescrizione normativa ed avesse compiuto l'azione da essa comandata.

L'esame del nesso di causalità è indubbiamente condizionato dalla concezione di causalità omissiva che si intende recepire. A tal proposito, si sono avvicendate nel tempo molteplici elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali.

La teoria predominante in dottrina⁶⁴ identifica la condotta omissiva in un “*nihil facere quod debeat*”, ossia nel mancato adempimento di un’azione doverosa. Si riscontra, dunque, una “diversità di essenza”⁶⁵ tra la causalità omissiva e la speculare causalità attiva. Nella causalità attiva si individuano con facilità due componenti - la condotta e l’evento - concretamente apprezzabili dal punto di vista naturalistico: l’elemento mancante nella causalità omissiva è proprio la condotta. Ne consegue che il giudizio controfattuale, utile alla verifica della sussistenza del nesso causale, si attingerà in due modi decisamente opposti. Nel caso della causalità attiva, esso implicherà l’eliminazione della condotta posta in essere nel caso concreto; nell’ambito della causalità omissiva, al contrario, richiederà l’aggiunta della condotta obbligatoria omessa. In quest’ultima ipotesi, inoltre, si dovrà valutare altresì l’eventuale incidenza di un fattore anteriore ed esterno rispetto alla condotta dell’autore del reato, nella realizzazione dell’evento - come, ad esempio, l’intervento di un terzo estraneo nella dinamica delittuosa⁶⁶ -.

Secondo questa concezione prettamente normativa, dunque, il nesso di causalità nei reati omissivi non sarà apprezzabile da un punto di vista naturalistico. La condotta, infatti, si sostanzia in un *non facere*: è la legge, mediante la clausola di equivalenza di cui al comma 2 dell’art. 40 c.p., a far coincidere il non impedire con il cagionare. Si può proporre, per una più agevole comprensione, l’esempio del medico colpevole di aver cagionato la morte del paziente per omesso intervento terapeutico. In tal caso, ciò che si rimprovera al medico è il mancato adempimento di un obbligo giuridico di intervento, ma l’evento morte, di per sé, è la conseguenza dell’incedere di una patologia già in corso.

Alla concezione normativa si contrappone la c.d. concezione naturalistica della causalità omissiva, i cui sostenitori⁶⁷ riconoscono un’incidenza causale anche ad una condotta priva di una dimensione naturalistica, ove si dimostri che, se si fosse posta in essere la corrispondente

⁶⁴ G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, 384; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Zanichelli, IV edizione 2013.

⁶⁵ Secondo la definizione di F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, V edizione, CEDAM, 2007.

⁶⁶ Per una più agevole comprensione si propongono degli esempi tratti da F. CARINGELLA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IV edizione, 2013, 509: “[...] mentre nel caso di morte per ferimento da colpo di pistola bisogna semplicemente verificare se, in assenza dello stesso, il soggetto sarebbe deceduto ugualmente o meno, in quello di morte per omesso trattamento terapeutico è necessario valutare, in primis, se il decesso è legato a quella particolare patologia non curata e, in secundis, se le cure omesse siano state tali da averne permesso il decorso naturale”.

⁶⁷ Tra gli altri, F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 1255.

condotta attiva, l'evento lesivo non avrebbe avuto luogo. Il mancato intervento da parte dell'agente, gravato dall'obbligo normativo di intervenire, in una serie di eventi tra loro concatenati è dunque idoneo ad assumere anch'esso valore di antecedente causale rispetto al risultato dannoso finale.

Ad ogni modo, quest'ultima tesi non ha trovato accoglimento nelle fila della giurisprudenza, nell'ambito della quale si sono sviluppati quattro diversi orientamenti, in rapporto alla problematica dell'accertamento del rapporto di causalità nell'alveo dei reati omissivi.

Un primo filone giurisprudenziale⁶⁸ risolve tale problema *ab origine*, facendo discendere automaticamente la sussistenza del nesso causale dal riconoscimento di una posizione di garanzia in capo all'autore del reato omissivo. I seguaci di questo orientamento rendono dunque superfluo l'accertamento del rapporto di causalità ai fini dell'imputazione di una condotta omissiva penalmente rilevante.

Una seconda e più cospicua elaborazione giurisprudenziale edifica le proprie argomentazioni sul criterio della possibilità o probabilità. Il nesso eziologico tra omissione ed evento sarà dunque accertato qualora si dimostri con un adeguato coefficiente di possibilità o probabilità che la realizzazione della condotta obbligatoria avrebbe impedito il verificarsi dell'evento. Rispetto al *quantum* di possibilità o di probabilità necessario per dimostrare la sussistenza del rapporto di causalità si sono sviluppate posizioni fra loro disomogenee e contrastanti.

Alcune pronunce, ad esempio, richiedono "serie ed apprezzabili probabilità di successo". In tema di responsabilità per colpa professionale del medico, ad esempio, la Suprema Corte di Cassazione si è espressa nel senso che *"nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può sostituire quello della probabilità, anche limitata, di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli. Ne consegue che il rapporto di causalità sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili probabilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata"*⁶⁹. In altri casi le percentuali necessarie per affermare la sussistenza del nesso causale possono variare dal 30% all'80%.

⁶⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 7 novembre 1988, sent. n. 790.

⁶⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 12 luglio 1991, sent. n. 371. Si trattava, nel caso di specie, di un omicidio colposo per tardiva diagnosi di infezione tetanica in una donna sottoposta a parto cesareo: la Corte rigettò il ricorso

Un terzo gruppo di decisioni trae origine dalle tre celebri sentenze Battisti del 2000⁷⁰ che, per l'accertamento della sussistenza del nesso causale nei reati omissivi, richiedono un "livello di probabilità vicino alla certezza", vale a dire quanto più vicino al 100%. Tali pronunce assimilano il concetto di "probabilità logica" formulato in dottrina, condividendo la teoria condizionalistica elaborata secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche⁷¹.

Gli orientamenti fino ad ora analizzati si sono sviluppati in rapporto alla responsabilità colposa del medico per omessa prescrizione di esami diagnostici o per mancati interventi terapeutici farmacologici o chirurgici -. Si pensi, a titolo di esempio, alla mancata valutazione, tempestiva ed adeguata, da parte del medico, del quadro clinico e della sintomatologia del paziente in fase post operatoria, con conseguente omissione di un intervento diagnostico a tempo debito, e successivo aggravamento delle sue condizioni⁷².

Nella gran parte di tali situazioni non si conosce la precisa evoluzione della patologia, perciò risulterà nella quasi totalità dei casi impossibile affermare con certezza che l'attuazione dell'intervento avrebbe impedito la morte o le lesioni. Ne deriverebbe l'automatica negazione di tale nesso, con un conseguente, indebito esonero di responsabilità per l'esercente professioni sanitarie. Di conseguenza, risulta più opportuno il ricorso a coefficienti probabilistici mediobassi al fine di rendere più agevole l'accertamento della responsabilità omissiva colposa.

Una precisazione appare indispensabile. Perché si giustifichi un'imputazione a titolo di responsabilità colposa, non è sufficiente dimostrare la sussistenza del nesso causale tra la condotta e l'evento, ma è necessario che tale nesso sia particolarmente qualificato. Ciò significa che l'evento dovrà trovare il suo specifico fondamento nella violazione della regola di diligenza, prudenza o perizia che l'agente avrebbe dovuto osservare nel caso concreto. In altri

contro la sentenza di condanna che aveva affermato la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento, rilevando che un corretto e tempestivo intervento medico avrebbe sortito un esito positivo con una probabilità del 30%.

⁷⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 2000, sent. n. 1688, 2123, 2139.

⁷¹ Si veda, ad esempio, la sent. n. 2139 del 2000, secondo la quale "*Una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone, sia nella causalità attiva, che nella causalità omissiva, una legge statistica con coefficiente percentualistico vicino a cento e deve sfociare in un giudizio sul nesso di condizionamento di alta probabilità logica o di elevata credibilità razionale, dove alta ed elevata stanno ad indicare un giudizio che si avvicina al massimo, alla certezza*".

⁷² Vedasi anche Cass. Pen., Sez. IV, 27 gennaio 2006, sent. n. 3380, che ha giudicato omissivo il comportamento del medico che, in presenza di un esame mammografico dal quale risultavano sintomi di probabile patologia neoplastica, non dispose l'esame istologico ma prescrisse un ulteriore controllo mammografico da effettuarsi a distanza di un anno, così contribuendo alla progressione del male.

termini, deve essere proprio quell'inosservanza la causa scatenante della concretizzazione materiale dell'evento. E' in tal modo possibile scongiurare arretramenti verso automatiche attribuzioni di responsabilità oggettiva: il disvalore dell'azione o dell'omissione, insito nella violazione del dovere di diligenza, risulterà, nell'ambito dell'illiceità colposa, imprescindibilmente correlato al il disvalore dell'evento. E' parallelamente individuabile, dunque, il c.d. "comportamento alternativo lecito" che l'autore del reato avrebbe dovuto assumere, in osservanza delle regole di condotta normativamente prescritte. Si tratterà allora di dimostrare l'evitabilità concreta dell'evento mediante l'attuazione di tale comportamento conforme alla regola cautelare.

Tale necessità è stata la causa scatenante di un composito dibattito giurisprudenziale, sfociato in una delle più celebri e fondamentali pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dell'11 settembre 2002, n. 30328, nota come sentenza Franzese.

2. La sentenza Franzese. Profili di innovazione e problemi ancora aperti.

Tale sentenza è stata pronunciata proprio in tema di responsabilità medica ed ha il merito di aver definito con chiarezza l'ampiezza del concetto di probabilità logica - fino a quel momento elaborato soltanto in dottrina - e di aver chiarito la sua applicabilità nell'accertamento del nesso di causalità nei reati colposi.

L'accertamento del nesso causale, come noto, deve essere condotto sulla base di un giudizio controfattuale da elaborare *ex post* sulla base di una regola di esperienza o di una legge "di copertura" scientifica, universale o statistica. Come chiarito anche in precedenza, il giudizio controfattuale è volto a dimostrare che, se l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa imposta dalla norma violata, l'evento non si sarebbe verificato.

La portata innovativa della sentenza Franzese è riscontrabile rispetto al coefficiente di probabilità necessario e sufficiente per poter addivenire a tale dimostrazione e per poter conseguentemente giustificare un addebito a titolo di responsabilità colposa. Le Sezioni Unite hanno infatti espresso una tendenza contraria alla convinzione secondo la quale il nesso causale si sarebbe dovuto considerare dimostrato soltanto in presenza di una legge scientifica di copertura che dimostrasse che ad una condotta assimilabile a quella posta in essere dal soggetto agente sarebbe conseguito, con una probabilità pari o prossima al 100%, un evento del tipo di quello verificatosi *hic et nunc*.

Dopo aver rilevato l'erroneità di tale impostazione, la Suprema Corte ha affermato il dovere da parte del giudice di constatare la fondatezza della legge di riferimento nel caso concreto, senza procedere ad una sua automatica ed acritica applicazione⁷⁵. Per superare il "ragionevole dubbio" sulla effettiva portata eziologica della condotta dell'agente sarà dunque necessario e sufficiente dimostrare che l'evento concreto non sia ragionevolmente spiegabile se non come effetto di quella specifica condotta. A tale dimostrazione è possibile pervenire escludendo decorsi causali alternativi, in attenta considerazione, *ex post*, di tutte le circostanze del caso concreto. Questo perfino ove fosse possibile applicare una legge scientifica universale - che riconduce, cioè, ad un determinato antecedente, uno ed un solo specifico evento, con una probabilità del 100%⁷³ -. La prova del rapporto causale nel processo penale, in altri termini, non può ritenersi raggiunta attraverso la semplice enunciazione *ex ante* di una legge scientifica, ma è imposto al giudice di concretizzare *ex post* tale legge nel caso di specie. E' cristallino, in tal senso, il testo della sentenza: *"non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico prossimo a 1, e cioè alla certezza, quanto all'efficacia impeditiva della prestazione doverosa e omessa rispetto al singolo evento. [...] Nulla esclude che anche coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento, se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori*

75 A titolo esemplificativo, si consideri F. VIGANO', *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. Pen. Cont.*, secondo il quale: *"Se A getta B da una finestra al secondo piano di un edificio, e B muore in conseguenza delle lesioni derivate dall'urto sul marciapiede, il giudice non potrà certo dubitare della sussistenza di un nesso causale tra la condotta e l'evento, pur non disponendo di alcuna legge scientifica (né di alcuna massima di esperienza) in grado di affermare che in tutti i casi in cui una persona precipita dal secondo piano di un edificio si produrrà la sua morte. Non sono affatto rari, infatti, i casi in cui chi cada da altezze anche maggiori sopravviva all'impatto. Eppure, l'evento concreto oggetto del giudizio penale – la morte di B, avvenuta il giorno X all'ora Y – non è spiegabile, già al metro del senso comune, se non come conseguenza della condotta di A. Questa condotta, riguardata in una prospettiva ex ante, ha creato un mero rischio che si producesse la morte di B – un rischio certamente elevato, ma non associato alla certezza della successiva verifica dell'evento –; in prospettiva ex post, possiamo però tranquillamente affermare che tale rischio si è effettivamente concretizzato nell'evento letale occorso a carico di B, e che – pertanto – la condotta di A è stata causa della morte di B, proprio perché non*

⁷³ Riprendendo uno dei tanti esempi di scuola discussi in letteratura, pensiamo a una ipotetica legge scientifica che asserisca che il morso del serpente mocassino è sempre letale per la vittima, la quale invariabilmente decede qualche ora dopo il morso, senza alcuna possibilità di essere salvata mediante la somministrazione di un siero o di altro presidio terapeutico. A leggere quanto si afferma comunemente nei manuali di diritto penale

italiano, in questo caso non dovrebbero esservi dubbi sul nesso causale, stante la natura universale della legge di copertura. Eppure, se – prima che il veleno del serpente, introdotto furtivamente da A nel letto di B, abbia sortito il proprio effetto letale – B viene attinto da un colpo di pistola sparatogli da C, è evidente che la morte di B dovrà essere attribuita, in base a una considerazione *ex post*, a un decorso causale diverso rispetto al morso del serpente (e dunque alla condotta di A), malgrado la natura universale della legge scientifica che assicura, in una prospettiva generalizzante ed *ex ante*, che tutti coloro che vengono morsi dal serpente sono destinati a sicura morte.

è ragionevolmente possibile spiegare quella morte in maniera indipendente dalle lesioni derivanti dalla caduta, caduta a sua volta non spiegabile se non come conseguenza della spinta assestata da A. Dunque: la mancanza di una legge di copertura con coefficiente statistico pari o prossimo al 100% non può impedire l'ascrizione causale di un evento a una condotta, quando l'evento – a una considerazione ex post – non è ragionevolmente spiegabile se non come conseguenza di quella condotta".
interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento"⁷⁴.

La sentenza Franzese ha dunque il grande merito di aver enunciato principi generali relativi alla causalità omissiva omogenei ed uniformi, applicabili a tutti i settori della collettività. In dottrina si è infatti sottolineato che, con tale pronuncia, *"si è superata, sul piano applicativo, quella settorializzazione, operata da certa giurisprudenza a scapito della classe medica, mediante un'applicazione uniforme dei concetti relativi alla causalità omissiva"*⁷⁵.

2.1 La natura della condotta: omissiva o commissiva?

Accanto agli indiscussi meriti della sentenza Franzese si segnalano, tuttavia, alcuni problemi tuttora aperti. Specialmente in ambito medico, infatti, non sempre risulta agevole distinguere le ipotesi di causalità omissiva da quelle di causalità attiva. Distinzione rilevante non solo dal punto di vista dell'accertamento della sussistenza del nesso causale, ma anche ai fini della definizione del titolo di reato - ad esempio, omicidio colposo in luogo di omissione di soccorso - e quindi influente sul piano della punibilità⁷⁶. La risoluzione del problema ruoterà dunque intorno ai criteri distintivi tra la causalità omissiva e la causalità attiva.

E' pacifico che l'elemento di distinzione vada rinvenuto nella natura del precetto violato. Se questo si sostanzia in un comando, la condotta di violazione si configurerà come omissiva; se, invece, il precetto impone un divieto, la violazione dello stesso integrerà un comportamento attivo. La Corte di Cassazione ha inoltre effettuato un'importante precisazione in tale ambito: dopo aver ribadito la necessità che il precetto violato sia contenuto in una regola di natura cautelare, essa ha infatti specificato che non necessariamente dovrà aversi una totale inerzia del soggetto agente, perché si configuri un'omissione. Sarà ugualmente idoneo ad integrare un comportamento omissivo anche l'attuazione da parte dell'autore del reato di una condotta

⁷⁴ Sent. Franzese, par. 7 della motivazione.

⁷⁵ F. CARINGELLA, op. cit., 515.

⁷⁶ Cfr. F. VIGANO', op. cit.

diversa rispetto a quella qualificata come doverosa secondo i canoni di diligenza, prudenza e perizia espressi dalle regole cautelari non rispettate. Se ne deduce che l'accertamento del nesso di causalità nell'ambito dei reati omissivi soggiace agli stessi criteri utilizzati nella verifica delle condotte di carattere commissivo. L'unica differenza è rilevabile rispetto al giudizio controfattuale che, nelle fattispecie omissive, non potrà fondarsi su elementi legati alla realtà sensibile, ma resterà relegato in una sfera meramente ipotetica, dovendosi immaginare attuata la condotta nel caso concreto omessa⁷⁷.

Il rischio è quello di operare quella che la dottrina⁷⁸ ha definito come “conversione delle fattispecie colpose in reati omissivi impropri”. E' stata infatti messo in luce una sovrapposizione dei piani della causalità e della colpa, evidenziando dunque l'errore di qualificare come un'omissione penalmente e causalmente rilevante la semplice difformità alle regole di diligenza, perizia e prudenza, a prescindere dalla verifica che l'evento fosse diretta conseguenza della condotta o se, ad esempio, si fosse realizzato per via di antecedenti causali alternativi.

Questa tendenza è stata registrata in particolar modo in riferimento alla responsabilità omissiva in ambito medico. La vastità e l'incertezza della scienza medica non consentono infatti neanche astrattamente di prevedere con certezza l'efficacia di un determinato trattamento terapeutico, accrescendo le difficoltà di formulazione del giudizio controfattuale.

La sentenza Franzese ha alla sua base il superamento del concetto di mero “aumento del rischio” di verificazione dell'evento al momento della dimostrazione della causalità, non distinguendo tra causalità attiva ed omissiva. In ambito medico, trattasi di responsabilità omissiva, pertanto la teoria dell'aumento del rischio si rivela anche semanticamente fuorviante. Difatti, il medico che omette un trattamento con efficacia terapeutica di per sé soltanto probabile nei confronti del paziente, ma comunque non certa, non ha aumentato il rischio di verificazione del decesso, giacché con la sua inazione non ha influito sul decorso naturale degli eventi. Egli infatti si è comportato violando la deontologia della sua professione ed i doveri da essa derivanti, non riducendo il rischio cui il paziente era già esposto, privandolo aprioristicamente delle chances di guarigione che un altro professionista gli avrebbe garantito.

⁷⁷ In tal senso, Cass. Pen., Sez. IV, 27 gennaio 2006, sent. n. 3380.

⁷⁸ F. CARINGELLA, op. cit., p. 518.

La sentenza Franzese asserisce in modo chiaro e netto la impossibilità per il giudice di condannare un imputato, stanti queste condizioni, ex art. 40 comma 2 c.p.

Tuttora si afferma con regolarità la responsabilità in questi casi utilizzando una formula della sentenza Franzese secondo la quale “*l’evento non si sarebbe verificato se l’imputato avesse posto in essere la condotta doverosa*”, portando, in tal caso, alla certezza processuale. I giudici di merito, nella prassi attuale, nei casi di responsabilità medica, infatti, non quantificano nella motivazione della sentenza di condanna la probabilità di salvezza garantita al paziente dalle annesse cure o diagnosi, poiché con tutta probabilità tali sentenze riceverebbero una censura in sede di legittimità. Piuttosto, si connette il raggiungimento della certezza processuale con la formula dell’“*elevato grado di credibilità razionale*”, raggiunta considerando tutte le circostanze del caso concreto. Esemplificando con un esempio concreto, la Cassazione aveva confermato una sentenza di condanna per un ginecologo per la morte di una bambina cinque mesi dopo la sua nascita per i danni consequenziali ad una asfissia *intra partum* conseguente ad una serie di omissioni procedurali e tecniche del ginecologo durante il parto: ad esempio, egli non aveva predisposto il parto cesareo che, se eseguito, avrebbe con certezza evitato l’asfissia *intra partum* ed il decesso derivato dai danni cerebrali da essa cagionati⁷⁹.

Dalla motivazione della Suprema Corte si evince che esistessero nel caso di specie evidenti indizi che all’“*homo eiusdem professionis et condicionis*”, ossia il professionista medico, avrebbero dovuto inculcare la convinzione della necessità di procedere all’intervento di parto cesareo. Il medico, ignorando l’emergenza e rendendosi pertanto colpevole di negligenza, aveva invece effettuato un parto naturale, con la sola somministrazione di sedativi, soltanto, però, quando la bambina aveva già riportato danni cerebrali tali da portarla alla morte per anossia. In questo caso la Cassazione individua il principale profilo di colpa nel non aver sottoposto la donna al parto cesareo immediatamente, al manifestarsi dei sintomi patologici. Inoltre, la Suprema Corte si occupa della prova del nesso causale tra l’omissione e l’evento scatenante il decesso (la anossia).

La sentenza in commento statuisce che la decisione del giudice di merito fosse incensurabile sulla base della dimostrazione della colpa dell’imputato, derivante dall’omissione del monitoraggio della paziente e della predisposizione del parto cesareo al momento dell’insorgere del pericolo. Questo, “*se eseguito, con elevato grado di credibilità razionale, avrebbe evitato*

⁷⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013, sent. n. 11493.

l'asfissia e il conseguente decesso della bambina". La Cassazione non ispeziona tuttavia a fondo la motivazione dei giudici di merito, dando credito alla dimostrazione, giudicata corretta "oltre ogni ragionevole dubbio", dei consulenti tecnici del giudizio di merito. Verosimilmente, la scelta dei CTU è stata determinata dalla considerazione delle buone pratiche ostetriche che prescrivono, nel caso di sofferenza fetale, l'intervento tramite parto cesareo, preordinato a contenere l'asfissia, che avrebbe potuto già essere in atto. L'imputato erra infatti nella scelta del parto naturale, senza adattarsi alla mutata condizione clinica della paziente, come consigliato dalle buone pratiche mediche, privando così il feto delle residue chances di salvezza. I consulenti tecnici non avrebbero potuto dimostrare tuttavia che l'intervento sarebbe potuto essere salvavita, non essendo la medicina una scienza esatta.

Ciò che rileva ai fini del processo è che il medico non sia in nessun caso intervenuto nella degenerazione patologica, aumentando le chances di fallimento del suo intervento. Si può affermare tuttavia che in questo caso il giudice non può supplire esclusivamente con il criterio dell'elevata credibilità razionale proposto dalla sentenza Franzese, che si crede impraticabile nell'ambito della responsabilità omissiva nel settore medico, giacché è la medicina stessa che non consente di dare certezza sulle reazioni di un certo paziente ad una determinata terapia, foss'anche di generale efficacia su quei processi patologici. Parte della dottrina⁸⁰ ritiene che queste ipotesi meritino la condanna ogni qualvolta la colpa del medico risulti evidente: ad esempio, come nel caso esposto, quando si violano tutte le buone pratiche della scienza medica, evitando quegli escamotages retorici che non differenziano tra imputazione dell'evento ai sensi del primo o del secondo comma dell'art. 40 c.p.

La soluzione potrebbe essere quella di muovere dall'assunto che l'art. 40 comma 2 non richieda l'accertamento del nesso di causalità tra omissione ed evento, il quale comunque è inesistente nella natura fisica tangibile, giacché è la norma stessa che stabilisce una opinabile equivalenza tra un evento e un soggetto che non lo ha cagionato, ma non lo ha neanche impedito. L'accertamento ex art. 40 comma 2 si risolve tutto nella verifica dell'evento tipico e della sussistenza di un obbligo impeditivo a carico di un determinato soggetto. L'efficacia dell'azione del soggetto su cui grava l'obbligo impeditivo si pone nel quadro della colpa: in altre parole, nel giudizio che consiste nella verifica su ciò che si sarebbe verificato se l'agente avesse conformato la propria azione all'obbligo di diligenza prescritto. Tale valutazione è equivalente a

⁸⁰ Cfr. F. VIGANO', op. cit.

quella da effettuarsi per accertare la sussistenza del rapporto di causalità tra l'omissione e l'evento. Le norme cautelari, specie in ambito medico, hanno lo scopo di ridurre i rischi di verificazione di eventi lesivi, non di neutralizzarli; cosa che, come anticipato, è impossibile proprio per la aleatorietà della materia medica per sua natura.

Alla luce di questo è corretto consentire l'imputazione per colpa di un evento se un soggetto ha ommesso di ridurre il rischio sulla base di quanto prescritto dalle regole cautelari, sottraendo chances di guarigione al paziente. Queste teorie non sono state ancora formalmente avallate dalla giurisprudenza, con la conseguenza che quest'ultima continuerà ad ispirarsi ai criteri suggeriti dalla sentenza Franzese nell'attività di accertamento del nesso di causalità, finché non interverrà un superamento ufficiale e consolidato della stessa⁸¹.

Ai fini della presente trattazione assume inoltre profili di particolare interesse l'esame del nesso causale nell'ambito della causalità civile. Ci si chiede, più specificamente, se la causalità mostri caratteristiche differenti nei due diversi ambiti. I nodi da sciogliere sono due: innanzitutto, occorre comprendere se vi sia una divergenza nella stessa nozione di nesso di causalità, con conseguente diversità nei criteri di accertamento dello stesso; in secondo luogo, ci dovrà concentrare sul grado di conoscenza richiesto affinché possa essere riconosciuta la sussistenza del rapporto causale tra la condotta omissiva e l'evento. Prima di addentrarsi in tale analisi, occorre effettuare una precisazione: la causalità che ci si accinge ad analizzare in ambito civile si configura come causalità materiale, intesa quale nesso intercorrente tra una condotta lesiva ed il corrispondente evento dalla condotta cagionato⁸², sulla scorta del rilievo per il quale un medesimo fatto può rivestire, nel nostro ordinamento giuridico, un duplice rilievo: esso può

⁸¹ Vedasi Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio 2009, sent. n. 10743, pronunciata in tema di responsabilità omissiva medica: *“Secondo la giurisprudenza di questa Corte, nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi integrato sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Anche con riferimento all'individuazione del nesso di causalità fra la condotta omissiva del medico e l'evento dannoso, la giurisprudenza di questa Corte ha superato la concezione tradizionale, passando al criterio della certezza degli effetti della condotta omessa a quello della probabilità di essi e dell'idoneità della condotta stessa ad evitarli, ove posta in essere. Va rilevato che, ove le nozioni di patologia medica e di medicina legale non forniscano un grado di certezza assoluta, il ricorso al criterio della probabilità costituisce una necessità logica in quanto si tratta di accettare o rifiutare l'assunto secondo il quale il danno si è verificato a causa del fatto che non è stato tenuto il comportamento atteso”*.

⁸² Diversa dalla causalità materiale è la causalità giuridica, afferente al legame esistente tra evento lesivo e relative conseguenze dannose.

configurare, penalisticamente parlando, un'ipotesi di reato ma, al contempo, potrà essere considerato anche come un fatto illecito fonte di responsabilità aquiliana. Sul punto si sono sviluppati due diversi orientamenti giurisprudenziali.

Il primo orientamento⁸³ si fonda sull'assunto che non sia possibile rilevare alcuna distinzione tra causalità civile e causalità penale. Tale asserzione è avvalorata dall'assenza, nel codice civile, di una norma ad hoc a tal proposito⁸⁴: ne consegue che le uniche norme di riferimento sulla base delle quali elaborare una nozione di causalità valida per la branca civilistica sono gli artt. 40 e 41 c.p. La conseguenza di tale affermazione è importante, poiché traspone anche in ambito civile i principi sulla causalità espressi nella sentenza Franzese, in particolare per quanto concerne il canone di "credibilità razionale" richiesto ai fini dell'affermazione di responsabilità in capo all'agente.

La tesi opposta, invece, che incontra un più diffuso consenso da parte della giurisprudenza⁸⁵, pone in rilievo le divergenze esistenti tra la causalità penale e quella civile in sede di accertamento del nesso che, in sede civile, può legittimamente richiedere soglie meno elevate di probabilità. Tale divergenza si giustifica sulla base di diverse, obiettive, considerazioni.

Innanzitutto, il *discrimen* tra le due tipologie di causalità è rappresentato dalla diversa funzione svolta dalle due branche del diritto considerate. Il diritto penale è infatti improntato su una logica sanzionatoria, in alcuni casi particolarmente restrittiva di diritti fondamentali dell'individuo e privativa della sua libertà personale: peculiarità che giustifica l'esigenza di pervenire all'imputazione di una responsabilità penale oltre la soglia del ragionevole dubbio, esigenza tipizzata anche all'interno del testo costituzionale, in particolare dell'art. 27 comma 2 Cost., ai sensi del quale "*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*".

⁸³ A tal fine, si veda Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997, nonché Cass. Civ., Sez. III, 4 marzo 2004, sent. n. 4400, secondo cui "*il nesso causale tra la condotta omissiva del medico e la morte del paziente può ritenersi sussistente quando ricorrano due requisiti: a) la ragionevole probabilità (da valutare con riferimento a tutte le circostanze del caso concreto, e non soltanto con riferimento alla statistica clinica) che, se il medico avesse tenuto la condotta omessa, il paziente sarebbe sopravvissuto; b) la mancanza di prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti l'exitus*".

⁸⁴ Non sarebbe infatti corretto richiamare l'art. 1223 c.c., riferito al danno-conseguenza.

⁸⁵ Vedasi Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2006, sent. n. 11755, secondo la quale "*i criteri di accertamento del nesso causale adottati dalla sentenza Franzese delle sezioni unite penali – alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale – trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive. Nelle ipotesi di responsabilità civile, soprattutto se si versa in casi di illecito (anche) commissivo, la verifica probabilistica può arrestarsi su soglie meno elevate di accertamento controfattuale*".

La logica ispiratrice del diritto civile è invece una logica riparatoria, perciò l'obiettivo che persegue è quello di eliminare le conseguenze pregiudizievoli di condotte lesive altrui. Tale differenza sostanziale tra le due discipline considerate può essere apprezzata anche da un punto di vista strettamente processuale: qualora, nel processo penale, dovesse essere emessa sentenza assolutoria, in virtù del mancato superamento del ragionevole dubbio circa la sussistenza del nesso di causalità, nulla esclude che possa essere inflitta una condanna civile al risarcimento del danno. Il diritto civile esprime dunque un'essenza "vittimologica", ed il relativo procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria è volto a comprendere se il soggetto danneggiato sia stato ingiustamente privato di un suo bene o interesse e se meriti, di conseguenza, il ristoro del danno subito. Non a caso, il codice civile non considera la colpa come unico criterio di imputazione, ma vi affianca forme di presunzione di colpa o addirittura di responsabilità oggettiva - la quale, nel diritto penale, sarebbe viziata da insanabili profili di incostituzionalità -, nelle quali graverà sul danneggiante l'onere di fornire la prova liberatoria delle accuse a suo carico. In particolare, sarà rimessa al reo la prova della insussistenza del rapporto di causalità, con la conseguente dimostrazione che il danno subito dalla vittima del reato non è riconducibile alla condotta posta in essere dal presunto autore dell'illecito.

Oltre alla logica sistemica interna a ciascuna delle due discipline oggetto di analisi, i profili di differenza possono essere apprezzati anche dal punto di vista dei beni da esse tutelati. Uno dei pilastri cardine dell'ordinamento penale è infatti il principio di tassatività, perciò ciascuna fattispecie penale sarà preordinata alla salvaguardia di un determinato bene giuridico l'omicidio, ad esempio, si integra nel momento in cui la vittima del reato viene privata del bene della vita -. Sul versante civile, invece, la responsabilità aquiliana è molto elastica, anche per quanto concerne i beni e gli interessi oggetto di tutela: ciò è dimostrato dalla flessibilità del concetto di "ingiustizia" tratteggiato dall'art. 2043 c.c., ai sensi del quale *"qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"*. Se ne deduce che, oltre al danno derivante dalla perdita di un risultato - come, ad esempio, il danno di perdita della vita -, è configurabile, in ambito civile, un'altra tipologia di danno, ossia il cosiddetto danno da "perdita di chance", nel nostro esempio, perdita di chance di sopravvivenza. Perché la pretesa di risarcimento del danno da parte del richiedente sia fondata, non occorrerà dimostrare con una probabilità del 100% che alla condotta del reo sia conseguito il danno cagionato alla vittima dell'illecito (spesso non coincidente con la persona danneggiata dallo stesso), ma sarà sufficiente una percentuale più

bassa, purché superiore al 50%, che dimostri l' idoneità della condotta a produrre determinati effetti pregiudizievoli.

Sulla scorta di quanto esposto, oggetto di risarcimento non sarà, civilisticamente ragionando, la perdita della vita in quanto tale, ma la privazione della possibilità di sopravvivere. E' chiaro che la quantificazione del danno dovrà essere proporzionata alla consistenza della chance, da dimostrare in giudizio. La giurisprudenza di legittimità⁸⁶, a tal proposito, osserva che se si dimostra, ad esempio, il 10% di sopravvivenza, non potrà aversi diritto al risarcimento dell'intero danno derivante dalla morte, ma soltanto del danno percentualmente ridotto in relazione al coefficiente più o meno elevato di intensità e di rilevanza della chance.

Dalle considerazioni esposte emerge dunque l'innegabile diversità intercorrente tra la causalità civile e la causalità penale, poiché diversi sono la ratio che anima le due tipologie di causalità, le regole sulla ricerca e sull'onere della prova, nonché i beni tutelati dalle due branche del diritto esaminate.

Tornando all'ipotesi della morte cagionata da errore sanitario, non sono mancate riflessioni circa i riflessi che la riforma Balduzzi avrebbe potuto manifestare sulla responsabilità civile del sanitario.

L'art. 3 della legge prevede al comma 1 che *“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. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi conduce ad affermare che la responsabilità del medico e, più in generale, degli esercenti professioni sanitarie, per condotte estranee all'inadempimento di un contratto d'opera concluso direttamente con il paziente, e quindi distinto dal contratto stipulato dal medico con la struttura ospedaliera nella quale presta la propria attività, venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c.

⁸⁶ Cass. Civ., Sez. III, 4 marzo 2004, sent. n. 4400.

Ne consegue che, ai fini della configurazione dell'illecito aquiliano, dovrà essere dimostrata dal danneggiato l'integrazione di tutti i suoi elementi costitutivi, condizione imprescindibile affinché sorga in capo al danneggiante un'obbligazione di tipo risarcitorio.

In ogni caso, è importante precisare che all'attenuazione di responsabilità, civile e penale, del medico non corrisponde un equivalente alleggerimento di responsabilità in caso alla struttura sanitaria pubblica o privata nella quale il medico opera. Tale responsabilità sarà infatti inquadrabile in un inadempimento di tipo "contrattuale" ex art. 1218 c.c, come sarà precisato più avanti. Occorre dunque valutare l'impatto dell'art. 3 della legge n. 189/2012 sul delineato sistema della responsabilità in ambito sanitario e sulla responsabilità del medico in particolare.

Il dibattito giurisprudenziale si è incentrato principalmente sul secondo inciso della norma ("*in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*") ed è teatro di opinioni contrapposte. L'esplicito riferimento alla disciplina della responsabilità risarcitoria da fatto illecito è stato interpretato da alcuni esponenti della giurisprudenza⁸⁷ come una sorta di "atecnico" rinvio alla responsabilità risarcitoria dell'esercente la professione sanitaria.

Altri hanno invece ravvisato nella disposizione in esame un contenuto ed una forza legislativa: da tale qualificazione deriverebbe che, in ipotetica assenza di un contratto stipulato tra il paziente e il medico, non sarebbe corretto ricondurre la responsabilità di quest'ultimo nell'alveo della comune responsabilità contrattuale per inadempimento o inesatto adempimento degli obblighi su di lui gravanti, bensì nella sfera della responsabilità extracontrattuale da fatto illecito.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione si è spesso domandata se fosse possibile l'innovazione della responsabilità civile medica sulla scorta della legge Balduzzi, tuttavia senza risposte affermative; nel febbraio 2013 la Suprema Corte, in un *obiter dictum*, ha statuito che "*la responsabilità civile segue le sue regole consolidate anche per la c.d. responsabilità contrattuale da contatto sociale del medico e della struttura sanitaria*"⁸⁸, anche se non fornisce un'interpretazione, in tal frangente, dell'art. 3 co.1 di tale legge. La sentenza n. 8940/2014, invece, statuisce che nel prevedere la non responsabilità per colpa lieve del medico che si attiene alle linee guida e alle buone pratiche nell'esercizio della sua professione, resta fermo "l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.", pertanto la Cassazione non vuole sancire come

⁸⁷ In tal senso, fra gli altri, Tribunale di Arezzo 14/2/2013 e Tribunale di Cremona 19/9/2013.

