

Simona Cacace

**IL MEDICO E LA CONTENZIONE:
ASPETTI RISARCITORI E PROBLEMI
D'AUTODETERMINAZIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

IL MEDICO E LA CONTENZIONE: ASPETTI RISARCITORI E PROBLEMI D'AUTODETERMINAZIONE

PHYSICIAN AND PHYSICAL RESTRAINT: COMPENSATORY ASPECTS AND SELF-DETERMINATION ISSUES

Simona Cacace *

Parole chiave: contenzione fisica, autodeterminazione, risarcimento del danno.

Key words: physical restraint, self-determination, damages.

SOMMARIO:

1. Il rifiuto del trattamento sanitario salva-vita: dall'emotrasfusione allo sciopero della fame; 2. La capacità del paziente dissenziente: costrizioni e condizionamenti; 3. Misure contenitive e rilevanza del consenso: fra TSO e stato di necessità; 4. Una contenzione 'diligente'; 5. Il risarcimento del danno da contenzione.

1. Il rifiuto del trattamento sanitario salva-vita: dall'emotrasfusione allo sciopero della fame.

Quando il medico viola il dissenso opposto dal paziente ad un determinato trattamento sanitario, di norma – secondo la casistica giurisprudenziale – il soggetto interessato non è più cosciente né in grado di rafforzare il proprio diniego. Può però altresì accadere che gli operatori sanitari ritengano di procedere nonostante la resistenza verbale e fisica dell'ammalato, il quale, in condizioni di piena capacità d'intendere e di volere, rifiuta la cura proposta ed, infine, imposta. In quest'ultima ipotesi, l'illegittimità della condotta medica si misura anche sulla scorta delle modalità impiegate, laddove l'utilizzo di mezzi di contenzione conduce a più gravi conseguenze sia in punto di diritto penale, con l'integrazione di specifiche fattispecie criminose, sia sotto il profilo civilistico e risarcitorio, dinanzi ad una violazione più profonda, se possibile, dei diritti costituzionali

* Ricamatore di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, via San Faustino, 41 – 25122 Brescia. E-mail: cacacejus.unibs.it.

così coinvolti ¹⁾. Il caso, tristemente noto ²⁾, dal quale queste considerazioni vogliono prendere le mosse è quello del paziente, ministro del culto dei Testimoni di Geova, il quale, affetto da neoplasia gastrica maligna ed in preda ad una violenta ed inarrestabile emorragia, rifiuta (anche per iscritto) l'emotrasfusione, unica garanzia, nell'immediato, di sopravvivenza, nonché strumentale all'esecuzione, in un secondo momento, dell'operazione dalla patologia richiesta. Dubbio alcuno attorno all'autenticità della volontà espressa: il paziente, infatti, ha prescelto quella struttura sanitaria proprio a séguito delle rassicurazioni offertegli in ordine al rispetto dei suoi convincimenti religiosi, mentre la perizia psichiatrica cui viene sottoposto esclude in ogni modo una condizione d'incapacità o di malattia mentale; del resto, egli rifiuta altresì l'autodimissione, al contempo richiedendo di essere in altra maniera curato. Al terzo giorno di ricovero, i medici procedono all'emotrasfusione: i familiari sono allontanati dalla stanza d'ospedale tramite l'intervento della forza pubblica; l'ammalato, onde vincerne l'estrema resistenza fisica, viene legato al letto, immobilizzato con appositi bracciali. Il paziente è in stato di gravissima agitazione psicomotoria e si oppone a gran voce alla sopraffazione di cui è vittima: in preda ad un crescente stato di stress, muore, infine, per arresto cardiaco. L'esame autoptico rileva la presenza, all'altezza dei polsi, di ecchimosi provocate dai legacci utilizzati.

Il procedimento penale viene archiviato ³⁾: « il conflitto di interessi etico giuridici implicati » esclude la qualificazione penale della condotta medica (benché concausa del decesso); la volontà individuale, infatti, incontrerebbe pur sempre un « argine naturale » nel principio d'indisponibilità del proprio corpo *ex art. 5 c.c.*, dinanzi ad un quadro fattuale, peraltro, ampiamente coerente con lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. In sede civile – oggetto qui di precipuo interesse – le due sentenze che in meno di tre anni si susseguono si attestano, al contrario, su posizioni ben diverse, seppur con rilevanti difformità in primo grado rispetto al secondo. In particolare, il Tribunale ambrosiano ⁴⁾ riconduce il comportamento così descritto nell'alveo della posizione di garanzia che l'ordinamento riconosce al medico nei confronti dei pazienti in cura: questi ultimi, inoltre, non potrebbero condizionare tale ruolo di « protezione » né interferire con esso,

1) Cfr. C. BRIGNONE, *Punti fermi, questioni aperte e dilemmi in tema di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 1311.

