



RSD

Rivista Semestrale di Diritto

RIVISTA SEMESTRALE DI DIRITTO

ISSN 2724-2862

Numero 1/2019

Settembre 2019

Direttore

Riccardo Guarino

Vicedirettori

Simone Cedrola
Pasquale La Selva

Comitato di Direzione

Piera Di Guida, Claudia Calderini, Rossana Grauso, Claudia Cantone, Gianluca Barbetti, Claudia Addona, Mario Nocera

Comitato scientifico

Prof. Alfonso Maria Cecere, Prof. Gianluca Bertolotti (Referente area Diritto Commerciale), Prof. Massimo Rubino De Ritis, Prof.ssa Lucia Picardi, Prof. Marco Bassini, Prof. Amedeo Arena, Prof. Avv. Carlo Rossi Chauvenet, Avv. Marco Imperiale, Prof. Laurent Manderieux, Prof.ssa Lilla' Montagnani, Prof. Roberto Zannotti, Prof.ssa Giusella Finocchiaro, Prof.ssa Clelia Iasevoli, Prof. Renato Briganti, Prof. Giovanni Sartor, Prof. Massimiliano Delfino, Prof.ssa Giovanna Petrillo, Prof.ssa Adriana Salvati, Prof. Lucio Imberti, Prof. Arturo Maresca, Prof.ssa Nicoletta Corrocher, Prof.ssa Maria Luisa Mancusi, Pres. Cinthia Pinotti, Avv. Nicola Lanna, Prof. Fulvio Palombino, Avv. Stefano Mele, Prof.ssa Ludovica Poli, Prof. Roberto Virzo, Avv. Letizia Macrì, Prof. Avv. Andrea Saccucci, Prof. Giovanni Terrano, Dott. Alessandro Milone, Prof. Francesco De Santis, Prof. Michele Tamponi, Prof.ssa Avv. Maria Beatrice Magro, Prof. Avv. Gabriele Della Morte, Prof. Elisabetta Pederzini, Prof. Giovanni Zarra, Dott.ssa Caterina Del Federico, Prof. Giovanni Ziccardi

Sede

Ius in itinere Srls, Via Toledo, 265 Napoli - Partita Iva 08593431219

Info e contatti

Sito web: www.rivistadidiritto.it

Per l'invio dei contributi scrivere a: redazione@iusinitinere.it

Per qualsiasi informazione scrivere a: info@iusinitinere.it

RSD

Rivista Semestrale di Diritto

Indice

- Raffaele Cantone** – *Il pantonflage all'italiana: fra rigore formale e rischi di ineffettività* p. 5
- Vincenzo Iaia** – *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale* p. 27
- Laura Valli** – *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione* p. 49
- Massimiliano Baroni** – *L'Intelligenza Artificiale tra costituzione e globalismo: perché non c'è futuro senza uomo* p. 62
- Edoardo Badiali** – *La parodia del marchio che gode di rinomanza* p. 80
- Giada Tombesi** – *Drone strikes practice: assessing ius in bello proportionality* p. 100
- Rossella Cuomo** – *La responsabilità civile sanitaria: luci ed ombre della copertura assicurativa nella Legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli-Bianco)* p. 123
- Antonio Amatulli** – *La posizione di garanzia in psichiatria. Il paziente autore di reato: un difficile equilibrio tra obblighi prudenziali e rispetto della persona* p. 139
- Andrea Amiranda e Federico Gusmeroli** – *La fusione dei comuni: analisi normativa ed evidenze empiriche sul riordino degli enti locali* p. 157
- Francesco Luigi Gatta** – *La politica migratoria dell'Unione europea nel periodo 2014-2019: analisi e bilancio della gestione della "crisi dei rifugiati"* p. 179
- Giovanna Petrillo** – *Le società di comodo fra elusione ed evasione* p. 220
- Marco Di Domenico** – *La regione artica: il futuro tra diritto e cooperazione* p. 242
- Fabrizio Ciotta** – *L'evoluzione giurisprudenziale degli oneri di bonifica dei rifiuti tra interessi qualificati e responsabilità oggettiva* p. 263

Articolo scientifico sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3 del Regolamento della Rivista

La posizione di garanzia in psichiatria. Il paziente autore di reato: un difficile equilibrio tra obblighi prudenziali e rispetto della persona

A cura di **Dott. Antonio Amatulli**¹

ABSTRACT

Il tema in argomento investe primariamente gli ambiti di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie. Non vi è dubbio che lo psichiatra sia titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, con relative responsabilità inerenti la cura e l'assistenza che obbligano alla messa in atto di azioni di salvaguardia a protezione dei beni giuridicamente rilevanti della persona affidata. E nell'ambito della psichiatria la questione è maggiormente sensibile ed estesa rispetto ad altri campi della medicina, in quanto alla tutela del soggetto si somma la possibilità che dallo stesso vengano messe in atto condotte lesive nei confronti di terzi, ponendo così più articolate questioni relativamente a chi deve eventualmente rispondere delle conseguenze. Si tratta, in sostanza, del ruolo di garante di interessi rilevanti affidati per legge, atteso che quest'ultima fornisca al professionista adeguati strumenti d'impedimento. Nel soggetto autore di reato, poi, si sommano le difficoltà inerenti le richieste di una prognosi, clinica come di comportamento, che implicano una definizione esaustiva del concetto di prevedibilità, così come il presentarsi di istanze sociali di protezione, quando non di custodia. Infine, riveste importanza il tema collegato del consenso alle cure: gli interventi legislativi recenti (L. 219/2017)² ne hanno rafforzato il ruolo di legittimazione dell'atto medico, diminuendo di conseguenza gli spazi per discutibili estensioni paternalistiche della garanzia.

PAROLE CHIAVE

Psichiatria – Garanzia – Colpa – Responsabilità – Prevedibilità

¹ Il Dott. Antonio Amatulli è psichiatra, Direttore UO di Psichiatria e Direttore del dipartimento di Scienze Mentale e Dipendenze presso l'ASST di Vimercate.

² Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

Sommario: 1. Da dove origina la posizione di garanzia del professionista sanitario? – 2. Quando si instaura la posizione di garanzia? – 3. Quali i contenuti della posizione di garanzia? – 4. Quali i contenuti, ulteriori e specifici, della posizione di garanzia in psichiatria? – 5. Quali specificità a riguardo della posizione di garanzia nei confronti dei pazienti autori di reato? – 6. Dei concetti di prevedibilità e di rischio in relazione alla posizione di garanzia – 7. Dei concetti di prevedibilità e di rischio in relazione alla posizione di garanzia – 8. Posizione di garanzia, libertà delle persone e rischio consentito - 9. Dovere di agire e modalità di agire – 10. Conclusioni

1. Da dove origina la posizione di garanzia del professionista sanitario?

Secondo una teoria “formale”, l’obbligo di mettere in atto azioni di salvaguardia discende da fonti specifiche, come contratti o ruoli, ma anche da consuetudini, e tali obblighi sono definiti dall’art. 40 c.p.³ Si fa notare, però, che tale articolo del codice penale semplicemente delucida in merito alla struttura del reato, distinguendo i tre elementi: condotta, evento e nesso causale. Così, rispetto a eventuale colpa omissiva e alla conseguente prova del nesso causale, la ricostruzione operata secondo detto articolo richiederà l’individuazione di una specifica posizione di garanzia, la quale, seguendo una teoria “sostanziale”, vedrà fondata la sua esistenza su più generali obblighi di solidarietà sociale e umana sanciti in Costituzione. La Cassazione Penale (Sezione IV sentenza n. 9638/2000) ha statuito il principio (confermato sempre dalla Cassazione Penale, Sezione IV sentenza n. 9739/2005), per il quale la posizione di garanzia consiste nella «espressione dell’obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex art. 2 e 32 Cost.⁴ nei confronti dei pazienti, la cui salute deve essere tutelata contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l’integrità», e vincola, con profili differenti, tutti gli operatori della struttura sanitaria («in materia, per altro, il condiviso orientamento di questa Suprema Corte è nel senso che gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici, sono tutti *ex lege* portatori di una posizione di garanzia, espressione dell’obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex articolo 2 e 32 della Costituzione nei confronti

³ Art. 40 c.p.: «Rapporto di causalità»: 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.

⁴ Art. 2 Cost.: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

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

dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità; e l'obbligo di protezione perdura per l'intero tempo del turno di lavoro»).

Si potrebbe dire quindi che se al diritto penale interessano gli obblighi di attivarsi per impedire che un determinato fatto lesivo possa accadere (art. 40 c.p.), il dovere impeditivo non scaturisce direttamente dal codice penale stesso, che definisce le caratteristiche e i meccanismi di estrinsecazione della colpa, ma da norme preesistenti e generali, legate alle garanzie dei diritti fondamentali dei cittadini, agli imprescindibili doveri di solidarietà tra consociati, e ai diritti individuali alla dignità personale e alla salute. In altri termini, rispetto a una interpretazione formale della fonte degli obblighi che delineano la posizione di garanzia («non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire equivale a cagionarlo» - comma 2 art. 40 c.p.), ci si allarga a una lettura dal punto di vista sostanziale di tutte le fonti extrapenali del diritto e della giurisprudenza, che li lega a quell'insieme di vincoli e obblighi solidaristici, di protezione della collettività e di riconoscimento della dignità dell'individuo ricompresi nell'ambito di tutela garantito dalla Costituzione. In conclusione, se il diritto penale si occupa principalmente degli obblighi giuridici di attivarsi con funzione impeditiva a protezione del soggetto affidato, la ricerca del fondamento normativo di tali obblighi si allarga in spazi più vasti, nell'«ordinamento giuridico complessivo».⁵

2. Quando si instaura la posizione di garanzia?

Di fatto, ad attribuire una posizione di garanzia non è esclusivamente lo stabilirsi di un contratto (di cura) tra paziente ed esercente la professione sanitaria, ma è sufficiente una condizione *de facto* concretamente e praticamente stabilitasi. Non rileva la ragione per la quale il paziente è stato preso in carico, né l'aspetto per così dire formale della relazione instaurata, ma la fattuale assunzione del ruolo. Ad esempio, l'obbligo di garanzia grava non solamente sul medico che cura i propri pazienti dell'ambulatorio, del suo reparto, o della sua comunità, ma anche sul medico che sostituisce il primo per qualsiasi, anche transeunte, motivo, e solo per il fatto di avere, in quel momento, il ruolo di cura e assistenza nei confronti di quella persona. Si tratterebbe, cioè, della sufficienza del «contatto sociale» di fronte all'esplicitazione di un più specifico «contratto». E si può capire questa angolatura interpretativa come tutela del soggetto destinatario del meccanismo protettivo generale ex art. 2 e 32 Cost., che supera lo stabilire, per pratica o per diritto, se tra titolare e tutelato c'era un accordo, un contratto, una forma specifica di vincolo alla prestazione e conseguente garanzia.

⁵ D. Pulitanò, *Introduzione*, in AA.VV., *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, a cura di G. Dodaro, F. Angeli, Milano, 2011.

3. Quali i contenuti della posizione di garanzia?

Sotto il profilo funzionale, tradizionalmente gli obblighi impeditivi in questione si collocano nelle due categorie note, di protezione e di controllo.⁶ La funzione di protezione, in primo luogo, è relativa all'obbligo di preservare i beni giuridicamente rilevanti del soggetto, considerato non in grado di attendervi in maniera adeguata; in altre parole, l'obbligo di preservare beni, salute, funzioni del soggetto e, prima ancora, di astenersi da interventi lesivi nei suoi confronti. Tale posizione è, per intenderci, la medesima che è in capo a insegnanti, genitori, ecc. La posizione di controllo, invece, parte dalla considerazione dell'infermità psichica dell'affidato come possibile fonte di pericolo per terzi, ad esempio a seguito di comportamenti aggressivi e violenti. Dovere dello psichiatra sarà quello di neutralizzarne le potenzialità lesive. Si ponga attenzione però al fatto che la posizione di controllo non coincide con (e non impone) la "custodia", con il restringimento fisico o ambientale, né permette la messa in atto di azioni non previste dalla legge, ma deve portare alla pianificazione di interventi, modulati nel tempo, finalizzati a neutralizzare eventuali comportamenti lesivi per le persone sempre in una dimensione di rispetto della libertà, dell'autonomia, del diritto all'autodeterminazione e della dignità della persona interessata (art. 2, 13⁷ e 32 Cost). Un paziente "capace", quindi, detterà ex art. 32 Cost. i limiti e le modalità dell'esecuzione delle azioni obbligate dalla posizione di garanzia.

In sintesi, così si è recentemente pronunciata la Suprema Corte confermando la condanna di uno psichiatra a seguito del suicidio di una paziente: «L'obbligo giuridico gravante sul medico psichiatra risulta potenzialmente qualificabile al contempo come obbligo di controllo, equiparando il paziente a una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e di protezione del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievoli per se stesso»...«Il contenuto della posizione di garanzia assunta dallo psichiatra deve quindi essere determinato tenendo conto della contemporanea presenza di vincoli protettivi e pretese di controllo, unitamente alla particolare complessità della situazione rischiosa da governare»; l'esigenza di contrastare e limitare un determinato rischio per il paziente (o realizzato dal paziente verso terzi), infatti, «individua e circoscrive, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari del medico. In tali casi, spetta al giudice

⁶ G. Dodaro, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, Franco Angeli, Milano, 2011. C. Cupelli, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Dir. Pen, Proc.*, 2012, 9, 1105 ss.