⁸⁸ Cass., sent. n. 4030/2013.

necessariamente extracontrattuale la responsabilità medica, ma vuole dare una rilevanza nell'ambito civilistico anche alla colpa lieve. In altre parole, la norma sembra rispecchiare l'intento del legislatore di limitare i casi di responsabilità contrattuale a quelli in cui il paziente è legato da un rapporto contrattuale al professionista e il criterio attributivo della responsabilità civile del medico vada individuato in quello ex art. 2043 c.c., con le conseguenze innescate sul riparto dell'onere della prova (in caso di responsabilità contrattuale molto sfavorevole al medico e sbilanciato a favore del paziente) e del termine di prescrizione di 5 anni per il risarcimento del danno.

Secondo tale interpretazione della legge Balduzzi è necessario modificare la tendenza diffusa che riconduceva in ogni caso la responsabilità del medico all'art. 1218 c.c., anche nel caso in cui non ci fosse un contratto tra paziente e professionista. Verrà, quindi, superato il concetto di contatto sociale nel caso in cui si tratti di un rapporto tra medico e paziente in una struttura sanitaria, la quale comunque resterà ancora al regime del 1218 c.c. Il paziente pertanto, nel caso in cui venga lesa la sua salute, avrà una strada più favorevole rivolgendosi alla struttura sanitaria, la quale comunque resterà ancora al regime del 1218 c.c. Il paziente pertanto, nel caso in cui venga lesa la sua salute, avrà una strada più favorevole rivolgendosi alla struttura sanitaria. Un ulteriore beneficio sarebbe quello di "tranquillizzare" il medico, non più sottoposto ad una sorta di obbligazione di risultato nei confronti del paziente, che la responsabilità da contatto sociale veniva ad imporgli: sarebbe stato in ogni caso l'esercente professioni sanitarie a dover dimostrare di avere adempiuto correttamente e che il danno fosse derivato da causa a lui non imputabile, dimostrazione che vista la particolarità della materia medica non è sempre agevole.

Riepilogando: l'art. 3 della legge Balduzzi non incide sul rapporto che intercorre tra il medico e il paziente in forza di un contratto di prestazione d'opera privato, ma solo riesce a scardinare il concetto di contatto sociale in ambito civile, né tantomeno modifica il rapporto tra struttura sanitaria e paziente ed in questi casi vige ancora l'art. 1218 c.c. In tali casi è indifferente che il creditore che ha subito il danno alla salute agisca nei confronti del medico, della struttura che lo ospita o di entrambi.

Il richiamo all'art. 2043 non incide sulla responsabilità della struttura sanitaria che è responsabile per contatto sociale ex art. 1218 quando l'inadempimento deriva dagli operatori di cui si è avvalsa; ma sul punto di vista del singolo medico o degli operatori sanitari, in caso di colpa lieve rimane ferma la responsabilità ex art. 2043, giacché le loro condotte non derivano da un contratto atipico, come quello della struttura sanitaria e non si configurerà per loro un contratto d'opera. L'illecito è pertanto aquiliano.

3. La posizione di garanzia dello psichiatra ed il suo oggetto: il paziente.

Dopo aver esposto le caratteristiche pregnanti della responsabilità degli esercenti professioni sanitarie, è a questo punto opportuno addentrarsi nell'analisi della responsabilità omissiva dello psichiatra, in diretto riferimento alla posizione di garanzia da esso rivestita nei confronti del paziente.

A tal fine occorre precisare che, in rapporto alla struttura dei reati omissivi, è possibile individuarne due categorie: i reati omissivi propri, o "di pura omissione", e i reati omissivi impropri, o "di non impedimento".

Il reato omissivo proprio è riconducibile alla sfera dei reati di mera condotta. Il disvalore di tale fattispecie si sostanzia infatti solo ed esclusivamente nella mancata attuazione della condotta doverosa: ai fini della sua integrazione non è necessaria la produzione di alcun evento naturalistico, poiché il legislatore considera determinate tipologie di omissione penalmente rilevanti in quanto tali.

Il reato omissivo improprio, al contrario, trova il suo fondamento normativo nell'art. 40, comma 2, del codice penale, ai sensi del quale "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*". La stessa formulazione letterale di tale disposizione normativa richiede dunque espressamente, tra gli elementi costitutivi di questo genere di reato, il mancato impedimento di un evento naturalistico che si aveva l'obbligo giuridico di impedire. Il reato omissivo improprio appartiene pertanto alla categoria dei reati di evento, nei quali l'omissione sarà penalmente rilevante solo in quanto causalmente idonea a produrre l'evento.

Gli elementi costitutivi del reato omissivo improprio sono dunque: l'obbligo giuridico di impedire l'evento - che comporta la presenza di una fonte dalla quale lo stesso sorge -; la condotta omissiva; l'evento, da considerare nella sua accezione materiale e naturalistica; il nesso eziologico tra l'omissione e l'evento; l'elemento soggettivo, nella forma del dolo o della colpa.

Il secondo comma dell'art. 40 c.p. contiene, come già osservato in precedenza, una clausola di equivalenza, che equipara l'omettere al cagionare, con l'intenzione di precisare che il soggetto agente può provocare l'evento tanto ponendo in essere un comportamento attivo, quanto restando inerte e lasciando che gli avvenimenti seguano il loro corso naturale. E' importante sottolineare, tuttavia, un elemento indispensabile alla configurazione di un reato omissivo improprio, ossia il possesso da parte dell'autore del reato di una particolare qualifica soggettiva,

dalla quale promana l'obbligo giuridico di impedire l'evento. I reati omissivi impropri, dunque, si configurano tutti come reati propri⁸⁹, ed è la legge ad individuare aprioristicamente i soggetti titolari di tale obbligo.

Si pone pertanto il problema di identificare la fonte dell'obbligo giuridico di garanzia, nonché di circoscrivere l'ambito di operatività dello stesso.

Rispetto alla problematica dell'individuazione della fonte dell'obbligo sono state elaborate tre diverse tesi.

La prima di esse, espressiva della c.d. "teoria formale", segue un approccio estremamente garantistico, poiché si fonda sull'assunto che un obbligo rilevante ex art. 40 comma 2 c.p. può scaturire soltanto da una precedente previsione legislativa. La fonte legislativa, secondo i seguaci di tale impostazione, è intesa in senso lato, non solo come prodotto dell'attività parlamentare, ma anche come atto normativo, pubblico o privato. Ne consegue che assumeranno la qualità di fonti anche gli atti amministrativi - i quali trovano pur sempre il loro referente nella legge -, i contratti - l'art. 1372 c.c. dispone infatti che essi dispiegano forza di legge tra le parti- e perfino la consuetudine o la pregressa attività rischiosa. Questa teoria, se da un lato ha il merito di ricondurre l'obbligo di garanzia nell'alveo del principio di legalità, dall'altro si espone a plurimi rilievi critici. Il primo rilievo poggia sui principi di necessarietà e di sussidiarietà, entrambi pilastri del diritto penale: quest'ultimo non è infatti equiparabile alle altre branche dell'ordinamento, soprattutto in ragione della gravità delle sanzioni da esso previste, che mirano a tutelare determinati beni da condotte connotate da un disvalore decisamente maggiore rispetto a quello richiesto in altri settori dell'ordinamento. In secondo luogo, come suggerisce la sua stessa qualifica, tale teoria pecca di eccessivo formalismo. Considerando sufficiente, ai fini della attribuzione di responsabilità penalmente rilevante ex art. 40 comma 2, la mera previsione formale dell'obbligo giuridico di garanzia, essa si dimostra inidonea a distinguere i semplici obblighi di agire da quelli aventi una reale funzione di garanzia alla cui protezione è volta la fattispecie omissiva di reato. Inoltre, la meccanica applicazione di criteri esclusivamente formali condurrebbe a delle conclusioni paradossali. Da un lato, si trascurerebbe l'esame delle circostanze del caso concreto, giungendo all'estrema conseguenza di attribuire una responsabilità penale perfino ad un soggetto al quale il bene oggetto di tutela

⁸⁹ A differenza dei reati omissivi propri, che possono essere tanto propri (es. art. 328 c.p.), quanto comuni (es. art. 593 c.p.).

non sia stato materialmente affidato; dall'altro, all'opposto, si finirebbe per prescindere dalla effettiva presa in carico del bene e per svincolarsi da un addebito di natura penale sulla base, ad esempio, di vizi di invalidità del contratto o del provvedimento amministrativo di riferimento⁹⁰.

A tentare di risolvere tali problemi sono i sostenitori di una seconda teoria, la c.d. teoria funzionale. Essa si pone su un versante radicalmente opposto rispetto alla teoria formale, trovando la sua origine nel principio di legalità sostanziale. La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento non sarebbe dunque da rinvenire in un atto giuridico formale, bensì nella sostanziale titolarità di una "posizione di garanzia"⁹¹, in forza della quale un determinato soggetto detenga un "potere di signoria" in ordine alla possibile lesione del bene tutelato. La posizione di garanzia è connotata, dunque, da *"uno speciale vincolo di tutela che esiste tra garante e bene giuridico, in virtù di quella effettiva presa in carico della tutela del secondo da parte del primo, trascurata dalla teoria formale"*⁹². Il merito di tale impostazione è quello di evitare l'attribuzione della c.d. "responsabilità di posizione", ma si presta anch'essa a rilevanti obiezioni, prima fra tutte il contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di riserva di legge. Quest'ultimo, radicato nell'art. 25 Cost., impone infatti che le fattispecie di reato siano stabilite dalla legge, con conseguente divieto di configurarle sulla base di elementi di mero fatto. D'altronde, lo stesso art. 40 comma 2, nella sua formulazione letterale, si riferisce ad un obbligo "giuridico" di impedire l'evento, la qual cosa rende doverosa la ricerca della relativa fonte all'interno dell'ordinamento giuridico, in ossequio al principio di tassatività, ulteriore corollario del principio di legalità.

Di fronte alle carenze dell'una e dell'altra teoria, è stata successivamente elaborata una tesi intermedia, la c.d. teoria "mista" o "eclettica", che tenta di conciliare le posizioni espresse dalle due teorie appena approfondite. Tale teoria individua gli elementi costitutivi essenziali dell'obbligo di garanzia: da un lato, una fonte normativa di diritto privato o pubblico, che costituisca il dovere di intervento; dall'altro, l'esistenza di un potere, giuridico, ma anche di

⁹⁰ A titolo esemplificativo, F. CARINGELLA, op. cit. 448: *"portata alle estreme conseguenze, la tesi in esame comporta che la babysitter dovrebbe rispondere di omicidio colposo per la morte occorsa al bambino anche allorquando non si sia presentata a casa dei genitori per assisterlo, mentre dovrebbe essere assolta nel caso in cui, pur essendole stato affidato il pargolo, costei possa lamentare una causa di invalidità del contratto stipulato"*.

⁹¹ Si veda F. MANTOVANI, op. cit., che parla di "posizione fattuale di garanzia".

⁹² F. CARINGELLA, op. cit.

fatto, attraverso il corretto uso del quale il soggetto garante sia in grado, attivandosi, di impedire l'evento. Seguendo questo ragionamento, non solo si rispetta il principio di legalità riconducendo l'obbligo di garanzia ad una fonte legislativa, ma si colmano anche le lacune di un orientamento meramente formale, evidenziando la necessità di un rapporto fattuale tra il soggetto obbligato e il bene protetto.

Sul fronte giurisprudenziale, si è registrata un'oscillazione tra le tre tesi, con prevalente adesione alle tesi formale⁹³ e mista⁹⁷. Non sono tuttavia mancate adesioni alla teoria funzionale, specialmente in tema di rapporti tra medico e paziente. Non è infrequente, d'altronde, che, in settori particolari, come quello medico, si instauri un rapporto privilegiato tra due soggetti, connotato dall'assunzione di obbligazioni reciproche. Queste ultime non scaturirebbero dunque da un atto unilaterale, bensì da "rapporti contrattuali di fatto". In virtù di questa impostazione, dunque, la titolarità della posizione di garanzia da parte di un medico nei confronti di un paziente è legata al concreto espletamento dell'attività sanitaria, non necessariamente subordinata all'esistenza di rapporti contrattuali con la struttura ospedaliera, ma nascente anche dall'assunzione unilaterale e volontaria del ruolo di garante da parte del medico⁹⁸.

La sussistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto agente funge dunque da imprescindibile presupposto per muovere un addebito a titolo di responsabilità omissiva impropria. Tuttavia, essa traccia, parallelamente, i confini di tale responsabilità, sull'assunto che all'agente non può essere addebitato ogni genere di evento, ma soltanto quello derivante dalla particolare posizione di garanzia da costui rivestita. Quest'ultima può essere infatti fonte di diverse tipologie di obblighi, classificabili in obblighi di protezione, obblighi di controllo e obblighi di impedire l'agire illecito di un terzo.

I primi postulano un'incapacità da parte dei titolari del bene oggetto di tutela di provvedere da soli alla propria protezione. Si considerino i doveri dei genitori verso i propri figli o, ancora una volta, la responsabilità del medico nei confronti del paziente: in casi simili si instaura un vincolo non solo giuridico, ma anche empirico, tra i due protagonisti del rapporto.

Gli obblighi di controllo sono più estesi rispetto ai precedenti, poiché impongono una protezione generalizzata di tutti i beni esposti a determinate fonti di pericolo, e configurano dunque, in capo al garante, un potere di signoria sulle fonti medesime. Può essere chiarificatore

⁹³ Si veda, ad esempio, Cass., Sez. III, 30 gennaio 2008, n. 4730 che, nel rapporto madre-figli, pur invocando la teoria formale, specifica che la madre è dotata della possibilità di impedire l'evento lesivo ai danni dei figli, essendo la propria posizione di garanzia derivante dalla potestà genitoriale ex art. 147 c.p.

l'esempio del datore di lavoro, responsabile della salvaguardia della salute dei propri dipendenti in forza della legislazione antinfortunistica.

97 Cass., Sez. IV, 21 maggio 1998, n. 8217, per cui nei reati omissivi il fondamento della responsabilità è correlato all'esistenza di un dovere giuridico di attivarsi per impedire che l'evento temuto si verifichi. Nel caso di specie la Corte ha negato la posizione di garanzia di un idraulico, che non aveva alcun potere di modificare una canna fumaria pericolosa o di impedire che il proprietario ne facesse uso.

98 Ad es., Cass. Pen., Sez. IV, 4 luglio 2007, sent. n. 25527, secondo cui *"tra le fonti dell'obbligo di garanzia rientrano anche le fonti convenzionali, tra le quali sono da ricomprendere non solo i contratti tipici, ma anche gli atti negoziali atipici e le iniziative volontarie unilaterali assunte di fatto pur in assenza di uno specifico obbligo giuridico"*. Nel caso di specie, un ragazzo era stato condannato per il reato di cui all'art. 589 c.p. perché, in occasione di una cena organizzata in un rifugio di montagna, si era offerto di accompagnare gli avventori nottetempo a valle. Nell'occasione due ragazze, a bordo di uno slittino, erano uscite fuori pista e, dopo aver sbattuto contro un albero, una di esse era deceduta. La Corte, nel confermare la sentenza di condanna, ha precisato che, pur in assenza di un contratto, il giovane avesse di fatto assunto l'obbligo di condurre a valle gli avventori, circostanza sufficiente a ritenere esistente l'obbligo di garanzia e, quindi, a ritenerlo responsabile per il decesso della ragazza.

Gli obblighi di impedimento dell'agire illecito di un terzo si sostanziano, infine, in un doveroso controllo, da parte del garante, della condotta di quest'ultimo. L'eventuale commissione di un atto delittuoso da parte del terzo per omissione del controllo, infatti, può porsi a fondamento di una responsabilità penale a titolo di concorso omissivo nell'altrui reato. Si pensi alla responsabilità dello psichiatra per atti etero lesivi commessi da un paziente, che saranno oggetto di approfondimento nei successivi paragrafi. Perché tale responsabilità possa essere legittimamente imputata in capo all'agente, in ogni caso, devono ricorrere determinate condizioni.

In primis, è necessario accertare l'effettiva titolarità della posizione di garanzia in capo al soggetto eventualmente responsabile, presupposto fondamentale per impedire la commissione del reato altrui. Si pensi al caso di un genitore che rimane inerte di fronte, ad esempio, all'omicidio o allo stupro del proprio figlio⁹⁴.

In secundis, occorre dimostrare che il garante, in primo luogo, abbia fornito un contributo causale alla commissione del reato altrui, ossia che abbia predisposto le condizioni per

⁹⁴ Cass. Pen., Sez. III, 30 gennaio 2008, sent. n. 4730, secondo cui *"Il genitore esercente la potestà sui figli minori, in quanto investito di una posizione di garanzia in ordine al corretto comportamento sessuale dei figli minori, ha l'obbligo di impedire che costoro compiano atti di violenza sessuale, per cui risponde penalmente, ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p., di tali atti, quando sussistano le condizioni costituite: a) dalla conoscenza o conoscibilità dell'evento; b) dalla conoscenza o riconoscibilità dell'azione doverosa incombente sul garante; c) dalla possibilità oggettiva di impedire l'evento"*. Inoltre, da un punto di vista normativo, la fonte dell'obbligo di impedimento si rinviene nel combinato disposto degli artt. 30 Cost. e 147 c.c., in base al quale incombe sul genitore un dovere di protezione sui propri figli. Così, un genitore sarà ritenuto responsabile anche qualora acconsenta che un terzo compia atti di violenza, anche sessuale, sul proprio figlio".

compierlo o che abbia quantomeno facilitato la sua realizzazione. Sarà necessario altresì effettuare una verifica sull'effettivo contributo causale della condotta omissiva del garante sulla condotta attiva dell'autore del reato. In altri termini, occorrerà valutare se il garante, intervenendo nella situazione concreta, avrebbe dissuaso il terzo dal porre in essere l'illecito⁹⁵.

Infine, come del resto accade per tutte le fattispecie penali, è necessario accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo, nella forma del dolo o della colpa.

In ambito medico, in particolare nel settore psichiatrico, il quesito cui si cercherà di dare risposta è se lo psichiatra possa essere garante del paziente.

Il quesito acquista ulteriore significato a seguito dell'emanazione della legge n. 180 del 1978, meglio nota come legge Basaglia, per effetto della quale si è assistito al superamento del precedente approccio custodialistico in questa peculiare branca della medicina. Ci si domanda, più specificamente, se sia corretto ricomprendere tuttora, alla luce della novella legislativa, nel dovere dello psichiatra di curare nel miglior modo possibile il disturbo mentale del paziente, anche obblighi di protezione e di sorveglianza nei suoi confronti, di fronte al rischio di condotte auto ed etero lesive del medesimo. La dottrina ha osservato, a tal proposito, che *“una corretta e logica - accezione della funzione pur essenzialmente terapeutica della disciplina psichiatrica, vede necessariamente intrecciati il profilo della cura e quello della vigilanza: in sintesi, il gesto aggressivo del malato di mente è una estrinsecazione, o comunque una conseguenza, della patologia da cui è affetto e, dunque, quando la malattia possa, in determinate sue fasi, prevedibilmente esitare in tali manifestazioni, essa, evidentemente, va adeguatamente presidiata con gli opportuni rimedi perché queste non si verifichino”*⁹⁶.

3.1 Il consenso del paziente come presupposto e limite degli obblighi di garanzia dello psichiatra.

Prima di addentrarsi nell'indagine delle condotte omissive dello psichiatra e di delineare, sul piano applicativo, la portata degli obblighi gravanti sullo psichiatra medesimo, è opportuno analizzare un ulteriore elemento idoneo a tracciare in maniera netta i confini della posizione di

⁹⁵ Il solo contributo agevolatore non è sufficiente, altrimenti la fonte della responsabilità concorsuale si rinverrebbe non nell'art. 40 comma 2 c.p., bensì nell'art. 110 c.p.

⁹⁶ IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una Casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, p. 1150.

garanzia e ad incidere notevolmente sulla stessa configurabilità della colpa: il consenso del paziente nell'ambito del rapporto terapeutico.

E' indubbio infatti che la riforma Basaglia abbia determinato una rivoluzione copernicana del ruolo e della configurazione del paziente affetto da disturbi psichici: non più mero oggetto di sorveglianza e destinatario di trattamenti coercitivi all'interno delle apposite strutture, ma titolare del diritto alle proprie cure. Così i soggetti psicologicamente deboli, per effetto della novella legislativa, si scrollano di dosso, almeno formalmente, quella diffidenza frutto di pregiudizi e foriera di pratiche barbare, come l'internamento negli OPG, e si riappropriano della propria dignità di uomini.

Il paziente psichiatrico recupera in tal modo uno spazio di libertà, nel quale non si limita a subire coercizioni da parte del sanitario - come accadeva nella visione gerarchica e paternalistica del pre-Basaglia -, ma instaura un rapporto di cooperazione e di interrelazione con esso. Una lettura costituzionalmente orientata di tale innovazione consente di affermare che la riforma legislativa ha dato piena attuazione al principio della volontarietà dei trattamenti sanitari, espresso dall'art. 32 della Costituzione. Quest'ultimo, nell'affermare, al secondo comma, che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*, circostringe inoltre l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio ad ipotesi tassative, che trovano la loro legittimazione in specifiche disposizioni di legge. D'altra parte, il trattamento obbligatorio realizza una limitazione della libertà personale del malato di mente. Non a caso, il secondo comma dell'art. 32 si chiude con un'affermazione emblematica, secondo la quale *“la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*. Il compito degli operatori medici, e quindi, nel caso di specie, dello psichiatra, sarà dunque quello di tutelare e di salvaguardare efficacemente il diritto alla salute del soggetto affetto da disturbi mentali, non potendo prescindere dal rispetto della dignità del malato, che si esplica anche in una piena e riconosciuta libertà di autodeterminazione in capo a quest'ultimo. La riforma Basaglia rende dunque la malattia mentale scevra da quelle peculiarità che giustificavano la sottoposizione del paziente a trattamenti intramurali spesso inumani, degradanti e dal carattere coercitivo, e la pone sullo stesso livello delle patologie fisiche. Da tale equiparazione sul piano sintomatico discenderà conseguentemente un'equiparazione sul piano strettamente terapeutico ed applicativo, connotato, anche nel settore

psichiatrico, da profili di “alleanza terapeutica” che rendono il paziente “partecipe del patto”⁹⁷ stipulato con il proprio medico, in un contesto di reciproca collaborazione.

La volontaria partecipazione del paziente psichiatrico a tale relazione, espressa attraverso un consenso libero e consapevole, costituisce dunque non solo un indefettibile presupposto di legittimità di qualunque percorso terapeutico intrapreso dallo specialista, ma rappresenta altresì un invalicabile limite al potere-dovere di agire dello specialista medesimo. Da tale rinnovata prospettiva consensualistica e volontaristica deriva dunque che gli obblighi del medico, e le conseguenti responsabilità che potrebbero scaturire da una loro violazione, saranno calibrati sull’ampiezza e sul contenuto del consenso prestato dal paziente, al punto tale che, di fronte ad un indubitabile rifiuto del paziente di ricevere cure, il medico sarà automaticamente esonerato dall’obbligo giuridico di curarlo, perfino se le cure siano indispensabili per la salvaguardia della stessa vita del paziente. D’altronde, l’intervento medico comporta di per sé un’intrusione nella sfera fisica del paziente, oggetto della sua esclusiva autodeterminazione individuale, nonché dichiarata inviolabile dallo stesso testo costituzionale.

L’espressione da parte dell’individuo del consenso alla violazione della propria integrità fisica esprime dunque un più generale diritto di libertà dell’individuo stesso, derivante dal combinato disposto di due norme costituzionali, in particolare l’art. 13⁹⁸ e l’art. 32. Tale libertà si può manifestare in senso positivo come in senso negativo, nella forma di un diritto di astensione, perfettamente rientrante nella libera scelta dell’individuo su come godere della propria salute. L’autodeterminazione si configura così come “*uno specifico diritto della personalità con riferimento al governo del proprio corpo*”⁹⁹ ed estende il concetto di salute oltre la dimensione prettamente normativa, ossia strettamente ancorata agli standard delle patologie mediche considerate in una visuale prettamente scientifica. La salute, come diritto fondamentale dell’individuo, assume dunque una dimensione soggettiva, più coerente, inoltre, con la definizione legale di salute fornita dalla OMS, secondo la quale essa consiste in “*uno stato di*

⁹⁷ C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, Edizioni scientifiche italiane, 2013, 72.

⁹⁸ “*La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l’autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all’autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. E’ punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva*”.

⁹⁹ G. IUDICA – P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 2010, 163.

completo benessere fisico, mentale e sociale e non nella semplice assenza dello stato di malattia o infermità". Come tale, la salute è suscettibile di ricomprendere, nel suo più esteso significato, il benessere fisico e psichico del suo titolare, ed assume i caratteri di un interesse fondamentale dell'ordinamento, costituzionalmente protetto e rientrante nella disponibilità consapevole e libera di ciascun individuo.

Da tale inscindibile correlazione tra il diritto alla tutela del proprio benessere psicofisico e la libertà del singolo di autodeterminarsi è possibile cogliere la funzione basilare rivestita dal consenso informato. Esso realizza infatti la concreta ed effettiva attuazione del diritto e della libertà di autodeterminazione, che si esplica sia nella facoltà del singolo paziente di operare una scelta consapevole tra le alternative terapeutiche propostegli, sia, in una fase ulteriormente precedente, di non acconsentire *ab initio* ad intraprendere un trattamento medico, così come di interromperlo in ogni sua fase. Ne discende, logicamente, che soltanto una inequivocabile manifestazione di volontà del paziente potrà rappresentare una valida fonte di legittimazione del trattamento terapeutico prescelto, soprattutto qualora la terapia dovesse presentarsi come particolarmente invasiva della dimensione non solo fisica, ma anche psichica del soggetto sottoposto alle cure.

I presupposti di liceità del trattamento sanitario sino ad ora delineati non si ricavano soltanto da una lettura delle norme costituzionali, ma trovano esplicita conferma in sede normativa e giurisprudenziale. Il riferimento immediato è alla nostra legislazione ordinaria: si segnalano, a tal proposito, le normative in tema di accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori¹⁰⁰, o in riferimento all'istituzione del servizio sanitario nazionale¹⁰¹, o ancora agli interventi legislativi più specifici, come la legge relativa alla disciplina della procreazione

¹⁰⁰ L. 13 maggio 1978, n. 180, art. 1: "*Gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari. Nei casi di cui per legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono e essere disposti dall' autorità sanitaria nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori a carico dello Stato e di enti ed istituzioni pubbliche sono attuati dai presidi sanitari pubblici territoriali e, ove necessari la degenza, nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate. Nel corso del trattamento sanitario obbligatorio chi vi è sottoposto ha diritto a comunicare con chi ritenga opportuno. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione di chi vi è obbligato. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco, nella sua qualità di autorità sanitaria locale, su proposta motivata di un medico*".

¹⁰¹ L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33: "*Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile*

assistita¹⁰² o la normativa relativa alle attività trasfusionali ed alla produzione nazionale di emoderivati¹⁰³.

Delineata in via generale la portata della posizione di garanzia del medico in rapporto al consenso del paziente, occorre a questo punto soffermarsi sul ruolo estremamente peculiare rivestito dallo psichiatra nella relazione con il paziente. Nel paziente psichiatrico le capacità intellettive possono essere gravemente compromesse dalla patologia dalla quale è affetto, incidendo negativamente, di conseguenza, sulla sua attitudine ad autodeterminarsi. Il rapporto di poteri, limiti e responsabilità in ambito psichiatrico diventa quindi estremamente delicato, e rende ancora più insidioso il raggiungimento di un equilibrio tra il dovere dello psichiatra di apprestare al malato i trattamenti terapeutici più idonei a realizzare le finalità di cura e di assistenza da un lato, e la imprescindibile necessità di rispettare la volontà espressa dal malato stesso, dall'altro. E' indubbio, infatti, che il paziente psichiatrico mostri una fragilità ed una debolezza maggiore rispetto ad altri pazienti non affetti da disturbi psichici: osservazione che porterebbe a concludere che, ad una più acuta incapacità, consegua una amplificazione della posizione di garanzia del sanitario, titolare di un dovere più esteso di tutela e di salvaguardia

il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura. Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori sono attuati dai presidi e servizi sanitari pubblici territoriali e, ove, necessiti la degenza, nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato. L'unità sanitaria locale opera per ridurre il ricorso ai suddetti trattamenti sanitari obbligatori, sviluppando le iniziative di prevenzione e di educazione sanitaria ed i rapporti organici tra servizi e comunità. Nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno. Chiunque può rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio. Sulle richieste di revoca o di modifica il sindaco decide entro dieci giorni. I provvedimenti di revoca o di modifica sono adottati con lo stesso procedimento del provvedimento revocato o modificato".

¹⁰² L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6, comma. 1: "Prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa".

¹⁰³ L. 21 ottobre 2005, n. 219, art. 3, comma 2: "Le attività di cui al comma 1 possono essere effettuate in persone di almeno diciotto anni di età, previa espressione del consenso informato e verifica della loro idoneità fisica. Per le persone di età inferiore ai diciotto anni il consenso è espresso dagli esercenti la potestà dei genitori, o dal tutore o dal giudice tutelare. La partoriente di minore età può donare cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale previa espressione del consenso informato".

della salute del paziente, cui corrisponderebbero, però, anche maggiori poteri di intervento terapeutico¹⁰⁴. Da tali considerazioni, apprezzabili da un punto di vista prettamente oggettivo, non potrà discendere, tuttavia, una prevaricazione degli interessi e delle esigenze espresse dal paziente psichiatrico, titolare al pari di qualunque altro soggetto, come precedentemente sostenuto, del diritto alla autodeterminazione ed alla manifestazione della propria volontà individuale - salvo il caso limite del completo deterioramento delle sue facoltà mentali a causa dell'irreversibile avanzamento della patologia che lo affligge -.

Con ciò si intende sottolineare l'equiparazione tra la malattia fisica e psichica operata dal legislatore del '78: all'idoneità della patologia psichiatrica ad incidere sul piano psichico anziché su quello prettamente fisico non può conseguire una privazione del diritto, di per sé inalienabile, di influire attivamente nelle dinamiche del rapporto di collaborazione e di alleanza con lo psichiatra che segue il caso. Ecco che la volontarietà assume la valenza di presupposto di legittimità anche nell'ambito dei trattamenti terapeutici psichiatrici, *“tanto da poter considerare definitivamente superato l'assioma malato di mente = incapace di intendere e di volere”*¹⁰⁵. A tal proposito è opportuno richiamare il parere espresso dal Comitato Nazionale per la Bioetica¹⁰⁶, secondo il quale i deficit e le alterazioni cognitive proprie delle patologie psichiatriche possono comportare una diminuzione della capacità di autodeterminazione del paziente, ma non la sua totale mancanza. E' altrettanto vero che, nel rapporto con un paziente affetto da disturbi psichici, l'acquisizione ed il mantenimento del consenso nel corso di tutto lo sviluppo del percorso terapeutico mostra ineliminabili profili di difficoltà, legate specialmente all'eventualità, non rara, di degenerazione della patologia psichiatrica in sintomi suscettibili di azzerare la capacità di comprensione del paziente e, conseguentemente, di interazione comunicativa con il medico - allucinazioni, deliri, perdite di memoria, alterazioni e ritardi mentali, oscillazioni tra fasi di lucidità e momenti di obnubilamento, etc. -.

Nonostante tali obiettive difficoltà, non sarà comunque giustificata una ricostruzione del consenso in via presuntiva. La stessa giurisprudenza di legittimità¹⁰⁷ ha chiarito che il consenso, anche nell'ambito del settore psichiatrico, dovrà essere realmente informato, e pertanto

¹⁰⁴ In tal senso, S. ANZILLOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, 2013, p. 217.

¹⁰⁵ C. CUPELLI, op. cit., 89.

¹⁰⁶ Parere del 24 novembre 2000, *Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici*.

¹⁰⁷ Cass. Civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984.

consapevole ed attuale. Ne deriva che allo psichiatra sarà richiesta particolare meticolosità e dovizia di dettagli nell' esporre al paziente il contenuto della diagnosi e della cura che intende intraprendere, nel tentativo di colmare quel dislivello informativo, di per sé fisiologico nei rapporti tra specialista sanitario e paziente privo delle conoscenze tecniche di settore, che in ambito psichiatrico si dilata ulteriormente.

Assume dunque fondamentale importanza non solo il momento comunicativo con il paziente, nel quale il medico dovrà dimostrare comprensione ed empatia, ma anche la fase successiva all'espressione del consenso da parte del paziente medesimo. Lo psichiatra sarà pertanto tenuto a verificare l'adeguatezza e la validità del consenso prestato, riconoscendo in quest'ultimo la capacità di comprendere il significato e la rilevanza delle informazioni fornitegli e di compiere una decisione consapevole. In tal modo si conferisce importanza non più alla capacità legale e formale dell'individuo, bensì alla sua effettiva capacità, manifestata nel caso concreto: questo consente di ampliare i margini di autonomia del paziente, circoscrivendo l'irrelevanza - e, in alcuni gravi casi -, la soppressione della sua volontà alle sole ipotesi - determinate tassativamente dalla legge -, di trattamenti sanitari obbligatori, di minor età o di interdizione nei quali casi l'espressione del consenso sarà riservata, rispettivamente, ai titolari della potestà genitoriale, al tutore o all'amministratore di sostegno, ex artt. 404 ss. c.c. -. Il consenso, libero, attuale e consapevole, del paziente psichiatrico, sarà dunque suscettibile di plasmare e di modulare la posizione di garanzia rivestita dallo psichiatra, delineando incisivamente anche i confini degli obblighi di protezione che da tale posizione discendono. La revoca o la negazione *ab origine* del consenso, ad esempio, non produrranno una totale perdita della titolarità della posizione di garanzia, ma ne modificheranno profondamente il contenuto: essa si esplicherà, infatti, non più in un potere-dovere di applicare le cure necessarie, ma in un più lato dovere di assistenza psicologica e di cura e sostegno morale.

Il consenso, dunque, si configura come un elemento strutturale essenziale ai fini di una imputazione di responsabilità a titolo di colpa per omissione: il mancato rispetto della inviolabile volontà del paziente da parte dello psichiatra e la conseguente mancanza di considerazione della sua libertà morale saranno perfettamente idonei a fondare una responsabilità ex art. 40, comma 2, c.p.

Questa tipologia di colpa si arresta, tuttavia, alle ipotesi in cui lo psichiatra disattende le specifiche richieste avanzate dal paziente nello svolgimento della relazione terapeutica. E' opportuno infatti tentare di delineare il contenuto della posizione di garanzia dello psichiatra

sulla base di parametri quanto più chiari e riconoscibili, ai quali l'operatore sanitario dovrà attenersi nei limiti della insindacabile volontà del paziente. Entro questi confini, la concreta fisionomia della posizione di garanzia, in una prospettiva più oggettiva e normativa, sarà modulata sulle regole cautelari applicabili nel caso di specie, che svolgono l'importante funzione di rendere riconoscibili e definiti ex ante i poteri impeditivi dell'agente. L'obbligo di garanzia individua di conseguenza, tra le condotte astrattamente idonee ad impedire l'evento, la condotta omissiva tipica, ossia quella doverosa, che lo psichiatra era tenuto ad intraprendere nel caso concreto.

3.2 Segue: il ruolo delle regole cautelari. Gli atti autolesivi del paziente. Il rischio suicidario.

Non vi è dubbio che il rispetto, doveroso e vincolante, delle regole cautelari influenzi e delimiti in maniera incisiva il potere di agire posto a fondamento dell'obbligo impeditivo del medico.

Si è avuto modo di riflettere anche sul contributo del paziente nelle dinamiche terapeutiche, per mezzo dell'espressione della propria volontà come attiva e consapevole partecipazione nella determinazione del trattamento clinico più appropriato possibile. A condizionare e ad integrare il contenuto dell'obbligo di garanzia dello psichiatra non sarà, dunque, soltanto la regola cautelare applicabile nel caso concreto: data l'ineliminabile ingerenza della volontà del paziente sull'ampiezza dell'obbligo stesso, si renderà indispensabile una considerazione analitica di entrambi gli elementi strutturali in questione, il primo di carattere normativo e il secondo di carattere soggettivo - rispettivamente, la regola cautelare ed il consenso/dissenso del paziente per individuare l'effettivo potere-dovere impeditivo gravante in capo all'operatore sanitario.