2) Trib. Milano, sez. V civ., 16 dicembre 2008, n. 14883, in *Corr. mer.*, 2009, p. 493, con commento di V. BUSI, *"Sangue o no sangue?", questo è il problema... dei medici*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 639, con commento di G. CRICENTI, *Il rifiuto delle trasfusioni e l'autonomia del paziente*, e App. Milano, sez. I civ., 19 agosto 2011, n. 2359, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1046, con commento di S. FUCCI, *Urgenza terapeutica, libertà del paziente di rifiutare anche un trattamento proposto come salvavita e responsabilità professionale*, e in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 185, con nota di L. GHIDONI, *Il trattamento sanitario tra protezione della personalità e imposizione di valori etici*.

3) Il GIP presso la Pretura Circondariale di Milano, su conforme richiesta del Pubblico Ministero, dispone l'archiviazione del procedimento con provvedimento del 17 giugno 1998: cfr. A. SANTOSUOSSO, *Di una triste trasfusione ematica a Milano/1. Le parole e le cose: a proposito di « violenza etica » su un paziente*, e M. BARNI, *Di una triste trasfusione ematica a Milano/2. Sopraffazione e morte di un uomo per violenza terapeutica*, entrambi in *Bioetica*, 2000, pp. 454 ss. e pp. 461 ss. Per una dettagliata ed esaustiva trattazione del caso, v. M. BILANCETTI, *Il consenso informato: prospettive nuove di responsabilità medica*, in G. VETTORI (a cura di), *Il danno risarcibile*, vol. II, CEDAM, Padova, 2004, pp. 1056 ss.

4) Trib. Milano, sez. V civ., 16 dicembre 2008, n. 14883, cit.

pena la riduzione del sanitario a « mero registratore ed esecutore di volontà » e altrui scelte; in questo senso, infine, l'alleanza terapeutica imporrebbe l'affidamento dell'ammalato alla professionalità e alla competenza dello specialista, nonché « il riconoscimento dei rispettivi ruoli ». In definitiva, il « pieno diritto di rifiutare interventi indesiderati o contrari » alle proprie convinzioni religiose è condizionato alla risoluzione del contratto e all'abbandono della struttura ospedaliera: se, per contro, la volontà è quella di farsi curare e, se possibile, di guarire e di essere salvato, allora le terapie non potranno ritenersi soggette al discrezionale consenso dell'interessato. Nondimeno, benché la decisione dei medici di procedere con l'emotrasfusione sia da considerarsi, in questo senso, pienamente legittima, la condotta conseguentemente adottata avrebbe dovuto improntarsi a proporzionalità e adeguatezza rispetto allo scopo perseguito. Infatti, è escluso che la posizione di garanzia e l'obbligo contrattuale di adempimento della prestazione sanitaria possano in qualche modo spingersi sino a travalicare i fondamentali diritti di ogni essere umano, quali la libertà, la dignità e la solidarietà, il cui sacrosanto rispetto deve costituire il *leit-motif* di qualsivoglia comportamento sociale – tanto più di quello medico. Peraltro, la brutalità dell'operato sopra descritto fortissimamente stride non solo con lo stesso primo articolo della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, per il quale « la tutela della salute psichica e fisica » avviene di necessità nel rispetto della libertà e dignità individuali ⁵⁾, ma altresì con il secondo comma dell'art. 32 Cost., laddove sancisce il principio generale di volontaria sottoposizione ai trattamenti sanitari, passibile d'eccezioni solo per disposizione di legge e, comunque, sempre all'insegna del rispetto della persona umana (garanzia formale, l'una, sostanziale, l'altra).

Il risarcimento del danno disposto in primo grado è irrisorio. 12.000 euro per il paziente, a riparazione del pregiudizio biologico e morale sofferti, poiché le modalità con cui l'emotrasfusione è stata condotta hanno sia anticipato il decesso, seppur di poche ore, sia annientato la dignità stessa del morire, che viene altresì garantita dalla vicinanza e dal conforto dei propri cari, nonché dalla consapevolezza di aver vissuto sino all'estremo coerentemente con i convincimenti di tutta una vita. Alla moglie, invece, vengono liquidati 8.000 euro, perché privata della possibilità di accompagnare il coniuge sino alla fine e perché costretta ad assistere, in un momento già di grandissima sofferenza e preoccupazione, all'umiliazione e alla prevaricazione inflitta al marito, condannato a morire solo, e a tutta la sua famiglia.

La Corte d'Appello ⁶⁾ si determina in tutt'altra maniera; il malaugurato utilizzo della contenzione diviene problema di second'ordine: senz'altro rilevante ai fini dell'individuazione del *quantum* risarcitorio, ma non elemento decisivo per affermare l'illegittimità della condotta (ovvero l'*an* della liquidazione). L'emotrasfusione, infatti, non è annove-

5) L. 23 dicembre 1978, n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*, pubblicata in *G.U.* 28 dicembre 1978, n. 360.