⁷ Art. 13 Cost.: 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.

verificare, con valutazione ex ante, l'adeguatezza delle pratiche terapeutiche poste in essere dal sanitario per governare il rischio specifico, pure a fronte di un esito infausto delle stesse» (Cassazione Penale, Sentenza n. 43476/2017).

La sussistenza di una posizione di controllo potrebbe apparire illegittima e superata dal dettato della legge 13 maggio 1978, n. 180, e dal mutato paradigma di valutazione e di giudizio dell'attività e della responsabilità dello psichiatra, che non devono più avere come finalità l'annullamento della possibile pericolosità del paziente, essendo oggi ogni dimensione custodialistica superata a favore delle finalità di cura, informata e rispettosa della dignità del paziente. Ma così, invero, non è: allo psichiatra, giurisprudenza alla mano, è richiesto di evitare che il paziente a lui affidato compia atti lesivi dell'incolumità di terze persone, ritornando così, *mutatis mutandis*, a finalità di controllo (come talvolta richiesto anche dalla collettività). Si tratterebbe, così, di un percorso che si muove dall' "interesse della collettività" ex art. 32 Cost., insieme all'«art. 2 della Costituzione che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali vi è in primo luogo il diritto al rispetto della propria vita e della integrità psico-fisica»⁸, per arrivare all'idea di una sorta di "controllo sociale". Se la pericolosità è uscita dal lessico del governo della psichiatria e il suo contrasto dalle finalità della odierna legislazione, il paziente continua a essere, talvolta, pericoloso. Tale posizione, comunque, apparirebbe condivisibile nella misura in cui determinati agiti possano essere previsti e impediti o, per lo meno, la loro incidenza possa significativamente diminuire allorché il paziente sia adeguatamente curato. La posizione di garanzia, quindi, sussiste in capo allo psichiatra anche in relazione ad agiti auto ed etero aggressivi del paziente: «si può, e si deve, esigere dal medico addetto al servizio di psichiatria – anche al di fuori del regime di trattamento sanitario obbligatorio – il massimo impegno dell'attenzione al fine di stornare quelle condotte pericolose per l'incolumità fisica, propria o di altri, che le circostanze del caso concreto consentono di ritenere come di prevedibile verificazione».⁹ L'intervento di controllo, eventualmente più restrittivo, sarebbe quindi legittimo e doveroso (pur nei limiti di legge) nei casi in cui, e solo nei casi in cui, il paziente versasse in condizioni morbose o comportamentali tali da delineare la possibilità concreta di azioni etero lesive, per la natura dei sintomi esposti o per lo stato di acuzie o scompenso della sintomatologia o per altri sintomi o segni riconoscibili dalla scienza psichiatrica. Al contrario, se nulla facesse pensare che la psicopatologia, anche importante, non stia determinando pericoli di aggressività per lo stesso o per terzi, l'intervento dello psichiatra dovrà consistere nel mero contrasto della patologia in atto, con pieno rispetto degli spazi di autonomia e di agibilità del paziente (artt. 2-13-32 Cost.; art. 1 L. 219/2017). Comunque, sempre con Iadecola si può sostenere che «certamente non si può pretendere un atteggiamento sistematico di repressione preventiva di tutte le iniziative, anche solo potenzialmente lesive, assunte dal paziente, perché ciò significherebbe relegare l'operatore stesso al ruolo, ope legis desueto, di mero

⁸ F. Bilancetti, M. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, CEDAM, Padova, 2010.

⁹ G. Iadecola, M. Bona, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Profili penali e civili, Milano, 2009.

custode e controllore, distogliendolo dall'azione terapeutica in senso proprio (...) che invece egli oggi è chiamato a svolgere».

L'intervento di controllo è necessario quando la psicopatologia causa comportamenti potenzialmente lesivi dell'integrità fisica di altre persone, comportamenti pericolosi "conseguenza della malattia" (e non pericolosi in sé). E un intervento coattivo (TSO) è da ritenersi, nel caso, strumento legittimo, addirittura doveroso, come chiarito dalla Cassazione Penale (Cassazione Penale, Sentenza n. 10795/2008 - concorso colposo dello psichiatra in delitto doloso), allorché stabilisce 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»... «non comprendendosi quali possano essere le alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici se non le manifestazioni di aggressività nei confronti di se stessi o di terzi». Così come, nella medesima sentenza appena citata, si chiarisce che tali interventi di controllo hanno anche la finalità di proteggere il soggetto dagli effetti negativi che si riverserebbero sui di lui a seguito di suoi comportamenti lesivi nei confronti di terze persone.¹⁰ Si ricordi, comunque, che se l'intervento coercitivo ha la sua ragione nell'impedire eventi dannosi, la sua indicazione è comunque da riportarsi sempre alla concretezza e singolarità del caso, e devono sempre essere rispettati i limiti imposti dalla legge. Non tutto è possibile, qualsiasi situazione si debba fronteggiare: risulta di primaria importanza considerare non solo il fine di una determinata azione, ma anche le modalità messe in atto per perseguirla.¹¹

4. Quali i contenuti, ulteriori e specifici, della posizione di garanzia in psichiatria?

Partendo dal fatto che le regole cautelari richieste e rilevanti per l'addebito colposo hanno come limite e presupposto i doveri del medico e il loro perimetro, questi ultimi rivestono caratteristiche peculiari quando si ragiona nell'ambito della disciplina psichiatrica. Qui, la linea di separazione tra il penalmente lecito e illecito si fa più incerta, per diverse ragioni.¹²

In primo luogo, i limiti disciplinari delle capacità e attendibilità diagnostiche, di inquadramento univoco delle categorie nosologiche, ancor più quando affrontati al singolo caso concreto (quella persona),

¹⁰ «Vero è che lo scopo primario delle cure psichiatriche è quello di eliminare, o contenere, la sofferenza psichica del paziente, ma quando la condizione 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 manifestazione di violenza e aggressività non reca danno solo al terzo aggredito, ma anche all'aggressore».

¹¹ 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*, Riv. It. Med. Leg., 6, 2011, 1483 ss.

¹² G. Fiandaca, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, Foro It, II, 1988, 107 ss.

determinano la considerazione di una maggiore “inafferrabilità e aleatorietà” della diagnosi di malattia mentale rispetto alle malattie fisiche, più volte per altro richiamata in giurisprudenza.¹³

In secondo luogo, alla psichiatria sono riconosciute maggiori difficoltà a riguardo della prognosi, della imprevedibilità in determinati quadri morbosi e della evoluzione dei singoli quadri nei singoli individui.