In un'ottica strettamente penalistica, la violazione del consenso informato rende il trattamento medico arbitrario, poiché determina una sopraffazione della volontà del paziente da parte del medico, con conseguente dilatazione della responsabilità penale del medico medesimo, anche qualora il medico abbia agito nel pieno rispetto delle *leges artis*. Ne consegue che, nel contemperamento di benefici attesi e rischi del trattamento, operazione doverosa nella scelta della regola cautelare applicabile al caso concreto, eserciterà un'inevitabile interferenza la volontà del paziente, che contribuirà a definire la concreta "doverosità" della condotta delineata in astratto come adeguata ed opportuna secondo le prescrizioni delle regole cautelari di riferimento.

Sulla scorta di quanto esposto, è possibile dunque notare il “legame osmotico” esistente tra posizione di garanzia e correlativi obblighi impeditivi, regole cautelari e consenso, che possono essere osservati ed esaminati in una prospettiva unitaria nell’ambito della responsabilità omissiva colposa del medico¹⁰⁸. Con questo metodo è possibile tracciare i precisi confini degli obblighi del medico, oltre i quali non può essere attribuita una responsabilità colposa per omesso impedimento dell’evento.

Ai fini dell’imputazione di tale condotta omissiva colposa in capo all’agente, si renderà altresì necessario l’accertamento della prevedibilità ed evitabilità dell’evento. Verifica estremamente complessa, se non forse impossibile, nell’ambito dell’attività psichiatrica, connotata da un ineliminabile ed imprevedibile rischio di degenerazione delle patologie seguite in atti impulsivi ed avventati dei pazienti. Tali atti possono essere rivolti sia a ledere sé stessi, sia ad aggredire terze persone.

Nel primo caso si parla di atti auto-aggressivi, che si traducono, il più delle volte, in un suicidio del paziente. La complessità e la mutevolezza della patologia dalla quale il malato è affetto, nonché la fisiologica imprevedibilità e molteplicità delle sue possibili degenerazioni, rende spesso molto difficoltosa, da parte dello psicoterapeuta, una prevedibilità *ex ante* di questo genere di comportamenti. D’altro canto, come osservato in dottrina, “*non esistono metodologie obiettive per una sicura previsione del suicidio*”¹⁰⁹, considerato l’elevato “*deficit di determinatezza scientifica*”¹¹⁰ riscontrabile in tale tipo di attività. Da queste considerazioni discende che la valutazione del rischio di suicidio non potrà apprezzarsi in chiave predittiva, ma dovrà essere condotta a posteriori, ossia necessariamente in seguito alla verifica dell’esito infausto della condotta autolesiva del paziente suicida.

A tal proposito alcuni esponenti della dottrina¹¹¹ parlano di “autopsia psicologica”. Essa viene definita come “*ricostruzione retrospettiva della vita di un soggetto deceduto per meglio comprenderne la morte e le cause che l’hanno provocata*”. Il suicidio si presenta infatti spesso

¹⁰⁸ C. CUPELLI, op. cit., p. 127.

¹⁰⁹ G. NIVOLI – L. LORETTU, *Osservazioni psichiatrico-forensi in tema di imputazioni e condanne agli psichiatri per il suicidio del paziente*, in *Journal of Psychopathology*, n. 18/2012, p. 67.

¹¹⁰ A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi esemplari di responsabilità ex art. 40 comma 2*, in *Dir. Pen. Proc.* 2004, p. 1403.

¹¹¹ C. BARBIERI - L. BARBERO - V. PALIERO, *La cosiddetta autopsia psicologica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 597 ss.

come un gesto estremo, inconsulto ed inspiegabile, ed è il risultato di un progressivo accumulo intimo e latente di disagio psichico da parte della persona che se ne rende autrice. Soltanto attraverso una analitica e meticolosa ricostruzione del percorso di vita della vittima, specialmente del lasso di tempo più prossimo all'attuazione del proposito suicida, sarà dunque possibile individuare quei segni di malessere, impercettibili ad un occhio più superficiale, che avrebbero potuto suggerire l'eventualità del compimento di un gesto così estremo da parte della vittima.

Il pioniere del concetto di autopsia psicologica fu senz'altro uno psicologo statunitense, Edwin S. Shneidman, fondatore della disciplina della "suicidologia"¹¹². Egli formulò una serie di indicatori di rischio suicidario, da ricercare in momenti e in aree fondamentali della vita della vittima di suicidio, tra i quali si possono menzionare la sua storia personale e familiare rapporti con i prossimi congiunti, malattie avute, eventuali tentativi di suicidio -; l'abuso più o meno frequente di alcool o di sostanze stupefacenti; il cambio di abitudini, hobbies, alimentazione, modelli sessuali o di altre routines di vita immediatamente precedenti la morte; informazioni relative alla concezione di vita del deceduto - obiettivi, aspirazioni, successi -; fattori di stress psicosociali; eventuali note di suicidio contenute in scritti o diari tenuti dalla vittima, e così via.

E' evidente l'esigenza di standardizzare quanto più accuratamente possibile i metodi di raccolta delle informazioni, nello svolgimento dell'attività di analisi retrospettiva della vita del paziente suicida, benché resti tuttora impossibile elaborare metodologie oggettive ed infallibili preordinate ad una sicura ed inequivocabile previsione del rischio di suicidio. Si coglie dunque il "paradosso" del rischio suicidario¹¹³: da un lato, l'instabilità connaturata alle patologie psichiatriche in quanto tali lo rende sempre prospettabile in astratto, e dunque sempre prevedibile; dall'altro, si tratta di un rischio totalmente ingovernabile, se non attraverso le ormai obsolete e proibite pratiche di custodia e di internamento del malato di mente in apposite strutture.

L'appartenenza del rischio di suicidio ad entrambi gli estremi delineati non consente di normativizzarlo, ossia di elaborare delle regole cautelari idonee a prevenire una sua verifica. D'altra parte, standardizzare, per assurdo, le situazioni di rischio suicidario finirebbe per relegare la responsabilità dello psichiatra alle sole ipotesi di colpa specifica,

¹¹² Cfr. E. S. SHNEIDMAN, *Autopsia di una mente suicida*, Giovanni Fioriti Editore, 2006.

¹¹³ C. CUPELLI, op. cit., 189.

privando il rapporto psichiatra-paziente della sua essenza individualistica, calibrata sulle caratteristiche personali del malato. La morte autoinflitta del paziente, in presenza di una sistematica codificazione delle *leges artis* del settore in norme cautelati o in protocolli standardizzati sarebbe infatti degradata a mera condizione obiettiva di punibilità: procedendo per assurdo su questa linea argomentativa, si arriverebbe al risultato paradossale di considerare fattispecie quali, ad esempio, l'omicidio colposo, alla stregua di reati di mera condotta, il cui disvalore si sostanzierebbe esclusivamente nella trasgressione della corrispondente norma scritta¹¹⁴. L'immediata conseguenza sarebbe, inoltre, una mortificazione dell'attività terapeutica dello psichiatra, non più libera ma cristallizzata in regole standard, particolarmente inadatte al settore psichiatrico rispetto anche ad altre discipline mediche. A risentirne sarebbe, naturalmente, la relazione esistente tra psichiatra e paziente, che sarebbe di nuovo degradato a mero ed inerte destinatario delle prescrizioni unilaterali del medico, in un recupero di quella concezione paternalistica ed autoritaria della professione medica ormai superata dalle novità apportate dalla più volte citate riforme del settore sanitario.

Il problema non può che trasporsi dunque sulla verifica della evitabilità dell'evento, in questo caso del suicidio del paziente. Per una maggiore comprensione del tema giova proporre l'esame di un caso concreto recentemente sottoposto al vaglio della Suprema Corte di Cassazione¹¹⁵.

La vicenda vede protagonista una psichiatra in servizio presso la Casa Circondariale di San Vittore, assolta, in primo grado, dal Tribunale di Milano, e successivamente dalla Corte d'Appello di Milano, dall'accusa di omicidio colposo ai danni di un detenuto affetto da disturbi psichici, che lo hanno indotto a provocarsi la morte, sopraggiunta per asfissia meccanica mediante per impiccagione, realizzata con un lenzuolo. La Corte territoriale, oltre ad evidenziare le carenze organizzative della struttura carceraria - emergenti, in particolare, in virtù della presenza, in ciascuna cella, di una finestra dotata di un appiglio al quale agganciare potenzialmente le lenzuola -, negava la sussistenza della colpa nella condotta dell'imputata per non aver individuato un rischio suicidario concreto ed incombente, nonostante la storia clinica del paziente, della quale ella era in possesso, fosse dettagliatamente illustrata. L'autorità giudiziaria ha infatti dapprima analizzato suddetta storia clinica, dalla quale emergeva che il detenuto fosse affetto da un particolare disturbo della personalità, il c.d. "stato psicotico

¹¹⁴ Cfr. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2003, 189 ss.

¹¹⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 4 febbraio 2016, sent. n. 14766.

persecutorio”, acuito dall’abuso di alcool e di sostanze stupefacenti. Il malato era stato plurime volte autore di comportamenti autolesivi¹¹⁶, tanto da essere stato trasferito dal Carcere di Pavia presso il Carcere di San Vittore, allo scopo di ricevere un’assistenza terapeutica più consona al suo disturbo psichico. Tuttavia, dopo essere stato ammesso nel settore psichiatrico dell’istituto carcerario, veniva inserito, per mancanza di posti, in una cella a basso rischio di suicidio, fino a nuova valutazione psichiatrica. Di fatto, l’indisponibilità di una cella adeguata non ha mai consentito al detenuto di accedere al centro psichiatrico in maniera continuativa, e non è valsa ad impedirne la morte per impiccagione neanche una costante attività di sorveglianza.

La tesi accusatoria rilevava che la psichiatra, pur essendo dotata delle competenze e dei dati necessari a dedurre la sussistenza di un rischio suicidario imminente, non aveva valutato adeguatamente le reiterate manifestazioni autolesionistiche del malato. Le si attribuiva pertanto una responsabilità penale per omissione dei rimedi sanitari potenzialmente idonei ad impedire il suicidio del paziente e a salvaguardare l’incolumità psicofisica del medesimo. La Corte di Milano ha confutato le rivendicazioni dell’accusa sulla base di molteplici argomentazioni.

In primo luogo, è stata rilevata l’insufficienza di dati empirici idonei a corroborare l’esistenza di un rischio suicidario concreto ed imminente¹¹⁷. In secondo luogo, è stata posta in rilievo la mancanza di protocolli o di linee guida atti ad orientare la psichiatra nell’individuazione del rischio prima, e nell’adozione delle opportune misure poi. Infine, il deficit di attendibili parametri di valutazione sulla base dei quali dirimere ogni ragionevole dubbio sulla degenerazione in un atto di suicidio del comportamento psicotico posto in essere dal detenuto.

Tale ordine di argomentazioni è stato ritenuto dalla Suprema Corte di Cassazione “corretto e condivisibile” ed ha prestato il fianco all’approfondimento, da parte della Corte medesima, di tematiche più generali, adattabili a tutte le ipotesi di responsabilità colposa per omesso impedimento dell’evento ex art. 40 comma 2 c.p. Essa ribadisce la fisiologica presenza, specialmente nell’attività psichiatrica, di un’area rischio consentito, di per sé “*collaterale e non eliminabile*” neanche mediante il ricorso a piani terapeutici adeguati. L’attenzione si focalizza

¹¹⁶ In particolare, era giunto più volte in pronto soccorso per ferite da taglio autoinflitte alle braccia e al collo, aveva ingerito invano una lametta, aveva più volte minacciato rappresaglie e tentato di perforarsi la gola con una penna a stilo in suo possesso. Infine, la sera del 12 agosto 2014, dopo aver esposto numerose lamentele sull’eccessivamente restrittivo regime di sorveglianza a vista disposto dai medici a causa del suo mancato inserimento in un centro psichiatrico specializzato, venne rinvenuto impiccato ad un lenzuolo nel bagno della propria cella.

¹¹⁷ Ciò avrebbe imposto la sorveglianza h 24 in cella senza lenzuola, misura che non era stata adottata neanche precedentemente nel Carcere di Pavia, né era stata segnalata come necessaria all’atto del trasferimento a San Vittore.

poi sulla posizione di garanzia di natura terapeutica della quale l'operatore sanitario è investito. La Corte afferma a tal proposito che *“il contenuto di siffatta posizione deve essere circoscritto, tenendo conto del sovrapporsi al suo interno di vincoli protettivi e pretese di controllo, e della particolare complessità della situazione rischiosa da governare”*. E' ormai noto che dalla titolarità della posizione di garanzia possono scaturire diversi obblighi: la Corte identifica in capo alla psichiatra tanto un obbligo di controllo nei confronti del paziente, definito come *“una fonte di pericolo”* rispetto alla quale inibire atti nocivi per i terzi, quanto un obbligo di protezione del paziente stesso, qualificato altresì come un *“soggetto debole”*, da tutelare dal compimento di atti pregiudizievoli per sé stesso, fino all'estremo del suicidio, come in concreto verificatosi. Si affronta poi il tema della rilevanza delle regole cautelari, rispetto al quale nella sentenza si legge che *“tra il perimetro della posizione di garanzia e il rischio consentito esiste uno stretto collegamento, nel senso che è proprio l'esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio per il paziente che individua e circoscrive, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari del medico”*. Si è già avuto modo di riflettere, nel capitolo precedente, sulla peculiarità delle regole cautelari nell'ambito della scienza medica, attesa la loro indeterminatezza ed il loro contenuto non prescrittivo, bensì orientativo, sia in fase diagnostica che in fase prettamente attuativa della terapia prescelta. Difficoltà ancora più insormontabili nel settore psichiatrico, a causa della inafferrabilità dei sintomi legati alla psiche e della mutevole ed imponderabile efficacia terapeutica dei farmaci a disposizione per farvi fronte. Nel caso di specie è stato rilevato, per di più, che nel carcere di San Vittore erano state diffuse procedure terapeutiche formulate in termini eccessivamente vaghi, pertanto non idonee a fronteggiare specifici rischi di degenerazioni lesive delle patologie psichiatriche dei detenuti. Anche da un punto di vista prettamente organizzativo si poneva in luce l'inidoneità delle procedure di gestione dei detenuti e di controllo sui livelli di disagio psichico dagli stessi raggiunto, tale da giustificare il tempestivo ricorso a procedure e a manovre d'urgenza.

Nel caso di specie si è osservato che la psichiatra aveva applicato una terapia corretta, avvalorata dal consenso e dalla spontanea partecipazione del paziente. Quest'ultimo aveva infatti assunto un atteggiamento affabile e collaborativo, che non lasciava presagire il rischio di suicidio imminente, anzi, forse, legittimava addirittura ad escluderlo. Di conseguenza, dopo aver confermato la natura *“improvvisa ed inspiegabile”* del suicidio del detenuto, la Suprema Corte ha escluso ogni rimproverabilità per colpa, affermando che *“nel caso del suicidio di un paziente affetto da turbe mentali, qualora si arrivi a dimostrare che il terapeuta abbia applicato*

*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, e in conclusione che non ha errato nel non averla disposta e non ha omissa una doverosa condotta*¹¹⁸.

Non sono tuttavia mancate in giurisprudenza sentenze di condanna particolarmente rigorose, dalle quali emerge la centralità della valutazione delle fonti di prova acquisite al procedimento ai fini della ricostruzione del nesso causale tra l'omissione e l'evento in termini di "elevata probabilità logica prossima alla certezza". L'importanza della sussistenza del nesso eziologico, dunque, è apprezzabile anche da un punto di vista strettamente processuale. Ferma restando infatti, come fino ad ora ampiamente sottolineato, la vaghezza e l'assenza di prescrittività delle linee guida e delle regole cautelari di riferimento, la Corte di Cassazione ha avuto modo di ribadire che, per l'attribuzione di una responsabilità penale a titolo di omissione impropria ex art. 40 comma 2 c.p., si pone come imprescindibile una meticolosa valutazione del quadro probatorio prospettato. E' espressione di questa esigenza una recente pronuncia della Suprema Corte¹¹⁹ che ha confermato la condanna di un medico psichiatra per omicidio colposo ai danni di una sua paziente, per omissa adozione delle adeguate misure di protezione.

Il condannato prestava infatti il proprio servizio presso il reparto di neuropsichiatria di una casa di cura nella quale la vittima del reato era stata ricoverata con diagnosi di disturbo bipolare in fase depressiva con ideazione negativa a sfondo suicidario. La paziente, allontanatasi dalla stanza in cui era ricoverata, aveva raggiunto un'impalcatura situata all'esterno della struttura ospedaliera, lasciandosi infine cadere nel vuoto e trovando così la morte. La Corte ha confermato la coerenza logica e l'attendibilità scientifica delle argomentazioni esposte dal giudice di merito nella ricostruzione delle cause del decesso della paziente ed ha specificamente rilevato come *"in tema di prova, in virtù del principio del libero convincimento, il giudice di merito può scegliere, tra le diverse tesi prospettate dal perito o dai consulenti delle parti, quella che ritiene condivisibile, purché dia motivatamente conto delle ragioni della scelta, nonché del contenuto della tesi disattesa e delle deduzioni contrarie delle parti"*. Nella specie, la Cassazione ha esaminato in maniera analitica le diverse fasi del decorso causale che condusse al

¹¹⁸ Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. IV, 12 aprile 2013, sent. n. 16975: *"Va pronunciata sentenza di assoluzione quando non vi siano evidenze scientifiche per ritenere con apprezzabile certezza che un adeguato trattamento farmacologico avrebbe impedito il compimento di atti auto-aggressivi del paziente"*. Si trattava, in particolare, del suicidio di una paziente bipolare: ritenuta la mancanza di prova che un tempestivo trattamento con Lito avrebbe avuto maggiore efficacia anti-suicidaria rispetto all'Olanzapina, invece somministrata alla paziente.

¹¹⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 14 febbraio 2016, sent. n. 33609.

decesso della paziente, sulla base di rilievi “scientificamente fondati” ed “adeguatamente corroborati attraverso un’esauriente caratterizzazione probatoria della fattispecie concreta”, in modo tale da pervenire ad un accertamento del nesso causale tra il decesso e le omissioni contestate allo psichiatra oltre ogni ragionevole dubbio, in assenza di altri elementi probatori che prospettassero la sussistenza di plausibili decorsi causali alternativi¹²⁰. Per quanto concerne gli estremi della colpa, profilo di preminente interesse per la presente trattazione, la Corte ha innanzitutto riconosciuto la titolarità della posizione di garanzia in capo allo psichiatra e ne ha fatto conseguentemente discendere una grave e macroscopica negligenza da parte dello stesso. Nell’osservare che il medico avesse tutti gli elementi per dedurre che la paziente a lui affidata fosse un soggetto ad alto rischio¹²¹, essa ha rilevato la mancata osservanza da parte del medesimo delle linee-guida più riconosciute nel settore psichiatrico, che nel caso di specie imponevano, oltre agli interventi di natura farmacologica, una stretta sorveglianza ventiquattro ore su ventiquattro. Ebbene, il medico non solo aveva omesso tali cautele, ma aveva addirittura mentito circa l’avvenuta sospensione della iniziale somministrazione del farmaco, che era stata nella realtà triplicata. Anche i requisiti della prevedibilità e dell’evitabilità dell’evento erano pertanto evidenti e rendevano altamente intenso sul piano obiettivo il rischio di un rinnovato tentativo di suicidio da parte della donna, che l’imputato aveva trascurato e gestito con estrema e manifesta superficialità e negligenza. L’imputazione della responsabilità omissiva impropria risulta dunque scevra da vizi di indole logica o giuridica: è ampiamente dimostrabile, oltre il parametro del ragionevole dubbio, che, qualora lo psichiatra avesse apprestato una rigorosa e continuativa sorveglianza della paziente, il suicidio della stessa non si sarebbe verificato con un elevato grado di probabilità logica e di credibilità razionale. In ultimo, com’è ovvio, la Corte ha confermato l’inapplicabilità dell’art. 3 della Legge Balduzzi prospettata dalla Corte d’Appello, *“essendo nella specie propriamente mancata l’osservanza delle regole tecniche trasfuse nelle linee-guida da osservare nel caso di specie”*.

¹²⁰ In particolare, il consulente tecnico del pubblico ministero aveva avuto modo di procedere personalmente all’autopsia della vittima, confermando la indubbia riconducibilità della causa della morte ad una precipitazione dall’alto. Dall’esame autoptico è emersa anche la compatibilità della distribuzione delle lesioni presenti esternamente sul corpo della donna e delle lesioni viscerali subite dalla stessa con un impatto in regione antero-laterale destra. Da tale quadro, i giudici di merito hanno tratto la corretta compatibilità delle fratture con le modalità di realizzazione del suicidio della vittima.

¹²¹ La patologia psichiatrica della paziente era infatti stata tecnicamente valutata come una psicosi maniaco-depressiva, che si caratterizza per l’alternarsi di episodi di malattia con momenti di compenso e presenta un alto rischio di suicidio, valutabile come trenta volte superiore rispetto a quello della popolazione generale. Rischio corroborato dall’attestazione di due precedenti tentativi di suicidio già messi in atto dalla paziente e da una recrudescenza della sintomatologia depressiva, come confermato anche dalle testimonianze dei figli della donna e delle persone che entrarono in ravvicinato contatto con lei.

Adattabile al caso appena esposto si presenta un'altra pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, che involge anche gli aspetti prettamente amministrativi rilevanti ai fini dell'attribuzione di responsabilità penale in ambito sanitario. Ci si riferisce alla sentenza della IV Sezione della Suprema Corte del 31 maggio 2013, n. 23661. Nella stessa si legge che *“l'accettazione di un paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità. Da ciò deriva l'instaurarsi di una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti ricoverati a carico dell'ente, nonché dei dipendenti della struttura addetti al controllo dei degenti”*¹²². In virtù di tale contratto, all'ammissione del paziente in un centro addetto alla fornitura di assistenza sanitario-ospedaliera deve corrispondere una prestazione complessa che, come tale, non si limita alle cure medico-chirurgiche, ma comprende un ulteriore ventaglio di¹²² prestazioni - come, ad esempio, la messa a disposizione di attrezzature adeguate e di personale qualificato -. A tal proposito la Corte rievoca i propri precedenti in materia civile: una posizione ormai consolidata afferma infatti che dal contratto di ospedalità scaturisce, oltre all'obbligazione principale, una serie di obbligazioni accessorie finalizzate alla tutela della salute e dell'integrità fisica del destinatario della prestazione terapeutica¹²³. Pacifica è inoltre l'attribuzione di una posizione di garanzia anche in capo ai dipendenti che collaborino alla gestione della struttura stessa, i quali dovranno essere in possesso delle conoscenze e dei requisiti professionali necessari per provvedere alla cura dei pazienti loro affidati. Si configurerà dunque come colposa la condotta di un dipendente competente esclusivamente a provvedere alla pulizia dei pazienti e degli ambienti che si occupi della sorveglianza e della cura dei malati, con correlativa responsabilità a titolo di *culpa in eligendo* del responsabile amministrativo della struttura, per aver adibito il dipendente medesimo a funzioni che esorbitavano dalle sue competenze. Né si potrà addurre, a discolta del dipendente, l'impossibilità di assolvere in maniera corretta il compito affidatogli per mancanza delle adeguate conoscenze in materia. In tale evenienza giova infatti richiamare quanto esposto nella sentenza in esame, nella quale la Corte precisa che *“il dipendente, prestandosi a svolgere una mansione di controllo dei pazienti ricoverati nella casa di salute ha assunto di fatto una*

¹²² Nel caso di specie si è trattato del decesso di una signora di 76 anni ricoverata in una residenza per anziani. La donna, affetta dal morbo di Alzheimer, nella notte cadeva dalla finestra della stanza nella quale era ricoverata, cagionandosi lesioni che dopo una quindicina di giorni la portarono alla morte. Venivano dunque condannati per omicidio colposo il legale rappresentante della società che gestiva la residenza e il dipendente di detta società addetto all'assistenza degli ospiti nella casa di riposo.

¹²³ Ex plurimis, Cass. Civ. SS. UU. 1 luglio 2002 n. 9556; Cass. Civ. Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.

posizione di garanzia nei confronti dei degenti”, e sarà per ciò stesso responsabile a titolo di *culpa in vigilando*.

La tematica dell’assegnazione del paziente ad un terzo richiama un’altra illustre sentenza della Corte di Cassazione, nota come sentenza “Guida”¹²⁴. In tale frangente la Corte ha avuto modo di precisare che il medico-garante - nel caso di specie psichiatra e direttore di una casa di cura -, nell’adibire un terzo alla custodia di un paziente, debba selezionare un professionista del settore idoneo a svolgere un tale incarico e sia tenuto altresì a trasmettergli tutte le informazioni essenziali al fine di assicurare il più alto grado di tutela possibile al paziente garantito; così come rientra negli obblighi del sanitario la scelta di un luogo appropriato in cui ospitare i malati. La fonte formale di tali obblighi si rinviene dunque nel contratto di ospitalità, la violazione del quale, se seguita da un evento lesivo, integra un’omissione penalmente rilevante ai sensi dell’art. 40 comma 2 c.p.

Nell’analisi delle condotte auto-lesive del paziente psichiatrico, non mancano pronunce di provenienza sovranazionale: si segnala, in particolare, una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, resa nel caso *Hiller c. Austria*¹²⁵.

In questa recente pronuncia la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo affronta il tema dell’individuazione dei criteri di imputazione della responsabilità medica per la morte del paziente psichiatrico - problematica che è stata oggetto di analisi in un’altra recente sentenza della Corte, pronunciata in occasione della controversia *Keenan c. Regno Unito*¹²⁶-. Il caso di specie si incentra sul suicidio di un paziente ricoverato in una struttura ospedaliera austriaca in regime di trattamento sanitario obbligatorio. La ricorrente, madre del paziente suicida, presenta ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione sostanziale dell’art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali¹²⁷ da

¹²⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 6 novembre 2003, n. 10430.

¹²⁵ Corte E.D.U., Sez. IV, sent. 22 novembre 2016.

¹²⁶ Corte E.D.U., Grande Camera, sent. 3 aprile 2001. Il caso riguardava il suicidio di un detenuto, per il quale la Corte ha escluso una violazione dell’art. 2 da parte del personale penitenziario – e, dunque, dello Stato di appartenenza portato a Strasburgo – sulla scorta della considerazione che un simile evento non era in alcun modo prevedibile.

¹²⁷ “*Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena. La morte non si considera inflitta in violazione di questo articolo quando risulta da un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: a. per assicurare la difesa di ogni persona dalla violenza illegale; b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l’evasione di una persona regolarmente detenuta; c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o una insurrezione*”.

parte dell'Austria, ritenuta responsabile per la negligenza dimostrata dal personale ospedaliero che non è stato in grado di impedire l'avverarsi del tragico evento.

Nonostante i profili essenziali del caso siano di natura più spiccatamente civilistica, la sentenza in commento offre spunti di riflessione anche in ambito penalistico, nella misura in cui suggerisce alcuni indici fattuali utili a ricostruire la responsabilità dello psichiatra per il mancato impedimento del suicidio del paziente.

Riassumendo brevemente i fatti, occorre premettere che nei confronti del paziente era stata emessa una diagnosi di schizofrenia paranoide in uno stadio particolarmente grave ed avanzato. Vista l'attitudine di tale patologia a rendere il soggetto pericoloso non solo per sé, ma anche per gli altri, un tribunale distrettuale austriaco aveva imposto per esso il ricovero coatto in una struttura ospedaliera psichiatrica pubblica. Dopo un iniziale rifiuto di ammissione della malattia e dell'espressione del conseguente consenso alle cure, il paziente aveva iniziato a manifestare un atteggiamento più pacato e partecipativo, coadiuvato da un'assunzione spontanea dei farmaci prescritti. I medici, fuorviati da tale illusorio cambiamento positivo del paziente, avevano concesso al medesimo una più ampia libertà di movimento: nonostante il paziente avesse tentato la fuga dall'ospedale poco tempo prima, i membri dello staff medico erano convinti che un approccio meno restrittivo potesse rendere il percorso terapeutico meno gravoso per lui e più fruttuoso in termini di miglioramento psicofisico. Tuttavia, proprio nel corso di una passeggiata nei pressi della struttura ospedaliera, assistita dall'autorizzazione dei medici, il paziente, dileguandosi, aveva raggiunto i binari della metropolitana e si era tolto la vita gettandosi su di essi.

La madre, quindi, propose ricorso contro la città di Vienna, quale autorità responsabile dell'ospedale. Oggetto del ricorso era una richiesta di risarcimento per la morte del figlio, attribuita dalla ricorrente alla negligenza degli operatori ospedalieri. Si adduceva, in particolare, che il contratto stipulato con l'ospedale al momento del ricovero della vittima di suicidio prevedeva specifici obblighi di protezione e cura, alla luce della evidente fragilità mentale e psicologica del paziente, ulteriormente avvalorata dai suoi molteplici tentativi di fuga. Sarebbe stato compito dei medici e degli infermieri supervisionare attentamente il paziente e, viste le necessità di controllo sullo stesso, limitare i suoi spostamenti fisici. L'autorità citata in giudizio controbatteva però che in capo al personale ospedaliero si dovesse riconoscere il completo rispetto dei canoni di necessità e di proporzionalità nello svolgimento del percorso terapeutico nei confronti del paziente in questione, e che, di conseguenza, non potesse essergli addebitata

una violazione degli obblighi di diligenza dovuti. Il paziente si era infatti mostrato sempre più volenteroso nel sottoporsi alla terapia, meritando una più ampia libertà di movimento, suscettibile di restrizione soltanto nei casi di impellente ed assoluta necessità, e pur sempre entro i limiti della proporzionalità. La Corte di primo grado aveva accordato il risarcimento, riconoscendo in capo allo staff medico una condotta negligente e ritenendo pertanto la città di Vienna responsabile per la morte del paziente suicida. Il suicidio di quest'ultimo, infatti, secondo la Corte di primo grado, sarebbe conseguito ad una "sovrastimolazione" che il soggetto avrebbe subito entrando in contatto diretto con un ambiente esterno all'ospedale. I medici avrebbero dovuto prevenire una reazione emotiva così eccessiva, quantomeno intensificando i controlli durante i suoi spostamenti. Inoltre, l'impressione che il paziente non costituisse più una fonte di pericolo per sé stesso, non era sufficiente né idonea ad escludere che potesse rappresentare un pericolo per gli altri: ragione che, anche da sola, non solo avrebbe legittimato una restrizione forzata del paziente, ma l'avrebbe resa addirittura doverosa. La città di Vienna, però, propose appello contro la sentenza di primo grado e questo venne accolto dalla Corte in secondo grado. Il motivo dell'accoglimento del ricorso in appello risiedeva nell'assenza del nesso di causalità tra il suicidio del paziente psichiatrico e l'asserita violazione degli obblighi del personale della struttura psichiatrica. Il suicidio del paziente era infatti imprevedibile e pertanto inaspettato, poiché il medesimo non aveva dato modo di pensare che potesse essere un pericolo per sé stesso. Ne consegue la negazione della responsabilità dell'ospedale per mancato impedimento dell'evento morte.

Questa decisione veniva, infine, confermata dalla Corte Suprema, che presta particolare attenzione alla necessità di realizzare e di salvaguardare le esigenze del paziente psichiatrico, in termini di benessere psicofisico - realizzato dai medici con la concessione di una più estesa libertà di movimento - e di rapidità ed efficacia nel processo di guarigione¹²⁸.

Esauriti i rimedi interni, la madre del paziente adiva la Corte di Strasburgo, adducendo, come anticipato, la violazione, da parte dell'Austria, dell'art. 2 della Convenzione. Le si contestava, infatti, di avere omesso di proteggere la vita di suo figlio, mentalmente instabile e già destinato dalla stessa giurisprudenza interna ad un trattamento sanitario coattivo. Più specificamente, la ricorrente osservava che la persistente pericolosità del paziente, non solo verso sé stesso ma

¹²⁸ In coerenza con quanto disposto dall'art 3 della Convenzione, ai sensi del quale "*nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*", e dall'art. 5, comma 1, della stessa, secondo cui "*ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, salvo che nei casi e nei modi prescritti dalla legge*".

anche verso eventuali terzi, legittimava, ed anzi, imponeva la continuità del regime di ricovero coattivo, in ossequio alla necessità di “assicurare la protezione della vita e dell’incolumità della persona ricoverata e di terze parti”, protezione in concreto non assicurata nel caso di specie.

Il governo austriaco, invece, dimostrava la conformità delle opzioni terapeutiche prescelte alle più recenti direttive mediche sviluppatesi nel contesto europeo: un ricovero più “libero”, che prevede anche passeggiate senza l’accompagnamento di un supervisore, sarebbe più idoneo ad una guarigione più rapida del paziente psichiatrico e faciliterebbe, di conseguenza, il suo progressivo reinserimento nella comunità.

La Corte pone a sostegno della propria tesi delle argomentazioni di carattere normativo. Essa richiama infatti la prima parte dell’art. 2 della Convenzione, dalla quale emerge che lo Stato è gravato non solo dall’obbligo di non uccidere, ma anche da quello di “adottare le misure adeguate per salvaguardare le vite dei soggetti sotto la sua giurisdizione”. Questo principio, evidenzia la Corte, assume valenza preponderante nell’ambito della sanità pubblica e si rafforza ulteriormente nel settore psichiatrico, i cui pazienti sono particolarmente indifesi e vulnerabili. La Corte richiama anche un ulteriore principio generale, riguardante il dovere dello Stato di prendere eventuali “misure preventive di protezione” volte alla protezione del paziente da sé stesso o da eventuali terzi: secondo la giurisprudenza di Strasburgo, l’attuazione di tali misure troverebbe fondamento e giustificazione soltanto qualora le autorità “*sapessero o avrebbero dovuto sapere che la persona in questione correva un reale ed imminente rischio per la sua vita*”. Il correlativo obbligo sussisterebbe, dunque, soltanto laddove suddette autorità, ancorché coscienti e consapevoli della concreta esistenza di tale rischio, non abbiano assunto le decisioni necessarie ad eliminare l’evenienza di avvenimenti pregiudizievoli per la vita o per l’integrità fisica del paziente medesimo.

Nel caso di specie, la Corte osserva che i rilievi delle parti divergono non tanto sulla legittimità del ricovero forzato del paziente, quanto sulla prevedibilità effettiva del suicidio del paziente, con conseguente prospettazione, in capo all’ospedale, di un obbligo di impedire la sua verifica mediante una più incisiva limitazione della libertà di movimento del paziente.

A tal proposito, la Corte rileva che, dalla ricostruzione dei fatti proposta dalle corti domestiche, emerge con chiarezza un considerevole miglioramento sia delle condizioni mentali del paziente suicida, sia del suo approccio alla terapia. Tale miglioramento legittimava il personale

psichiatrico a considerare non solo adeguata, ma anche necessaria, un'estensione della sua libertà di movimento, anche allo scopo di rendere più agevole il suo reinserimento in società.

Le ricostruzioni fattuali operate dalle corti interne sono definite dalla Corte di Strasburgo *“esaurienti, pertinenti e convincenti, oltre che in linea con la propria giurisprudenza in materia”*. In particolare, durante il suo ricovero nell'ospedale psichiatrico, il paziente non aveva mai manifestato alcun segnale di rischio suicidario, al punto da rendere addirittura sproporzionata ed illegittima una sua ulteriore restrizione nel reparto. I medici quindi, secondo la Corte, non avevano alcuna ragione di sospettare che il paziente fosse incline al suicidio, e di conseguenza non si poteva loro imputare una responsabilità fondata sulla mancata previsione dell'esito infausto della condotta, imprevedibile ed ingovernabile, del paziente. Esclusa la prevedibilità dell'evento, dunque, viene esclusa anche la conseguente responsabilità dell'ospedale e, di conseguenza, dello Stato austriaco.

D'altra parte, la Corte esclude che la decisione terapeutica dello staff ospedaliero di concedere al paziente qualche passeggiata senza accompagnatore sia sintomo di negligenza.

La stessa Convenzione è incline a riconoscere un'ampia libertà ai malati, così da tutelarne nel miglior modo possibile la dignità ed il diritto di autodeterminazione. Il rischio di fuga del paziente o del compimento da parte dello stesso di gesti autolesionisti non può mai giustificare un aprioristico approccio restrittivo e limitativo della sua libertà. Si renderà in tali casi necessario un bilanciamento tra gli interessi in gioco: la tutela della libertà e della dignità del paziente da un lato, realizzabile con una terapia meno invasiva e più tollerante, e il rischio di degenerazioni pregiudizievoli per il paziente stesso o per eventuali terzi che entrino in contatto con lui, dall'altro.

La Corte di Strasburgo, pertanto, nega la violazione sostanziale dell'art. 2 in capo all'Austria, ritenendo invece che una più rigorosa limitazione della libertà di movimento del paziente avrebbe determinato un conflitto con altre norme della Convenzione, in particolare con gli artt. 3, 5 e 8¹²⁹.