6) App. Milano, sez. I civ., 19 agosto 2011, n. 2359, cit.

rata fra i trattamenti sanitari obbligatori; d'altra parte, seppure il Parlamento emanasse una legge in tal senso, questa sarebbe inficiata da innumerevoli profili d'incostituzionalità⁷⁾, poiché in contraddizione, *in primis*, con il principio secondo il quale il requisito della volontarietà può essere ignorato e violato solo a fronte di un bilanciamento con il benessere dell'intera collettività, ovvero in ragione dell'accertata incapacità del paziente a provvedere alla propria personale salute. Quest'ultima, peraltro, non esiste quale nozione superiore ed estranea rispetto all'individuale percezione dell'interessato, secondo un'eteronoma scala e gerarchia di valori; il bene della salute e della stessa vita sono forgiati, infatti, dall'identità personale e dall'autodeterminazione che ne consegue, la quale altresì racchiude e custodisce la libertà religiosa e di coscienza⁸⁾. In particolare, inoltre, il diritto di decidere riguardo alle proprie cure deve intendersi in senso anche e soprattutto *negativo*, ovvero di poter rifiutare un trattamento senza esser costretti, per far valere tale volontà, a firmare le proprie dimissioni: altrimenti ragionando, invero, l'autodeterminazione opererebbe solo al di fuori del rapporto sanitario. Il malinteso, peraltro, consiste nell'idea stessa che i medici nutrono riguardo alla loro posizione di garanzia: la protezione da costoro esercitata nei confronti degli ammalati, infatti, trova conforto nella Carta costituzionale, alla cui luce si devono leggere ed interpretare tutte le norme subordinate (e non viceversa), anche di matrice codicistica, nonché, naturalmente, nella volontà del paziente, la quale delimita e connota l'operatività e la natura dell'assistenza sanitaria.

In questo medesimo senso, del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sancito il diritto del paziente Testimone di Geova a veder rispettato il proprio rifiuto⁹⁾, dal momento che « la capacità di condurre la propria vita secondo le proprie scelte » comprende altresì la possibilità di « svolgere attività percepite come fisicamente dannose oppure pericolose »: la tutela della vita privata e della libertà di manifestare una religione s'impone, infatti, quale prioritaria rispetto al potere e all'esigenza statuale di « proteggere le persone dalle conseguenze infauste dello stile di vita » da loro prescelto. Orbene, a seguito della violazione di questo diritto a dissentire, la Corte d'Appello di Milano quantifica il danno sofferto dal paziente in euro 300.000, a causa della contestuale mortificazione della dignità, identità e libertà personale e religiosa, mentre gli originari 8.000 euro accordati alla moglie divengono 100.000 e comprendono altresì il danno

7) F. MANTOVANI, *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, Trento, 1992, p. 63. V. anche A. PITINO, *Salus del corpo o Salus dello spirito? Il rifiuto dei trattamenti sanitari per motivi religiosi*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, ESI, Napoli, 2012, p. 255.

8) A questo riguardo, cfr. E. ROSSI, A. DI CARLO, *Che cosa intendiamo per "salute"? La prospettiva del costituzionalista*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla "vita buona" nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Ed. Plus, Pisa, 2011, p. 9 ss.

9) CEDU, sez. I, 10 giugno 2010, n. 302/02, *Testimoni di Geova di Russia c. Mosca*. Cfr. *l'exkursus* giurisprudenziale di R. MATTARELLI, *L'evoluzione della responsabilità da trasfusioni coatte. Profili del risarcimento*, in *Danno resp.*, 2011, p. 436, nonché A. SANTOSUOSSO, F. FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni fra libertà e necessità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 38.

morale da reato (nella specie, si tratterebbe « quantomeno » di violenza privata e sequestro di persona).

Diceva Schopenhauer che, « in tesi generale, i nove decimi della nostra felicità riposano esclusivamente sulla salute »¹⁰⁾; si potrebbe altresì aggiungere e specificare: sull'*idea* (e sulla possibilità di veder onorata questa *idea*) che ciascuno si fa della propria salute. Del resto, mai come in questo caso il dissenso opposto può dirsi autentico, consapevole, attuale ed informato¹¹⁾, laddove è il titolare dei beni in gioco (salute/autodeterminazione) l'unico a poter effettuare il bilanciamento finale, in assenza di qualsivoglia lesione a danno di altrui diritti o valori: *mutatis mutandis*, si è da ultimo affermato¹²⁾ che, « nello sciopero della fame, la libertà di scelta, per essere libera, deve essere informata, vale a dire forgiarsi solo sulla scorta di una corretta ed esaustiva informazione da parte del medico ». Di conseguenza, dinanzi al paziente/detenuto che, nonostante un importante suo stato di denutrizione, rifiuti di alimentarsi e d'idratarsi (quale estrema forma di protesta onde far valere le proprie ragioni), i sanitari devono comunicare all'ammalato i dettagli delle condizioni di salute in cui versa e la « prognosi a breve inevitabilmente infausta », laddove egli persistesse nei suoi propositi¹³⁾.

10) A. SCHOPENHAUER, *Aforismi sulla saggezza nella vita*, trad. O.D. CHILESOTTI, Fratelli Dumolard, Milano, 1885, p. 14.