In terzo luogo, nell’ambito della psichiatria riformata rappresentano cardini e limiti del rapporto e dell’intervento nei confronti del paziente i diritti all’autonomia, al perseguimento di gradi di libertà, all’autodeterminazione e alla dignità, alla piena fruizione, fino a prova contraria, dei diritti di cittadinanza e di integrazione sociale, facendosi più forti le istanze protettive e di garanzia costituzionali. L’operatore della psichiatria, così come il giudice (e si dovrebbe potere dire così come la società in genere), devono essere in grado di comprendere e rispettare le istanze di cura (e relative responsabilità) così come i diritti individuali e civili del paziente, condividendo un determinato perimetro di rischio consentito (argomento che sarà discusso in seguito).

In quarto e ultimo luogo, come già detto, in psichiatria i comportamenti del paziente possono coinvolgere terze persone, possibili vittime di comportamenti aggressivi. Così, in questa disciplina la responsabilità penale si caratterizza anche per la possibilità di subordinazione al fatto di un’altra persona, e gli obblighi che ne discendono comprendono anche specificatamente doveri di controllo che neutralizzino, equiparando il soggetto a una fonte di pericolo, un possibile pregiudizio nei confronti di terzi, come lesioni dell’integrità fisica della persona danneggiata, ma anche come ulteriore pregiudizio, per le conseguenze dell’azione perpetrata, per lo stesso soggetto affidato che anche lui ne subirebbe le diverse conseguenze. Qualcuno, infine, ha anche definito la posizione di garanzia in capo allo psichiatra come «più intensa rispetto agli altri medici».¹⁴

Un labirinto di interessi, quindi, tra esigenze di cura, di salvaguardia della libertà e dell’autonomia, di istanze sociali, di protezione del soggetto e di terzi, che specificano a riguardo della disciplina psichiatrica e aumentano le difficoltà nella definizione di singole e univoche regole e comportamenti cautelari. Il tutto tra l’individuazione delle suddette regole cautelari, l’adesione alla normativa soprattutto extrapenale cui si fa riferimento e la definizione di specifiche *leges artis*. Così, alla fine, le istanze della professione medica e le esigenze del soggetto possono trovare un punto di equilibrio proprio nell’individuazione delle regole impeditive e di cautela.

¹³ Trib. Ravenna, sez. Faenza, 29 settembre 2003, caso M. e a., in *Foro It.* 2004, II, 581.

¹⁴ C. Salvi, *Contenzione meccanica del paziente psichiatrico e responsabilità penale. La sentenza d’appello sul caso Mastrogiovanni*, in *Arch. Pen.*, 2017, 3.

5. Quali specificità a riguardo della posizione di garanzia nei confronti dei pazienti autori di reato?

Qui si tratta di soggetti che hanno commesso un reato dal quale sono stati prosciolti per infermità al momento della commissione del fatto e rispetto ai quali è stata riconosciuta una pericolosità sociale, in breve definibile come possibilità concreta di reiterazione del fatto reato. Obblighi gravanti sullo psichiatra saranno quindi quelli relativi sia a impedire che un ulteriore comportamento vietato sia nuovamente attuato, e sia a definire la probabilità che ciò possa avvenire o meno (valutazione prognostica) anche al fine della conferma o della sospensione della misura di sicurezza. Ma se quest'ultima può avere essa stessa valenza di controllo e ruolo di contenimento, in qualche modo intervenendo nel perimetro della responsabilità del medico, al suo cessare il compito e la responsabilità di prevenzione delle recidive resta in capo comunque allo psichiatra. In un'ordinanza di pochi anni fa che revocava la pericolosità a un paziente reo, un magistrato di sorveglianza prima considerava dimostrata semplicemente *a contrariis* la sussistenza di una posizione di garanzia dello psichiatra nei confronti degli autori di reato condannati e non più pericolosi socialmente a partire dalla stessa L. 9/2012, laddove disponeva la immediata dimissione (dall'Ospedale Psichiatrico Giudiziario) con presa in carico da parte dei servizi della psichiatria territoriale, e di seguito chiariva che la stessa involgeva anche la responsabilità di evitare recidive, possibili anche se non probabili, quando siano conseguenza di scompensi che si possano (debbano?) prevedere ed evitare.

Quindi le regole cautelari che in generale lo psichiatra dovrà mettere in atto nei confronti di questi pazienti saranno contemporaneamente obbligate a una corretta valutazione prognostica e all'impedimento di recidive. Non è questa la sede per una approfondita trattazione delle difficoltà legate alla previsione delle recidive e quindi all'oggettivizzazione di fattori prognostici, stante l'aleatorietà di molti indicatori, soprattutto interni al paziente; e ancor di più si pensi alla frequente richiesta, rivolta agli psichiatri, di una sorta di "prognosi di comportamento" (il paziente lo farà o non lo farà?), fino all'auspicio della divinazione. Il dato di fatto resta la posizione di garanzia degli operatori psichiatrici in relazione a pazienti autori di reato, e potremmo dire ancor di più una volta revocate le eventuali misure di sicurezza o, chiaramente, al passaggio ad altra misura meno afflittiva. Vigente l'attuale legislazione che ha disegnato il superamento degli OPG, con frequenza l'esecuzione di determinate misure di sicurezza con relative prescrizioni (leggi responsabilità) sono affidate esplicitamente ai servizi territoriali della psichiatria: può avvenire che un paziente sia affidato al Centro Psicosociale in libertà vigilata, le condotte cautelari da ciò discendenti che vanno a contribuire a delimitare il perimetro della posizione di garanzia degli operatori implicati. Per concludere, la posizione di garanzia dello psichiatra nei confronti di pazienti autori di reato ricopre anche l'ambito definito dall'eventuale misura di sicurezza, l'area problematica della prognosi e della prevedibilità dei comportamenti, la disponibilità di adeguate leve impeditive di fronte alla

prevedibilità o meno di ulteriori eventi dannosi e, infine, una corretta mappatura del rischio che si può consentire per definire adeguati percorsi terapeutici e riabilitativi finalizzati al reinserimento sociale.

Qualche considerazione a parte meritano gli obblighi di impedimento che discendono dalla posizione di garanzia nei confronti dei pazienti autori di reato internati nelle REMS.