¹²⁹ Art. 8: *“Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”*.

La sentenza oggetto di analisi contiene importanti direttive per il penalista italiano, in rapporto alla insidiosa problematica della responsabilità dello psichiatra per il suicidio del paziente.

Come precedentemente osservato, in questo peculiare settore l'ampiezza della posizione di garanzia di cui lo psichiatra è titolare spesso coincide con le prescrizioni delle regole cautelari cui il medico avrebbe dovuto attenersi. Non a caso, in dottrina si è osservato che *“ogni qual volta il medico si sia attenuto al dovere oggettivo di diligenza ricavato dalla regola cautelare e quindi l'evento avverso non sia a lui rimproverabile - viene a mancare, già a monte, un'omissione penalmente rilevante, non trovandoci al cospetto di una azione doverosa inosservata”*¹³⁰.

Anche in quest'ottica, estremamente incerta, l'operatore giuridico è tenuto ad operare un bilanciamento tra due valori talvolta contrastanti tra loro: da un lato, il corretto svolgimento dell'attività psichiatrica, nell'ambito della quale si registra spesso una carenza di linee guida precise che forniscano indicazioni univoche e puntuali; dall'altro, la salvaguardia della vita e dell'incolumità del paziente sottoposto alle cure mediche. In questo temperamento di interessi meriteranno considerazione anche altri valori costituzionalmente tutelati, come la libertà, l'autodeterminazione e la dignità del paziente. Le conclusioni proposte dalla Corte di Strasburgo sono in questo contesto utili a risolvere i dubbi sulla attribuzione, in capo allo psichiatra, di una concreta ed effettiva capacità di previsione dell'evento suicidario. La sentenza esaminata offre però, parallelamente, anche spunti di riflessione per quanto concerne il trattamento terapeutico in senso stretto, poiché privilegia un approccio più “aperto” del medico nei confronti del paziente e relega il ricorso al trattamento sanitario obbligatorio, con la sua connaturata restrizione della libertà del paziente, ad una *extrema ratio*¹³¹.

4. La pericolosità sociale. Il ruolo dello psichiatra nel contesto forense.

Le competenze dello psichiatra sono spesso richieste non solo per fini prettamente terapeutici, ma anche per l'espletamento di perizie e di valutazioni tecniche, il cui oggetto è la valutazione della c.d. “pericolosità sociale psichiatrica” rispetto ad un soggetto, già autore di un reato, in

¹³⁰ C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 marzo 2016.

¹³¹ Cfr. C. MOSTARDINI, *La Corte di Strasburgo in materia di responsabilità del medico per il suicidio del paziente psichiatrico*, in *Dir. Pen. Cont.*, 12 gennaio 2017.

capo al quale sia stato riconosciuto un “vizio parziale o totale di mente”. L’intervento psichiatrico-forense in tale ambito non può prescindere da due istituti portanti dell’ordinamento giuspenalistico italiano: da un lato, l’istituto della imputabilità; dall’altro, la stessa nozione di pericolosità sociale. Il primo rappresenta il presupposto fondamentale per l’applicazione delle sanzioni legate all’integrazione, da parte dell’agente, di una determinata fattispecie di reato; il secondo giustifica e richiede, invece, l’applicazione delle misure di sicurezza. La *ratio* di tale “doppio binario” è rinvenibile nel diverso ruolo attribuito rispettivamente alle pene e alle misure di sicurezza: retributiva ed intimidatoria per le prime, rieducativa e risocializzativa per le seconde.

L’art. 203 c.p., nel fornire una definizione di pericolosità sociale, dispone, che agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, già precedentemente autrice di un reato, anche se non imputabile o non punibile, “*quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati*”. Tale definizione è espressiva di due concetti basilari. Vi si desume, innanzitutto, che l’aver compiuto un fatto configurato dalla legge come reato rappresenta un presupposto imprescindibile per la dichiarazione di pericolosità sociale. La norma esprime, inoltre, la natura non assoluta, bensì relativa, della stessa nozione di pericolosità sociale, potendo essa includere qualunque tipo di reato: l’importante, ed anche l’aspetto essenziale della fattispecie in esame, è che non sia sufficiente la mera possibilità che il reo compia in futuro ulteriori fatti di reato, ma si rende necessaria la probabilità che ciò avvenga. Competerà allo psichiatra, in qualità di perito, fornire un parere tecnico sulla sussistenza, o meno, della pericolosità sociale psichiatrica: l’esito affermativo della perizia implicherà, conseguentemente, la predisposizione di misure di sicurezza psichiatriche. Queste ultime sono consistite per lungo tempo nel ricovero pressoché immediato ed automatico negli ospedali psichiatrici giudiziari (O.P.G.), recentemente aboliti per via di un intervento legislativo particolarmente importante nel settore, la legge Basaglia, la quale sarà oggetto di più esteso approfondimento nel III capitolo.

Ciò che interessa approfondire in questa sede sono l’ampiezza ed i limiti della verifica psichiatrico-forense sulla pericolosità sociale del soggetto, autore di reato, affetto da disturbi psichici. In particolare, il quesito cui si cercherà di dare risposta è se esista una effettiva connessione tra la malattia mentale e il crimine, e di quali mezzi clinici possa avvalersi lo psichiatra nell’esame di tale relazione. In altri termini: la persona affetta da un disturbo psichico è effettivamente, e per ciò stesso, “pericolosa”?

Per lungo tempo la malattia mentale è stata ricondotta al paradigma della “follia”, con un’automatica ascrizione a questo tipo di disturbo di comportamenti violenti, aggressivi, incontrollabili, antisociali. I non troppo latenti pregiudizi di cui la società ed anche l’ordinamento giuridico erano permeati inducevano dunque a considerare il malato di mente sempre e comunque “pericoloso”, per sé e per eventuali terzi. Paure e malintesi, spesso alimentati dall’ignoranza o dal terrorismo psicologico alimentato dai media, hanno reso preminenti le esigenze di controllo e di difesa sociale perfino rispetto alla cura dei pazienti e dei soggetti a rischio, sul presupposto, spesso erroneo, che la malattia mentale fosse inequivoca manifestazione di una naturale predisposizione verso il crimine, e in particolare verso il crimine efferato. Il sorgere della psicofarmacologia, nella seconda metà del ‘900, ha contribuito alla fioritura ed alla diffusione della psichiatria come scienza, cui è subentrata, nel nostro diritto interno, una radicale trasformazione anche sul piano normativo, segnata dall’emanazione della più volte citata Legge Basaglia. Pur nella sua portata estremamente innovativa, tale riforma, se da un lato neutralizza i ciechi automatismi tra i disturbi psichici e la pericolosità sociale, dall’altro non può negare *in toto* l’evidenza che ad alcune di tali patologie possano associarsi concreti rischi di comportamenti violenti, imprevedibili e socialmente pericolosi. La letteratura criminologica e medico-legale sull’argomento è estremamente vasta, anche se la disomogeneità dei risultati delle ricerche condotte nel tempo si pone a presidio dell’estrema difficoltà di identificare e di spiegare l’interrelazione ipoteticamente esistente tra malattia mentale ed attitudine criminale.

4.1 La crisi del concetto psichiatrico-criminologico di pericolosità nel sistema penale.

Nelle fila della dottrina penalistica è stato rilevato lo stretto collegamento esistente tra le discipline penalistiche - in particolare diritto penale, diritto processuale penale, diritto penitenziario - e le discipline sperimentali criminologiche - per i profili di interesse della presente trattazione assumono particolare rilievo la psicologia, la sociologia e l’antropologia criminale; la medicina legale e la criminologia; la statistica criminale e la polizia scientifica -. E’ infatti incontestabile il contributo dalle stesse offerto nell’ambito della prevenzione e del contrasto alla criminalità.

Tali gruppi di discipline, infatti, pur divergendo quanto alla specificità della natura, dell’oggetto e del metodo, sul piano direttamente applicativo forniscono metodologie e spunti estremamente

utili all'indagine penalistica volta alla ricostruzione delle fattispecie di reato ai fini dell'attuazione del rimprovero sanzionatorio.

La dottrina, più o meno recente¹³², rispetto allo studio ed all'applicazione delle discipline criminologiche nella sfera giuspenalistica, ha coniato il termine "criminalistica", suscettibile di ricomprendere al suo interno le molteplici metodologie di indagine di cui lo stesso giudice, nell'operazione di qualificazione del reato commesso ai fini dell'imputazione di una sanzione penale, può efficacemente avvalersi. Tali discipline presentano infatti grande rilievo non solo teorico, ma anche strettamente pratico, poiché assistono gli operatori giuridici nelle operazioni di approfondimento e di esame della personalità del reo, rendendo lo stesso sistema penale, sostanziale e processuale, più completo ed improntato su un maggior garantismo, nell'auspicio di contenere la criminalità entro limiti accettabili di tolleranza sociale.

D'altra parte, la stessa fisionomia del processo penale impedirebbe che questo si esaurisse in un'indagine meramente giuridica. Lo studio della responsabilità dello specialista che opera nel settore psichiatrico consente pienamente di comprendere l'importanza e quasi l'imprescindibilità del ricorso ai metodi propri della scienza psicologica - come psicologia criminale, sulla quale si è avuto modo di riflettere in merito all'autopsia psicologica cui il paziente psichiatrico suicida deve essere sottoposto ai fini di un'imputazione o di un'esonero di responsabilità penale per mancato impedimento dell'evento in capo allo psichiatra -, nell'ambito di uno studio interdisciplinare.

Il giudice, infatti, quale soggetto dell'ordinamento giuridico preposto alla difesa ed alla attuazione della giustizia, non può restare ancorato ai dogmi delle norme penali che disciplinano determinate fattispecie, ricollegando al compimento di una condotta illecita un rimprovero sanzionatorio, ma, nell'applicare dette norme, deve attenersi ai fatti concreti posti in essere in ciascun caso di specie, perseguendo il fine di operare una ricostruzione, quanto più fedele e completa, degli stessi.

I soggetti autori di reato affetti da particolari patologie psichiatriche pongono una seria problematica nel diritto penale, poiché l'irrogazione della sanzione, subordinata ad un verosimile accertamento dei fatti, non può prescindere dall'indagine della personalità del soggetto, in relazione alle diverse fasi del processo penale.

¹³² P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, Cedam, 1969, 196 ss.; F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, Cedam, 2011, 568-625; 697-721.

La stessa natura dell'attività giudiziale impone ai suoi organi di condurre un accertamento orientato non solo sulla dinamica criminale - intesa come genesi e sviluppo del comportamento criminoso -, ma anche sull'eziologia criminale - ossia i motivi a delinquere, ed in particolare i fattori endogeni ed esogeni dai quali il delitto è derivato -, sulla semeiotica criminale - il carattere del reo, ossia la sua costituzione psichica - e la prognosi criminale - come probabilità di commissione di nuovi delitti -. Un'indagine così ispirata a criteri di completezza consente anche una formulazione del giudizio penale più meticolosa e ponderata. Il giudice penale viene infatti emblematicamente definito non come un "semplice accertatore del reato", o "contatore meccanico della pena da applicare", ma come "fine indagatore della pericolosità criminale" attraverso l'impiego di appositi mezzi tecnici e personale specializzato. Egli dovrà dunque servirsi non solo delle sue competenze giuridiche, ma anche dei contributi forniti dalla scienza criminologica.

Lo psichiatra rientra a pieno titolo nel novero dei consulenti e dei tecnici specializzati dei quali il giudice può servirsi nel corso di un procedimento penale. E' interessante ed attuale, dunque, affrontare l'analisi della responsabilità penale dello psichiatra da questa diversa angolazione, nel suo ruolo di perito medico. Nell'esplicazione di tale attività, egli è chiamato a valutare la pericolosità sociale dell'individuo affetto da disagi psichici colpevole della commissione di reati più o meno gravi. Si rifletterà, dunque, sui profili di responsabilità dello psichiatra autore di una perizia psichiatrica erronea. Inoltre, il quesito cui si tenterà di dare risposta è il seguente: lo psichiatra è penalmente responsabile per il compimento di atti etero-lesivi del paziente in capo al quale egli non abbia ravvisato sintomi di pericolosità sociale?

A tal proposito è interessante proporre un *excursus* storico del dibattito internazionale svoltosi intorno al concetto di "pericolosità sociale", indispensabile ai fini della comprensione dell'argomento in questione.

Gli Stati Uniti sono i precursori degli studi scientifici sul concetto di "pericolosità sociale", rilevante non soltanto da un punto di vista medico, ma anche, come accennato, nelle sue riverberazioni giuridiche, in particolare rispetto alla sua rilevanza penale.

La svolta fu segnata da un caso particolarmente eclatante, passato alla storia come caso Baxstrom¹³³, il cui fulcro era proprio l'attendibilità delle valutazioni di pericolosità sociale

¹³³ Baxstrom vs Herold, 1966. J. Baxstrom era stato condannato a tre anni di reclusione per aggressione nel 1961. Dichiarato folle dal medico del carcere, fu trasferito al Dannemora State hospital, dove rimase

condotte su individui autori di reato, la cui pericolosità era stata dedotta automaticamente, da parte degli psichiatri, dai disturbi psichici che li affliggevano. La Corte Suprema statunitense definì costituzionalmente illegittimo l'internamento del detenuto Johnny Baxstrom presso l'ospedale psichiatrico interno ad un carcere di massima sicurezza per un arco temporale superiore ai limiti di carcerazione stabiliti dalla legge in rapporto al reato commesso. Proprio tale apparentemente ingiustificato prolungamento del periodo di detenzione imposto dalla sentenza di condanna fece sorgere i primi sintomi di infermità mentale in capo al detenuto, subito dopo la pronuncia della condanna medesima. Da tale decisione della Corte Suprema statunitense presero il via una serie di riflessioni non solo intorno al significato giuridico di "pericolosità sociale", ma anche sulle ripercussioni emotive e psicologiche che i soggetti in capo ai quali la pericolosità veniva riconosciuta potevano subire. Alla sentenza definitiva del caso Baxstrom seguì dunque il rilascio dall'ospedale di Dannemora di più di 967 soggetti precedentemente valutati dagli psichiatri come socialmente pericolosi. Questi ultimi divennero oggetto di un accurato studio condotto dal sociologo Henry J. Steadman nel 1974, dal quale emersero dati particolarmente interessanti.

La decisione di internamento dei soggetti in questione si fondava sulla attribuzione di pericolosità sociale effettuata dagli psichiatri dell'ospedale¹³⁴. La dichiarazione di pericolosità era stata emessa direttamente dal personale medico, sulla base di criteri puramente clinici, senza alcuna garanzia giurisdizionale. Questi soggetti avevano subito una privazione della libertà personale ed erano rimasti intrappolati nell'ingranaggio del sistema medico-carcerario. Essi infatti erano stati detenuti presso le due istituzioni, tra loro fungibili, del carcere e dell'ospedale di massima sicurezza, sottoposto alle dipendenze gerarchiche del Dipartimento Penitenziario, per un periodo complessivo di 14 anni, in quanto ritenuti particolarmente pericolosi in virtù della loro presunta attitudine criminale, senza che l'avvenuta espiazione della pena da parte degli stessi assumesse alcuna rilevanza - il periodo di internamento si era infatti protratto per i detenuti per un periodo di 8 anni oltre il termine di esecuzione della pena stabilita per i reati base -.

internato fino al 1966, ben oltre la data di fine pena, fissata per il 18 dicembre 1961. Le molteplici richieste di Baxstrom di essere trasferito in un ospedale civile furono respinte in virtù della pericolosità sociale sancita dai medici penitenziari.

¹³⁴ Ciò determinò una disparità di trattamento con i "malati di mente civili" i quali, in base alle garanzie predisposte dal Mental Ill act del 1964, avevano comunque il "writ of habeas corpus", che in questo caso si declinava nel diritto di poter vedere concretamente accertato davanti ad un giudice, con l'ausilio di uno psichiatra esterno rispetto all'istituzione che lo vedeva internato, se le condizioni personali di un individuo fossero tali da richiedere un internamento.

Dopo quattro anni e mezzo dal loro rilascio, Steadman osservò che unicamente il 20% di loro si rese autore di condotte aggressive, incluse quelle di carattere colposo o accidentale non rientranti nell'ambito della giustizia penale; solo 24 dei 967 rilasciati furono nuovamente internati in ospedali di massima sicurezza tra il 1966 ed il 1970; 9 di loro, di cui due per reati di più rilevante gravità, furono incarcerati; infine, 147 non si resero colpevoli di recidive criminose e continuarono a vivere in stato di libertà. Dallo studio condotto da Steadman emerse dunque che i criteri clinici adottati dagli specialisti psichiatrici per stabilire la pericolosità di un soggetto presentavano un tasso di errore dell'80%. Inoltre, di fronte alla commissione di reati penalmente rilevanti da parte di soli 24 rilasciati - ossia poco più del 2% dei delinquenti ritenuti socialmente pericolosi -, emergeva la lampante inadeguatezza dei criteri predittivi sviluppati sulla base di dati clinici.

Partendo da questa prima ricerca Steadman approfondì gli studi sulle predizioni di pericolosità psichiatrica e confermò quanto raccolto nel precedente studio: *“we examined whether the patients evaluated as dangerous by the psychiatrist actually displayed more dangerous behaviour than those evaluated as non dangerous. They did not”*¹³⁵.

Il parametro ritenuto più affidabile nella formulazione delle valutazioni psichiatriche di pericolosità sociale erano le condanne per crimini violenti subite dai soggetti etichettati come pericolosi e poi rilasciati. Gli studi registrarono un tasso di recidiva del 14%, senza che questi individui fossero stati sottoposti ad alcun trattamento riabilitativo. Paradossalmente, per i condannati non giudicati pericolosi il tasso di recidiva risultava del 16%, la qual cosa rivelava la totale mancanza di accuratezza delle valutazioni psichiatriche di pericolosità. Si diffuse dunque tra gli psichiatri il timore di non disporre di validi criteri per condurre una corretta valutazione di pericolosità sociale psichiatrica, preoccupazione non irrilevante visto il potere che tali valutazioni esercitano sulla vita e sulla libertà delle persone¹³⁶.

Il caso Baxstrom non fu il solo a far emergere tali deficit. Si ricorda infatti un'ulteriore vicenda che vede protagonista una commissione di psichiatri istituita ai fini della valutazione della pericolosità sociale di un gruppo di condannati per delitti efferati, la maggior parte dei quali a

¹³⁵ H. J. STEADMAN, *Careers of Criminally Insane*, in D. C. health and Co., Lexington, Mass. 1974, 108.

¹³⁶ Si veda B. J. ENNIS, *The Rights of Mental Patients*, in *The rights of Americans*, Dorsen 1970, 487 *“In statistical terms, Operation Baxstrom tells us that psychiatric predictions are incredibly inaccurate. In human terms, it tells us that but for a Supreme Court decision, nearly 1,000 human beings would have lived much of their lives behind bars, without grounds privileges, without home visits, without even the limited amenities available to civil patients, all because a few psychiatrists, in their considered opinion, thought they were dangerous and no one asked for proof”*.

sfondo sessuale. I membri della commissione avrebbero dovuto selezionare i detenuti idonei ad usufruire del regime di libertà vigilata, al fine di accedere a programmi di riabilitazione psichiatrica dopo la scarcerazione. Il giudice, tuttavia, contraddisse la valutazione della commissione psichiatrica, statuendo che 49 detenuti considerati socialmente pericolosi dagli esperti meritassero invece di beneficiare del regime di libertà vigilata. Ancora una volta fu dimostrata l'inadeguatezza della valutazione psichiatrica, visto che il 65% di loro non commise alcun reato nei cinque anni successivi al rilascio.

4.2 Segue: la valutazione di pericolosità sociale: soluzioni prospettate.

E' corretto dunque affermare che il concetto di pericolosità non è un concetto medico, né un concetto psichiatrico, anche se sono stati gli stessi psichiatri a farlo nascere, a conferirgli una legittimazione scientifica, a farlo entrare nella terminologia medica, a promuoverlo a sintomo, a segno di follia. Erano gli psichiatri stessi, in definitiva, a definire gli standard di pericolosità sociale, a prescindere dalla natura non scientifica delle loro valutazioni, erronee anche ad un riscontro oggettivo. Alcuni studiosi hanno riscontrato una percentuale di falsi positivi oscillante tra il 65% e il 95%¹³⁷, in coerenza con quello che è stato definito un processo di "criminalizzazione del folle"¹³⁸ o di c.d. "correlazione illusoria". Le correlazioni illusorie si fondano sulla scorretta convinzione che determinati connotati della personalità siano sintomo di pericolosità e inducono dunque a pronosticare in maniera automatica ed acritica la sussistenza del nesso causale tra i sintomi manifestati dal soggetto affetto da disturbi psichici e la probabilità che questi sia naturalmente incline a commettere un delitto. La qual cosa si presta ad una più alta probabilità di formulare un giudizio prognostico sulla personalità del malato erroneo, soprattutto quando si affermi la probabilità di comportamenti pregiudizievoli che da un punto di vista statistico si manifestano raramente. L'esame dei sintomi psicopatologici indicatori di determinati tratti della personalità dovrebbe essere pertanto corroborato da leggi statistiche. Tale metodo consente di comprendere in anticipo la attendibilità dei criteri clinici predittivi applicati dagli psichiatri: se, ad esempio, le statistiche rivelano che una determinata classe di soggetti ha solo il 10% di probabilità di sfociare in atti violenti, allora la previsione del

¹³⁷ J. MONAHAN, *The Prediction and Prevention of Violence*, in *Proceedings of the Pacific Northwest Conference on violence and Criminal justice*, Washington, 1973, 13.

¹³⁸ H. J. STEADMAN, op. cit.

rischio di recidiva dovrebbe essere contenuta entro quei limiti: più ci si allontana da quella percentuale, più aumenta la possibilità di errore.

Gli psichiatri impiegati nel settore forense o penitenziario sono invece inclini ad ignorare i dati scientifici e statistici e a riferirsi esclusivamente ai parametri disomogenei ed incerti propri della professione che svolgono, andando spesso incontro agli errori connaturati agli imprevedibili rischi che la professione psichiatrica stessa inevitabilmente comporta.

Le conseguenze sul piano della responsabilità penale dei medici psichiatri appaiono evidenti: gli errori sulle prognosi di pericolosità riveleranno un approccio clinico superficiale e negligente, con le correlative conseguenze sanzionatorie comminate dal legislatore caso per caso. Gli studi statistici, inoltre, mettono spesso in luce che gli indicatori della probabilità di una futura condotta delittuosa sono spesso non fisiologici o biologici, ma sociali: si pensi alla tossicodipendenza, alla mancanza di un nucleo familiare che possa agevolare la reintegrazione del condannato dopo una lunga permanenza in carcere, e ad altri fattori simili che possono essere considerati come indicatori di una attitudine criminogena più della “follia” in sé, e che soprattutto non si prestano ad una risoluzione mediante una terapia farmacologica o ospedaliera, non potendo essere considerate alla stregua di caratteristiche endogene della personalità.

Senza considerare il contrasto che spesso emerge tra le valutazioni espletate da più esperti del settore psichiatrico su uno stesso soggetto. A tal proposito è stato provocatoriamente osservato che *“la capacità degli psichiatri nel predire la pericolosità sociale è associata al caso, al gesto del lancio di una moneta”*¹³⁹. Si pensi alla possibilità che un individuo sia considerato pericoloso da uno psichiatra e non pericoloso da un altro, con la conseguenza che entrambe le valutazioni saranno carenti di affidabilità: *“Smith is either dangerous or not dangerous, schizophrenic or not schizophrenic”*.

La stessa giurisprudenza inizia a dubitare della reale capacità degli esperti del settore psichiatrico di pronosticare la pericolosità sociale di un malato sottoposto alle loro cure: *“Perhaps the psychiatrist is an expert deciding whether a person is mentally ill, but is he an expert at predicting which of the persons so diagnosed are dangerous? Sane people too are dangerous, and it may legitimately inquired whether there is anything in the education, training*

¹³⁹ B. J. ENNIS e T. R. LITWACK, *Psychiatry and the presumption of expertise: flipping coins in the courtroom*, 1974.

*or experience of psychiatrists which renders them particularly adept at predicting dangerous behaviour. Prediction of dangerous behaviour, no matter who makes them, are incredibly inaccurate*¹⁴⁰.

Ecco perché, in mancanza di elementi solidi ed univoci sui quali fondare le valutazioni cliniche sulla pericolosità, in Occidente si sta assistendo ad un superamento della scienza psichiatrica nella sua fisionomia originaria, come disciplina finalizzata in primis alla cura ed al reinserimento in società del paziente. Essa sta progressivamente assumendo i caratteri di un metodo pragmatico ed empirico. La cura del disturbo psichico diventa in tal modo quasi irrilevante per il medico: si attua, piuttosto, una categorizzazione di alcuni tipi di malattie della personalità, degradando il paziente ad una cavia da laboratorio e svilendo il rapporto medicopaziente del suo originario e profondo significato.

La scienza psichiatrica potrebbe dunque muoversi su un terreno più propriamente scientifico, con la correlativa possibilità di miglioramento e di evoluzione sul piano diagnostico e terapeutico. Ogni procedimento di valutazione del rischio comporta due fasi decisive. La classificazione del soggetto, sulla base di una serie di condotte dallo stesso espletate, idonee a “predire” gli eventuali atti etero lesivi; e la ripetizione di tale valutazione più volte nel tempo. A tal fine, la ricerca internazionale fornisce una serie di strumenti e di metodi orientativi.

D'altronde, la segnalata sfiducia nelle effettive e scientifiche competenze cliniche dello psichiatra si affianca, paradossalmente, ad atteggiamenti di eccessiva pretesa nei confronti dello stesso, con il risultato di una affermazione di responsabilità quasi aprioristica a 360 gradi. Per gran parte del XX secolo la commissione di delitti e di atti lesivi da parte dei pazienti psichiatrici è stata infatti imputata all'erronea valutazione degli esperti clinici del settore, sul presupposto che essi fossero forniti dell'esperienza e della competenza necessaria a riconoscere in un soggetto sintomi di pericolosità sociale. La capacità predittiva della scienza psichiatrica veniva, insomma, data per scontata, sulla base di un approccio clinico “puro”, con conseguente attribuzione di responsabilità penale in capo ai sanitari nella quasi totalità dei casi. La fallacia di tale approccio ha condotto, però, ad un cambiamento di rotta.

E' stata esaminata l'esperienza statunitense, ma anche in Canada e in Gran Bretagna è convinzione ormai pacifica che un giudizio diagnostico e prognostico non possa fare affidamento esclusivamente sull'esperienza clinica e sulla conoscenza teorica maturata

¹⁴⁰ J. DOUGLAS, giudice della Corte Suprema nel caso Murel vs. Baltimora City, 1972.

dall'esperto, poiché, essendo un giudizio discrezionale, formulato per di più in un settore di per sé labile e naturalmente esposto ad incertezze, reca con sé inevitabili errori.

Ricerche recenti dimostrano che molti di questi errori sono legati a stereotipi sociali o culturali. E' stata evidenziata, ad esempio, la propensione degli psichiatri a sottovalutare il potenziale criminale femminile rispetto a quello maschile: in altri termini, a parità di reato e di diagnosi, si tende a riconoscere un rischio di porre in essere condotte violente più alto negli uomini. Allo stesso modo, si è registrata la tendenza degli psichiatri a considerare più violento l'autore di reati contro la persona - ad esempio, un omicida -, rispetto al colpevole di reati contro il patrimonio o la proprietà. Anche in altre parti del mondo occidentale si è dunque tentato di elaborare dei modelli standardizzati che possano individuare quasi matematicamente il rischio di un comportamento etero-lesivo del paziente psichiatrico, con il risultato di rendere l'opinione individuale e soggettiva del medico il più possibile marginale, oggettivizzando il giudizio di pericolosità e riducendo, sul piano giuridico, il rischio di pervenire ad una affermazione di responsabilità penale in capo al sanitario.

La soluzione prospettata è dunque quella seguire un procedimento "evidence-based", non solo in ambito forense o criminologico, ma anche nel precedente momento di elaborazione della diagnosi e di predisposizione della terapia più idonea nel caso concreto.

In Italia permane tuttavia molto scetticismo circa l'attendibilità degli strumenti e dei metodi forniti dalla ricerca internazionale. La comunità medico-legale e psichiatrica, anche alla luce dei mutamenti normativi sul trattamento del malato di mente socialmente pericoloso, ha infatti sottolineato come non si possa prescindere dalla considerazione individuale e personalizzata del malato medesimo, di per sé non incardinabile in indicatori precostituiti e standardizzati. In altri termini, lo psichiatra chiamato a svolgere il ruolo di perito forense non potrà essere chiamato a prevedere, scientificamente e regolarmente, il rischio di recidiva violenta del paziente psichiatrico autore di reato o, prima ancora, la probabilità che un soggetto compia un reato. Il suo compito si articolerà piuttosto nell'individuazione di quei fattori individuali ed ambientali sui quali il trattamento terapeutico psichiatrico può intervenire per agevolare la riabilitazione del sofferente psichico autore di reato o per impedire la commissione di reati da parte di soggetti potenzialmente inclini al compimento di condotte criminose. Soltanto in questa prospettiva lo psichiatra potrà soddisfare istanze di difesa sociale, senza dimenticare i contorni spesso sfumati e labili, in molti casi insondabili, della disciplina che egli è chiamato a svolgere.

D'altronde, il paradosso del settore psichiatrico è apprezzabile in una duplice prospettiva. Da un lato, come si è osservato in rapporto alle esperienze statunitensi, si profila il rischio di attribuire una eccessiva responsabilità in capo allo psichiatra per tutte le tipologie di concretizzazione del rischio di condotte auto lesive o etero lesive poste in essere dal paziente, chiedendogli una prevedibilità assoluta di tali degenerazioni. Dall'altro lato, tentando di ancorare la responsabilità dello psichiatra a linee guida acritiche e formalistiche, tipizzando o tentando di tipizzare a priori le condotte doverose in capo allo psichiatra medesimo, si rischia di affiancare ad un restringimento della responsabilità penale dello psichiatra una carenza delle esigenze estremamente preponderanti nell'ambito del settore medico, di cura del paziente che richiedono, invece, non una rigida e tassativa tipizzazione aprioristica, ma un adattamento alle caratteristiche personali del paziente, alle circostanze del caso concreto e, in generale, valutazioni più personalizzate. L'inadeguatezza di tali fonti è ancora più evidente nel settore della psichiatria, caratterizzata da una fisiologica imprevedibilità del paziente affetto da disturbi psichici, da cui discende una innegabile ingovernabilità del rischio correlato alle possibili condotte che il paziente stesso potrebbe porre in essere.

La complessità del diritto penale della medicina nel peculiare settore della psichiatria si rende evidente anche per il giudice, chiamato ad operare una valutazione di colpevolezza. Alla luce di questo, le indubbe peculiarità della disciplina psichiatrica si riverberano nell'ambito del contenuto della posizione di garanzia, come si è osservato nel corso della trattazione del presente capitolo, soprattutto in virtù dell'avvenuto superamento della visione custodialistica che escludere dalla cornice della responsabilità penale gli atti etero aggressivi, anche se ciò spesso non avviene, che era espressione di un'ottica paternalistica ormai obsoleta. Rispetto al passato, infatti, oggi si assiste ad un cambiamento del modello culturale di riferimento, nel quale assume centralità ed estrema rilevanza la volontà del paziente psichiatrico. Si sono messe inoltre in luce le numerose interconnessioni esistenti tra le regole cautelari e la posizione di garanzia di cui lo psichiatra è titolare e si è sottolineata l'influenza delle prime nella definizione dei limiti della seconda, con le conseguenze ovvie sul piano degli obblighi e delle responsabilità che dalla stessa posizione di garanzia scaturiscono. La regola cautelare, quindi, assume il ruolo di indice della adeguatezza della funzione generale di garanzia di cui lo psichiatra si fa portavoce.

Sicuramente i profili di maggiore problematicità investono la sfera di rimproverabilità per colpa dello psichiatra, soprattutto in rapporto alle regole cautelari cui egli dovrebbe attenersi

nell'esplicazione della propria attività. Infatti il legislatore del 2012 è stato mosso dalla consapevolezza della difficoltà dell'arte psichiatrica e della sua estrema complessità. In sostanza, è ormai indubbio che la psichiatria rappresenti uno dei settori della medicina maggiormente connotati dall'esigenza di risolvere problemi tecnici particolarmente insidiosi. Dunque, secondo le indicazioni dell'art. 3 della Legge Balduzzi, almeno in teoria, si dovrebbe trattare di una forma di responsabilità la cui affermazione dovrebbe essere legata alle sole ipotesi di colpa grave. Tuttavia si è osservato come il legislatore del 2012 abbia scelto consapevolmente di connettere l'elevazione del grado della colpa al previo rispetto di linee guida e buone pratiche. Così si riafferma la impossibilità di relegare l'attività dello psichiatra in regole cautelari generali ed aprioristicamente formalizzate e cristallizzate in prescrizioni normative, soprattutto in un settore così intriso di difficoltà e di incertezze. Questo, però, non consentirà mai allo psichiatra di beneficiare della nuova area di irresponsabilità penale delineata dalla legge Balduzzi, ossia la responsabilità per colpa lieve che, ai sensi dell'art. 3 della stessa legge, lo esonera da un'imputazione a titolo di colpa penalmente rilevante. Ne deriva che *“lo psichiatra resta irragionevolmente esposto a tutte le potenziali sfumature repressive del modello colposo, a differenza di altri medici la cui specializzazione si presta ad essere più agevolmente formalizzata”*¹⁴¹.

5. La nuova responsabilità degli operatori sanitari alla luce delle ultime modifiche normative.

Le difficoltà esposte non emergono soltanto in seno alla scienza psichiatrica ma sono connaturate alla stessa riforma Balduzzi. Infatti, le ultime novità normative in corso di approvazione tentano di supplire a tali carenze. In particolare, si segnala il disegno di legge Gelli.

Con l'approvazione da parte dell'Aula del Senato, nella seduta dell'11 gennaio 2017, del disegno di legge Gelli-Bianco, recante *“Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”*, si profila, a poco più di quattro anni dall'avvento della legge Balduzzi, un intervento di ulteriore riforma della responsabilità penale degli esercenti professioni sanitarie nel prossimo futuro.

¹⁴¹ C. CUPELLI, op. cit.

Il provvedimento legislativo in questione riveste un'importanza non indifferente. Esso si dedica alla trattazione di diverse tematiche, come la sicurezza delle cure e l'entità del rischio in seno all'attività medica, i profili di responsabilità non solo dell'operatore sanitario individualmente considerato, ma anche della struttura ospedaliera nella quale è impiegato, lo svolgimento dei procedimenti giurisdizionali incentrati sulla responsabilità medica.

Da un punto di vista strettamente penalistico, la legge in questione tenta di arginare il fenomeno della cosiddetta medicina difensiva, segnalato come uno dei principali problemi emergenti dalla riforma Balduzzi, e tenta pertanto di apprestare maggiore tutela e garanzia agli operatori sanitari.

E' ormai noto che, ai sensi dell'art. 3, co. 1 della legge 189 del 2012, la responsabilità del medico che si sia attenuto a linee guida e buone pratiche può essere affermata solo per colpa grave, quando cioè vi sia stata una deviazione macroscopica, da parte del sanitario, dal contenuto dispositivo delle linee guida di riferimento.

Si è avuto modo di evidenziare, nel capitolo precedente, le problematiche emergenti dall'applicazione delle norme della legge Balduzzi, legate essenzialmente alla tendenza del legislatore ad esaltare il ruolo delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, di per sé carenti di tassatività e di prescrittività e pertanto spesso inadatte a coprire tutte le possibili sfumature del caso clinico concreto. Inoltre, si è sottolineato il merito della legge Balduzzi di aver introdotto per la prima volta, sul versante normativo della disciplina penale dell'imputazione soggettiva, una distinzione tra colpa lieve e colpa grave. In rapporto a quest'ultima considerazione, si è posta in luce la difficoltà di elaborazione di una definizione univoca e penalmente accettabile e rilevante di colpa grave, menzionata nel codice penale soltanto ai fini della commisurazione della pena da parte del giudice. Si sono segnalate anche perplessità legate al riconoscimento del privilegio dell'esclusione di responsabilità per colpa lieve soltanto in capo agli operatori del settore sanitario e non in altre attività socialmente utili ugualmente complesse e potenzialmente pericolose.

Il disegno di legge, in via di approvazione definitiva, ha l'intento di risolvere tali perplessità. I nodi centrali della riforma sono essenzialmente due: una disciplina più dettagliata e puntuale delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida; l'introduzione nel codice penale di un nuovo articolo, concernente la responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario.