11) « Esso deve, cioè, esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una "precomprensione": in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto *ex post* e non *ex ante*, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute »: v. Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1671, con commento di F. FORTE, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*; in *Giur. it.*, 2009, p. 1126, con nota di G. PELLEGRINO, *Il rifiuto delle trasfusioni da parte dei testimoni di Geova: tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, p. 1400, con nota di P. VALORE, *Il dissenso al trattamento terapeutico*, e p. 1661, con nota di M. PETRI, *Preventivo rifiuto alla emotrasfusione e carattere in equivoco della manifestazione*; in *Studium iuris*, 2009, p. 450, con commento di A. SCALERA, *Rifiuto di trasfusione salvavita*; in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 58, con commento di R. MASONI, *I testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 585 e p. 2112, con note rispettivamente di G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, e di G.E. POLIZZI, *"È vietato mangiare sangue": il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*; in questa *Rivista*, 2009, p. 210, con commento di M. BARNI, *Sul rifiuto del sangue, un compromesso onorevole*, e p. 213, con commento di A.L. SANTUNIONE, E. SILINGARDI, *Il rifiuto anticipato dei trattamenti trasfusionali: la Cassazione civile ancora in bilico tra un passato che non passa ed un futuro ipotetico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 175, con nota di G. CRICENTI, *Il cosiddetto dissenso informato*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 126, con nota di M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, e in *Foro it.*, 2009, I, c. 36, con commento di G. CASABURI, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari "salvavita"*.

12) Si tratta della perizia disposta dalla terza sezione della Corte d'assise di Roma al fine di determinare le cause della morte di Stefano Cucchi, avvenuta il 21 ottobre del 2009 nel reparto giudiziario dell'ospedale Sandro Pertini di Roma, a pochi giorni dal suo arresto: cfr. www.lastampa.it, notizia del 13 dicembre 2012. Il processo penale perciò avviato vede imputati sei medici, tre infermieri e tre agenti della polizia penitenziaria: la colpa è quella di aver sottovalutato le condizioni di salute dell'ammalato e di non averne disposto il trasferimento in un reparto di terapia intensiva, cagionandone la morte per inanizione.

13) Cfr. l'art. 53 del Codice deontologico dei Medici-Chirurghi e degli Odontoiatri: « Quando una persona rifiuta volontariamente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle gravi conseguenze che un digiuno protratto può comportare sulle sue condizioni di salute. Se la persona è consapevole delle possibili conseguenze

2. La capacità del paziente dissenziente: costrizioni e condizionamenti.

Se il nodo da sciogliere è il dissenso del paziente, il primo quesito è proprio quello della sua capacità, quale grimaldello per arginare o negare il naturale dispiegarsi dell'autodeterminazione individuale, della libertà personale e d'espressione. In questo senso, infatti, per richiamare le fattispecie sopra trattate, il dissenso del Testimone di Geova o di colui che rifiuta di alimentarsi e di assumere liquidi è stato talvolta messo in discussione a causa, per esempio, di uno stato di shock ipovolemico ovvero in ragione dell'estremo condizionamento esercitato sul paziente dalla cerchia dei suoi congiunti e compagni di fede ¹⁴⁾, nonché in conseguenza della condizione somato-psichica propria dello stadio terminale del digiuno, ove sarebbe quest'ultimo, infine, « a prendere la mano del digiunatore » ¹⁵⁾. A tale proposito, però, è utile qualche precisazione ¹⁶⁾: la volontà dell'ammalato può ritenersi viziata, infatti, solo laddove condizionata da una pregressa o sopravvenuta patologia mentale e viene (doverosamente) superata, infine, con lo strumento del trattamento sanitario obbligatorio *ex art.* 34 della l. n. 833/1978; il problema successivo, allora, sarà proprio quello delle modalità di coercizione, dai sanitari predisposte. Al contrario, se, proprio a séguito di una decisione libera ed informata, il paziente soffre di una progressiva diminuzione, per deperimento fisio-psichico, della capacità ovvero cade in uno stato di completa incoscienza, è lecito presumere che egli abbia altresì ragionevolmente previsto, perché consapevole delle conseguenze estreme della propria deliberazione, la sua successiva perdita di consapevolezza: il medico, quindi, non può ritenersi autorizzato ad intervenire. È il caso, per intendersi, del rifiuto opposto da Piergiorgio Welby alla continuazione della terapia di ventilazione assistita, che non poteva certo considerarsi vanificato dalla susseguente sua perdita di conoscenza: ai fini dell'*attualità* della volontà, infatti, non rileva la perfetta coincidenza temporale fra cessazione dello stato di coscienza e morte naturale per il distacco della macchina, bensì « la prevedibilità dell'evento, ovvero se il paziente permanga nella sua decisione, pur sapendo quello a cui

della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della medesima, pur continuando ad assisterla ».

14) Pret. Modica, ordinanza del 13 agosto 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 918, e in *Foro it.*, 1991, I, c. 271. Problematrice simili può presentare il rifiuto del taglio cesareo opposto dalle donne musulmane: v. P. FUNGHI, F. GIUNTA (a cura di), *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, Ed. ETS, Pisa, 2005, pp. 96 ss., ove « non è tanto l'autonomia individuale che conta in certi contesti culturali non liberali, ma solo l'autonomia dell'individuo così come è influenzata dalla rete delle relazioni in cui vive (...). Per valutare l'autonomia occorre dunque tenere conto del contesto relazionale che determina le scelte individuali, in cui i legami tra gli individui e la comunità hanno un'importanza ben superiore che non la libertà dell'individuo definita come anche libertà *dalla* comunità ».