Il collegamento gestione-responsabilità nei confronti del paziente internato risente della duplicità degli obblighi di protezione e di controllo, di talché emerge immediato, parallelamente, il doppio ruolo di cura e di custodia. Nelle REMS essendo presenti degli “internati” per definizione e inquadramento di legge, convivendo compiti sanitari e funzioni penitenziarie, quali ruoli avrà la psichiatra che gestisce tali strutture? Anche se con frequenza, modalità e tempistica variabile nelle REMS agiscono le Forze dell’Ordine (ad esempio garantendo periodici sopralluoghi e controlli, anche perimetrali, o pronta disponibilità, o sotto forme diverse nei diversi territori secondo accordi assunti localmente), non si può non rilevare il ruolo di custodia e controllo che incombe sul medico della struttura. In primo luogo, in considerazione della pericolosità sociale dei pazienti della REMS, da cui discendono ovvi doveri e istanze di intervento e di difesa sociale. In secondo luogo, si devono esaminare i mezzi per ottemperare alla dovuta garanzia, tra i quali ci sono quelli propri della disciplina psichiatrica, nei diversi ambiti della diagnosi e della terapia (la quale, come noto, può agire sul disturbo psichiatrico ma avere effetti assolutamente insufficienti e temporanei sui comportamenti, a pena di trattamenti che per entità e durata andrebbero a minare i diritti del soggetto all’autonomia e all’autodeterminazione, trascinando in un “neo custodialismo”). Infine, in terzo luogo, al medico psichiatra si deve richiedere una buona cura, ma non una buona custodia, e sempre nell’ambito delle regole cautelari ammesse, con la considerazione, così, se si curi per tutelare la salute del paziente o per impedire la commissione di ulteriori reati.

Ciò detto, nelle REMS esiste quindi il doppio canale delle finalità di cura e di quelle di custodia, tornando così al tema delle regole cautelari e del loro ruolo di superamento delle logiche custodialistiche, esigendo “una buona cura” piuttosto di “una buona custodia”. Ma questo doppio canale, a partire dallo statuto processuale e penitenziario dell’internato, e dalla definizione e tutela di alcuni dei suoi diritti fondamentali che permangono nelle competenze dell’Amministrazione penitenziaria e della Magistratura di sorveglianza, non è di facile definizione e separazione. Gli interventi legislativi degli ultimi anni che hanno condotto al superamento degli OPG hanno sì determinato per molti versi l’interruzione dell’automatismo nei rapporti tra la pericolosità del malato di mente e la custodia dello stesso, con il superamento di un custodialismo obbligatorio e protratto,¹⁵ ma non hanno certamente dissolto il concetto di “pericolosità per sé e per altri”: quest’ultima resta una manifestazione, eventuale ma possibile, della malattia psichiatrica. Il relativo effetto degli interventi terapeutici sui comportamenti (devianti), l’aleatorietà della diagnosi psichiatrica già accennata, l’incertezza della prognosi e soprattutto l’interazione del singolo caso

¹⁵ A. Massaro, Sorvegliare, curare e non punire: l’eterna dialettica tra «cura» e «custodia» nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza, *Riv. it. med. leg.*, 2015, 4.

con numerose variabili di tipo individuale, sociale, familiare, ambientale e relazionale determinano un alto livello di indefinitezza e di ampiezza dei profili della posizione di garanzia dello psichiatra nei confronti (anche) del folle reo, per cui le regole cautelari obbligate e la gestione del rischio rivestono alti gradi di complessità. Così, alla fine, l'attenzione si sposterà dal nucleo dell'obbligo giuridico, come elemento astratto, al *come* intervenire, e da qui l'alternativa tra obblighi di protezione e obblighi di controllo tende a divenire concetto assolutamente riduttivo. Obbligo di cura, in REMS, e inevitabilmente anche del controllo non solamente di comportamenti potenzialmente pericolosi ma, alla fine, anche della singola persona, con una commistione di ruoli sanitari e custodiali (penitenziari) la cui portata, clinica, disciplinare e giudiziaria, deve ancora manifestarsi appieno nella (a oggi) troppo acerba vita di queste strutture (lo psichiatra sarà nuovamente chiamato a garantire l'ordine pubblico e la tutela della collettività?¹⁶).

6. Dei concetti di prevedibilità e di rischio in relazione alla posizione di garanzia

Cosa è la prevedibilità di un evento? È la conoscenza scientifica e fattuale che porta a definire l'evento come possibile a seguito di un esame *ex ante* degli elementi disponibili e conoscibili. Un evento è prevedibile quando esistono dei fatti e delle teorie e conoscenze scientifiche che ci informano di quello, che ci permettono di individuarlo e di definirne le principali caratteristiche. Naturalmente, sarà la concretezza e unicità del caso in esame che determinerà se tali conoscenze erano in quella occasione in grado di informare il soggetto garante al punto da imputargli l'obbligo di apprestare le corrette azioni impeditive («Può venire e viene in rilievo anche il sapere scientifico, quello delle scienze della natura. Nel mondo moderno la dimensione scientifica e tecnica è penetrata profondamente nella realtà sociale, e anche nel diritto. Chiamano in causa il sapere scientifico tutti i temi importanti della teoria generale del reato: causalità, idoneità, danno, pericolo, probabilità, prevedibilità, coscienza, e volontà, infermità psichica e simili»¹⁷). In generale si può dire, infatti, che il reato colposo è punito per disincentivare determinati tipi di condotte, e anche perché l'agente non aveva previsto ciò che doveva prevedere, non riuscendo quindi a impedire l'evento. La giurisprudenza, da parte sua, si è andata muovendo negli anni da posizioni che sottolineavano quasi esclusivamente la condotta del soggetto «in ragione di quel comportamento che tutti gli uomini devono tenere in determinate circostanze di tempo e di luogo per evitare la lesione dei diritti altrui» – la prudenza coincidendo quindi solo con il comportamento dell'agente (Cassazione Penale, sentenza n. 3044/1981), fino a definire la prevedibilità come criterio fondamentale per l'accertamento della colpa («in quanto “obbligo di protezione” non va adempiuto solo se si tratti di

¹⁶ C. Cupelli, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, Intervento alla Tavola rotonda su *La responsabilità penale dello psichiatra*, Viterbo, 2016.

¹⁷ D. Pulitanò, *Diritto penale*, G. Giappichelli, Torino, 2017.

prevenire il rischio A o il rischio B, ma va adempiuto omnimodo, al fine di prevenire tutti i rischi potenzialmente incombenti sul degente, “alla sola condizione che rientrino nello spettro della prevedibilità”¹⁸). L’“immobilità” del ruolo del garante della prima ipotesi viene in seguito quindi messa di fronte, più giustamente, allo svolgimento di quel fatto e alla percezione che lo stesso garante aveva della situazione in essere, con quella e con il suo svolgimento essendo chiamato a interagire (proprio in considerazione della sua posizione di garanzia).