Presentano profili di particolare interesse gli artt. 5 e 6 di tale legge. Nel primo si afferma che *“gli esercenti le professioni sanitarie, nell’esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnicospicistiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute. [...] In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali”*.

L’art. 6 prevede invece l’introduzione di un nuovo articolo nel codice penale, ossia l’art. 590sexies che, secondo il disposto di tale norma, dovrebbe essere rubricato *“Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario”* e prevedere che *“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”*.

In dottrina è stato osservato¹⁴² come in questa nuova versione, a differenza dell’attuale disciplina, venga meno ogni riferimento al grado della colpa. L’esclusione della punibilità è infatti subordinata al solo rispetto delle raccomandazioni espresse dalle linee guida e, in mancanza di esse, all’applicazione da parte del medico delle buone pratiche clinico-assistenziali - le quali non sono più poste, come nella legge Balduzzi, in una posizione di parità rispetto alle linee guida, ma svolgono rispetto ad esse una funzione meramente suppletiva e residuale -. Si prescinde dunque dalla gradazione della colpa, che rappresenta uno dei pilastri della riforma Balduzzi attualmente in vigore. Dal testo delle norme citate si evince anche un altro aspetto fondamentale, ossia il ruolo del giudice nell’accertamento e nell’attribuzione di responsabilità: ad esso spetta infatti il compito di valutare la concreta adeguatezza delle linee guida rispetto alle peculiarità del singolo caso clinico.

¹⁴² C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 gennaio 2017.

In definitiva, è come se riprendesse vita l'orientamento seguito dalla giurisprudenza penale prima dell'emanazione della legge Balduzzi, fondato sulla esclusione della responsabilità per colpa in capo al medico che dimostri di essersi attenuto alle linee guida o alle buone pratiche, salve le specificità del caso concreto che eventualmente impongano un discostamento da tali parametri.

Inoltre, anche rispetto alle specificità del caso concreto, si espunge il termine "rilevanti", con la conseguenza che, attualmente, sarà sufficiente la semplice "adeguatezza" alle specificità del caso concreto. Ne deriva che il medico risponderà anche per colpa lieve qualora, pur essendosi egli attenuto alle prescrizioni delle linee guida o delle buone pratiche, si dovesse dimostrare che occorreva invece discostarsene in considerazione delle particolarità anche non rilevanti del caso concreto. Ancora una volta si nota dunque il mancato riferimento al grado della colpa, che rende la disciplina della responsabilità penale degli esercenti professioni sanitarie meno favorevole rispetto a quanto stabilito dalla legge Balduzzi. Inoltre, si è ancora il fulcro della punibilità, con le conseguenze sanzionatorie che inevitabilmente ne scaturiscono, ad una valutazione giudiziale sul livello di "adeguatezza" delle prescrizioni osservate dal medico rispetto alle peculiarità del singolo caso concreto, rendendo il sistema normativo meno garantistico per gli esponenti della classe medica.

CAPITOLO III

LA COERCIZIONE DEL PAZIENTE PSICHIATRICO

1. *La Costituzione italiana e la condizione dei malati di mente.*

L'evoluzione della psichiatria pubblica italiana si presta alla distinzione in tre periodi¹⁴³, ai quali corrispondono i tre fondamentali atti legislativi che hanno fornito una dettagliata disciplina della tutela della salute mentale nel processo di evoluzione del nostro ordinamento giuridico.

Il primo, definito come “*periodo manicomiale*”, si colloca in un lasso di tempo nettamente precedente all'approvazione della Costituzione Repubblicana. Esso, infatti, si fa convenzionalmente decorrere dall'inizio del XX secolo, in particolare dall'approvazione della legge n. 36 del 1904 - cosiddetta “*normativa giolittiana*” -. Il pilastro di tale cornice normativa è l'internamento in manicomio, in ossequio alla preminente esigenza di proteggere l'ordine sociale dalla presunta pericolosità e scandalosità del “*folle*”.

Il secondo periodo si colloca in una fase di transizione e, non caso, prende il nome di “*manicomialità attenuata*”: il suo inizio è segnato dall'emanazione della legge n. 431 del 1968 cosiddetta legge Mariotti -, destinata a restare in vigore per circa un decennio.

Dal 13 maggio 1978 ad oggi, infatti, sotto la vigenza della legge n. 180, meglio nota come legge Basaglia, si parla di “*periodo territoriale*”: esso si caratterizza per il graduale superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG), progressivamente sostituiti da servizi di salute mentale fondati sull'istituzione dipartimentale ed improntati a fornire assistenza su tutto il territorio nazionale per mezzo di strutture diversificate.

La Costituzione italiana è entrata in vigore nel 1948, nel pieno del periodo manicomiale, ed ha segnato una svolta nell'ambito dei disumani trattamenti coercitivi normativamente imposti nei confronti dei soggetti affetti da disturbi psichici. Non a caso, Piero Calamandrei, uno dei più illustri Padri Costituenti, definì la Costituzione come un “*documento presbite*”, ossia in grado di

¹⁴³ Analisi prospettata da D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Edizioni Alpha Beta Verlag, 2013.

guardare oltre e di ricoprire un ruolo effettivo nello sviluppo e nella crescita della società, e di continuare ad affermarsi come un costante ed incrollabile punto di riferimento.

Già nel corso dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente inizia ad emergere la delicata problematica della condizione dell'infermo di mente, nella quale si staglia una proposta di emendamento avanzata da Aldo Moro che trovò immediato accoglimento: *“Nessun trattamento sanitario può essere obbligatorio se non per legge. Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana”*. Lo scopo di tale proposta, come è emerso dal dibattito svoltosi in seno all'Assemblea Costituente¹⁴⁴, era quello di fornire una soluzione ad un problema di tutela della libertà individuale che non poteva essere ignorato dalla Costituzione e che poggiava sull'assunto che non potessero essere coattivamente imposte ai cittadini prestazioni sanitarie di ogni genere, salvo che la loro obbligatorietà fosse espressamente sancita dalla legge. Si precisa, inoltre, che lo stesso legislatore non è scevro da limiti ben precisi, riconducibili al doveroso rispetto della dignità umana nella somministrazione di ogni tipologia di trattamento sanitario.

Tali premesse posero le basi per la formulazione dell'attuale art. 32 della Costituzione, che replica quasi perfettamente la proposta di Aldo Moro: *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. 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”*.

D'altra parte, l'art. 32 non rappresenta altro che uno dei plurimi corollari che scaturiscono dall'*incipit* dell'art. 2 della stessa Carta costituzionale, caratterizzato dalla centralità attribuita alla persona umana nella sua ineliminabile soggettività. Il rispetto della libertà individuale come diritto fondamentale ed inviolabile dell'uomo si nota in particolar modo nella seconda parte dell'art. 32, formulata in negativo e come tale espressiva del concetto per cui il rapporto medico-paziente debba risolversi, salvo puntuali e tassative eccezioni riservate alla legge, sempre a favore del secondo. Una norma, dunque, che rappresenta non solo un baluardo a difesa dei diritti del malato, ma che pone le basi per una ridefinizione della relazione intercorrente tra l'operatore medico e la persona sottoposta alle sue cure, e la cui formulazione risulta

¹⁴⁴ Per approfondimenti, vedasi www.nascitacostituzione.it

estremamente innovativa anche rispetto ad altre legislazioni coeve¹⁴⁵.

Nell'esame delle norme costituzionali poste a tutela dell'individuo non può prescindersi dall'art. 3 della Costituzione, espressivo del principio di uguaglianza. Esso, nel disporre, al primo comma, che *“tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”*, assume un particolare rilievo nella presente trattazione, poiché anche da una sua prima lettura è possibile dedurre un'implicita contrarietà delle strutture manicomiali a quello che è lo spirito sotteso all'apparato costituzionale. E' infatti noto che i principi fondamentali contenuti nella Carta costituzionale assumano un'innegabile forza precettiva, idonea ad incidere in maniera diretta ed effettiva sull'attività legislativa di attuazione dei principi medesimi.

Così, la lettura sistematica delle norme citate conferma le potenzialità evolutive dell'art. 32 della Costituzione, che estende il diritto alla salute, inizialmente identificato con la sola integrità fisica, anche ai connotati psicologici, mentali, umani ed ambientali dei soggetti che usufruiscono dei trattamenti sanitari.

Sulla scorta di tali importanti riconoscimenti si svilupperà l'operato di Franco Basaglia, la cui estrema rilevanza è stata più volte evidenziata dagli stessi giudici costituzionali, a partire dai primi anni di vigenza della legge n. 180/1978¹⁴⁶, fino alle sentenze emesse decenni dopo la sua approvazione. Tra queste, risultano incisive le statuizioni della Corte in merito alla dichiarazione di incostituzionalità delle norme che consentivano l'internamento del minore di età in ospedale psichiatrico giudiziario¹⁴⁷: *“una misura detentiva e segregante come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, prevista e disciplinata in modo uniforme per adulti e minori, non può certo ritenersi conforme a tali principi e criteri: tanto più dopo che il legislatore, recependo le acquisizioni più recenti della scienza e della coscienza sociale, ha*

¹⁴⁵ A titolo esemplificativo, si propone il caso dell'esperienza legislativa francese risalente al 1838 e correlata alle riflessioni del medico Philippe Pinel. Egli seguiva uno schema ben preciso, secondo il quale, innanzitutto, il folle è diverso dal reo, ma pur sempre potenzialmente pericoloso, dal che nasce la necessità di un luogo in cui internarlo e sottoporlo ad opportune analisi e cure. Nel suo *Trattato medico-filosofico sull'alienazione mentale o mania* del 1800, egli esprime infatti la convinzione che i malati debbano essere tenuti sotto stretto controllo, in modo tale da metterli in condizione di *“riacquistare il buonsenso perduto”*.

¹⁴⁶ Cfr. Corte costituzionale, 27 luglio 1982, sent. n. 139, secondo la quale *“il problema umano e sociale del trattamento da riservare ai soggetti prosciolti per infermità psichica non può essere affrontato e risolto in termini formali e nominalistici, ma impone l'adozione di misure concretamente idonee alla cura e non soltanto alla custodia di quei soggetti medesimi, essendo evidente che la loro risocializzazione dipende dalla guarigione o quanto meno dal miglioramento delle loro condizioni psichiche”*.

¹⁴⁷ Corte Costituzionale, 25 febbraio 1988, sent. n. 211.

riconosciuto come la cura della malattia non debba attuarsi se non eccezionalmente in condizioni di degenza ospedaliera, bensì di norma attraverso servizi e presidi psichiatrici extra-ospedalieri, e comunque non attraverso la segregazione dei malati in strutture chiuse come le preesistenti istituzioni manicomiali”.

2. L'evoluzione normativa: la soppressione degli OPG.

In virtù delle considerazioni svolte, è lecito affermare dunque che lo scopo primario del legislatore fosse quello di recuperare una dimensione di uguaglianza e di parità di trattamento tra i pazienti per così dire “ordinari” e quelli affetti da disturbi mentali e psichici. Questi ultimi erano infatti vittime di una discriminazione perfino terminologica, che emerge anche solo dal titolo della legge n. 36 del 1904, che recava “*Disposizioni sui manicomi e gli alienati. Custodia e cura degli alienati*”. Risultava dunque centrale e preminente il concetto di alienazione, come una sorta di etichetta automaticamente ed acriticamente attribuita al malato di mente per il solo fatto di soffrire di disturbi mentali e non prettamente fisici, e che rendeva immediato l’accesso in manicomio.

Da un punto di vista penalistico, la centralità del concetto di alienazione tracciava in maniera netta ed inequivocabile i confini della posizione di garanzia dello psichiatra e dei relativi obblighi a lui normativamente attribuiti nei confronti del paziente. L’art. 1 della legge n. 36/1904 imponeva infatti la custodia e la cura all’interno dei manicomi delle persone “*affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando fossero pericolose a sé o agli altri o riuscissero di pubblico scandalo e non fossero o non potessero essere convenientemente custodite o curate fuorché nei manicomi*”. E’ evidente, dunque, che le istanze di pubblica sicurezza fossero preminenti rispetto alle esigenze di cura dei pazienti affetti da disturbi mentali, la cui pericolosità era insita nella stessa malattia della quale erano portatori: per contrastare tale “fisiologica” pericolosità sociale dei pazienti psichiatrici, l’internamento in manicomio era ritenuto il mezzo più appropriato. Quest’ultimo era dunque frutto di una vera e propria presunzione legislativa e prescindeva dalle effettive condizioni cliniche del malato e dalle sue concrete ed eventuali speranze di guarigione.

Da questa interdipendenza tra malattia mentale e pericolosità conseguiva che lo psichiatra fosse gravato da un compito di difesa sociale e di tutela della collettività da eventuali azioni dannose o pericolose del paziente, prima ancora che di un dovere medico e deontologico nei confronti

del medesimo. Rispetto alla figura dello psichiatra, la funzione custodiale prevaleva dunque sulla funzione terapeutica, in conformità allo scopo di arginare la presunta pericolosità sociale dell'infermo psichico. A tali doveri dello psichiatra il legislatore penale associava una serie di sanzioni, di tipo sia detentivo che pecuniario, concernenti la *“custodia di minori o di persone detenute”* e disciplinate dagli artt. 714, 715, 716 e 717 c.p.¹⁴⁸. La legge n. 180/1978 ha abrogato tali fattispecie, sulla scia di quel superamento dell'ormai obsoleto modello custodialistico e di ridefinizione del ruolo del malato di mente non più come soggetto intrinsecamente pericoloso, ma come paziente bisognoso di cure.

D'altra parte, l'arretratezza e la dannosità del concetto di alienazione sono state comprese e vissute in prima persona dallo stesso Franco Basaglia, poiché fu costretto egli stesso a subire sei mesi di detenzione in carcere. Sul finire del secondo conflitto mondiale egli venne infatti incarcerato per antifascismo ed ebbe l'occasione di immedesimarsi in maniera diretta ed immediata nella dialettica tra l'individuo e l'autorità, in un contesto detentivo e privativo delle libertà individuali. E' emblematico che anni dopo, nel momento in cui assunse personalmente la direzione del manicomio di Gorizia, affermò di rivivere al suo interno la stessa sensazione sperimentata all'interno della struttura carceraria¹⁵⁴.

L'esperienza personale del carcere induce dunque Basaglia a rivolgere l'attenzione sulla relazione istituzionale intercorrente tra lo psichiatra e il paziente, fondata su un rapporto di forza gerarchicamente impostato e scaturente dal dualismo *“normalità/devianza”*¹⁵⁵. In uno dei suoi numerosi saggi¹⁵⁶ si leggono infatti considerazioni particolarmente incisive e significative, dalle quali si ricava una posizione di egemonia dello psichiatra sul paziente che egli è chiamato ad assistere: *“qualunque cosa dica il pazzo resta pazzia, come qualunque cosa dica il delinquente resta delinquenza, perché il rapporto istituzionale è solo un rapporto di potere che serve a perpetuare il dominio, la discriminazione attraverso la stigmatizzazione. Nei loro confronti abbiamo dunque una sola superiorità: la forza”*.

¹⁴⁸ Tutte e quattro le fattispecie sono state riformate dall'art. 11 della L. 180/1978. L'art. 716 ha subito soltanto una parziale modifica. Di seguito il testo delle fattispecie interamente abrogate.

Art. 714: *“Chiunque, senza ordine dell'Autorità o senza autorizzazione di questa, accoglie in uno stabilimento di cura una persona presentata come affetta da alienazione mentale, o in un riformatorio pubblico un minore, è punito con l'ammenda da lire dodicimila a centoventimila. La stessa pena si applica qualora, pur non essendo richiesto l'ordine o l'autorizzazione, taluno accolga in uno stabilimento di cura una persona affetta da alienazione mentale, omettendo di darne avviso all'Autorità. Soggiace all'arresto fino a sei mesi o all'ammenda da lire dodicimila a duecentomila chi, senza osservare le prescrizioni della legge, dimette da uno dei suindicati stabilimenti una persona che vi si trovi legittimamente ricoverata”*.

La forza ideologica di tale pensiero trova immediata trasposizione nella sua stessa attività di medico e di direttore degli ospedali psichiatrici giudiziari di Gorizia e di Trieste, in un'opera di

Art. 715: "Chiunque, fuori del caso preveduto dal primo capoverso dell'articolo precedente, senza autorizzazione, riceve in custodia persone affette da alienazione mentale, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda da lire quattromila a ottantamila. Alla stessa pena soggiace chi non osserva gli obblighi inerenti alla custodia delle persone indicate nella disposizione precedente".

Art. 717: "Chiunque, nell'esercizio di una professione sanitaria, avendo assistito o esaminato persona affetta da malattia di mente o da grave infermità psichica, la quale dimostri o dia sospetto di essere pericolosa a sé o agli altri, omette di darne avviso all'Autorità è punito con l'ammenda da lire dodicimila a centoventimila. La stessa disposizione si applica se la persona assistita o esaminata sia affetta da intossicazione cronica prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti".

154 F. BASAGLIA, *Conferenza a San Paolo del 20 giugno 1979*, in *Conferenze brasiliane*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2000, p. 49.

155 D. PICCIONE, *op. cit.*, p. 61.

156 F. BASAGLIA, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione*, in *L'utopia della realtà*, Einaudi, Torino, 2005, p. 17.

progressiva dismissione dell'istituto manicomiale. A Basaglia va infatti riconosciuto il merito di aver provveduto all'apertura di alcuni padiglioni al loro interno, di aver consentito agli internati la fruizione di permessi giornalieri e di pernottamento, di aver introdotto l'accesso volontario al ricovero presso le deputate strutture, per giungere infine alla perentoria soppressione di queste ultime - mediante l'emanazione della più volte citata legge n. 180/1978 -, con l'intento di vietarne la rinascita in differente forma o sotto diverso nome. L'art. 7 di tale legge dispone infatti che "è in ogni caso vietato costruire nuovi ospedali psichiatrici, utilizzare quelli attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali, istituire negli ospedali generali divisioni o sezioni psichiatriche e utilizzare come tali divisioni o sezioni neurologiche o neuropsichiatriche". Un divieto dalla portata assoluta, che in realtà svela la scelta costituzionale di porre fine al luogo concentrazionario per chi soffre di disturbi mentali.

Risulta perfettamente conforme allo spirito costituzionale una delle più significative novità apportate dalla riforma, che consiste nell'aver reso il ricorso al trattamento sanitario obbligatorio un'*extrema ratio*, orientata inoltre a finalità esclusivamente terapeutiche. A sostegno di tale assunto depone l'art. 33 della legge n. 833 del 1978¹⁴⁹, che stabilisce i

¹⁴⁹ "Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura. Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori sono attuati dai presidi e servizi sanitari pubblici territoriali e,

presupposti, tassativi ed indefettibili, di legittimità del ricovero coattivo del paziente psichiatrico. Esso è infatti subordinato: all'accertamento della presenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici; all'opposizione di un inequivocabile rifiuto di sottoporsi ai trattamenti medici da parte del paziente; all'impossibilità di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere.

Da tali considerazioni emerge dunque la necessità di approfondire la problematica della contenzione del paziente psichiatrico, volta ad impedire o a limitare condotte violente scaturenti da condizioni psicopatologiche estremamente gravi ed incontrollabili. Anche i provvedimenti contenitivi dovranno essere attuati con modalità tali da non compromettere il doveroso rispetto della dignità del paziente e saranno legittimati da una effettiva improcrastinabilità, a tutela esclusiva della salute fisica e psichica del malato di mente.

I dubbi di compatibilità di tali forme di coercizione del paziente psichiatrico con i principi espressi dalla Costituzione sono inevitabili, soprattutto in assenza di una specifica norma giuridica che autorizzi espressamente il medico a contenere meccanicamente il paziente, privandolo della propria libertà personale - la normativa sanitaria, infatti, non fornisce un'esplicita disciplina di tali provvedimenti coercitivi -. Inoltre, come è stato emblematicamente osservato in dottrina¹⁵⁰, le finalità cui mirano i provvedimenti contenitivi possono essere di svariata natura: prevenire o attenuare condotte irrequiete, aggressive e violente del paziente, salvaguardare il personale sanitario da possibili aggressioni, agevolare la somministrazione di farmaci, praticare l'alimentazione forzata di malati che rifiutano di nutrirsi, evitare il vagabondaggio.

2.1 La contenzione nelle emergenze psichiatriche.

ove, necessiti la degenza, nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato. L'unità sanitaria locale opera per ridurre il ricorso ai suddetti trattamenti sanitari obbligatori, sviluppando le iniziative di prevenzione e di educazione sanitaria ed i rapporti organici tra servizi e comunità. Nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno. Chiunque può rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio. Sulle richieste di revoca o di modifica il sindaco decide entro dieci giorni. I provvedimenti di revoca o di modifica sono adottati con lo stesso procedimento del provvedimento revocato o modificato".

¹⁵⁰ G. DODARO, *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 *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, p. 1487.

Come accennato, il ricorso alla contenzione nelle emergenze psichiatriche è particolarmente controverso rispetto ai diritti garantiti ai pazienti non solo dalla Costituzione italiana, ma anche dalla normativa sovranazionale, in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La contenzione si configura infatti come un mero comportamento pratico mediante il quale uno o più soggetti pongono in azione meccanismi o apparati tecnici tali da impedire o limitare la libertà fisica di una persona¹⁵¹; è possibile distinguere ulteriormente tra contenzione manuale, che si esplica nell'uso della forza fisica da parte degli operatori sanitari per immobilizzare il paziente o vincerne la resistenza, contenzione meccanica, che consiste nell'uso di strumenti idonei a controllare o a ridurre i movimenti del paziente, e contenzione farmacologica, attuata, per l'appunto, mediante la somministrazione di farmaci ad effetto prevalentemente sedativo.

In tutte le sue forme, la contenzione non è di per sé giuridicamente legittima, ma necessita di una norma di legge che espressamente la autorizzi e disciplini i presupposti per la sua applicazione. A conferma di tale affermazione depone l'art. 13 della Costituzione, nella misura in cui esclude che si possano porre in essere misure restrittive della libertà personale se non *“per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”* ed aggiunge che *“in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”*. Tale norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 32 della Costituzione, che si applica specificamente ai trattamenti sanitari e stabilisce, come noto, che essi non possano essere resi obbligatori se non per disposizione di legge la quale, comunque, *“non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*. La tutela del malato è dunque assistita da garanzie formali particolarmente significative: la riserva di legge assoluta contenuta nell'art. 13, applicabile a qualunque forma di detenzione, ispezione o perquisizione personale, e in genere a ogni restrizione della libertà personale; la riserva di giurisdizione ricavabile dal secondo comma dell'articolo medesimo, che subordina le limitazioni della libertà personale all'emanazione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria, ove quest'ultima accerti la sussistenza dei relativi presupposti legali; infine, la riserva di legge relativa espressa dall'art. 32, che dunque ammette che tale tutela possa essere realizzata anche mediante fonti non legislative

¹⁵¹ Cfr. D. PICCIONE, op. cit., p. 159.

- ad esempio, di carattere amministrativo - purché la legge o un atto equivalente contenga i principi essenziali e fondamentali della disciplina.

Le esposte garanzie formali, ispirate al principio di legalità, sono frequentemente richiamate anche dalla giurisprudenza internazionale: in tema garanzia dei diritti fondamentali, è opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 5 CEDU. Questa disposizione protegge il diritto alla libertà e vieta che alcuno ne sia privato, se non nei modi previsti dalla legge e al ricorrere di una delle ipotesi elencate nella disposizione medesima. Tra queste, la lett. *e* ammette la “*detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo*”.

Proprio all'inizio della sua giurisprudenza sugli “alienati”, la Corte europea ha messo in luce che la tutela della libertà personale contro ogni forma di arbitrio implica che le norme che autorizzano la sua limitazione debbano essere formulate ed interpretate in maniera rigorosa. Tale esigenza incontra però un'ineliminabile difficoltà, consistente nell'impossibilità di cristallizzare il concetto di alienazione mentale in una definizione univoca, poiché esso varia con i progressi della scienza, con lo sviluppo di trattamenti sempre più flessibili, con la crescita della consapevolezza sociale in merito ai problemi dei pazienti psichiatrici.

La risoluzione del problema è inquadrabile dunque intorno al principio di legalità. Esso, infatti, ha una portata ampia, poiché è suscettibile di comprendere sia le norme nazionali, di carattere sia sostanziale che procedurale, sia l'art. 5 CEDU e le sue specifiche finalità di garanzia. Naturalmente, la legge potrà contenere un richiamo a clausole generali, le quali, tuttavia, non dovranno essere formulate con eccessiva vaghezza: ad esempio, il solo riferimento ad un disturbo psichico dalla gravità tale da costituire un pericolo diretto alla persona o ad altri non è sufficiente, poiché deve essere assistito da un controllo giurisdizionale che, a sua volta, si basi su adeguati accertamenti medici¹⁵².

Nella giurisprudenza europea non mancano pronunce atte a garantire la libertà personale contro l'arbitrio nell'ambito delle emergenze psichiatriche, caratterizzate da peculiarità indiscusse delle quali la Corte non poteva non tener conto. In linea di principio, la privazione della libertà a danno di una persona ritenuta affetta da disturbi psichiatrici non può essere giudicata conforme

¹⁵² Vedasi *Rakevich c. Russia*, n. 58973 del 2000 o *L. M. c. Lituania*, n. 26000 del 2002. In quest'ultimo caso, la vaghezza delle norme si accompagna a problemi circa l'indipendenza dei medici coinvolti nella procedura e l'insufficiente valutazione delle possibili alternative.

all'art. 5 CEDU se non si fonda sulla valutazione di un medico esperto. Tuttavia, le circostanze del caso concreto possono influenzare in maniera diretta la procedura seguita nella conduzione degli accertamenti: in caso di comportamenti violenti¹⁵³, ad esempio, è concessa la possibilità di differire l'accertamento ad un momento successivo all'arresto.

L'esame medico diretto può risultare inattuabile anche al ricorrere di altre condizioni, ad esempio in caso di rifiuto espresso del paziente di sottoporvisi: in una simile ipotesi, la previa valutazione medica resta indispensabile, ma è ammesso che essa possa basarsi sulla storia clinica del paziente o su altre informazioni già disponibili¹⁵⁴. In conclusione, la legittimità del ricorso alla contenzione è subordinata esclusivamente ad una previa disposizione di legge che espressamente la preveda e la disciplini, a prescindere dall'urgenza, dalla brevità, dal carattere terapeutico, o comunque latamente medico, dell'intervento coattivo.

Nella legislazione italiana vigente, l'unica normativa che contiene un espresso riferimento alla contenzione è l'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975 n. 354), all'art. 41, che disciplina *“l'impiego della forza fisica e l'uso dei mezzi di coercizione”*¹⁵⁵. La legge n. 833 del 1978 non menziona espressamente la contenzione; tuttavia, gli artt. 33-35 della legge medesima, pur non indicando quali mezzi di contenzione siano legittimamente utilizzabili, si riferiscono a trattamenti coattivi, perciò è da ritenere che autorizzino l'uso della forza se necessario per eseguire i trattamenti indispensabili per la salvaguardia della salute e dell'incolumità del paziente. Fuori da questi ambiti, gli artt. 13 e 32 della Costituzione sono da

¹⁵³ Cfr. *R. L. e M.-J. D. c. Francia*, n. 44568 del 1998: la polizia era intervenuta per una lite tra ristoratori vicini e aveva portato via con la forza uno di questi, dopo un alterco. Il primo medico a visitarlo constatò che si trovava in uno stato di agitazione e non ritenne di poter formulare una diagnosi psichiatrica; gli esami successivi escludono problemi mentali. La Corte ritenne che l'arresto iniziale e il conseguente primo esame fossero giustificati dallo stato di agitazione dell'interessato.

¹⁵⁴ Cfr. *Kayadjieva c. Bulgaria*, n. 56272 del 2000.

¹⁵⁵ *“Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti. Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso. Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario. Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore”*.

soli sufficienti ad escludere che la contenzione si possa considerare legittima o, a maggior ragione, doverosa¹⁵⁶.

La legittimità del ricorso alla contenzione non si può ravvisare nemmeno nell'art. 60 dell'ormai risalente regolamento di esecuzione della legge del 1904 (Regio decreto 16 agosto 1909, n. 615). Pronunce isolate¹⁵⁷ e studi risalenti¹⁵⁸ ancora richiamano tale normativa. In particolare, l'art. 60 consente eccezionalmente l'uso della contenzione “*nei manicomi*”, ossia all'interno di istituzioni antecedenti all'attuazione della riforma del 1978, nelle quali i ricoveri erano imposti al ricorrere di determinati presupposti, formali e sostanziali, ed avvenivano con specifiche modalità¹⁶⁷. Venuto meno quel sistema, la norma non ha più un campo di applicazione definito: la soluzione è, da un lato, ritenere che sia intervenuta la sua tacita abrogazione; dall'altro, prendere atto della sua manifesta inidoneità a soddisfare il principio di riserva di legge, anche relativa. I meri riferimenti agli “*infermi*” e ai “*casi assolutamente eccezionali*”, non meglio precisati, non sono sufficienti a supplire alle lacune evidenziate. Non a caso, la quasi totalità della giurisprudenza recente, nell'ambito dei giudizi sulla legittimità della contenzione¹⁶⁸, evita in radice di menzionare l'art. 60 e di considerarlo influente nei propri ragionamenti, anche se non mancano, come approfondiremo in seguito, pronunce che lo ritengono tuttora applicabile.

Ci si potrebbe riferire al vigente regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario, che, nel prescrivere per la contenzione “*l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche*”, lascia intendere che, presso queste ultime istituzioni, tale uso sia in qualche modo autorizzato. Tuttavia, tale richiamo è riconducibile esclusivamente ai mezzi di coazione necessari per l'esecuzione dei trattamenti sanitari obbligatori (TSO), che formeranno oggetto di approfondimento nei successivi paragrafi. Inoltre, ritenere la contenzione illegittima fuori dagli ambiti indicati, non implica che alla sua attuazione segua, in ogni caso ed automaticamente, una imputazione di responsabilità penale a carico del medico, poiché potrà

¹⁵⁶ In questa sede sono considerati i trattamenti coattivi previsti dalla legislazione sanitaria e penitenziaria. Non sono affrontati i problemi relativi a trattamenti coattivi autorizzati dall'interessato (prima e in previsione di successivi momenti di agitazione) o dal suo legale rappresentante (genitore, tutore, amministratore di sostegno ecc.). Al solo fine di segnalare l'esistenza di tali problemi, si ricorda che, secondo la giurisprudenza di legittimità, il consenso prestato può essere sempre revocato e, per escludere il reato di cui all'art. 605 cod. pen. (sequestro di persona), deve sussistere al momento della privazione della libertà.

¹⁵⁷ Trib. Minorenni di Bari, 2 luglio 2009: autorizzando il trasferimento di un minore con tendenze autolesionistiche in una comunità protetta, richiama il regolamento del 1909, insieme alla legge Basaglia e all'art. 32 Cost. per avvertire che l'uso della contenzione sarebbe stato legittimo solo in casi eccezionali ed estremi di pericolo per l'incolumità del minore, nel rigoroso rispetto della sua dignità e in consultazione con i servizi psichiatrici.

¹⁵⁸ Cfr. D. VALENTINI, *I trattamenti e gli accertamenti sanitari obbligatori in Italia*, Padova, 1996, p. 91.

essere riconosciuta, nel caso concreto, l'applicabilità delle scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità, disciplinate rispettivamente dagli artt. 52 e 54 c.p.

Una precisazione appare tuttavia doverosa: escludere la punibilità del medico per un intervento eccezionalmente giustificato dalla ricorrenza di situazioni di necessità non implica il riconoscimento in capo al medico di un potere-dovere di intervenire coercitivamente sul paziente - il che condurrebbe al paradosso di gravare il paziente del dovere di subire l'intervento limitativo della sua libertà individuale -. In ossequio alla riserva di legge relativa di cui all'art. 32 Cost. - e, a maggior ragione, a quella assoluta di cui all'art. 13 Cost., se la si ritiene applicabile - un siffatto dovere potrebbe scaturire esclusivamente dalla previsione normativa di specifici e determinati trattamenti obbligatori: soltanto l'autorizzazione di legge può infatti prevaricare il consenso del paziente. Occorre a questo punto riflettere sul rispetto e sulle modalità di esecuzione della riserva di giurisdizione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 13 della Costituzione.

167 *“Nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione. L'autorizzazione indebita dell'uso di detti mezzi rende passibili coloro che ne sono responsabili di una sanzione amministrativa da lire 60.000 a lire 200.000, senza pregiudizio delle maggiori pene comminate dal Codice penale. L'uso dei mezzi di coercizione è vietato nella cura in case private. Chi contravviene a tale disposizione è soggetto alla stessa pena stabilita dal comma precedente”.*

168 Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 27 settembre 2010, sent. n. 34961.

Con riguardo ai detenuti, è opportuno richiamare la giurisprudenza costituzionale intervenuta in merito ai provvedimenti di cui all'art. 13 Cost. - le perquisizioni in particolare - emessi nei confronti di persone già soggette a regime carcerario. A parere della Corte Costituzionale, i detenuti non sarebbero privati *in toto* della libertà personale, della quale conservano *“un residuo incompressibile ad libitum dell'amministrazione penitenziaria, residuo tanto più prezioso in quanto è l'ultimo ambito in cui può espandersi la sua personalità”*. Tuttavia, le garanzie di cui all'art. 13, commi 2 e 3 Cost. non vengono soddisfatte per misure che, pur suscettibili di incidere su tale residuo di libertà, si inquadrano già formalmente in correlazione allo stato di detenzione, in quanto rappresentano le concrete modalità di attuazione del regime carcerario¹⁵⁹. Lo stesso ragionamento, se condiviso, risulterebbe applicabile alla contenzione: anch'essa, infatti, è stabilita dall'ordinamento penitenziario e la evidente limitazione della libertà personale che essa realizza è giustificata da esigenze di ordine e di sicurezza, suscettibili di essere

¹⁵⁹ Corte Cost., 22 novembre 2000, sent. n. 526.

compromessi dalla degenerazione delle malattie mentali dalle quali i malati sottoposti a regime di detenzione sono affetti.

Inoltre, in riferimento alle persone soggette a trattamenti psichiatrici coattivi a norma della legge n. 833 del 1978, la Corte costituzionale ha ritenuto sufficiente un controllo giurisdizionale sul provvedimento iniziale di ricovero coattivo, senza esigere un controllo giudiziario dei singoli atti, anche forzosi, in cui si articola il trattamento durante la degenza.

In una pronuncia inerente alla tematica dei ricoveri negli istituti ospedalieri in esame, la Corte ritenne sufficiente che l'internamento del malato avvenisse in esito a un giudizio rispettoso delle indispensabili garanzie processuali; oltre questa fase procedimentale, non parve indispensabile la predisposizione legale di *“un controllo giudiziario del trattamento fattogli durante il ricovero”*, simile a quello previsto durante la fase di esecuzione penale, perché il ricovero *“non è disposto contro il soggetto a titolo di pena o di misura di sicurezza, ma, quanto meno prevalentemente, a favore di lui, a protezione della sua salute e della sua integrità fisica”* e, comunque, avviene sotto una vigilanza *“particolarmente intensa”* dell'amministrazione sanitaria. Inoltre, nella stessa sentenza si precisava che nessuna norma di legge allora vigente consentiva ricoveri e trattamenti *“in disprezzo della persona dell'infermo”*, poiché le norme costituzionali imponevano nei confronti di quest'ultimo il invece che con il *“massimo riguardo”*¹⁶⁰.

Del resto, determinate limitazioni della libertà, specialmente se di breve durata - come dovrebbe sempre essere la contenzione -, tendono a sfuggire alla convalida giudiziaria, a causa di un altro indirizzo della giurisprudenza costituzionale, anch'esso non scevro da aspre critiche, eppure ribadito anche in tempi non remoti. Secondo alcune pronunce dei giudici costituzionali, la convalida dei provvedimenti limitativi della libertà personale di un individuo non è necessaria *“sempre e comunque”*, ma soltanto *“quando si tratti di protrarre nel tempo, oltre i termini tassativamente indicati nell'art. 13, terzo comma, Cost., gli effetti del provvedimento restrittivo”* adottato dall'autorità amministrativa¹⁶¹. In casi del genere, onde evitare abusi, sarebbe sufficiente un controllo giudiziario *ex post* eventualmente sollecitato dall'interessato con i rimedi comuni¹⁶².

¹⁶⁰ Corte Cost., 1968, sent. n. 74.

¹⁶¹ Corte Cost., 2 novembre 1990, sent. n. 515.

¹⁶² Corte Cost., 12 giugno 1996, sent. n. 194.

Da questo punto di vista, la normativa sovranazionale è perfino meno esigente: il sistema CEDU ammette provvedimenti limitativi della libertà adottati da autorità diverse da quella giudiziaria e, rispetto ad essi, impone che siano messi a disposizione dell'interessato rimedi giurisdizionali rispettosi dell'essenza del diritto alla difesa e capaci di investire i presupposti medico-legali della misura, nonché di concludersi con una decisione definitiva in tempi rapidi e ragionevoli.