15) M. IANACCONE, *Il ruolo della Polizia Penitenziaria nell'attività di prevenzione e gestione di eventi critici: gesti autolesionistici*, in *Quaderni ISSP*, 2011, 8, *La prevenzione dei suicidi in carcere. Contributi per la conoscenza del fenomeno*, p. 53.

16) R. MORAMARCO, *Il problema della sussistenza di un diritto a lasciarsi morire del detenuto. Profili di responsabilità del Comandante di Reparto e strumenti di prevenzione del disagio*, in *Quaderni ISSP*, 2011, 8, *La prevenzione dei suicidi*, cit., p. 96.

sta andando incontro e sempre che quello che effettivamente poi avviene è ciò che era stato previsto e che era comunque da lui ragionevolmente prevedibile »¹⁷⁾.

Certo, è altresì possibile mettere sistematicamente in dubbio la validità della scelta manifestata, per esempio, dal detenuto in sciopero della fame, poiché il contesto penitenziario comporterebbe una sicura distorsione della realtà ed un'accentuazione del disagio individuale, quali immediate conseguenze dell'inferta privazione della libertà¹⁸⁾. Simile posizione, così come il regolare disconoscimento, in capo al Testimone di Geova, di una piena lucidità decisionale (poiché la scelta di rifiutare l'emotrasfusione apparterebbe più alla comunità di cui è membro che al soggetto in quel momento direttamente interessato), comporterebbe una gravissima, automatica violazione della libertà personale (nell'ipotesi del carcerato, peraltro, già soggetta ad importantissima restrizione) degli individui coinvolti, così quasi presumendo, da un'opzione che non collima con un « normale »¹⁹⁾ sistema di valori, un intento meramente suicidario e una non-capacità del paziente²⁰⁾.

D'altronde, neppure rileva, ai fini del rispetto della volontà individuale, che l'atto rifiutato sia definibile quale trattamento *sanitario*: in questo senso, se l'ammalato può ben opporsi all'alimentazione ed idratazione artificiali, a prescindere dalla loro qualificazione²¹⁾, poiché la libertà personale non è diritto oggetto di tutela solamente in ambito

17) Trib. Roma, GUP, 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049, in *Corr. mer.*, 2010, p. 237, con nota di G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*; in *Ind. pen.*, 2009, p. 227, con commento di G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 68, con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*; in *Cass. pen.*, 2008, p. 1807, con commento di C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 73, con nota di M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 463, con commento di M. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*; in *Studium iuris*, 2008, p. 502, con nota di A. GUZZAROTTI, *Rifiuto trattamenti sanitari salvavita*; in *Foro it.*, 2008, II, c. 105, con commento di G. CASABURI, *Diritto di morire e omicidio del consenziente scriminato*; *ibidem*, 2008, I, c. 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario "life-sustaining"*, e in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 676, con nota di R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*.

18) R. MORAMARCO, *Il problema della sussistenza di un diritto a lasciarsi morire del detenuto*, cit., p. 98.

19) Cfr. W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, trad. G. GASPERONI, Il Mulino, Bologna, 2002, 139 ss.

20) Esclude l'intervento coattivo sul detenuto in sciopero della fame Trib. Milano, sez. III pen., 10 aprile 1989, n. 3313, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Sanità pubblica*, n. 147. Cfr. la giurisprudenza analizzata da F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 2.

21) È il caso Englaro, ove il problema era, piuttosto, la ricostruzione di tale volontà: cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *(ex pluribus) Giust. civ.*, 2008, p. 1727, con commento di D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 363, con commento di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in questa *Rivista*, 2008, p. 330, con nota di E. CECCARELLI, D. PULITANO, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*; *ibidem*, 2008, p. 583, con commento di C. SARTEA, G. LA MONACA, *Lo Stato Vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*; *ibidem*, 2008, p. 607, con commento di G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso "Englaro": la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 100, con commento di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Danno e resp.*, 2008, pp. 432 e 438, con note rispettivamente di F. BONACCORSI, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*, e di G. GUERRA, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*; in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 107, con commento di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*; in *Iustitia*, 2008, p. 55, con commento di G. SALITO, P. STANZIONE, *Il rifiuto "presunto" alle cure: il*

medico, parimenti dev'essere osservato il fermo diniego, per esempio, all'apposizione di bandine laterali di sicurezza al proprio letto, salvo voler integrare il reato di sequestro di persona ²²⁾.