E quindi è del grado di prevedibilità, e successivamente di prevenibilità, che si dovrà parlare nell’ambito della definizione del perimetro delle responsabilità del titolare della posizione di garanzia (e qui si approfitta per ricordare che la garanzia è contemporaneamente in capo ai diversi membri della équipe, con intensità e perimetro differenti a seconda dell’entità della responsabilità che il ruolo professionale, organizzativo e gerarchico, e quindi le funzioni, attribuiscono). Ci si domanda quindi: è possibile accettare una quota di rischio nella gestione del paziente (soprattutto già reo), rischio cui per altro già la psichiatria riformata ci obbliga in quanto spogliata delle finalità e prassi custodialistiche ed espressione del diritto, per tutti i pazienti, di avere accesso ai diritti fondamentali di libertà, autodeterminazione, autonomia, garantiti dalla Costituzione, dai diversi aspetti del diritto e delle normative specifiche? Ma ancora: questo margine di rischio, è condiviso e accettato dagli interlocutori sociali, quali gli altri cittadini, i parenti, le istituzioni pubbliche, i tribunali? Solo in caso di risposta affermativa è possibile per la psichiatria lavorare nel rispetto degli spazi, dei desideri e dei principi di autonomia e di autodeterminazione dei pazienti, permettendo loro di avere, per quanto possibile, una libera partecipazione al percorso di cura. La psichiatria, come già detto, è anche dalla giurisprudenza definita disciplina medica dai confini più labili e incerti, con capacità prognostiche deboli e imprecise anche per il ben conosciuto problema dell’imprevedibilità dei comportamenti in talune sindromi psichiatriche («La prevedibilità...deve basarsi su fatti conoscibili e concreti che determinino con chiarezza il generarsi di un altrettanto concreto rischio»¹⁹). Se tale alea di indeterminatezza può arrivare a ridurre la forza dell’impatto della giurisprudenza penale, determina però fatalmente un aumento dell’ampiezza dei limiti del rischio che ci si deve assumere per garantire al paziente il diritto alla cura fondata sui generali criteri etici già sopra richiamati. Rischio anche determinato dall’imprevedibilità se il soggetto metterà in atto o meno comportamenti aggressivi e violenti pericolosi per l’incolumità delle altre persone. Tale rischio, alla fine, diviene oltretutto ineliminabile.

Vi è anche, poi, un rischio eludibile legato alla corretta valutazione dei fatti, come si sono succeduti e se sussistono nessi di causa. A ogni modo, può essere possibile raggiungere un punto di equilibrio tra esigenze del paziente e istanze contemporaneamente della professione medica e della collettività

¹⁸ Trib. Milano, Sentenza n. 2503/2017.

¹⁹ A. Amatulli et al., *La Psichiatria: confrontiamoci con indagini, procedimenti e sentenze*, In AA.VV., *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, a cura di G. Dodaro, Franco Angeli, Milano, 2011.

definendo il perimetro dei rischi attraverso la individuazione delle corrette regole cautelari. In altre parole, l'individuazione del campo specifico della posizione di garanzia e delle più adeguate azioni d'impedimento e protezione trovano il punto di sintesi di differenti e anche contrapposte esigenze. La posizione di garanzia dell'operatore della salute mentale implica tutto questo: una estrema, difficile sintesi tra differenti istanze, bisogni diversi e azioni obbligate. Un esempio di tale impervio percorso di sintesi è il seguente passaggio di una sentenza della Cassazione Penale in tema di prevedibilità (si parla di infermieri): «Nel caso in esame due erano le questioni sottoposte al vaglio della corte territoriale: se in base ad un giudizio ex ante il fatto fosse prevedibile ed evitabile e se sarebbe stato evitato con un comportamento più vigile e diligente degli infermieri del turno notturno. La corte afferma che non è mai stato contestato agli imputati di avere agito con imperizia, non essendo tenuti ad una diagnosi che è estranea alla loro competenza, ma di avere agito con negligenza, perché se è vero che l'insorgenza della psicosi acuta dissociativa è improvvisa la imprevedibilità di tale stato riguarda le persone sane, non i soggetti affetti da disturbi di tipo psichico, che palesano irrequietezza. L'evoluzione in tal senso è sempre ipotizzabile e persone che versano in tali condizioni vanno tenute sotto vigilanza».²⁰

7. Quali collegamenti pratici tra posizione di garanzia e responsabilità dell'operatore?

Naturalmente la sussistenza di una posizione di garanzia in capo all'operatore psichiatrico non determina l'automatica attribuzione di responsabilità colposa nel caso di fatti lesivi dei beni giuridici dell'affidato. Sarà necessaria una corretta ricostruzione degli eventi e della loro successione fino all'esito del fatto lesivo, per poi accertare che tipo di violazione, da parte del garante, sarebbe avvenuta e in relazione a quale regola cautelare non rispettata (colpa specifica - cioè radicata nell'inosservanza di una regola cautelare prevista da una fonte scritta, come leggi, regolamenti, ordini e discipline - o colpa generica - e quindi imperizia, imprudenza, negligenza). Poi si passerà ad analizzare la prevedibilità e la prevenibilità dell'evento dannoso che la regola violata mirava appunto a impedire e, infine, dovrà essere dimostrato il nesso causale tra condotta necessitata, e non messa in atto dal garante, ed evento dannoso (art. 40 c.p.). In ambito penalistico, l'accertamento del nesso causale tra azione (più raramente in ambito psichiatrico) od omissione ed evento lesivo è condotta tramite una valutazione ex ante, in relazione al caso concreto e alle sue caratteristiche, per la quale se la condotta necessitata fosse stata esperita, con l'insieme di considerazioni di carattere probabilistico ma anche scientifico (a maggior forza della difesa – Sentenza «Franzese»²¹) quel danno come è avvenuto non sarebbe avvenuto, o lo sarebbe stato ma con entità o tempistica differenti. L'attribuzione di colpa, quindi, nei confronti del soggetto garante avverrà solamente

²⁰ Cass. Pen., IV, Sentenza n. 8611/2008.

²¹ Cass., SSUU, Sentenza n. 30328/2002.

al termine di questi percorsi logici e deterministici il cui allentamento, per altro, potrebbe causare ascrizioni improprie di responsabilità per eventi a cura dei pazienti²². In generale, al sanitario è attribuito un obbligo di mezzi e non un obbligo di risultato. Mettere in atto le corrette condotte cautelari in generale esclude la punibilità.²³ Anche se, almeno in sede civile, la netta distinzione tra i due obblighi può farsi meno evidente, un punto intermedio di un processo di cura, di una valutazione o di un complesso esame diagnostico potendosi intendere legittimamente come un risultato da conseguirsi.