Come qualsiasi applicazione della forza, la contenzione non è lecita, né doverosa, se non nei casi espressamente previsti dalla legge e, preferibilmente, in esecuzione di una decisione giurisdizionale o di un provvedimento amministrativo bisognoso di convalida nei termini di cui all'art. 13, comma 3 della Costituzione. In ogni caso, il rispetto della persona umana esige la più rigorosa osservanza degli standard imposti dalla deontologia professionale, dalla scienza e dalle tecniche e virtuose pratiche mediche: standard cristallizzati, tra l'altro, in norme e documenti internazionali già esaminati nel capitolo I della presente trattazione.

Fuori dai casi considerati, e dunque tutte le volte in cui ci si trovi dinanzi a persone in stato di libertà, incluse quelle destinatarie di trattamenti psichiatrici volontari, il ricorso alla misura coercitiva della contenzione non può ritenersi lecito. Al massimo, potrà essere giustificato nei casi di estrema emergenza, mediante l'applicazione nel caso concreto dell'esimente dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. A tal fine dovrà essere accertata la ricorrenza, nel singolo caso di specie, di tutte le condizioni previste dalla norma codicistica: condizioni assai restrittive, tanto più se la situazione e la storia di un paziente sono note e rendono prevedibili episodi di agitazione.

In proposito ci si limita a segnalare due aspetti. In primo luogo, gli standard menzionati dovrebbero rivestire un ruolo preminente anche in simili frangenti: essi potrebbero essere considerati, ad esempio, alla stregua di parametri sulla base dei quali giudicare la necessità e proporzionalità della reazione del reo al pericolo. In secondo luogo, le emergenze psichiatriche sembrano porsi in una posizione intermedia tra la lettura oggettiva e quella soggettiva della fattispecie dello stato di necessità: in esse si può scorgere sia il temperamento tra un limitato sacrificio della libertà personale di un soggetto da un lato, e la necessità di tutelare l'integrità fisica dello stesso o di eventuali terzi, dall'altro, sia l'inesigibilità dell'astensione da parte del personale sanitario, nella cui etica è profondamente radicata la convinzione che, in casi eccezionali di concreta necessità ed urgenza, gli interventi si configurino come doverosi anche in assenza del consenso del paziente.

Ci si deve tuttavia guardare da interpretazioni eccessivamente estensive di tale presunta doverosità degli interventi terapeutici di carattere contenitivo. Una dilatazione di tale concezione condurrebbe alla estrema conseguenza di temere che, circoscrivendo l'ambito di legittimità della contenzione rispetto a persone non soggette a TSO o a esecuzione penale, si riducano le chances di protezione delle stesse e di eventuali terzi dalla loro patologica aggressività. Si arriverebbe dunque a ritenere la contenzione il mezzo più efficace a disposizione del medico, che quest'ultimo avrebbe il dovere di attuare per prevenire e fronteggiare più incisivamente le conseguenze più gravi della degenerazione della patologia psichiatrica del paziente.

Inoltre, delineare in senso restrittivo i margini di legittimità della contenzione non vuol dire esimere il personale sanitario dall'obbligo di agire nel miglior modo possibile per prevedere e prevenire comportamenti violenti, nella finalità di contrastarli con mezzi non coattivi ed eventualmente per mezzo delle procedure previste dal regime di TSO. Anzi, è corretto affermare, coerentemente con quanto si desume dal dato normativo, che la contenzione rappresenta, o quantomeno dovrebbe rappresentare, una misura residuale e del tutto estrema.

Enfatizzando tale concetto, si potrebbe affermare che la contenzione, anche qualora dovesse risultare giustificata, o persino legittimata, dalle circostanze del singolo caso clinico, rappresenta pur sempre un fallimento nel compito attribuito al medico di garantire prioritariamente i diritti delle persone affette da disordini mentali. In altri termini, il fatto stesso che la contenzione si renda necessaria, mette in luce l'inadempimento, a monte, di doveri di prevenzione, di diagnosi, di cura, e di assistenza da parte degli operatori sanitari adibiti alla cura del paziente¹⁶³.

Ciò che preme sottolineare è dunque il rilievo costituzionale di tali doveri: essi danno di fatto attuazione agli scopi delineati dal comma 2 dell'art. 3 della Costituzione, ai sensi del quale “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Rendere illimitato il ricorso alla misura della contenzione, darebbe luogo ad

¹⁶³ Cfr. M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, p. 179.

una aperta violazione e contraddizione dei principi costituzionalmente enunciati, posti a tutela della individualità e della libertà della persona umana.

Si rende pertanto necessario un bilanciamento di interessi - la tutela del paziente psichiatrico da un lato e l'esigenza di protezione dello stesso e di soggetti terzi dalla commissione di atti aggressivi da parte del paziente medesimo, dall'altro - spesso in contrapposizione fra loro: in questo precario bilanciamento, lo psichiatra ricopre un ruolo complesso e controverso, che sarà oggetto di approfondimento nei paragrafi che seguono.

3. La legge n. 81 del 2014: infermità di mente e pericolosità sociale.

L'esame della legislazione nazionale in tema di contenzione non può prescindere da un riferimento alla legge n. 81 del 2014, che ha rivestito un ruolo significativo nell'ambito dei recenti interventi riformatori del settore sanitario. Per quanto specificamente concerne l'ambito psichiatrico, essa ha infatti inciso sugli aspetti fondamentali della disciplina delle misure di sicurezza e, in particolare, sui criteri di valutazione della pericolosità sociale degli infermi di mente: lo scopo perseguito dalla riforma era infatti quello di adeguare la disciplina di riferimento ai fondamentali parametri di rilevanza costituzionale, nell'intento di impedire una eccessiva dilatazione del concetto di pericolosità sociale a discapito delle esigenze di cura e di salvaguardia dell'incolumità psicofisica dei pazienti psichiatrici.

In precedenza è stato evidenziato il ruolo delle discipline psicologiche e criminologiche nella definizione delle strategie per la prevenzione della criminalità, in particolare allo scopo di ridurre il rischio di recidiva da parte del sofferente psichico già autore di reato in capo al quale sia stata riconosciuta una più o meno intensa pericolosità sociale. Il giudizio di pericolosità sociale è dunque volto all'applicazione di specifiche misure di sicurezza, tra le quali, nel caso del paziente psichiatrico, era ricompreso il ricovero coatto nelle apposite strutture ospedaliere, gli OPG, poi aboliti, almeno formalmente, dalla più volte citata legge Basaglia.

I parametri legislativi da impiegare nella formulazione del giudizio di pericolosità sociale sono contenuti nell'art. 203 c.p.: al comma 1, si definisce socialmente pericolosa la persona, già autrice di una condotta delittuosa, "*quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati*". Il comma 2 dello stesso articolo, inoltre, rinvia espressamente all'art. 133 c.p. che, al n. 4 del comma 2, stabilisce che la capacità a delinquere del soggetto esaminato debba essere desunta anche da fattori non direttamente ascrivibili alla persona del reo, ma alle

sue “*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*”, in altri termini ai cosiddetti “*indicatori esterni*” della sussistenza della pericolosità sociale. Incentrando la riflessione sui profili prettamente medici e diagnostici, è corretto affermare che dal combinato disposto di queste due norme si ricavi che la pericolosità sociale non si presenta come un dato prettamente biologico o fisiologico legato alle esclusive peculiarità individuali del reo: essa, piuttosto, scaturisce dall’interazione del medesimo con il contesto ambientale, sociale e familiare di riferimento¹⁶⁴.

La legge n. 81/2014 interviene proprio sulla rilevanza accordata a tali indicatori esterni della pericolosità dell’agente. In particolare, essa modifica il comma 4 dell’art. 3-ter del d. l. n. 211/2011 che, nella sua attuale formulazione, stabilisce che l’accertamento della pericolosità sociale dell’infermo e del seminfermo di mente debba essere condotto “*sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all’art. 133, secondo comma, numero 4, del codice penale*”. Tale disposizione si pone dunque in aperta contraddizione con le tecniche operative elaborate nell’ambito della psichiatria forense, nel tentativo di rendere il concetto di pericolosità sociale più ampio e meno scientifico.

Il legislatore del 2014, pertanto, effettua un intervento normativo *in bonam partem*, in ossequio al principio del *favor libertatis* nei confronti degli infermi e seminfermi di mente. Questi ultimi sono infatti persone non autosufficienti e bisognose di cure o quanto meno di un percorso di riabilitazione sociale, per i quali i provvedimenti detentivi potrebbero provocare più danni che benefici, rendendo molto labile il confine con comportamenti prettamente discriminatori. Inoltre, la riforma in esame riconduce la pericolosità sociale a fondamentali fattori di legittimità costituzionale, in precedenza palesemente violati. Le disposizioni che annoveravano tra i criteri da impiegare nella valutazione di pericolosità sociale anche le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, si ponevano infatti in difformità con il principio della personalità della responsabilità penale, di cui all’art. 27 comma 1 della Costituzione. In ipotesi del genere la limitazione della libertà personale dell’internato non è infatti giustificata dall’analisi della sua personalità o della sua condotta, bensì esclusivamente dall’impossibilità per il reo di essere accudito dalla famiglia o di ricorrere al Servizio Sanitario Nazionale: si arriva, dunque, a prescindere dalle effettive condizioni cliniche del paziente - idonee, per ipotesi, a consentirgli l’accesso a programmi terapeutici e riabilitativi *extra moenia* -, considerando rilevanti elementi del tutto esterni alla persona dell’agente, soprattutto se versante in condizioni di trascuratezza.

¹⁶⁴ Cfr. M. PELLISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 923.

Il divieto di tener conto delle suddette condizioni nella elaborazione del giudizio di pericolosità sociale è ulteriormente comprensibile in considerazione di un'altra disposizione dell'art. 3-ter del d. l. n. 211/2011, nella parte in cui prevede che *“non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”*. Anche questa previsione, infatti, è volta ad escludere qualunque rilevanza della mancata iniziativa di terzi nel dare impulso al percorso riabilitativo dell'infermo di mente autore di reato, garantendo la sua libertà ed autonomia e tutelandolo contro intollerabili violazioni del principio costituzionale della personalità della responsabilità penale ex art. 27 comma 1.

Se da un lato la portata innovativa di tali modifiche legislative appare innegabile, dall'altro emerge, tuttavia, un ulteriore problema, inquadrabile nelle funzioni effettive e latenti tuttora svolte dagli ospedali psichiatrici giudiziari. Quando la pericolosità sociale del sofferente psichico è dedotta esclusivamente dalla oggettiva impossibilità di intraprendere trattamenti terapeutici extramurari, infatti, è proprio l'ospedale psichiatrico giudiziario a prendere il paziente in carico, sostituendosi alle funzioni che dovrebbero invece essere assolte dai servizi psichiatrici territoriali. Tali carenze furono messe in luce anche dalla Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del sistema sanitario nazionale istituita dal Senato, la quale rilevò la necessità di *“porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne”*¹⁶⁵.

Come è stato correttamente osservato in dottrina¹⁶⁶, la legge n. 81/2014 realizzava infatti una proroga alla chiusura degli OPG, rendendo necessari ulteriori interventi sulla disciplina di tali istituti, concretamente effettuati mediante l'approvazione di un emendamento presentato dai deputati del PD Manconi e Lo Giudice che ha inciso non solo sull'*an*, ma anche sul *quantum* di durata delle misure di sicurezza da applicare all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Dal punto di vista dell'*an*, si afferma il principio di sussidiarietà delle misure di sicurezza della Casa di cura e custodia e dell'Ospedale psichiatrico giudiziario, in conformità con importanti

¹⁶⁵ Senato della Repubblica, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Doc. 22-bis n. 4, seduta n. 125 del 20 luglio 2011.

¹⁶⁶ G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014.

pronunce della Corte Costituzionale, in particolare le sentenze n. 253/2003 e 367/2004. Nella prima di esse, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p., la Corte affermò l'assoluta preminenza della salute del paziente sulle esigenze di tutela della collettività, con la conseguente impossibilità di autorizzare misure suscettibili di arrecare danno al paziente medesimo in nome della salvaguardia delle esigenze della collettività. L'OPG, definito dallo stesso Franco Basaglia un *"luogo di istituzionalizzazione e di alienazione indotta"*¹⁶⁷ indubbiamente provoca ingenti danni ai pazienti ivi ricoverati, come evidenziato dalla relazione della Commissione parlamentare precedentemente citata in merito alle precarie condizioni igieniche di tali strutture¹⁶⁸. Per queste ragioni, l'art. 1 della legge n. 81/2014 prevede che *"il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale"*.

Per quanto concerne il *quantum* di durata delle misure di sicurezza personali detentive, è imprescindibile il richiamo all'art. 8, comma 1-quater, della legge n. 9 del 2012, ai sensi del quale, per la determinazione della misura di sicurezza applicabile nel caso concreto, si dovranno applicare i criteri stabiliti dall'art. 278 c.p.p., salvo che per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, ai quali non sarà possibile estendere l'applicazione di tale previsione normativa. La norma contiene dunque un espresso riferimento all'art. 278 c.p.p., inizialmente concepito ai soli fini della determinazione della durata massima delle misure cautelari, che stabilisce che agli effetti dell'applicazione delle misure si dovrà avere riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Essa aggiunge inoltre che, nella determinazione dei termini di durata massima della misura di sicurezza, non si deve tener conto della continuazione, della recidiva, o delle circostanze del reato, eccezion fatta per la circostanza aggravante prevista dall'art. 61 n. 5 del codice penale (minorata difesa) e per la circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del codice penale (speciale tenuità del danno nei reati contro il patrimonio);

¹⁶⁷ F. BASAGLIA, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione*, nel primo convegno internazionale di psichiatria sociale, Londra, agosto 1964.

¹⁶⁸ Nella Relazione di parla di *"un lezzo nauseabondo per la presumibile presenza di urine sul pavimento"*, di *"servizi igienici luridi e cattivo odore che si avverte in molti ambienti"*, di *"contenzione di persone nude, legate a letti, anche metallici, con strette legature a mani e piedi, che impediscono ogni movimento"* e di *"inesistenza di attività educative o ricreative, in un completo e disumano abbandono"*.

è fatta salva, infine, l'applicazione delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale.

Il sistema vigente predispone dunque una disciplina razionale ed individualizzata, calibrata sull'infermo di mente autore di reato individualmente considerato, che non ha precedenti in altri sistemi ordinamentali¹⁶⁹. Una disciplina di per sé doverosa, in virtù della pessima considerazione espressa perfino dalle istituzioni europee con riguardo agli OPG. Vale la pena menzionare l'ispezione degli OPG di Napoli e di Aversa condotta, nel 2008, dal Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa: il relativo rapporto, stilato nel 2010, evidenziava un costante ricorso a trattamenti inumani e degradanti in suddette strutture, in virtù di un composito ordine di ragioni: *“la durata dell'internamento, le condizioni di semiabbandono dei ristretti, la sporadicità del controllo medico, l'ampio uso dei farmaci e la frequente utilizzazione dei letti di contenzione, anche per nove, dieci giorni consecutivi”*.

Dall'analisi delle disposizioni prese in esame discende un'importante conseguenza in termini procedurali: alla scadenza del termine massimo di applicazione della misura di sicurezza, se ne renderà obbligatoria la revoca.

Si ricorda in questa sede un primo provvedimento emesso dal Tribunale di Roma¹⁷⁰ a pochi giorni dall'entrata in vigore del nuovo art. 1, comma 1-quater del d. l. n. 52/2014. In tale sentenza se ne riscontra una prima applicazione con riguardo al ricovero in OPG, disposto ai sensi dell'art. 206 c.p. a titolo di misura di sicurezza provvisoria. L'imputato, valutato come *“persona attualmente ad alta pericolosità sociale”*, era ricoverato dall'ottobre del 2009 presso l'OPG di Castiglione delle Stiviere. Egli è convenuto presso con l'accusa di lesioni dolose (art. 582 c.p.), per aver ferito con un punteruolo l'orecchio di un vicino di casa, provocandogli lesioni lievi; gli viene imputata, inoltre, la contravvenzione di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.), per avere nei giorni precedenti gettato dal balcone del sesto piano di casa sua svariati oggetti, come scatole di pasta, barattoli di pelati, bottiglie di passata di pomodoro, scatole di biscotti e confezioni di formaggio.

¹⁶⁹ Cfr. G. BALBI, op. cit., che propone l'esempio dell'ordinamento penale spagnolo: l'art. 103 del codice penale spagnolo prevede che il giudice stabilisca un limite massimo di applicazione della misura corrispondente alla durata della pena che avrebbe inflitto se si fosse trattato di un soggetto imputabile. Non il massimo edittale, dunque. *“Si tratta di una soluzione probabilmente peggiore di quella prescelta dal legislatore italiano, perché implica una commisurazione modulata su di un soggetto diverso da quello reale, e dunque una sorta di ossimoro perché, in realtà, non individualizzata. Se l'agente fosse stato sano, quel reato, forse, non lo avrebbe neanche commesso. La soluzione introdotta nel nostro Paese ha invece una sua congruità razionale”*.

¹⁷⁰ Trib. Roma, VIII Sez. Pen., 3 giugno 2014.

Il giudice di primo grado, nel disporre la cessazione dell'efficacia della misura detentiva a carico dell'imputato per avvenuto decorso del termine massimo di durata e la sua conseguente liberazione, motiva tale decisione sulla base di quanto disposto dall'art. 1, co. 1 quater d. l. n. 52/2014. Innanzitutto, viene rilevata l'assenza della previsione, da parte della norma applicata, di disposizioni diverse o transitorie nel caso in cui venga confermata la sussistenza di pericolosità sociale in capo all'internato; in secondo luogo, ci si appella al principio del *favor rei*, pienamente e legittimamente realizzato mediante l'applicazione della normativa vigente, per l'appunto più favorevole al reo; infine, si evidenzia l'avvenuto decorso e addirittura il superamento del termine massimo di durata della misura detentiva, in esecuzione da oltre quattro anni - la pena edittale massima prevista per il reato commesso dal reo è infatti di tre anni di reclusione -.

La statuizione del Tribunale di Roma conferma dunque che, in assenza di una disposizione transitoria *ad hoc*, deve trovare applicazione la regola generale prevista dall'art. 200, co. 2 c.p., secondo il quale “*se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa [dalla legge vigente al tempo della sua applicazione], si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione*”. L'esito del procedimento penale appena esaminato è emblematico: un autore di reato valutato ad alta pericolosità sociale, rispetto al quale è stata documentata la realizzazione di condotte violente perfino all'interno dell'OPG in cui era ricoverato, beneficia della revoca della misura detentiva, e dunque è legittimato a tornare in libertà, perché la nuova disciplina normativa non prefigura opzioni alternative per l'autorità giudiziaria. Non si rinuncia infatti a segnalare, con un distinto provvedimento, ad una serie di pubbliche autorità¹⁷¹ urgenti e non procrastinabili esigenze di tutela della salute dell'interessato e di salvaguardia della collettività e dell'incolumità della vittima del reato posto in essere dal medesimo. Il soddisfacimento di suddette esigenze non può essere tuttavia richiesto né demandato al giudice penale, chiamato unicamente ad applicare la legge.

La stessa Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che il principio di legalità delle misure di sicurezza, espresso sia nel codice penale ex art. 199, sia a livello costituzionale ex art.

¹⁷¹ Direttore dell'Ospedale Psichiatrico di Castiglione delle Stiviere, Presidente della Regione Lazio, Assessore alla Sanità della Regione Lazio, Direttore Sanitario della Asl di Roma competente per territorio, Capo Dipartimento del servizio di Salute mentale della Asl di Roma competente per territorio, Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Procuratore della Repubblica di Roma, Sindaco di Roma, Questore di Roma, Ministro della Salute e Ministro della Giustizia.

25 comma 3, proibisce la predisposizione di misure di sicurezza atipiche¹⁷². Dal primo provvedimento di esecuzione dell'art. 1, comma 1-quater del d. l. n. 52/2014 emesso dal Tribunale di Roma emerge dunque che l'inserimento di tale disposizione nella normativa sanitaria presta il fianco a situazioni problematiche di non facile risoluzione, nelle quali, al doveroso rispetto della libertà personale degli internati si affiancano nuovi problemi di difesa sociale e di tutela delle vittime di reato.

3.1 Segue: le misure alternative al ricovero in OPG. L'istituzione delle REMS.

Il nodo da sciogliere si pone, a questo punto, sul piano più immediato e concreto delle misure da applicare alternativamente al ricovero in OPG o in Casa di cura e custodia, prestando attenzione a non eludere il dettato normativo.

Si riferisce in maniera evidente a situazioni di questo tipo la disposizione di cui al comma 4 dell'art. 3-ter del d. l. n. 211/2011, così come modificata dalla legge n. 81/2014, nel delineare l'ipotesi della presenza di persone non più considerabili come socialmente pericolose, ma comunque trattenute in OPG per l'impossibilità di ricorrere a trattamenti terapeutici extramurari. Il comma 4 di tale articolo prevede infatti che *“le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse”*, aggiungendo, al comma 6, che nei programmi regionali a ciò finalizzati debbano essere definiti *“tempi certi ed impegni precisi per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, prevedendo la dimissione di tutte le persone internate per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale”*. La legge n. 81 del 2014 impone infatti, all'art. 1, l'obbligatoria predisposizione di programmi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione per ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari alla data di entrata in vigore della legge stessa, prevedendo inoltre che essi debbano essere inviati al Ministero della salute ed alla competente autorità giudiziaria¹⁷³.

¹⁷² Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. Pen., Sez. II, 17 giugno 2010, sent. n. 34453, secondo la quale: *“il giudice che in concreto ritenga adeguata una misura di sicurezza diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario deve necessariamente fare riferimento alle misure di sicurezza sì come previste e disciplinate dalla legge, e non può sottoporre il prosciolto a una misura il cui contenuto attuativo sia difforme dalla previsione legale”*. Nel caso di specie il giudice aveva disposto, nei confronti del prosciolto per infermità di mente, la misura di sicurezza dell'assegnazione ad una casa di cura e di custodia per la durata di due anni, tipica della misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario.

¹⁷³ Si può proporre a titolo esemplificativo il caso della Campania. Nell'Allegato A del decreto della Regione Campania n.104 del 30 settembre 2014 risulta che, alla scadenza del termine di cui al comma 1-ter dell'art.1

Si può però profilare una diversa ipotesi, nella quale il termine massimo di durata delle misure di sicurezza sino ad ora prese in esame non sia ancora scaduto e permanga in capo al reo la pericolosità sociale precedentemente riconosciuta. In tal caso la coerenza con il dettato normativo imporrebbe un trasferimento dagli OPG alle Strutture regionali per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive (cosiddette REMS), istituite dalle leggi n. 9 del 2012, 57 del 2013 e 81 del 2014. Tuttavia, è inevitabile evidenziare il paradosso della permanenza della misura di sicurezza del ricovero negli OPG, pur nella loro contestuale scomparsa, almeno a livello normativo: emerge dunque un problema di arretratezza del tessuto sociale e di carenza di mezzi effettivi idonei ad attuare concretamente le novità normative di cui la recente riforma sanitaria si fa portatrice. In altri termini, gli OPG non riescono a chiudere perché mancano i luoghi opportuni nei quali destinare gli internati socialmente pericolosi per i quali non si sia ancora concluso il termine di durata della misura di sicurezza alla quale erano stati sottoposti: come provocatoriamente osservato in dottrina, *“a fronte di un quadro normativo che chiude gli OPG ed apre le REMS, i primi non chiudono e le seconde non aprono”*¹⁷⁴.

Inoltre, la dottrina penalistica¹⁷⁵ dubita che l'istituzione delle REMS costituisca una effettiva e valida alternativa alle precedenti strutture ospedaliere, temendo addirittura che il *“paradigma manicomiale”* sia stato soltanto attenuato, residuando, nella sua essenza, *“sotto altre vesti”*. Giova alla comprensione di tale problema notare come il ruolo dello psichiatra sia mutato all'intento di tali strutture, ma non abbastanza da neutralizzare quel modello eminentemente custodialistico che la riforma sanitaria del 2014 mirava a demolire dalle fondamenta.

Innanzitutto è da notarsi che l'art. 3-ter della legge 81/2014 prevede, al comma 3, che nelle nuove strutture non vi sia la presenza interna della polizia giudiziaria, e che la sorveglianza esterna sia facoltativa e richiedibile caso per caso sulla base delle condizioni dei soggetti internati. Nell'attuazione di tale modello si è assistito dunque alla sanitarizzazione della corrispondente disciplina, trasferendo all'amministrazione medica la gestione delle strutture e mantenendo in capo all'amministrazione penitenziaria soltanto alcune residuali funzioni di

del d. l. n. 52/2014 erano stati inviati al Ministero della salute ed alla competente autorità giudiziaria 108 progetti terapeutico-riabilitativi individuali su 110 internati assistiti dal sistema sanitario regionale e che per 72 dei 108 pazienti valutati è stato proposto un progetto terapeutico-riabilitativo extramurario. Si tratta, evidentemente, di 72 persone per le quali, al riesame successivo, il magistrato di sorveglianza potrebbe escludere la pericolosità sociale o, almeno, decidere la trasformazione della misura del ricovero in OPG in quella della libertà vigilata secondo le indicazioni della sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale.

¹⁷⁴ G. BALBI, op. cit.

¹⁷⁵ C. CUPELLI, *Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 dicembre 2016.

sicurezza. Si dà quindi accento alla funzione di trattamento terapeutico e di recupero del paziente, scemando parallelamente le funzioni penitenziarie informate al controllo e alla custodia degli internati. La legge prevede infatti esplicitamente che “*la gestione interna sia di esclusiva competenza sanitaria*” e che “*la responsabilità della gestione sia assunta da un dirigente medico psichiatra*”. Quest'ultimo risulterà dunque gravato anche da compiti di sicurezza interna, che inevitabilmente estendono la sua responsabilità e quella dei suoi sottoposti. Nell'adempimento delle sue funzioni, non più esclusivamente terapeutiche, egli ha poteri deterrenti ed emergenziali, per la cui esplicazione dispone, ad esempio, dei sistemi automatici di chiusura delle porte interne ed esterne e dei sistemi di allarme. A lui è, inoltre, demandato di richiedere l'intervento delle Forze dell'Ordine in casi emergenziali di rischio per la sicurezza. La sicurezza esterna perimetrale delle strutture è demandata alla gestione di Regioni e Province Autonome, che concludono con le Prefetture accordi che garantiscano adeguati standard di sicurezza.

In ogni REMS si devono adottare inoltre linee guida su gestione e sicurezza interna, oltre alle “classiche” linee guida riguardanti l'attività curativa. La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici, in specie del dirigente, è pertanto critica perché si colloca in una via di mezzo tra gli obblighi tipicamente medici e quelli di sicurezza dal carattere, invece, più eminentemente amministrativo - e che un tempo, non a caso, erano affidati all'amministrazione penitenziaria -.

In capo al personale sanitario si concentreranno obblighi di protezione e controllo sugli internati, fondati non esclusivamente sul vizio di mente che ha portato al proscioglimento, ma anche sul pericolo che l'internato rappresenta per sé e per i terzi, elemento che sta alla base dell'applicazione delle misure di sicurezza. Questa impostazione, riunendo in capo al personale sanitario obblighi di garanzia e di terapia, vanifica di conseguenza la diversificazione dei ruoli necessaria per quell'“alleanza terapeutica” indispensabile nelle interrelazioni tra internati e psichiatra.

Il sanitario incaricato della sicurezza sarà più portato verso comportamenti finalizzati al controllo che verso la cura prettamente medica, nell'intento di evitare ricadute personali di imputazione di responsabilità penale per *culpa in vigilando*. Le scelte organizzative del personale potranno essere coerenti con le esigenze terapeutiche, ma presentare scopi di incolumità e di sicurezza che potrebbero essere incompatibili con le condizioni cliniche individuali di alcuni internati, con il rischio di prevedere l'applicazione di norme generalizzate agli internati che comportino l'automatico contenimento degli stessi, a scapito della terapia.

Inoltre, gli ospedali psichiatrici giudiziari attualmente accolgono diverse tipologie di pazienti con differenti posizioni giuridiche e patologie: gli internati prosciolti per infermità mentale sottoposti al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario in quanto socialmente pericolosi; gli internati con infermità mentale sopravvenuta per i quali sia stato ordinato l'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia; gli internati provvisori imputati, in qualsiasi grado di giudizio, sottoposti alla misura di sicurezza provvisoria in ospedale psichiatrico giudiziario, in considerazione della pericolosità sociale ed in attesa di un giudizio definitivo; gli internati con vizio parziale di mente, dichiarati socialmente pericolosi ed assegnati alla casa di cura e custodia, eventualmente in aggiunta alla pena detentiva, previo accertamento della pericolosità sociale; i detenuti minorati psichici; i detenuti condannati in cui l'infermità di mente sia sopravvenuta in fase di esecuzione della pena; i detenuti dei quali deve essere accertata l'infermità psichica, per un periodo non superiore a 30 giorni. La Relazione sullo stato di attuazione delle iniziative per il superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari presentata al Parlamento dal Ministro della salute e dal Ministro della giustizia attesta che negli OPG al 30 settembre 2014 erano ricoverate 793 persone¹⁷⁶.

A ciò si aggiunge la vaghezza del concetto di “infermità mentale”, e dunque le obiettive difficoltà che sorgono nell'individuare con precisione le tipologie di soggetti destinatari delle misure di sicurezza in esame. Si è già avuto modo di riflettere, infatti, sull'indeterminatezza e sulla imprevedibilità che permeano il settore psichiatrico, nell'ambito del quale sono spesso formulate teorie eterogenee e non in rari casi contrastanti tra loro. Ne deriva un ineludibile problema per il sistema penale, poiché la condanna o il proscioglimento dell'imputato, nonché la predisposizione delle misure di sicurezza oggetto di analisi, finiscono per dipendere dal punto di vista soggettivo del singolo psichiatra chiamato a svolgere la funzione di perito nell'ambito di un procedimento penale. A tal proposito è intervenuta una pronuncia delle Sezioni Unite

¹⁷⁶ Attualmente gli OPG in Italia sono sei, di cui cinque a diretta gestione del dipartimento dell'amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia ed uno, Castiglione delle Stiviere, gestito in forza di una convenzione tra Ministero della Giustizia e azienda ospedaliera locale. Di seguito vengono indicati i singoli OPG e le provenienze degli internati in essi accolti in quanto la riforma prevede che alla chiusura di queste strutture ciascuno ritornerà nella propria regione: a Castiglione delle Stiviere sono assegnati gli internati della Lombardia, nonché quelli provenienti dal Piemonte, dalla Val d'Aosta, dalla Liguria. È l'unica struttura con una sezione femminile a cui vengono assegnate le internate provenienti da tutte le regioni d'Italia; - a Reggio Emilia sono assegnati gli internati delle regioni Veneto, Trentino-Alto Adige e Friuli V. Giulia e Marche, oltre che dell'Emilia Romagna; - a Montelupo Fiorentino sono assegnati gli internati della Toscana, dell'Umbria, del Lazio e della Sardegna; - a Aversa e Napoli sono assegnati gli internati della Campania, dell'Abruzzo, del Molise, della Basilicata e della Puglia; - a Barcellona Pozzo di Gotto sono assegnati gli internati della Sicilia e della Calabria.

della Corte di Cassazione¹⁷⁷, nella quale si afferma che il concetto di infermità di mente rilevante per l'ordinamento penale debba essere inteso in senso ampiamente estensivo, tale da abbracciare anche i disturbi atipici della personalità.

Non è trascurabile, inoltre, quella che la dottrina qualifica come una “*paranoia giurisprudenziale*”, consistente nella tendenza, diffusa nella giurisprudenza di sorveglianza, di prorogare la misura di sicurezza del ricovero in OPG anche quando l'internato abbia partecipato attivamente ai percorsi di riabilitazione e non abbia manifestato segni di violenza o di aggressività, in nome dunque di una sua presunta “*pericolosità latente*”¹⁷⁸. Quest'ultima si fonda sulla presunzione che la patologia psichiatrica di cui il detenuto infermo di mente soffre potrebbe peggiorare, riacutizzandone la pericolosità sociale, qualora il medesimo cessasse di seguire la terapia garantitagli all'interno dell'OPG.

Il riferimento alla pericolosità latente come fattore giustificativo di un prolungamento dell'internamento negli ospedali psichiatrici giudiziari oltre il suo termine massimo è ricorrente nelle ordinanze della giurisprudenza di sorveglianza, gravate in tal modo da una grave elusione dell'obbligo di motivazione imposto dal comma 6 dell'art. 11 della Costituzione per tutti i provvedimenti giurisdizionali. Inoltre, nonostante la possibilità di proporre appello al Tribunale di sorveglianza avverso tali ordinanze, riconosciuta dall'art. 680 c.p.p., le condizioni di marginalità sociale ed economica degli internati spesso impediscono loro di ricorrervi efficacemente. Non sono dunque trascurabili gli evidenti deficit di tutela del diritto di difesa, costituzionalmente garantito ex art. 24, che mettono nuovamente in luce le contraddizioni e le disfunzioni del sistema delle misure di sicurezza a carattere detentivo, accanto agli indiscussi meriti della riforma sanitaria.

¹⁷⁷ Cass. Pen., Sez. Un., 8 marzo 2005, sent. n. 9163. Nel caso di specie l'imputato, dinanzi alla porta della propria abitazione, sul pianerottolo condominiale, esplose due colpi di pistola contro il vicino di casa, provocandone la morte. Agenti della Polizia di Stato, prontamente intervenuti a seguito di segnalazioni, trovarono l'imputato ancora con la pistola in pugno che, al loro arrivo, esclamò “sono stato io, così ha finito di rompere”; alla intimazione di gettare l'arma ed alzare le mani, egli non ottemperava all'invito, continuando a brandire la pistola e rivolgendo minacce agli astanti, compresi alcuni condomini nel frattempo accorsi dopo gli spari, il che costrinse i poliziotti ad intervenire con la forza, disarmandolo e immobilizzandolo. Quanto al punto concernente il vizio parziale di mente, sia il perito nominato dal giudice, sia i consulenti tecnici del P.M. sono giunti alla comune conclusione che le anomalie comportamentali dell'imputato non hanno causa in una “*alterazione patologica clinicamente accertabile, corrispondente al quadro clinico di una determinata malattia*” né in una “*infermità o malattia mentale o alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica*”, bensì in “*anomalie del carattere, in una personalità psicopatica o psicotica, in disturbi della personalità che non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall'art. 89 del c.p.*”.

¹⁷⁸ F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra sottigliezze empiriche e spessori normativi: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. Pen. Cont.*

3.2 Segue: la protezione giuridica dell'infermo di mente. Profili civilistici.

Negli ultimi anni, come osservato, si è assistito ad un mutamento della condizione del paziente psichiatrico: esso è passato da una condizione ghettizzante di esclusione sociale dovuta al regime del manicomio ad una condizione di rilevanza sociale che rispetta la sua dignità personale ed i suoi diritti costituzionali di malato.

La legge n. 36/1904 prescriveva la cura esclusiva dei malati di mente più pericolosi, all'interno dei manicomi. Autorizzati a chiedere l'internamento erano i parenti, i tutori e chiunque fosse portatore di un interesse della società; l'internamento era autorizzato dal Pretore in via provvisoria della durata di un mese e, definitivamente, dal Tribunale in camera di consiglio, su istanza del pubblico ministero e sulla base di una relazione del direttore del manicomio. I manicomi dovevano avere ali distinte per gli internati in via definitiva e quelli in via transitoria. In sostanza, la legge non perseguiva l'interesse della cura del malato psichiatrico, quanto piuttosto la tendenza di isolamento dello stesso in un luogo nel quale, a costo della privazione della libertà personale, egli non avesse modo di nuocere alla società. Il fine era quindi di ordine pubblico e l'internamento perseguiva non un obiettivo terapeutico, quanto di contenzione di un soggetto ritenuto dannoso per la società. Lo psichiatra diventava sostanzialmente un custode, non era più un medico avente l'obiettivo di curare un soggetto al fine del suo reinserimento sociale. Anche il ricovero in manicomio era piuttosto facile: come predetto, molti erano i legittimati a richiederla e, soprattutto, mancava la previa audizione del malato, essendo sufficiente un certificato medico emesso dallo psichiatra direttore del manicomio.