3. Misure contenitive e rilevanza del consenso: fra TSO e stato di necessità.

Due sono, peraltro, i volti della contenzione: il primo risponde, in particolare, ad esigenze di natura terapeutica, quale supporto o ausilio al trattamento sanitario propriamente detto, onde somministrare farmaci o praticare forme d'intervento realizzabili unicamente grazie alla restrizione o alla completa immobilizzazione fisica del paziente. Il secondo, invece, si spiega con urgenze connesse alla sicurezza o alla disciplina all'interno della struttura, laddove le condizioni e la patologia dell'interessato possano determinare frangenti di concreto ed effettivo rischio per l'incolumità fisica sua o del personale sanitario e degli altri degenti ²³⁾. D'altra parte, è la stessa Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ²⁴⁾ a rammentare come la contenzione fisica e meccanica non sia pratica esercitata nel mero ambito psichiatrico né solo all'interno delle strutture ospedaliere, bensì anche nelle case di riposo per anziani ²⁵⁾, nelle comunità terapeutiche per tossicodipendenti, negli istituti di ricovero per soggetti con handicap connessi a patologie congenite o precocemente acquisite. Parimenti, trattasi di mezzo coercitivo che trova applicazione non esclusivamente nei confronti del paziente psichiatrico, ma altresì sul soggetto il quale dissenta rispetto al trattamento sanitario propostogli ²⁶⁾, nonché, soprattutto, al ricorrere di tutte quelle ipotesi in cui gli ammalati presentino stati di

potere di autodeterminazione del soggetto incapace; in *Fam. dir.*, 2008, p. 136, con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 520, con nota di M. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Corr. giur.*, 2007, p. 1686, con commento di E. CALO, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*; in *Studium iuris*, 2008, p. 90, con nota di A. SCALERA, *Interruzione dell'alimentazione forzata*, e in *Foro it.*, 2008, I, c. 125, con nota di D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*.

22) Trib. Trieste, 12 gennaio 2011, in *banca dati Sistema Leggi d'Italia (De Agostini)*, che esclude la responsabilità della struttura ospedaliera per il danno riportato dalla paziente caduta dal letto, la quale, seppur di età avanzata (novantatreenne), era perfettamente lucida e in grado d'autodeterminarsi.

23) G. PAVICH, *Profili generali di liceità ed illiceità nella contenzione dei pazienti psichiatrici*, in *Riv. pen.*, 2008, 367. In dettaglio, riguardo alle diverse modalità di contenimento del paziente, cfr. 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 questa *Rivista*, 2011, p. 1483.

24) Si tratta delle sette Raccomandazioni contenute nel documento del 29 luglio 2010, n. 10/081/CR07/C7, *Contenzione fisica in psichiatria: una strategia possibile di prevenzione*.

25) La contenzione fisica di soggetti anziani viene normalmente giustificata con la necessità di prevenire cadute o di controllare comportamenti disturbanti quali agitazione, aggressività e vagabondaggio: cfr. L. DESINAN, G. BELLINI, *I mezzi di contenzione fisica nelle strutture residenziali per anziani: compiti e responsabilità dell'équipe multidisciplinare*, in questa *Rivista*, 2010, p. 383. Al riguardo, v. anche F. AGNINO, *Il consenso ai trattamenti medici e la tutela giuridica dell'anziano*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2923.

26) Cfr. F. VIGANO, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1811.

demenza, patologie geriatriche, intossicazione esogena, disabilità intellettiva, agitazione psico-motoria. S'è visto come il rifiuto del paziente *compos sui* non sia dal medico in alcun modo superabile, contenzione o meno; del resto, laddove quest'ultima costituisca il 'rimedio' su soggetti incapaci e per situazioni ad estremo rischio di comportamenti etero od autolesivi, allora l'intervento del personale avverrà per lo più in assenza di un valido consenso, anche perché il soggetto, seppure si decidesse in tale direzione, neppure sarebbe in grado di manifestare una volontà positiva giuridicamente rilevante. Peraltro, il legislatore disciplina accuratamente le ipotesi di trattamenti sanitari praticati a dispetto dell'autodeterminazione individuale, indicando luoghi, modi e tempi, nonché le ravvisabili responsabilità professionali e le garanzie amministrative e giurisdizionali da considerare ²⁷⁾. Il TSO, infatti, è lungi dal rappresentare, per i medici, un'autorizzazione 'in bianco', una garanzia d'immunità o un salvacondotto per qualsivoglia luogo: bensì deve avvenire « 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 », nonché essere accompagnato « da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato » ²⁸⁾. Di conseguenza, la legittimità della contenzione e delle sue modalità, anche in ipotesi di TSO, andranno sottoposte ad attenta valutazione e disamina, alla luce dei protocolli stilati e delle linee guida in materia operanti, nonché secondo i crismi, soprattutto, di uno stato di necessità.

D'altronde, (a maggior ragione) al di fuori dei casi di obbligatorietà del trattamento, l'intervento contenitivo è giustificato unicamente da un'urgenza e una necessità indifferibili ed eccezionali ²⁹⁾, al cospetto delle condizioni di cui all'art. 54 c.p., altresì considerando la ricorrente possibilità, per il medico, d'interpretare gli eventuali segni prodromici e d'intervenire prima del manifestarsi dei sintomi più dirompenti, onde evitare, esattamente, la situazione emergenziale. Inoltre (senza, poi, volersi ulteriormente addentrare in un campo schiettamente penalistico), non sembra ultroneo puntualizzare come la privazione della libertà personale si consideri proporzionata, adeguata e, perciò,

27) Si tratta – è noto – degli artt. 33, 34 e 35 della l. n. 833/1978, cit., nonché, in particolare, del trattamento sanitario obbligatorio in degenza ospedaliera, in un servizio psichiatrico di diagnosi e cura. Cfr. L. SILVESTRI, *Trattamenti sanitari obbligatori e tutela della salute*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2006, p. 195.