8. Posizione di garanzia, libertà delle persone e rischio consentito

Trattando il tema della garanzia, emerge la dilemmatica condizione del professionista della salute mentale di fronte al concetto di libertà dell'individuo. In senso stretto, non meramente suggestivo, la libertà non è (di per sé stessa) terapeutica, bensì è contemporaneamente, nella psichiatria riformata, fine («la psichiatria è la scienza medica che studia la perdita della libertà dell'uomo malato, e che si preoccupa di fargliela riavere»²⁴) e mezzo, e sempre nella misura delle capacità del soggetto. La psichiatria riformata implica il mandato di preservare il più possibile il perimetro di libertà del paziente e delle sue scelte, nell'ambito del principio etico dell'autonomia (oltre a quello di beneficiabilità) e dell'autodeterminazione, e questa attenzione non può tradursi che in un processo continuo portato avanti tra abilitazione e salvaguardia, appunto tra interventi permissivi e di protezione. Di fatto, il generale orientamento della giurisprudenza va in questa direzione, ispirato alla tutela dei diritti fondamentali della persona, per cui, concordemente con la giurisprudenza costituzionale in tema di misure di sicurezza per infermi di mente, la legittimità di un sistema di controllo si misurerà «sulla base delle capacità di temperare in maniera flessibile finalità di cura e di controllo, in un equilibrato bilanciamento in cui la condizione di “malato” non venga interamente assorbita dalle esigenze di sicurezza»²⁵. La libertà del paziente, che lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica ammonisce non debba essere la sottrazione al paziente delle conoscenze e del patrimonio del sapere medico in un'illusoria e pericolosa libertà fine a sé stessa²⁶, deve consistere nel rispetto del libero consenso e dell'autodeterminazione della persona curata. Ma quando succede poi che al curante sia presentato il conto di eventi di danno subiti dal paziente o determinati nei confronti di terzi? Come conciliare il dovere del rispetto dei differenti gradi di autonomia con la responsabilità di non

²² G. Dodaro, *Modelli di intervento sanitario e posizione di garanzia sul “reo folle” dopo la legge 9/2012 tra custodia e promozione dei diritti del paziente*, Atti della Conferenza nazionale di CGIL – Funzione pubblica, Milano, 2014

²³ Per dirla con C. Cupelli, «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 tutto ciò che è nei poteri del medico rientra nei suoi doveri, segnati dalle regole di diligenza medica» cit., 16.

²⁴ G. Reda, *Psichiatria e libertà*, Riv. Psich., X, 4, 301, ora in AA.VV., *C'era una volta la psichiatria*, a cura di G. Reda, Scritti scelti, Milano, 2002.

²⁵ 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 suicidari*, cit., 29.

²⁶ Comitato Nazionale di Bioetica (Parere), *Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici*, 2000.

danneggiare il paziente, posto, ulteriormente, che lo stesso possa manifestare anche importanti limiti di consapevolezza della malattia stessa? E quanto di più nel caso di pazienti autori di reato?

Ancora una volta ci soccorrono la dottrina e la giurisprudenza, delineando, come detto, dei profili di responsabilità sui doveri di cura e di garanzia: fare quello che si deve fare, quando e come si deve fare, mettere in atto azioni di cautela per preservare i beni giuridicamente rilevanti dell'assistito e, infine, ancor più alla luce della recente legge sulla responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, attenersi alle *leges artis*, articolate nelle linee guida professionali e nelle buone pratiche cliniche da applicarsi al caso concreto. La dimostrazione di un corretto adempimento di mezzi contribuisce a delineare il confine tra il lecito e l'illecito. E la posizione di garanzia, in fondo, altro non è che la sussistenza degli obblighi sopra definiti.

Per non arrivare, però, a dovere dimostrare il corretto comportamento professionale di fronte a fatti di danno per il paziente, o da lui causati, per evitare di essere puoi accusati di “non avere fatto abbastanza” o di “avere fatto troppo” (mancato TSO per comportamenti etero aggressivi o TSO al di fuori di esigenze terapeutiche, ad esempio)²⁷, appare utile prendere in considerazione la valutazione del (massimo) rischio consentito. Che l'assunzione del (e l'esposizione del paziente al) rischio sia il punto di partenza imprescindibile della cura delle persone nell'era della psichiatria riformata va da sé, più difficile è concordare con tutti gli interessi in gioco. Se la posizione di garanzia assunta dallo psichiatra si articola nella «contemporanea presenza di vincoli protettivi e pretese di controllo», dovrà confrontarsi con la complessità delle singole situazioni rischiose da governare: «tra il perimetro della posizione di garanzia e il rischio consentito esiste uno stretto collegamento» (Cassazione Penale, Sentenza n. 43476/2017). Proprio l'esigenza di contrastare questo rischio individua e circoscrive le regole cautelari sul versante della responsabilità (colposa). In pratica, il giudice dovrà eventualmente verificare, poi, l'adeguatezza delle pratiche terapeutiche messe in atto dal medico al fine di governare e limitare il rischio specifico, il cui perimetro (di accettabilità) viene appunto valutato e affrontato alle azioni cautelari che, per governarlo, erano state poste in essere.

L'incertezza, quindi, è il terreno nel quale lo psichiatra deve agire, garantendo contemporaneamente la realizzazione dei progetti di cura e di vita del paziente affidato e la garanzia di adeguati e variabili livelli di protezione e di controllo.

Infine, potrà essere utile approfondire il testo della recente legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento (L. 219/2017), dove viene stabilito per legge scritta il primato del consenso della persona rispetto ai trattamenti sanitari che può ricevere. Prendendo in considerazione i pazienti psichiatrici, si può aprire un ambito di dibattito sull'effettivo perimetro della posizione di garanzia rispetto ai pazienti capaci (la maggioranza, giuridicamente parlando), dilemmatico per gli stessi nella

²⁷ C. Cupelli, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, cit., 346.

misura in cui si avviassero percorsi di de-responsabilizzazione “a norma di legge” e cavalcati dall’interessato in nome di velleità libertarie finalizzate, di fatto, al rifiuto della cura (e talvolta sostenuto in modo irresponsabile da terzi). Ci si può trovare a respingere accuse di accanimento in nome di indeterminati e, ancora una volta, irresponsabili richiami a generiche istanze di libertà. Aprendo così a possibili dubbi relativamente a dove arrivi la responsabilità dello psichiatra il quale ha, comunque, gli obblighi impeditivi e protettivi discendenti dalla posizione di garanzia. In linea generale, si dovrà comunque tenere presente e rispettare nel grado maggiore possibile la volontà del paziente capace, e riconoscerne i gradi di consenso (con buona pace delle istanze che, anche in buona fede, premono sugli operatori psichiatrici per minimizzare i rischi o semplificare le complessità).