La situazione, seppur aspramente criticabile, rimase pressoché invariata fino agli anni '70 quando il professor Franco Basaglia sottolineò l'antiterapeuticità dell'istituzione manicomiale e maturò una coscienza improntata ai valori personali e ai diritti umani degli internati. La legge n. 180/1978 operò una rivoluzione copernicana in materia: si passò, infatti, dal sistema custodialistico dell'infermo di mente collocato nel manicomio per non nuocere agli altri consociati o a sé stesso, all'impostazione terapeutica del trattamento riservato al malato. In primo luogo, la cura della salute psichica di quest'ultimo comporta anche una scelta volontaria dell'interessato, che decide in prima persona di sottoporsi alle cure psichiatriche, se non in particolari casi, rappresentati dai trattamenti sanitari obbligatori (TSO), che intervengono in casi eccezionali ed urgenti.

Le cure psichiatriche vengono somministrate in presidi psichiatrici extraospedalieri ed il ricovero in ospedale può essere disposto solo in casi eccezionali derivanti da cure peculiari somministrabili solo in ospedale. La legge 180/1978 ha inoltre disposto il graduale superamento degli ospedali psichiatrici imponendo il divieto perentorio di costruirne di nuovi e l'obbligo di utilizzare solo quelli esistenti. La legge 180/1978 ha superato le limitazioni di libertà fisica del malato psichiatrico che venivano imposte sulla base della pericolosità sociale dello stesso. Il malato mentale, attualmente, può vivere una normale vita di relazione nella società proprio in virtù di uno scopo terapeutico. Tale libertà può essere, tuttavia, coartata nel momento in cui le cure farmacologiche non facciano effetto e si necessiti un internamento.

La legge 180/1978 ha inoltre disposto l'abrogazione dell'art. 420 c.c. che rendeva obbligatoria l'interdizione per l'internato nel manicomio e la contestuale nomina di un tutore che provvedesse ai suoi affari nel periodo dell'internamento. L'art. 420 c.c., in sostanza, senza l'audizione dell'interessato, ne imponeva l'interdizione, che era onere del P.M. proporre al momento dell'internamento nel manicomio. E' evidente la portata di questa norma, che sostanzialmente aveva lo scopo di privare il malato psichiatrico della capacità di agire, automaticamente, nella contestuale emanazione del provvedimento giudiziale di internamento.

La legge n. 180/1978 ha voluto, sempre coerentemente all'obiettivo di contrastare il fenomeno dell'emarginazione fisica del malato, sottolineare che il degente psichiatrico mantiene una sua dignità sociale derivante dall'essere una persona umana e non un individuo pericoloso da separare dal contesto civile ed emarginare per salvaguardare i diritti degli altri consociati.

Il degente psichiatrico, tuttavia, può tuttora essere interdetto, pur essendo libero di vivere al di fuori del manicomio e, per predisporre a suo favore una migliore e più opportuna forma di tutela, nel 2004 è stata creata la fattispecie dell'amministrazione di sostegno, il cui scopo è quello di sostituirsi all'interdizione. Con questo istituto si lascia al malato psichiatrico un certo quantitativo di capacità di agire, senza sopprimerlo totalmente - egli può, ad esempio, compiere atti di ordinaria amministrazione -; l'amministratore, in specie, ha l'obbligo esclusivo di controllare che gli atti dell'amministrato siano nel suo pieno interesse e non lo pregiudichino. In conclusione, anche sotto il profilo civilistico, la possibilità per i pazienti psichiatrici di fruire dell'amministrazione di sostegno mira alla tutela del soggetto nel rispetto della sua dignità di individuo e nella tutela dei diritti inviolabili dell'uomo espressi dagli artt. 2, 3, e 32 della Costituzione.

4. Lo psichiatra tra cura e custodia. Il trattamento sanitario obbligatorio.

L'analisi del quadro normativo sino a questo momento proposta induce a domandarsi quali obblighi residuino in capo allo psichiatra alla luce delle novità legislative. In particolare, ci si chiede se a suo carico persistano doveri di sorveglianza e di custodia del paziente affetto da disturbi psichici, tra i quali ricomprendere anche obblighi volti ad impedire il compimento da parte del paziente medesimo di atti auto ed etero lesivi.

Da un punto di vista strettamente penalistico, focalizzato sulla tipizzazione della fattispecie omissiva impropria, spesso l'ampiezza della posizione di garanzia dell'operatore sanitario impiegato nel settore psichiatrico sia condizionata da fattori extrapenalistici. Emerge in questo frangente il paradosso della responsabilità dello psichiatra: da un lato, se considerato come destinatario di soli obblighi di sorveglianza, risulta svilito nei connotati medici e terapeutici propri della sua professione; dall'altro, diventa beneficiario di una sorta di impunità in rapporto alle conseguenze penali della condotta del proprio paziente, se considerato dal punto di vista esclusivamente terapeutico, rendendo lo svolgimento dell'attività medica l'unico terreno all'interno del quale inquadrare ipotesi di responsabilità penale dello psichiatra medesimo.

Le posizioni emerse in dottrina sono varie e composite. Nell'ambito della letteratura medicolegale¹⁷⁹ vi sono sostenitori della tesi secondo la quale lo psichiatra, anche dopo la riforma, mantiene obblighi di protezione e di controllo nei confronti del paziente affidato alle sue cure. Alla base di questa tesi vi è la convinzione che, nonostante il mancato, esplicito richiamo normativo all'elemento della pericolosità, il paziente psichiatrico sia e resti pericoloso per il solo fatto di essere affetto da disturbi psichici, suscettibili di degenerare in atti lesivi per sé o per gli altri. Sotto il profilo della responsabilità penale, dunque, quest'ultima sarebbe conseguente alla violazione da parte dello psichiatra di un obbligo di stretta assistenza e sorveglianza, nel quale sono ricompresi tutti gli interventi idonei ad impedire che il paziente possa porre in essere condotte pregiudizievoli per sé o per eventuali terzi.

Tra gli esponenti di questo filone dottrinale non mancano i sostenitori di una impostazione custodialistica "intermedia"¹⁸⁰, secondo la quale sarebbe scorretto pretendere dallo psichiatra un impedimento di tutte le potenziali condotte lesive del paziente, poiché significherebbe ridurlo ad

¹⁷⁹ Cfr. F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980.

¹⁸⁰ A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1982.

un mero custode e controllore del malato e distoglierlo dal suo preminente ruolo di terapeuta. Gli obblighi di custodia e di sorveglianza sarebbero quindi ravvisabili con riguardo a determinate circostanze fattuali, tali da richiedere lo svolgimento di un'attività di stretta vigilanza sul malato: si tratta, ad esempio, delle fasi più acute della malattia, o di comportamenti reiterati del paziente - ad esempio, pregressi tentativi di suicidio o ripetute condotte aggressive - che siano manifestazioni di una pericolosità non più presunta, bensì effettivamente percepibile, e che dunque non solo legittimino, ma rendano indispensabile il ricorso a trattamenti coercitivi, come il ricovero coattivo o l'intensificazione del trattamento farmacologico. Al contrario, tali soluzioni terapeutiche sarebbero illegittime quando, sulla base delle circostanze del caso concreto, non sia ragionevole attendersi il compimento di atti auto o etero aggressivi da parte del paziente, ad esempio perché si trova in uno stato di agitazione semplicemente transitorio.

E' in questa cornice normativa e dottrinale che si inquadra dunque la problematica della legittimità del trattamento sanitario obbligatorio (TSO) richiesto dallo psichiatra nei confronti del paziente: affermarne la necessità esclusivamente sulla base della presunta pericolosità sociale del malato, in assenza di effettive esigenze terapeutiche, condurrebbe infatti a dilatare eccessivamente i doveri di protezione dell'operatore sanitario, fino all'estrema conseguenza di ritenerlo responsabile di tutte le potenziali conseguenze negative che dalla degenerazione della patologia psichica potrebbero scaturire.

Giova ad una maggiore comprensione della questione l'esame di un caso concreto, sottoposto al vaglio del Tribunale di Cagliari nel 2012¹⁸¹. La vicenda vedeva protagonista un venditore ambulante abusivo, Giuseppe Casu, il quale, dopo aver ricevuto una corposa sanzione amministrativa per l'abusivismo commesso, perde il controllo ed inizia ad inveire violentemente contro gli agenti delle forze dell'ordine e contro i passanti, lanciando oggetti di diverso tipo, come frutta, verdura, uova e bottiglie d'acqua sui veicoli circostanti. Gli agenti richiedono dunque l'intervento del medico di guardia del Centro di Salute Mentale locale, il medico di fiducia del reo e due infermieri: i medici, di fronte all'impossibilità di interagire civilmente con l'interessato a causa del suo incontrollabile delirio psicomotorio, dispongono il ricovero ospedaliero coatto presso l'ospedale di Cagliari. Il paziente, giunto in ospedale, continua a manifestare comportamenti aggressivi, sia verbali che fisici, contro medici e

¹⁸¹ Trib. di Cagliari, sez. Gip, 17 luglio 2012, sent. n. 934.

infermieri, al punto che il personale sanitario decide di contenerlo meccanicamente al letto, al quale il paziente resta legato ininterrottamente per sette giorni consecutivi, subendo nel contempo una ingente somministrazione di farmaci. Infine, al settimo giorno, decede.

Il direttore della struttura ospedaliera e i sei medici adibiti alla cura di Casu, gravati dall'accusa di omicidio colposo ai sensi dell'art. 589 comma 1 c.p., aggravato dalla previsione dell'evento ex art. 61 n. 3 c.p., ricevono sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto, vista l'impossibilità di provare la presenza del nesso eziologico tra la terapia farmacologica, la contenzione e la morte del paziente¹⁸². Inoltre, il personale medico viene accusato di sequestro di persona, a norma dell'art. 605 c.p., non tanto per l'originaria decisione di legare il paziente al momento del ricovero, quanto per averlo mantenuto ininterrottamente in stato di contenzione forzata, per di più sotto continua sedazione farmacologica. Anche tali accuse vengono però negate dal Tribunale di Cagliari sull'assunto che il fatto non costituisce reato, in quanto rientrante negli obblighi professionali imposti ai medici dalla posizione di garanzia dagli stessi rivestita, suscettibile di ricomprendere anche doveri di protezione e di controllo della sicurezza all'interno dei luoghi di degenza.

La posizione del Tribunale di Cagliari, che applica la scriminante dell'adempimento di un dovere giuridico-professionale ex art. 51 c.p. per escludere la punibilità della contenzione meccanica del paziente psichiatrico, è coerente con quella posizione custodialistica "intermedia" espressa dalla dottrina penalistica che non solo giustifica, ma addirittura impone al medico di avvalersi di qualunque mezzo a sua disposizione, incluso il ricorso a comportamenti sussumibili in vere e proprie fattispecie di reato, quando il paziente, non più in grado di autodeterminarsi, mette in pericolo interessi preminenti come la vita o l'incolumità fisica di terze persone che dovessero eventualmente entrare in contatto con lui. La scriminante dell'adempimento di un dovere non opera di fronte alla necessità di adempiere ad un dovere qualsiasi: l'esclusione dell'antigiuridicità del fatto di reato concretamente compiuto è giustificabile unicamente dalla necessità di adempiere ad un dovere giuridico che in concreto imponga l'integrazione del fatto tipico di reato. Tale dovere non può che derivare, dunque, da

¹⁸² Invero, l'individuazione della causa della morte e del nesso eziologico appare viziata in radice dall'incertezza in merito all'effettiva provenienza dal cadavere di Giuseppe Casu del materiale istologico esaminato in sede di autopsia. In un procedimento penale parallelo non ancora giunto a definizione il primario di Anatomia Patologica del SS. Trinità di Cagliari ed il tecnico di laboratorio sono stati assolti in primo grado e condannati in appello per i delitti di soppressione di parti di cadavere, frode processuale, favoreggiamento e falso per aver fatto sparire i reperti dell'autopsia del paziente sostituendoli con quelli di un altro cadavere al fine di avallare la diagnosi dei colleghi del reparto di psichiatria.

una norma giuridica idonea ad imporlo. In ambito sanitario, la riserva di legge imposta sia dall'art. 13 che dall'art. 32 della Costituzione è inequivocabile: dovrà essere una legge dello Stato, formalmente emanata dal Parlamento, a consentire al personale sanitario la privazione della libertà personale del paziente. Si deve a questo punto individuare la legge di riferimento che effettivamente autorizzi i medici a privare il paziente della propria libertà personale.

In giurisprudenza vi è una tendenza a considerare tuttora vigente l'art. 60 del Regio Decreto n. 605 del 1909, attuativo della legge n. 36/1904 che riduce l'applicazione dei mezzi di coercizione degli infermi a casi "*assolutamente eccezionali*" ed impone l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'Istituto ospedaliero, recante l'indicazione della natura e della durata del mezzo di coercizione, per l'utilizzo degli stessi. Tuttavia, come precedentemente affermato, la norma in questione è inidonea a soddisfare la riserva di legge, anche relativa, imposta dagli artt. 13 e 32 della Costituzione: gli indeterminati riferimenti agli "*infermi*" e ai "*casi assolutamente eccezionali*", in assenza di ulteriori precisazioni, non sono sufficienti neanche a definire i principi essenziali della disciplina, come richiesto nella riserva di legge relativa. Inoltre, secondo l'interpretazione prevalente in dottrina¹⁸³, la contenzione non si configura propriamente alla stregua di un trattamento sanitario, poiché, ai sensi dell'art. 32 della Costituzione, si considerano tali gli atti di prevenzione, di diagnosi e di cura delle malattie. Ne consegue che essa rientrerà nell'ambito di applicazione dell'art. 13 della Costituzione, riferibile a qualunque uso della forza, assistito da una riserva di legge rafforzata e da una riserva di giurisdizione. Parte della dottrina¹⁸⁴ correttamente osserva, pertanto, che l'art. 60 citato, non rispettando neanche la riserva di giurisdizione, dovrebbe essere disapplicato dal giudice, con la conseguenza di negare che i mezzi meccanici di contenzione possano considerarsi legittimi strumenti di adempimento di doveri d'ufficio.

Il Tribunale di Cagliari segue un opposto orientamento, secondo il quale l'art. 60 sarebbe già stato implicitamente abrogato dalla legge Basaglia. Pertanto la legittimità del ricorso ai meccanismi di contenzione da parte del medico, non trovando fondamento in una disposizione legislativa, sarebbe ricavabile dai doveri di protezione e controllo correlati alla posizione di garanzia rivestita dal medico stesso, obbligato a gestire con ogni mezzo a sua disposizione

¹⁸³ Cfr. M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.

¹⁸⁴ Cfr. G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'OPG in Regione Lombardia: verso l'istituzionalizzazione ospedaliera del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.

l'aggressività del paziente potenzialmente pericoloso¹⁸⁵. Ne deriva che il mancato utilizzo della contenzione, nei limiti in cui esso si presenti come strettamente necessario, e purché costituisca un mezzo di tutela proporzionato all'offesa in concreto minacciata dal paziente, farà sorgere a carico del medico inadempiente una responsabilità colposa per mancato impedimento dell'evento ex art. 40 comma 2 c.p.

Ciò non impedisce, tuttavia, di avanzare seri dubbi sul rispetto, da parte del personale medico dell'ospedale di Cagliari, dei requisiti di necessità e di proporzionalità, nell'assumere l'alquanto discutibile decisione di mantenere il paziente legato al letto per la durata di sette giorni consecutivi ed ininterrotti. Dai protocolli e dalle linee guida elaborati in materia si desume che la durata della contenzione non debba oltrepassare le 12 ore consecutive. Alla scadenza del termine, tuttavia, è concessa la possibilità di prorogare il termine per un numero di volte di fatto indefinito, in assenza, inoltre, dell'indicazione di una soglia massima di durata della misura contenitiva. Per questa ragione, nella prassi la contenzione meccanica del paziente soltanto in rari casi rispetta i parametri dell'urgenza e della proporzionalità richiesti¹⁸⁶, facendo emergere violazioni costanti e preoccupanti del rispetto della libertà e della dignità personale del malato, tutelato ed imposto a livello costituzionale.

Dello stesso tenore si presenta un altro celebre e drammatico caso giurisprudenziale, noto come caso Mastrogiovanni, posto, in primo grado, all'attenzione del Tribunale della Lucania nell'ottobre del 2012¹⁸⁷.

Francesco Mastrogiovanni decedeva presso il reparto psichiatrico dell'ospedale San Luca di Vallo della Lucania dopo essere rimasto legato al letto in tutti e quattro gli arti per più di tre giorni consecutivi ed ininterrotti. Rispetto alla vicenda di Giuseppe Casu appena analizzata, l'esperienza di Mastrogiovanni è connotata da una gravità perfino maggiore, nella quale il decesso è il risultato di una serie di deprecabili abusi. Innanzitutto occorre precisare che il

¹⁸⁵ La tesi sembrerebbe trovare avallo implicitamente nella *Raccomandazione per prevenire gli atti di violenza a danno degli operatori sanitari* n. 8 del novembre 2007 emanata dal Ministero della Salute, nella quale si indica tra le soluzioni di tipo logistico-organizzativo e/o tecnologiche necessarie a prevenire o controllare le situazioni di rischio, la disponibilità in reparto di "stanze dotate dei necessari dispositivi di sicurezza nel caso di pazienti in stato di fermo, sotto effetto di alcol e droga o con comportamenti violenti", ove si dà quindi per scontato (ossia lo si ammette a prescindere dall'esistenza di una legge statale di copertura) il potere dei sanitari di privare il paziente della libertà personale per esigenze di cura.

¹⁸⁶ Da una indagine delle 2001 commissionata dall'Istituto Superiore di Sanità è emerso che nell'80% dei 289 SPDC censiti la contenzione ha avuto nel 36% dei casi una durata pari o inferiore a 6 ore, nel 42% dei casi ha avuto una durata compresa tra le 6 e le 24 ore e nell'23% dei casi si è protratta oltre le 24 ore.

¹⁸⁷ Trib. Vallo della Lucania, 30 ottobre 2012, sent. n. 825.

paziente in questione, ricoverato in regime di TSO, era stato sottoposto ad una contenzione meccanica non per necessità terapeutiche, ma per lo svolgimento di un atto di indagine richiesto dalle forze dell'ordine: in particolare, i carabinieri avevano richiesto il prelievo delle urine ai fini dell'accertamento della presenza nell'organismo di Mastrogiovanni di sostanze stupefacenti. I medici, a fronte di tale richiesta, avevano pertanto ordinato agli infermieri di legare il paziente per vincerne il rifiuto all'applicazione del catetere. La contenzione, applicata mediante l'uso di fascette ai polsi e alle caviglie, era disposta in forma estremamente invasiva, di per sé, inoltre, ingiustificata, poiché il paziente non aveva fino a quel momento manifestato alcun sintomo di violenza o di aggressività, né verbale né fisica. I medici giustificarono successivamente il loro operato sulla base di un presunto rischio di cadute accidentali da parte del paziente, vista l'agitazione con la quale aveva tentato di liberarsi dalle cinghie che gli inibivano i movimenti.

Le violazioni perpetrate a danno del paziente erano oltremodo evidenti, considerando inoltre altri fattori concomitanti: il paziente non è mai stato slegato, né sono stati praticati tentativi di contenimento dell'aggressività con modalità alternative alla legatura; egli è stato alimentato con soluzioni di fisiologica e di glucosio per via endovenosa in misura insufficiente, senza alcun tentativo di alimentazione per via orale; sono state rinvenute sui polsi e sulle caviglie del paziente profonde escoriazioni dovute allo sfregamento della pelle contro le fascette, senza che fosse stata praticata alcuna medicazione per alleviargli il dolore nel periodo di degenza ospedaliera. A ciò si aggiunge l'inadeguato monitoraggio delle condizioni cliniche del paziente, al punto che i medici si accorgono del decesso 6 ore dopo, e la mancata annotazione in cartella clinica della contenzione, che per giunta non viene neanche comunicata ai familiari della vittima, ai quali viene addirittura impedito di farle visita.

La sentenza di primo grado del Tribunale della Lucania non può che concludersi con la condanna del primario e degli altri cinque medici in servizio presso la struttura ospedaliera per il delitto di sequestro di persona, realizzato mediante contenzione meccanica al letto di degenza in assenza di qualunque giustificazione sanitaria, e per il delitto di omicidio colposo, come conseguenza del sequestro di persona, essendo stata accertata la sussistenza del nesso causale tra le due condotte delittuose¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Il Tribunale condanna, altresì, tutti i medici, ai sensi degli artt. 110 e 479, commi 1 e 2, c.p. per il delitto di falso ideologico, per aver formato una cartella clinica falsa, nella quale non davano atto che il paziente durante il ricovero veniva legato al letto con fasce di contenzione ai piedi e alle mani.

Il profilo che desta particolare interesse, tuttavia, è l'assoluzione degli infermieri per i medesimi delitti, mediante l'applicazione a loro favore della scriminante dell'adempimento di un dovere, di cui al comma 3 dell'art. 51 c.p., ai sensi del quale l'esecutore di un ordine criminoso non è responsabile della commissione del relativo delitto *“se, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo”*. L'autorità giudicante fa dunque leva sul rapporto gerarchico di lavoro intercorrente tra i medici e gli infermieri, assimilabile a quello delineato dall'art. 51 c.p.: partendo dal presupposto che la contenzione è un provvedimento rientrante esclusivamente nelle competenze del medico, il Tribunale sostiene che negli infermieri sia sorto un legittimo affidamento circa la doverosità dell'intervento coercitivo, suffragato dalla loro inidonea formazione professionale in tema di contenzione. La dottrina¹⁸⁹ ha tuttavia rilevato che la negazione di responsabilità degli infermieri non deve essere correlata all'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p., alla luce delle riforme normative di settore¹⁹⁰ che hanno definitivamente abolito il principio di soggezione del personale infermieristico a quello medico. Ciò che rileva nel caso concreto sarebbe piuttosto l'influenza praticata dall'ordine del medico sulla condotta dell'infermiere, del quale non è corretto escludere la colpevolezza rispetto alle modalità di svolgimento del caso concreto: ci si troverebbe infatti di fronte ad un'ipotesi di concorso nell'attuare una contenzione manifestamente illecita e per di più letale, nell'ambito della quale la responsabilità dell'infermiere sarebbe quella di aver omesso di praticare le cure ed i controlli resi necessari dallo sviluppo della situazione concreta.

La Corte d'Appello ha riformato infatti il giudicato di primo grado, estendendo la condanna, oltre ai 6 medici condannati in primo grado, anche agli 11 infermieri precedentemente assolti, anche se con la revoca dell'interdizione dai pubblici uffici che era stata comminata ai medici e ritenendo di applicare a tutti gli imputati le attenuanti generiche, con una riduzione delle relative pene ad un minimo di un anno e due mesi, fino ad un massimo di due anni di reclusione.

Un epilogo, insomma, tutt'altro che soddisfacente, poiché foriero di interrogativi complessi e tuttora irrisolti. Il primo interrogativo, come precedentemente messo in luce, è relativo al fondamento giuridico-psichiatrico del Trattamento sanitario obbligatorio che consente, su disposizione del medico responsabile del caso clinico, di ricoverare contro la propria volontà un sofferente psichico, con l'avallo di due medici. Se ne registrano circa diecimila casi l'anno.

¹⁸⁹ G. DODARO, *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013.

¹⁹⁰ Legge 10 luglio 2000, n. 251.

Concepito dal legislatore come strumento di tutela del paziente, nella prassi, la maggior parte delle volte il TSO si realizza attraverso una burocratizzazione delle procedure che comprime i più elementari diritti del ricoverato e, in alcuni casi, l'intervento diventa un vero e proprio *“mandato di cattura, un atto di forza violenta realizzato dai corpi di polizia, che può avere anche tragici epiloghi”*¹⁹¹. Il tema del TSO è generalmente ignorato dal dibattito politico e nei rari casi in cui se ne discute le proposte di modifica sono volte ad un inasprimento delle modalità e al prolungamento dei tempi di attuazione dello stesso.

Il secondo interrogativo concerne l'uso della contenzione, una pratica per la quale non è predisposto un quadro normativo chiaro, seppure diffusa in quasi tutti i presidi di salute mentale, pubblici e privati, del Paese. Dagli atti giudiziari risulta che Franco Mastrogiovanni, dopo una prima fuga, tentata per il terrore provato, non ha opposto resistenza ai medici e alle forze dell'ordine ed ha anzi dimostrato uno spirito collaborativo recandosi con calma in reparto, assumendo i farmaci, acconsentendo alle disposizioni di medici e infermieri. Nulla, perciò, apparentemente giustificava la scelta di sottoporlo ad una contenzione meccanica per quasi quattro giorni consecutivi: le indagini appureranno, successivamente, che la decisione di tenere i pazienti legati al letto di un reparto rientrasse nella prassi, anzi addirittura nella routine dell'ospedale. Ai familiari che chiesero di vederlo è stata opposta l'impossibilità di soddisfare la loro richiesta, poiché avrebbe comportato effetti pregiudizievoli per la sua salute¹⁹².

Alla contenzione fisica, inoltre, si affianca spesso, se non nella totalità dei casi, la contenzione farmacologica, spesso nella forma della sedazione, che non ha l'immediata funzione di curare il sofferente psichico, bensì di controllarne e di ammansirne il comportamento; la sua finalità è piuttosto la punizione o il tentativo di disciplinamento del sofferente, e di correlativa agevolazione dell'operato del personale sanitario.

A quasi quarant'anni dalla legge di riforma dei servizi di salute mentale e della chiusura dei manicomi, il paziente affetto da disturbi psichici è ancora considerato come un soggetto pericoloso, come un nemico, reificato per il solo fatto di soffrire di alterazioni mentali. Così, ancora oggi, nonostante l'introduzione di nuovi farmaci e protocolli terapeutici, il problema

¹⁹¹ *Mastrogiovanni: una sentenza da discutere*, tratto dall'archivio online della Fondazione Franco Basaglia, www.fondazionefrancobasaglia.it.

¹⁹² E se non fosse stato per la tenacia di Grazia Serra e del *Comitato verità e giustizia per Franco* questa vicenda non sarebbe mai divenuta parte del dibattito pubblico. Come testimonia anche il film documentario di Costanza Quatriglio, *“87 ore”*, è solo per merito della decisione dolorosa di rendere pubblici i filmati delle 87 ore dell'agonia di Mastrogiovanni riprese dalle telecamere a circuito interno, che il dramma consumato in quel reparto ospedaliero è risultato di immediata evidenza.

della contenzione è vivo ed attuale, non solo per quanto concerne i risvolti prettamente penalistici, ma anche e soprattutto per tutto ciò che attiene al rispetto e alla salvaguardia della dignità e della libertà della persona umana.

4.1 Segue: gli obblighi dello psichiatra tra funzione di protezione e dovere di controllo. Il caso Pozzi.

Nel corso della trattazione si è avuto modo di riflettere sull'equazione malattia mentale-pericolosità sociale, tale da affermare l'esistenza di una correlazione diretta tra disturbi psichici e tendenza alla criminalità: sulla base di tale assunto si giunge ad una eccessiva estensione della responsabilità penale dello psichiatra per omesso impedimento di tutte le possibili condotte che il paziente sottoposto alle sue cure potrebbe porre in essere. La disciplina attualmente vigente, come dimostrato, ridimensiona gli obblighi dello psichiatra, espungendo dal quadro normativo ogni riferimento esplicito alla pericolosità sociale del malato di mente ed improntando su finalità esclusivamente terapeutiche la disciplina del trattamento sanitario obbligatorio, il cui ricorso viene relegato ad ipotesi residuali nelle quali esso si configura come *extrema ratio*.

Dalla trasformazione dell'individuo affetto da disturbi psichici da soggetto intrinsecamente pericoloso a paziente bisognoso di cura e protezione derivano dirette conseguenze sul piano della legittimità del ricorso a misure di contenimento ordinato dallo psichiatra. Coerentemente con quanto affermato, la disposizione di un TSO a carico di un paziente sarebbe pertanto giustificata soltanto in quanto diretta a neutralizzare o a ridurre il rischio di atti autolesivi da parte del medesimo, in un'ottica in cui lo scopo primario perseguito dal medico è la tutela della salute, della vita e dell'incolumità fisica del malato. Ci si chiede, dunque, quali obblighi possano essere configurati in capo allo psichiatra di fronte ad atti eteroaggressivi posti in essere dal paziente e se ed in quali termini egli possa essere considerato responsabile per concorso colposo nel fatto doloso del malato autore di reato.

Si presta alla comprensione di quanto sino ad ora sostenuto l'esame di un caso concreto, sottoposto al vaglio della Suprema Corte di Cassazione, noto come caso Pozzi¹⁹³.

¹⁹³ Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 10795 del 2008.

Il processo trae origine da una vicenda verificatasi all'interno di una comunità psichiatrica di recupero presso la quale era ricoverato un paziente psicotico, il quale aveva aggredito con un coltello un educatore che prestava servizio all'interno dell'istituto, cagionandone la morte.

Al medico psichiatra che prestava la sua attività terapeutica presso la suddetta struttura sanitaria, era stato contestato di aver omesso di valutare adeguatamente i sintomi di aggressività manifestati dal paziente e di aver prima ridotto e poi sospeso la somministrazione della terapia farmacologica cui il paziente era da tempo sottoposto, rendendola inidonea a limitare la pericolosità del medesimo; allo psichiatra veniva inoltre addebitata l'omessa richiesta di trattamento sanitario obbligatorio, pur in presenza di sintomi che rendevano necessaria tale iniziativa.

Il giudice di primo grado condanna l'imputato confermando le imputazioni formulate a suo carico e ritenendo inoltre che le condotte colpose a lui addebitate si ponessero in rapporto di causalità con l'evento verificatosi; in particolare, la modifica del trattamento farmacologico aveva comportato un aggravamento della patologia ed una recrudescenza dell'aggressività del paziente.

La sentenza di primo grado è confermata dalla Corte d'Appello la quale, in particolare, condivide il parere dei periti nominati dal primo giudice di merito, i quali avevano rilevato che le linee guida internazionali prevedono la riduzione della terapia solo dopo cinque anni di mancanza di episodi psicotici: al contrario, le manifestazioni di violenza del paziente in questione si collocavano in tempi recenti, tanto che il precedente primario della clinica aveva raccomandato che non venisse ridotta la terapia somministratagli.

A ciò si aggiungevano episodi emblematici dell'aggravamento delle condizioni del paziente in seguito alla riduzione della terapia farmacologica: egli, in più occasioni, aveva lamentato la sparizione del suo denaro in banca, aveva manifestato il timore di essere avvelenato, aveva affermato che il suo medico era morto; è stata pertanto riconosciuta la sussistenza del nesso eziologico tra tali deliri e la crisi che aveva condotto all'aggressione dell'educatore da parte del paziente.

In conclusione, qualora l'imputato avesse adottato adeguate misure terapeutiche di pronta efficacia, non vi sarebbe stata l'aggressione nei confronti della vittima del reato. Inoltre in capo allo psichiatra era ravvisabile anche una condotta di tipo omissivo, costituita dall'omessa richiesta del TSO in una situazione che rendeva necessaria la richiesta medesima sia per

l'esistenza di una situazione di scompenso che per il rifiuto del paziente di assumere la terapia iniettiva.

La Cassazione, nel confermare le condanne emesse nei precedenti gradi di giudizio, affronta diversi temi, tra i quali quello della concreta fisionomia assunta nel caso concreto dalla posizione di garanzia rivestita dallo psichiatra. La Suprema Corte la osserva però in una particolare prospettiva, osservando che la posizione di garanzia è riferibile, sotto il profilo funzionale, a due categorie in cui tradizionalmente si inquadrano gli obblighi dello psichiatra.

La prima categoria concerne la cosiddetta posizione di garanzia di protezione, *“che impone di preservare il bene protetto da tutti i rischi che possano lederne l'integrità”*: gli esempi proposti dalla Corte sono gli obblighi che gravano su determinate categorie di soggetti - genitori, medici, etc. - a tutela del bene della vita e dell'incolumità personale dei soggetti beneficiari della protezione medesima.

La seconda categoria riguarda la posizione di garanzia di controllo, *“che impone di neutralizzare le eventuali fonti di pericolo che possano minacciare il bene protetto”*: questa categoria è riferibile a tutti i casi di esercizio di attività pericolose e trova il suo fondamento normativo nell'art. 2050 c.c., ai sensi del quale *“chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”*. Il più delle volte, specialmente in ambito medico, tali obblighi di controllo sono ricollegati all'esistenza di un *“potere di organizzazione o di disposizione relativo a cose o situazioni potenzialmente pericolose”*, che la Corte riconosce in capo al condannato in relazione alla tutela della salute psichica del paziente autore di reato. A sostegno di tale attribuzione depone, secondo la Corte, il fatto che siano stati a lui affidati il trattamento del caso clinico del paziente sotto il profilo psichiatrico, l'adeguamento e la modifica della terapia farmacologia, i colloqui terapeutici con il paziente, la richiesta di intervento quando si manifestarono i sintomi di scompenso. Indipendentemente dall'incarico rivestito dallo psichiatra all'interno della struttura in cui opera, egli ha di fatto svolto la funzione di tutelare la salute psichica del paziente ed ha accettato di farsi carico di tale compito, che dunque trova la sua origine in un vincolo contrattuale stipulato con la struttura in cui egli presta servizio e in un vincolo normativo conseguente all'instaurazione di una relazione terapeutica concreta con il paziente.

Dopo l'indubitabile affermazione della sussistenza di una posizione di garanzia in capo allo psichiatra, i giudici di legittimità si preoccupano successivamente di verificare se sia corretta una delle ipotesi di colpa contestate al medesimo: quella, di natura omissiva, concernente la mancata richiesta del trattamento sanitario obbligatorio¹⁹⁴.

La Corte osserva che *“il legislatore del 1978 non è stato così ingenuo da ritenere che bastasse abolire i manicomi per eliminare la malattia mentale”*, ed ha infatti contemplato la possibilità che nei confronti del malato affetto da disturbi psichici potessero essere disposti accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, pur nei limiti del rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso, per quanto possibile, il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura. La sentenza in esame contiene un'importante statuizione: si analizza infatti la funzione svolta dal trattamento sanitario obbligatorio, concepito, ai sensi della legge Basaglia, ad esclusiva tutela del paziente. Tuttavia, risulta difficile, se non impossibile, considerare le conseguenze pregiudizievoli della condotta lesiva del malato in una prospettiva unicamente individuale ed autoinflittiva¹⁹⁵. Emblematico è il caso esaminato nella sentenza in commento: al paziente, prima vittima del suo disturbo psichico, nel processo conseguente all'omicidio dell'educatore è stata applicata, a seguito del proscioglimento per mancanza di imputabilità, la misura di sicurezza del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario; e proprio in questa struttura egli, qualche anno dopo, è deceduto. Anche nei confronti di sé stesso il suo gesto omicida ha quindi prodotto conseguenze personali gravissime. Ne deriva che il trattamento sanitario obbligatorio deve essere disposto anche nel caso in cui la malattia si manifesti con atteggiamenti di aggressività verso terzi non diversamente contenibili.

Nel caso di specie, l'imputazione a titolo di responsabilità omissiva colposa è da ritenere dubbia sotto un ulteriore profilo: uno dei presupposti di legittimità del trattamento sanitario obbligatorio è costituito dal rifiuto delle cure da parte del paziente. Ebbene, nel caso in esame questo requisito, in base alla ricostruzione dei fatti operata dai giudici di merito, incensurabile in sede di legittimità, non può ritenersi pienamente realizzato. E' vero infatti che in tutto

¹⁹⁴ Uno degli strumenti introdotti dalla riforma sanitaria nella predisposizione di un iter di reinserimento sociale a favore del condannato è rappresentato da comunità terapeutiche del tipo quella in cui si è verificato l'episodio delittuoso in esame, nella quale, come attestato dalle sentenze di merito, anche il paziente omicida sembrava aver recuperato un accettabile equilibrio, tale da concedergli spazi di autonomia, come uscite regolari senza supervisore.

¹⁹⁵ Nella sentenza si afferma che *“è illusorio separare le conseguenze personali (che sole giustificerebbero il trattamento secondo il ricorrente) da quelle verso terzi: la manifestazione di violenza ed aggressività non reca danno solo al terzo aggredito ma anche all'aggressore”*.

l'ultimo periodo della sua vita il paziente ha opposto un continuo ed ostinato rifiuto delle terapie, ma è pur vero che egli, per un determinato lasso di tempo, si è sottoposto volontariamente alla terapia, sia pure accompagnando la sua condotta con sporadiche minacce di morte agli operatori sanitari. Da tale ricostruzione operata dai giudici di merito non appare dunque realizzato il requisito della mancata accettazione delle terapie da parte del paziente che avrebbe giustificato la richiesta di TSO, quindi questo elemento di colpa di natura omissiva non può essere addebitato all'imputato.

La Corte riconosce invece in maniera netta ed immediata la responsabilità colposa in capo allo psichiatra per riduzione ed interruzione della terapia farmacologica cui il paziente era sottoposto. Essa sottolinea che la sentenza oggetto di ricorso descrive vari episodi di scompenso psicotico verificatisi dall'ottobre 1999 fino alla data di sospensione del trattamento farmacologico, peraltro sconsigliata dai precedenti medici che avevano seguito il paziente proprio per l'elevato rischio di scompenso che la riduzione o sospensione avrebbe comportato.