28) Art. 33, rispettivamente secondo e quinto comma, l. n. 833/1978, cit. Negli stessi termini, v. il primo articolo della c.d. *legge Basaglia*, 13 maggio 1978, n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in *G.U.* 16 maggio 1978, n. 133. Inoltre, il DPR 7 aprile 1994, *Approvazione del Progetto Obiettivo "Tutela Salute Mentale 1994-1996"*, in *G.U.* 22 aprile 1994, n. 93, prescrive, seppur in forma meramente programmatica, « il superamento di ogni forma di repressione, di restrizione fisica e di movimento, nonché di assolutizzazione delle tecniche di intervento, favorendo sempre più la partecipazione diretta degli utenti, dei familiari e delle reti sociali ai processi di cura e riabilitazione », nonché riconosce « la particolare esigenza del paziente psichiatrico di disporre di spazi e non solo di letti, di movimento possibile e non solo di contenimento necessario ».

29) Coerentemente, cfr. artt. 7 e 8 della Convenzione di Oviedo *sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, ove, rispettivamente, « la persona che soffre di un disturbo mentale grave non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento (...), se non quando l'assenza di tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole alla sua salute », e « allorché, in ragione di una situazione d'urgenza, il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata ».

legittimata solo a fronte di manifestazioni etero od auto aggressive nell'immediato effettivamente pericolose ³⁰⁾.

Secondo il Comitato Nazionale per la Bioetica, peraltro, la contenzione dell'anziano costituisce diretta espressione di un principio di *maleficenza* « ed è assolutamente riprovevole allorché venga applicata senza un più che giustificato motivo e soltanto ai fini della tutela dell'incolumità della persona » ³¹⁾. Nessun richiamo, però, agli esatti presupposti di uno stato di necessità; piuttosto, più in generale, l'adozione di mezzi coercitivi si ritiene preminentemente di competenza delle forze dell'ordine (*in primis*, nell'ipotesi di TSO), mentre qualsivoglia pratica contenitiva viene considerata « evento sentinella », per il quale è d'uopo, da parte dell'*équipe* curante, un'analisi *a posteriori*, onde accertare come e se avrebbe potuto essere evitato. Anche secondo una prospettiva di prevenzione e di gestione del rischio, quindi, devono costruirsi protocolli che prevedano sia le pratiche e le procedure da attuare per scongiurare il ricorso alla contenzione sia il comportamento cui uniformarsi durante tale trattamento sia l'esigenza, da ultima, di « riconsiderare » l'evento dopo la « decontenzione » del paziente ³²⁾. Più possibilista ancora, inoltre, appare il Comitato Direttivo per la Bioetica del Consiglio d'Europa ³³⁾, laddove osserva come « il ricorso all'isolamento e ai mezzi di contenzione meccanica o altre forme di coercizione *per periodi lunghi* ³⁴⁾ non dovrebbe aver luogo che in casi eccezionali e se non esiste alcun altro modo per porre rimedio alla situazione ».

Infine, il paziente potrebbe altresì acconsentire, laddove ne sia *capace*, alla propria sottoposizione ad una misura contenitiva. Al riguardo, peraltro, e prescindendo dalle considerazioni senz'altro suscettibili di scaturire dall'interpretazione del combinato disposto degli artt. 50 c.p. e 5 c.c., il consenso del paziente (o del suo rappresentante legale, tutore o amministratore di sostegno, laddove sia avvenuta tale nomina) al trattamento sanitario più o meno ampiamente inteso non solleva mai i professionisti dall'obbligo di diligenza, finalizzato al perseguimento dell'obiettivo della *migliore cura possibile* dell'ammalato. Anche in questo caso, di conseguenza, è escluso che i medici possano liberamente ricorrere alla contenzione, pena l'inadempimento della prestazione e la conseguente condanna al risarcimento del danno.

In altri termini, lo stato di necessità configura sempre l'unica premessa per legare al letto il paziente incapace d'intendere e di volere che manifesti comportamenti aggressivi altrimenti incontrollabili, poiché la situazione emergenziale in corso esclude persino la possibilità (anche solo in termini di tempo) di ottenere, da parte di un suo rappresen-

30) G. PAVICH, *Profili generali di liceità ed illiceità nella contenzione dei pazienti psichiatrici*, cit., pp. 369 ss.

31) *Parere Bioetica e diritti degli anziani*, 20 gennaio 2006, p. 7.

32) Comitato Nazionale per la Bioetica, *Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici*, 24 novembre 2000, pp. 49-50.

33) Cfr. *Il trattamento dei pazienti psichiatrici: problemi bioetici*, parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul Libro Bianco del Consiglio d'Europa dedicato al trattamento dei pazienti psichiatrici, 24 settembre 1999, pp. 8-9.