9. Doveri di agire e modalità di agire

Dopo avere affrontato aspetti generali della tematica, ed elementi più specifici legati alla definizione degli ambiti di responsabilità, è utile accennare a quali interventi è obbligata la posizione di garanzia dei sanitari e quali, al contrario, non permette. La legge non prescrive individuati interventi di protezione o di controllo del paziente, non entra nel merito di contenuti che sono nell’ambito dello specifico del sapere medico, anche di fronte a situazioni o comportamenti “estremi” (comportamenti suicidari, aggressività importante verso terzi). Ma si limita a richiamare gli obblighi legati alla garanzia, per ottemperare ai quali esiste il criterio scientifico e tecnico del medico, a patto che abbia adeguati e utilizzabili strumenti d’impedimento (la cui sussistenza sarà poi eventuale oggetto d’esame, possibilmente ex ante, e cioè a condizioni precedenti date e conoscibili). Sarà quindi lo psichiatra a intervenire “in quel dato modo” per impedire eventi di danno che possono essere impediti, con le valutazioni del caso concreto. Ciò che, invece, è chiaramente definito è che ogni intervento, concepito per affrontare anche le situazioni più pericolose, deve essere permesso dalla legge. Sarà a discrezione del medico e nella sua libertà (scienza e coscienza) impedire una uscita dal reparto in un dato momento a un paziente depresso, anche durante un ricovero volontario, così come per ottemperare ai doveri (e obblighi) di cura è lecito anche esercitare una *brevis et modica vis*²⁸. Ma di fronte, in condizioni di ricovero in SPDC, a comportamenti anche gravemente aggressivi e pericolosi non è lecito limitare attivamente la libertà personale del paziente ad esempio attraverso mezzi di contenzione meccanica. Qui, appunto, la giurisprudenza è ormai chiara nel rifiutare l’ombrello di legittimità fornito dalla posizione di garanzia. La quale sì, obbliga a preservare l’incolumità del paziente e di terzi eventuali, ma non prescrive interventi “tipici”, solo non rende legittimi interventi *contra legem*. Tale è la pratica della contenzione meccanica, per la doppia riserva, di legge e di

²⁸ Cass. Pen., Sez. IV, Sentenza 119/1998

giurisdizione, ex art. 13 della Costituzione (libertà personale²⁹). Il personale sanitario, di fronte a comportamenti gravemente aggressivi e pericolosi del paziente ricoverato, non sarà però punibile se l'intervento di salvaguardia della contenzione meccanica risulterà l'unico possibile per salvare il paziente o terzi aggrediti ("necessità di salvataggio") e, in generale, rispetterà i termini dettati dallo stato di necessità di temporalità e proporzionalità.³⁰

10. Conclusioni

«Se gli uomini considerano reali certe situazioni, essere saranno reali nelle loro conseguenze», recita quello che è conosciuto come "il teorema di Thomas"³¹, precisamente il sociologo William Thomas, che ciò teorizzò nel 1928. Se si considera la malattia mentale come fonte di pericolo, se l'intervento della magistratura viene vissuto come una intrusione pericolosa e se la società ritiene che la psichiatria svolga o debba svolgere un ruolo sociale di controllo, allora è possibile che si risponda al disagio mentale con la coercizione, che non si cerchi un linguaggio comune con la stessa magistratura e, infine, che si percorrano politiche sanitarie e sociali restrittive e difensive. La responsabilità di cura, invece, richiede conoscenza, visione ed equilibrio, per intervenire nel disagio altrui e per prevedere ciò che si dovrà evitare. La posizione di garanzia dell'operatore psichiatrico implica doveri protettivi e impeditivi ma non limita, non deve limitare, il perimetro della libertà possibile dell'individuo. Discende, nella pratica, da "ciò che si deve fare il quel momento per quella data situazione" ed è, per la giurisprudenza, un concetto astratto. Sarà quindi importante conoscerne il significato, la portata e i limiti, e sicuramente l'esistenza. Sarebbe comunque poco concepibile curare una persona non discendendone alcuna responsabilità: il problema è tracciarne i limiti e conoscerne il fondamento e poi il contenuto. Detto in altre parole, dovuto l'utilizzo di strumenti di intervento per ottemperare ai doveri di protezione e di controllo, l'aspetto fondante diventa quali di questi strumenti l'operatore è legittimato a utilizzare. Così, ci si sposta sul sapere medico, tecnico scientifico, rispetto al quale la magistratura non si esprime, e qui si gioca il tema della responsabilità dell'operatore psichiatrico, al di là dell'interpretazione delle norme. È il campo della conoscenza tecnico-sanitaria, il sapere della scienza psichiatrica, di modo che nelle singole situazioni siano

²⁹ Art. 13 Cost., cit.

³⁰ Art. 54 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo».

³¹ L'affermazione è contenuta in W. I. Thomas e F. Znaniecki, *The polish peasant in Europe and America*, University of Chicago, Chicago-Boston, 1818-1920, vol. I-IV, (trad. it., *il contadino polacco in Europa e in America*, Edizioni di Comunità, Milano, 1968).

intraprese le giuste azioni di intervento, caratterizzate da buona pratica professionale e da consolidate basi scientifiche. E si arriva alla buona e corretta pratica clinica, all'adesione critica alle linee guida³², che nella maggioranza dei casi è un valido argine nei confronti di ingerenze giudiziarie. Restano, sicuramente, situazioni di eccezionalità, che ingaggiano profondamente i servizi ed espongono gli operatori psichiatrici: si pensi, tra le altre cose, a come il comportamento degli individui sia influenzato da aspetti personologici o relazionali, quanto le terapie, ancorchè corrette, possano non incidere, o incidere in modo insufficiente sui comportamenti, quanto interventi impeditivi o limitativi debbano comunque essere temporanei, pena perdere le finalità terapeutiche e divenire (illecite o inappropriate) limitazioni della libertà dell'individuo, e, infine, quanto dette misure impeditive possano prevenire solo nel breve termine comportamenti illeciti e pericolosi, che possono presentarsi all'improvviso al termine della loro applicazione.

Insomma, certamente è utile conoscere i fondamenti giuridici della posizione di garanzia, utilizzare le buone pratiche cliniche e le corrette *leges artis*, conoscere le norme etiche e giuridiche che intrecciano e intersecano l'operare della psichiatria e, infine, accettare la quota di rischio implicita nella cura psichiatrica post manicomiale. Piuttosto, una psichiatria civile riuscirebbe a condividere tale rischiosità con la collettività intera. Nel frattempo, a modesto parere di chi scrive, la magistratura lo sta già in parte facendo, sentenze (la maggioranza) alla mano.³³

³² S. Borghetti, A. Erlicher, *Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l'operatore in bilico tra filo d'Arianna e richiamo del pifferaio magico*, in AA. VV., *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, a cura di G. Dodaro, Franco Angeli, Milano, 2011, 149 ss.

³³ G. Dodaro, *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza penale (1978-2010)*, in AA. VV., *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, Franco Angeli, Milano, 2011, 33 ss.