Dopo la sospensione del trattamento, le condizioni del paziente infatti peggioravano e costringevano l'imputato a ripristinare la terapia, introducendo anche un altro farmaco ad efficacia più immediata, da assumere per via orale, nella specie senza risultati. La scelta dell'imputato di operare prima una riduzione così drastica e successivamente l'eliminazione della terapia farmacologica in un paziente affetto da una grave forma di disturbo psichico è pertanto viziata da profili di imperizia e di imprudenza, tali da fondare una responsabilità a titolo di colpa. Non si pone chiaramente in discussione la libertà delle scelte terapeutiche del medico, che devono essere volte innanzitutto al benessere del paziente ed alla riduzione degli effetti collaterali della somministrazione dei farmaci, nel caso di specie particolarmente invasivi in termini di sedazione; tuttavia, questa finalità terapeutica deve essere perseguita con la gradualità e l'accuratezza imposte dalla gravità della situazione patologica del paziente.

Tutt'al più, avrebbe potuto essere ritenuta legittima la scelta di una progressiva riduzione della terapia farmacologica, non adatta tuttavia al caso di specie, che vedeva protagonista un paziente affetto da una patologia di gravità estremamente elevata, non cosciente della sua patologia e quindi con un atteggiamento di limitata accettazione, se non di rifiuto, della terapia e con una forte carica aggressiva, soltanto parzialmente in una fase di remissione, della quale i consulenti tecnici del PM mettevano in dubbio la stessa configurabilità. Inoltre, anche ammesso che si fosse realizzata una certa stabilizzazione e che la patologia fosse attualmente in fase di parziale remissione, la Cassazione sottolinea che la modificazione della terapia avrebbe dovuto essere

attuata, in ogni caso, con una ben diversa gradualità¹⁹⁶. In conclusione, l'esistenza della colpa è indubbia ed è costituita, a parere della Suprema Corte, dalla “*grossolana violazione delle regole dell'arte medica psichiatrica*”.

Di immediato interesse si presenta un'ultima considerazione effettuata nella sentenza in commento, concernente il concorso colposo dello psichiatra nel delitto doloso del paziente, non sollevato con i motivi di ricorso, ma rilevabile d'ufficio da parte del giudice. Si sottolinea innanzitutto che sono rinvenibili posizioni tendenti a non ammettere la configurabilità di questa tipologia di concorso. I pilastri di questa posizione negativa sono sostanzialmente due: l'art. 42 c.p., comma 2, che prevede la punibilità a titolo di colpa nei soli casi espressamente preveduti dalla legge, la quale non prevede espressamente questo tipo di fattispecie, e l'art. 113 c.p., che limita la compartecipazione colposa al solo caso di delitto colposo²⁰⁷.

Nel caso in esame, la premessa dalla quale la Suprema Corte muove è costituita dalla avverabile ipotesi della configurazione di una pluralità di fatti reato anche nei casi in cui l'evento cagionato sia unico. Il combinato disposto delle due norme indicate (art. 42 c.p. comma 2 e art. 113 c.p.) consente di giungere alla conclusione che la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo poiché, nel caso di reato doloso, l'elemento soggettivo è arricchito dalla previsione e volizione dell'evento. La Corte afferma infatti che “*il dolo è qualche cosa di più, non di diverso, rispetto alla colpa e questa concezione è stata riassunta nella celebre formula: "non c'è dolo senza colpa"*”.

Ci si trova dunque di fronte a due condotte, quella dello psichiatra da un lato e quella del paziente dall'altro, tra loro indipendenti. Non si configura, di conseguenza, una classica ipotesi di concorso di persone nel reato: entrambe le condotte contribuiscono causalmente al verificarsi dell'evento, ma dal punto di vista soggettivo non vi è cooperazione tra i due soggetti agenti, al punto che essi potrebbero essere ognuno inconsapevole della partecipazione dell'altro nel reato. Dunque, l'evento è unico, ma non esiste alcun legame soggettivo tra le condotte poste in essere.

¹⁹⁶ In particolare, secondo il parere dei periti condiviso da entrambi i giudici di merito e fondato su autorevoli studi svolti anche a livello internazionale (nella sentenza di primo grado vengono riportate le linee guida dell'American Psychiatric Association che si esprimono in questo senso), la riduzione del farmaco non si deve effettuare per percentuali superiore al 20% ogni volta e gli intervalli tra queste progressive riduzioni dovrebbero durare tra i tre e i sei mesi. Regole di cautela macroscopicamente violate dall'imputato, che ha ridotto già inizialmente la terapia della metà e l'ha poi sospesa integralmente dopo poco più di un mese senza quindi verificare gli effetti per un periodo di tempo adeguato (anche in considerazione delle caratteristiche del farmaco a lento rilascio che richiederebbe un periodo di osservazione particolarmente prolungato per verificare gli effetti quando il farmaco ha ridotto i suoi effetti) e senza intensificare le visite come richiesto dalle linee guida cui si è già accennato.

Tuttavia, proprio la reciproca indipendenza delle condotte in esame impone di valutarle autonomamente, in modo da accertare se ciascuna di esse abbia fornito un contributo causale al verificarsi dell'evento e se la condotta causalmente efficiente - nel caso di specie, quella dello psichiatra - possieda i requisiti tipici della colpa. Di conseguenza, proprio perché ciascuna condotta dovrà essere separatamente individuata, diverrà irrilevante che uno dei due contributi causali abbia carattere doloso.

La configurabilità del concorso è ancora più agevole qualora si dimostri che l'agente è consapevole dell'altrui condotta dolosa: tale consapevolezza accresce il disvalore della condotta. Si giunge dunque a riconoscere l'astratta ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso, precisando che non osta alla configurazione di tale tipologia di compartecipazione l'assunto che il fatto doloso del terzo sia stato compiuto, come nel caso in esame, da persona non imputabile. Essa si preoccupa tuttavia di puntualizzare che il riconoscimento dell'astratta possibilità di configurazione di un concorso colposo nel reato doloso non implica un'automatica affermazione della stessa, in ogni caso: sarà altresì necessario

207 La giurisprudenza di legittimità si è però mostrata favorevole all'ammissibilità dell'ipotesi di concorso colposo nel reato doloso. Cfr. Cass. Pen, Sez. IV, 9 ottobre 2002, sent. n. 39680, che si rifà a più risalenti precedenti (Cass. Pen, Sez. IV, 20 maggio 1987, sent. n. 8891; 4 novembre 1987 sent. n. 875) che hanno ritenuto ammissibile il concorso colposo in casi di incendio doloso sviluppatosi per la negligente sistemazione del materiale infiammabile. Di contrario avviso erano stati altri precedenti, uno della medesima Sez. IV, 11 ottobre 1996, sent. n. 9542, uno della Sez. III, 20 marzo 1991, sent. n. 5017 e uno delle SSUU, 3 febbraio 1990, sent. n. 2720; questi ultimi due precedenti riguardano il caso del concorso colposo del notaio nel reato di lottizzazione abusiva.

In realtà solo il primo precedente indicato può ritenersi contrario all'ammissibilità della forma di partecipazione in esame perché il caso del concorso del notaio è caratterizzato dalla circostanza che il reato di lottizzazione abusiva è ritenuto di natura dolosa, perciò non sarebbe possibile configurare una partecipazione colposa in un reato previsto soltanto nella forma dolosa.

verificare la concreta influenza causale esercitata dalla condotta colposa dell'agente nella produzione dell'evento lesivo.

Nel fornire una soluzione a questo complesso problema la Corte osserva che, nel caso in cui l'evento dannoso rappresenti l'epilogo di una sequenza di avvenimenti in cui si sia inserito il fatto doloso del terzo, sarà necessario innanzitutto verificare se la regola cautelare violata avesse lo scopo di evitare la condotta delittuosa del terzo: *“si pensi a chi, preposto alla tutela di una persona, se ne disinteressa consentendo all'assaltore di ledere l'integrità fisica della persona protetta”*. L'obbligo di osservanza di determinate regole cautelari, la cui inosservanza dà luogo a responsabilità colposa, nel caso dello psichiatra, deriva dalla posizione di garante da

lui ricoperta¹⁹⁷. Come accennato, lo scopo perseguito dalla regola cautelare potrà costituire un utile strumento di verifica della natura colposa della condotta dell'agente: se la regola cautelare è diretta anche alla tutela di terzi dall'aggressione dolosa dei loro beni, sarà indubitabilmente configurabile la partecipazione colposa dell'attore.

Le ipotesi che presentano maggiore complessità sono quelle nelle quali la regola cautelare è stata concepita e predisposta in previsione di decorsi causali diversi¹⁹⁸. Secondo la giurisprudenza di legittimità, in casi simili ciò che rileva è l'individuazione dell'evento dannoso che la regola cautelare è volta ad evitare: anche se questa regola è stata pensata in relazione a percorsi causali diversi, il rischio che la norma concretamente vuole evitare prescinde dalla considerazione delle cause che lo hanno provocato, purché l'evento volontariamente cagionato sia della stessa natura di quello preso in considerazione nella regola cautelare violata.

La Corte, pertanto, conclude che il caso oggetto di analisi nella sentenza può essere risolto soltanto una volta accertata l'esistenza di una posizione di garanzia dello psichiatra imputato in favore del paziente, quesito che ha già avuto risposta affermativa, fermo restando che non viene messa in discussione la causalità materiale dell'evento né il riconoscimento in capo allo psichiatra di condotte colpose di carattere sia omissivo, in riferimento all'omessa richiesta del TSO, sia commissivo, con riguardo alla inopportuna e dannosa riduzione e sospensione della terapia farmacologica.

La sentenza presa in esame consente di comprendere che, nell'affrontare la tematica della responsabilità a titolo di colpa in settori, come quello psichiatrico, così delicati, ci si imbatte di frequente in una delle più complesse problematiche sollevate dalla fisionomia del reato omissivo improprio, ossia la definizione dell'effettivo contenuto della posizione di garanzia dello psichiatra. La risoluzione di tale problema non può che essere legata all'evento concretamente posto in essere, l'omesso impedimento del quale determinerà un'imputazione di responsabilità a carico dello psichiatra inadempiente ex art. 40 comma 2 c.p.

¹⁹⁷ La Suprema Corte precisa, in ogni caso, che, indipendentemente dall'esistenza di una posizione di garanzia, analoghi obblighi di tutela possono discendere dall'esistenza di un potere di controllo su fonti di pericolo quali, ad esempio, armi, veleni, esplosivi; ad esempio, il farmacista non può vendere un farmaco potenzialmente letale alla persona che sa aver già tentato di avvelenare un familiare; chi possiede un'arma non può lasciarla incustodita in un luogo frequentato da bambini.

¹⁹⁸ Si pensi al lavoratore che opera in altezza e che non sia stato munito delle cinture di sicurezza: ci si chiede se possa essere chiamato a rispondere il datore di lavoro anche per le conseguenze di una caduta (che non si sarebbe verificata con l'uso del mezzo di protezione) volontariamente cagionata da un terzo.

E' stata in precedenza analizzata la qualificazione giuridica, e non soltanto naturalistica, dell'evento rilevante ai fini dell'attribuzione di una responsabilità penale a titolo di omissione in capo allo psichiatra, tale da ricomprendere non solo i reati di evento, ma anche i reati di mera condotta, nei quali l'evento non è strutturalmente inserito tra gli elementi essenziali della fattispecie, poiché il disvalore di quest'ultima si incentra nella realizzazione della condotta tipizzata, che provoca un'offesa all'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice violata.

Tra i reati di mera condotta, si pensi al delitto di violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., talvolta contestato nell'ambito della responsabilità penale omissiva dello psichiatra: si tratta di una fattispecie priva di un evento in senso naturalistico e la cui rilevanza penale si perfeziona con il realizzarsi della sola condotta tipica.

E' opportuno proporre un esempio concreto, sottoposto al vaglio della Suprema Corte di Cassazione in tempi relativamente recenti¹⁹⁹. Nel caso di specie, un'anziana paziente psichiatrica, degente presso un Dipartimento di salute mentale, subisce ininterrotti maltrattamenti e reiterati atti di violenza sessuale²⁰⁰. Il medico responsabile della struttura, unitamente ad altri dipendenti, viene accusato di non aver impedito l'evento, ex art. 40 comma 2 c.p., ma, a seguito di giudizio abbreviato, viene assolto dal delitto di violenza sessuale, nonostante il giudice del gravame avesse mostrato la ferma convinzione che il medico fosse pienamente consapevole delle condotte illecite poste in essere dagli infermieri del reparto. Le argomentazioni del giudice di merito non vengono però avallate dalla Cassazione, che esclude la responsabilità per il delitto di violenza sessuale per assenza dell'elemento soggettivo del reato. La Corte afferma infatti che *“la titolarità della posizione di garanzia non comporta un automatico addebito di responsabilità a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione di una regola cautelare, sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso”*. È necessario, dunque, secondo quanto sostenuto in sede di legittimità, dimostrare che l'imputato fosse al corrente degli abusi fisici perpetrati ai danni della paziente e dell'invasione della sua sfera sessuale da parte del personale sanitario della struttura, a lui gerarchicamente sottoposto.

¹⁹⁹ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 7550 del 2011.

²⁰⁰ Nella ricostruzione dell'accusa si legge che tali atti *“erano consistiti in toccamenti in mezzo alle gambe e al seno della paziente, nonché nel buttarla sul letto, bloccandola e toccandole le parti intime; la violenza si manifestava, mantenendo un'abituale e sistematica condotta di sopraffazione e mortificazione, concretizzatasi sia in percosse, sia in atti ed espressioni verbali, idonei a umiliare e offendere il decoro e la dignità personale e sessuale della predetta”*.

Nessun dubbio, invece, in ordine alla sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, poiché si riconosce un'indiscutibile posizione di garanzia in capo al medico responsabile del reparto e della struttura nei confronti dei suoi pazienti, scaturente da un preciso dovere di vigilanza sulle condotte del personale sanitario che operava alle sue dipendenze²⁰¹.

4.2 Segue: la casistica giurisprudenziale.

Quanto sino ad ora osservato ripropone in maniera evidente il quesito se la posizione di garanzia dello psichiatra sia suscettibile di assumere la fisionomia di una posizione di protezione o di controllo. Come osservato, possono distinguersi due ipotesi: quella del reato commesso dal paziente e quella del reato commesso da terzi capaci a danno di quest'ultimo.

Qualora il soggetto attivo del reato sia il paziente psichiatrico, è legittimo affermare che la malattia psichiatrica rende il paziente pericoloso per sé e per gli altri, costituendo così una fonte di pericolo da monitorare per impedire che lo stesso possa provocare danni, non soltanto a sé, ma anche a terzi, nonostante il concetto di pericolosità sia stato espunto dal linguaggio normativo vigente a seguito della riforma sanitaria il cui caposaldo è rappresentato dalla legge Basaglia. Ad essere mutata, tuttavia, non è tanto la convinzione che dai disturbi psichici del paziente psichiatrico possa scaturire una condotta pericolosa e potenzialmente lesiva, quanto la prospettiva dalla quale il concetto di pericolosità viene osservato: esso diviene un problema clinico, che bandisce qualunque tentativo di stigmatizzazione sociale del malato mentale.

²⁰¹ Problemi analoghi si pongono rispetto al delitto di maltrattamenti in famiglia, disciplinato dall'art. 572 c.p. Il primo comma di quest'ultimo, ai fini del perfezionamento della fattispecie, richiede che venga posta in essere una condotta di maltrattamenti, senza prendere in considerazione ulteriori conseguenze derivabili dalla stessa. Anche in questo caso ci si trova dunque di fronte ad un reato di mera condotta. La qualificazione dell'art. 572 comma 1 c.p. come reato di mera condotta non è tuttavia pacifica nella giurisprudenza più recente, avente ad oggetto la responsabilità penale nel settore psichiatrico. Ci si può riferire, a titolo di esempio, al caso concreto del primario di un reparto di psichiatria imputato di aver concorso negli abusi sessuali e nei maltrattamenti compiuti da un altro medico e da un infermiere dello stesso reparto, da essa diretto, in danno di alcune pazienti ivi degenti. Ancora una volta, non si contesta la sussistenza della posizione di garanzia dell'imputata, ma il vero *punctum dolens* è rappresentato dall'accertamento dell'elemento psicologico del reato, nella forma del dolo eventuale e, conseguentemente, volto a verificare la consapevolezza, da parte del medico responsabile, della concreta possibilità di verificazione del reato. La Corte di legittimità desume l'esistenza della posizione di garanzia senza individuare la fonte dell'obbligo giuridico, affermando che l'imputata fosse "in astratto tenuta ad impedire che si compissero atti in pregiudizio della libertà sessuale, della salute e della dignità delle pazienti ricoverate nel reparto". Posizione di garanzia dalla quale deriverebbe l'obbligo di attivarsi per la salvaguardia del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice; obbligo, che secondo le parole della sentenza, "si attualizza in ragione del perfezionarsi della c.d. situazione tipica".

La posizione di garanzia dello psichiatra è suscettibile di assumere, dunque, la fisionomia del controllo, poiché il comportamento delittuoso del paziente diventa, in tal modo, fonte di responsabilità penale per coloro che hanno ommesso di adempiere a quegli obblighi volti ad impedire gli effetti pericolosi derivanti dalla malattia psichiatrica clinicamente considerata.

Le peculiarità del singolo caso clinico potrebbero, di conseguenza, rendere necessaria l'adozione di un modello di organizzazione ospedaliera che garantisca non soltanto la cura, nella sua più autentica accezione medica e terapeutica, ma anche la sicurezza del paziente psichiatrico, nell'intento di salvaguardare l'incolumità di ciascun malato e di tutti coloro che prestano servizio all'interno della struttura di riferimento. La responsabilità penale, comunque, soltanto di rado è stata riconosciuta in capo ai vertici della struttura psichiatrica e nelle sporadiche ipotesi di condanna la colpevolezza dei soggetti apicali si è fondata su una grave negligenza nell'organizzazione e nella vigilanza sul luogo di cura.

A questo proposito si può richiamare un caso concreto affrontato dalla Suprema Corte di Cassazione²⁰² che vede protagonista la coordinatrice di una struttura psichiatrica residenziale ritenuta responsabile della morte di un educatore, ucciso da colpi letali sferrati da un paziente schizofrenico, ivi ricoverato, con un coltello. All'imputata viene contestata l'omessa valutazione dell'aggravamento dei sintomi di aggressività del paziente e, conseguentemente, la mancata adozione di precise cautele - come, ad esempio, evitare il libero accesso dei pazienti alle cucine, all'interno delle quali avrebbero potuto reperire posate e altri oggetti taglienti -. La sentenza, in tal modo, dimostra come il ruolo di coordinatrice imponga alla stessa di assicurare l'incolumità non soltanto dei pazienti, ma di tutti coloro che possano entrare in contatto con malati pericolosi, aderendo così a quell'orientamento giurisprudenziale che qualifica la posizione di garanzia dello psichiatra in termini di controllo, qualora lo esiga il quadro diagnostico di riferimento.

La questione diviene più complessa nei casi in cui autore del reato non sia il malato di mente, ma soggetti terzi, capaci di intendere e di volere, e pertanto imputabili, come avviene nell'ipotesi precedentemente esaminata dell'omesso impedimento di reati posti in essere dal personale sanitario ai danni dei pazienti ricoverati nella struttura presso la quale il medico svolge la sua attività. In questo frangente, sembrerebbe opportuno distinguere la posizione del medico responsabile della struttura a livello più eminentemente amministrativo, da quella del

²⁰² Cass. Pen., Sez. IV, 2010, sent. n. 11200.

medico che svolge la propria attività in reparto, privo dei poteri di vigilanza e di controllo nei confronti del personale che ivi lavora, che competono invece al primo. Soltanto in riferimento al primo soggetto, infatti, sarebbe lecito configurare un obbligo di controllo, che si estende a tutti coloro che siano sottoposti alla sua vigilanza, come nel caso del personale infermieristico. Questo ruolo farebbe sorgere in capo al medico in posizione apicale l'obbligo giuridico di impedire la commissione di un reato ai danni del paziente, ma solo se l'autore del fatto sia riconducibile entro la sua sfera di controllo e sorveglianza.

Parte della dottrina²⁰³ sottolinea, in proposito, che l'obbligo di vigilare soggetti capaci non coincide sempre e in ogni caso con un autentico obbligo di garanzia. Si osserva infatti che, ai fini del riconoscimento della sussistenza di un autentico obbligo di garanzia ex art. 40 comma 2 e non di una mera situazione di sorveglianza, è necessario che il titolare dell'obbligo sia fornito di un potere impeditivo di carattere giuridico nei confronti del reo, che pone il garante nella posizione di *“interferire direttamente (e lecitamente) con l'intera condotta di reato”* posta in essere dal secondo. Altri autori²⁰⁴, invece, chiariscono il concetto di potere impeditivo sostenendo che dallo stesso debbano essere esclusi quei poteri che esercitano una mera influenza sul soggetto sottoposto a controllo, essendo necessario altresì un dovere di *“conformazione”*, idoneo a vincolare l'attività del controllato²⁰⁵.

Alla luce di tali considerazioni, qualora l'obbligo di vigilanza sull'altrui attività non sia configurabile alla stregua di un autentico obbligo di garanzia, il soggetto autore dell'omissione non potrà essere chiamato a rispondere per il mancato impedimento del reato altrui. La condotta omissiva del soggetto potrà assumere rilevanza penale soltanto quando questa sia prevista, come omissione propria, da una norma *ad hoc*, oppure quando si dimostri che la stessa abbia esercitato un'effettiva influenza causale sulla psiche dell'autore materiale del reato, nella forma del concorso morale.

²⁰³ L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato omissivo altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1997, p. 1343.

²⁰⁴ F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2006, p. 208.

²⁰⁵ E' difforme a tale concezione una diversa posizione che, in rapporto alla responsabilità omissiva nel campo societario, attribuisce il rango di poteri impeditivi soltanto a quei poteri giuridici che, già in astratto, siano capaci di impedire la commissione del reato da parte del controllato, mediante un intervento su una o più fasi del processo di realizzazione dell'illecito. L'indagine su tali poteri, volta ad individuare e descrivere in astratto la posizione di garanzia, nulla dice, però, circa il concreto impedimento dell'evento, che potrà essere accertato soltanto attraverso il giudizio controfattuale. La responsabilità del garante potrà essere affermata soltanto qualora si dimostri, oltre ogni ragionevole dubbio, che il comportamento doveroso omissivo avrebbe impedito la realizzazione del reato da parte del soggetto controllato.

L'obbligo di garanzia non può, invece, essere ricondotto nell'alveo del controllo qualora il medico, sprovvisto di poteri di vigilanza nei confronti del personale sanitario, non abbia impedito la realizzazione del reato da questi commesso. In tal caso, onde evitare che il medico benefici di un automatico esonero di responsabilità penale, si potrebbe sostenere che quest'ultimo sia in ogni caso gravato da un obbligo di protezione nei confronti del paziente affidato alle sue cure, in funzione di protezione del malato da qualunque fonte di pericolo che possa compromettere la sua incolumità individuale. Al contrario, il medico di reparto, privo di tali funzioni, non potrebbe essere investito dell'obbligo di impedire un reato commesso da terzi, ma soltanto di quello di impedire la realizzazione del reato commesso dal proprio paziente ai danni di sé stesso o di altri, poiché privo di un potere di vigilanza nei confronti di soggetti capaci, autori di un reato commesso ai danni dei pazienti ivi ricoverati.

5. La legge Basaglia: profili critici a quasi quarant'anni dalla sua entrata in vigore.

Dalle considerazioni sino ad ora proposte risulta evidente la controversa e delicata posizione dello psichiatra nel contesto composito in cui egli si trova ad operare. La dottrina penalistica²⁰⁶ delinea un quadro complesso nel quale lo psichiatra è circondato ed oppresso da incertezze non soltanto terapeutiche, ma anche e soprattutto normative: *“è pressante la sensazione per l'operatore psichiatrico di trovarsi in un vicolo cieco e di non avere comunque scampo, esposto alle intemperie di una valutazione giudiziaria ex post, che può condurlo a vedere contestato, alternativamente ed a seconda di ciò che poi si è concretamente verificato, di non avere fatto abbastanza o di avere fatto troppo”*.

Inoltre, come si è osservato, spesso la realtà concreta non riesce a stare al passo con la significativa evoluzione del quadro normativo di riferimento, di cui è pioniera la legge Basaglia.

Alla sopravvivenza degli OPG si affiancano infatti, tuttora, pratiche mediche arretrate ed irrispettose della dignità umana del paziente. A tal proposito, si segnala l'interessante analisi svolta da Robert Withaker²⁰⁷, giornalista scientifico statunitense, avente ad oggetto l'abuso della prescrizione farmacologica nel settore psichiatrico, nell'ambito di quella che egli emblematicamente definisce *“psichiatria chimica”*.

²⁰⁶ C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 53.

²⁰⁷ R. WITHAKER, *Indagine su un'epidemia. Lo straordinario aumento delle disabilità psichiatriche nell'epoca del boom degli psicofarmaci*, 2010.

L'indagine compiuta da Withaker, si fonda sui risultati di diversi studi scientifici, tra i quali alcuni condotti per conto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Egli sostanzialmente mette in luce come spesso la somministrazione cronica di psicofarmaci, in particolare di antipsicotici ed antidepressivi, provochi un effetto contrario a quello perseguito, causando uno squilibrio chimico cerebrale assente prima del trattamento; addirittura, in molti casi i pazienti presentano una riduzione del tessuto cerebrale o altre gravi patologie. Withaker si scaglia dunque contro la cosiddetta “*rivoluzione psicofarmacologica*”, consistente in un'ingente diffusione di farmaci neurolettici, ansiolitici ed antidepressivi per la cura delle patologie psichiatriche. L'indagine evidenzia anche il ruolo decisivo svolto dalla pubblicità svolta dall'industria farmaceutica nell'ambito del fenomeno della “patologizzazione del normale” che ha diffuso la tendenza a trattare farmacologicamente non più solo le depressioni gravi, ma anche patologie minori, come il panico, le fobie, le ossessioni, l'ansia, lo stress post-traumatico, le somatizzazioni, l'ipocondria, i disturbi di personalità e i disturbi del comportamento alimentare.

Tale tendenza, osserva Withaker, ha condotto ad un duplice effetto paradossale: da un lato, ha accresciuto il numero di pazienti dipendenti dai farmaci, addirittura superiore a quello degli eroinomani - il Diazepam, noto come Valium, introdotto nel 1963, risulterebbe dal 1968 al 1981 il farmaco più venduto nel mondo occidentale -; dall'altro, la stessa terapia psichiatrica si è progressivamente identificata con la terapia farmacologica. Fenomeno, quest'ultimo, dimostrato dalla sentenza conclusiva del caso Pozzi precedentemente esaminata, nella quale, tra i vari capi di accusa, si contesta allo psichiatra imputato di aver ridotto e sospeso la terapia farmacologica del paziente omicida.

Testimonianze simili sono fornite anche dagli operatori del settore psichiatrico in Italia²⁰⁸, dalle quali emerge che il problema dell'abuso di psicofarmaci nella cura delle patologie psichiatriche risulta strettamente correlato al tema della contenzione che, come osservato in precedenza, può attuarsi anche nella forma farmacologica, quasi sempre associata a quella meccanica, come accaduto nel caso Mastrogiovanni. Questo non è che l'effetto di quella dannosa sovrapposizione di funzioni di diagnosi e cura con funzioni di custodia e di controllo sociale in capo agli psichiatri, con effetti pregiudizievoli sulla stessa attività clinica e, dunque, sul benessere e sulla stessa incolumità fisica dei pazienti e di terzi.

²⁰⁸ P. CIPRIANO, *Il manicomio chimico. Cronache di uno psichiatra riluttante*, Milano, 2015.

Il ricorso alla contenzione, meccanica e farmacologica, diventa così per lo psichiatra una pratica “*scorciatoia gestionale*”, inquadrabile in un atteggiamento difensivo volto ad evitare il rischio di incorrere in una attribuzione di responsabilità penale prima ancora che a provvedere alla cura del paziente. L’uso della contenzione meccanica e farmacologica molto spesso, come dimostrato dai casi esaminati, perde la sua connotazione di rimedio eccezionale per la gestione di situazioni emergenziali e si inquadra in una applicazione abituale, quasi ordinaria, nonostante sia non solo improprio ed antiterapeutico, ma perfino illegale, in mancanza dei requisiti di legittimità imposti dalla legge. I dati statistici confermano questo assunto: da essi emerge che l’80% dei 323 Servizi psichiatrici di diagnosi e cura (SPDC) italiani è attrezzato per la contenzione, mentre appena il restante 20% non è attrezzato per tale pratica e/o non ricorre ad essa.

Di tale situazione ha espressamente preso atto anche la Commissione parlamentare di inchiesta sulla efficacia e l’efficienza del sistema sanitario nazionale²⁰⁹ cui in precedenza si è fatto riferimento affermando, in rapporto al ricorso alla contenzione fisica ed ambientale negli OPG, che “*se da un punto di vista giuridico la coercizione o contenzione fisica in psichiatria viene da taluni giustificata da una rigorosa interpretazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.), le modalità di attuazione osservate negli OPG lasciano intravedere pratiche cliniche inadeguate e, in alcuni casi, lesive della dignità della persona, sia per quanto attiene alle azioni meccaniche, sia talora per i presidi psicofarmacologici di uso improprio rispetto alla finalità terapeutica degli stessi e alle norme AIFA di sicurezza d’uso. A ciò si aggiunge, in alcune situazioni osservate, la mancanza di puntuale documentazione degli atti contenitivi, con conseguente impossibilità materiale di controllo e verifica degli stessi*”.

Si tratta, insomma, di una tematica particolarmente rilevante in ambito penalistico, in termini di anti-giuridicità di pratiche contenitive che, se non rispettose dei presupposti normativamente richiesti per il loro utilizzo e pertanto evitabili, non possono più essere giustificate o, peggio, essere considerate prive di giustificazione soltanto al verificarsi di eventi letali.

Non a caso, rispetto alla contenzione, nella citata Relazione parlamentare si afferma che “*tale pratica appare vieppiù ingiustificata allorquando abbia luogo in strutture sanitarie istituite proprio allo scopo di far fronte alle situazioni di alterazione psichica e del comportamento, strutture che dovrebbero utilizzare le migliori esperienze psichiatriche, già consolidate, di*

²⁰⁹ Senato della Repubblica, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit.

prevenzione della violenza. La pericolosità di una persona internata è per definizione prevedibile, e quindi, “altrimenti evitabile” con un contesto clinico di tipo preventivo: tale considerazione è volta a mettere in discussione l’applicabilità stessa dell’articolo 54 del codice penale”.

E’ lecito pertanto affermare che, a quasi quarant’anni dall’emanazione della legge n. 180/1978, non si è ancora di fatto realizzata quella “distruzione del manicomio” auspicata da Basaglia come un intervento urgentemente necessario. Dalle considerazioni svolte emerge che il manicomio prima e l’ospedale psichiatrico giudiziario poi, sopravvivono tuttora, sotto un altro nome e sotto un’altra veste normativa. Per il malato la perdita della libertà che è alla base della sua malattia è affiancata dall’ulteriore perdita di libertà che egli può concretamente subire attraverso meccanismi di contenzione di ogni genere: si mantiene in tal modo un rapporto oggettivo ed istituzionalizzato con il paziente, il quale di fatto resta in molti casi un mero oggetto di studio o di analisi.

In uno dei suoi saggi²¹⁰, Basaglia affermò con lungimiranza che *“la complessa organizzazione dell’Ospedale può andare incontro a seri rischi, ma è forse nel rischio che lo psichiatra può mettersi alla pari con il malato, in un gioco di tensione e controtensione che coinvolge paziente e medico”*. Tale rapporto paritetico, nonostante i notevoli progressi compiuti a livello normativo, non è ancora stato raggiunto.

²¹⁰ F. BASAGLIA, *La distruzione dell’ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione*, cit.

BIBLIOGRAFIA

- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2013.
- S. ANZILLOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, 2013.
- G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014.
- C. BARBIERI - L. BARBERO - V. PALIERO, *La cosiddetta autopsia psicologica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.
- M. BARNI, *Evidence-Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1998.
- L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato omissivo altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1997.
- F. BASAGLIA, *Conferenza a San Paolo del 20 giugno 1979*, in *Conferenze brasiliane*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2000.
- F. BASAGLIA, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione*, in *L'utopia della realtà*, Einaudi, Torino, 2005.
- C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche*, in *Dir. Pen. Cont.*
- A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, 1996.
- G. CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. Pen. Cont.* n. 01/2015.
- M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012.
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IV edizione 2013.
- A. CASTALDO, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1987.
- D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009.
- P. CIPRIANO, *Il manicomio chimico. Cronache di uno psichiatra riluttante*, Milano, 2015.

- C. CUPELLI, *Limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cassazione penale*, n. 09/2013.
- C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.
- C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. It. Med. Leg.*
- C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, Edizioni scientifiche italiane, 2013.
- C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 gennaio 2017.
- C. CUPELLI, *Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 dicembre 2016.
- G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-1978.
- G. DODARO, *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 *Riv. It. Med. Leg.*, 2011.
- G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell'OPG in Regione Lombardia: verso l' "istituzionalizzazione ospedaliera" del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.
- G. DODARO, *Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico: la sentenza di primo grado sul caso Mastrogiovanni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013.
- B. J. ENNIS, *The Rights of Mental Patients*, in *The rights of Americans*, Dorsen 1970.
- B. J. ENNIS e T. R. LITWACK, *Psychiatry and the presumption of expertise: flipping coins in the courtroom*, 1974.
- G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*.
- G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*.
- G. FIANDACA-E. MUSCO, *Manuale di diritto penale, parte generale*, VI edizione 2013.
- G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990.
- R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IX edizione, 2013.
- M. A. FARINA COSCIONI, *Matti in libertà. L'inganno della "legge Basaglia"*.
- FIELD-LOHR, *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, Washington, National Academy Press, 1992.

- A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1982.
- A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi esemplari di responsabilità ex art. 40 comma 2*, in *Dir. Pen. Proc.* 2004.
- F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, 1999.
- F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il <<Decreto Balduzzi>>*, in *Riv. It. Med. Leg.* 2013.
- F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 2006.
- G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983.
- S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. It. Med. Leg.* 2016, fasc. II.
- G. IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una Casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004.
- G. IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una Casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004.
- G. INSOLERA, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*.
- F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980.
- G. IUDICA - P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 2010.
- F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, Cedam, 2011.
- G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.
- J. MONAHAN, *The Prediction and Prevention of Violence*, in *Proceedings of the Pacific Northwest Conference on violence and Criminal justice*, Washington, 1973.
- C. MOSTARDINI, *La Corte di Strasburgo in materia di responsabilità del medico per il suicidio del paziente psichiatrico*, in *Dir. Pen. Cont.*, 12 gennaio 2017.
- G. NIVOLI - L. LORETTU, *Osservazioni psichiatrico-forensi in tema di imputazioni e condanne agli psichiatri per il suicidio del paziente*, in *Journal of Psychopathology*, n. 18/2012.
- P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, Cedam, 1969.

- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, 2008.
- M. PELLISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014.
- D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Edizioni Alpha Beta Verlag, 2013.
- PORTIGLIATTI-BARBOS, *Le linee-guida nell'esercizio della pratica clinica*.
- M. RECALCATI, *La nostra vita trasformata in patologia*, in *La Repubblica*, 8 maggio 2013.
- F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra sottigliezze empiriche e spessori normativi: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. Pen. Cont.*
- E. S. SHNEIDMAN, *Autopsia di una mente suicida*, Giovanni Fioriti Editore, 2006.
- H. J. STEADMAN, *Careers of Criminally Insane*, in *D. C. health and Co.*, Lexington, Mass. 1974.
- F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988.
- TERROSI - VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medicolegali*.
- C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2013, fasc. I.
- D. VALENTINI, *I trattamenti e gli accertamenti sanitari obbligatori in Italia*, Padova, 1996.
- P. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie*.
- P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2003.
- F. VIGANO', *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Francese*, in *Dir. Pen. Cont.*
- H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht: Eine Systematische Darstellung*, De Gruyter Lehrbuch, 1989.
- R. WITHAKER, *Indagine su un'epidemia. Lo straordinario aumento delle disabilità psichiatriche nell'epoca del boom degli psicofarmaci*, 2010.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA Parere del 24 novembre 2000, *Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici*.
- SENATO DELLA REPUBBLICA, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Doc. 22-bis n. 4, seduta n. 125 del 20 luglio 2011.

www.nascitacostituzione.it

www.fondazionefrancobasaglia.it

[www. penalecontemporaneo .it](http://www.penalecontemporaneo.it)