34) Il corsivo è di chi scrive.

tante, una volontà in tal senso positiva. Al contrario, laddove la contenzione sia intesa in senso più blando (per esempio: l'apposizione al letto di sponde onde evitare cadute), allora è possibile ammettere interventi di tal fatta anche al di fuori di uno stringente stato di necessità: in questo caso, però, sarà doveroso raccogliere il consenso del paziente o del suo tutore/amministratore di sostegno, in assenza di un'urgenza che renda impossibile tale passaggio. Al riguardo, del resto, vale forse la pena di ricordare come il consenso del rappresentante non sia comunque mai, per il medico, automaticamente « liberatorio »: similmente a quanto avviene per il minorenne, infatti, è il sanitario il garante primo della salute dell'incapace, il cui punto di riferimento principe rimane, appunto, (in assenza di una volontà giuridicamente valida del diretto interessato) il *best interest* dell'ammalato, non certo i *desiderata* del tutore o dell'amministratore di sostegno.

4. Una contenzione 'diligente'.

Le lesioni da contenzione possono essere *dirette* e distinguersi in nervose, ischemiche, da decubito, da asfissia e mortali ³⁵⁾, ovvero *indirette* e riguardare l'insorgenza di danni da pressione, cadute, infezioni nosocomiali, allungamento del periodo di degenza e aumento del tasso di mortalità ³⁶⁾. In particolare, poi, nei pazienti anziani, le misure contenitive e coercitive riducono la massa e il tono muscolare, peggiorano l'osteoporosi, aumentano l'incontinenza fecale e urinaria, nonché diminuiscono progressivamente l'autonomia nello svolgimento delle basilari attività della vita quotidiana ³⁷⁾. Peraltro, se le lesioni traumatiche suscettibili d'instaurarsi sono riconducibili a mezzi contenitori inadeguati o al tentativo, da parte del paziente, di liberarsene, le sequele sul piano psicologico spaziano dall'aggressività all'umiliazione, dalla paura all'apatia, dalla depressione alla deprivazione neurosensoriale ³⁸⁾. Di conseguenza, per tutte queste ragioni, la contenzione (in particolare, quella meccanica) s'intende quale *extrema ratio*, cui ricorrere solo dopo aver tentato qualsivoglia altro intervento di natura meno restrittiva e senza mai affidarsi a mezzi di fortuna; non può certo comportare, inoltre, una riduzione del livello di assistenza e sorveglianza del paziente; infine, poiché viene trattata alla stregua di una medicina, essa troverebbe una legittimazione etica, giuridica e medica solo grazie al previo bilanciamento fra indicazioni terapeutiche, controindicazioni ed effetti collaterali. Fermi

35) Cfr. G. GUALANDRI, M. C. DAVOLIO, S. PELOSI, G. BEDUSCHI, *Morte del paziente psichiatrico sottoposto a misure di contenzione fisica*, in *Zacchia*, 2005, p. 273.

36) G. CASCIARRI, *Prevenire gli errori, imparare dagli errori. La contenzione del paziente*, in *Prof. inferm. umbria*, 2007, pp. 17-18.

37) L. DESINAN, G. BELLINI, *I mezzi di contenzione fisica nelle strutture residenziali per anziani: compiti e responsabilità dell'équipe transdisciplinare*, cit., p. 388.

38) V. altresì R. CAPPUCIO, J. GRANATELLO, M. PIZZUTO, P. CHIARI, *La contenzione fisica e la sedazione farmacologica per la prevenzione delle cadute, l'interruzione dei trattamenti e l'aggressività nei pazienti con demenza senile e disorientamento cognitivo*, Centro Studi EBN, Azienda Ospedaliero – Universitaria di Bologna, Policlinico S. Orsola – Malpighi, Bologna, maggio 2008.

rimangono, del resto, i vincoli impressi nella nostra Carta costituzionale *ex artt.* 13 e 32³⁹⁾: similmente a quanto affermato per le emotrasfusioni, però, una legge che prevedesse e disciplinasse la contenzione meccanica al di fuori degli stretti ranghi di uno stato di necessità ben potrebbe incorrere in una declaratoria di incostituzionalità, poiché in contraddizione con il precetto di una dignità umana sempre inviolabile. Si tratta – certo – del bilanciamento fra valori, che pure l'art. 54 c.p. richiama: di conseguenza, se per la sedazione del paziente aggressivo sarà di frequente sufficiente una mera contenzione fisica/manuale, estremamente contenuta nel tempo, le misure coercitive di natura meccanica devono mantenere un carattere di assoluta straordinarietà (correttamente Michele Massa si esprime in termini di fallimento: non è stato possibile prevedere e prevenire l'« esplosione » dell'ammalato; nessuna altra strada è in quel momento percorribile onde tutelare lo stesso interessato; quest'intervento, appunto di natura « estrema », deve immediatamente cessare col venir meno della situazione emergenziale).

Coerentemente, quindi, le pratiche contenitive si attuano previa prescrizione medica, con la specificazione, all'interno della cartella clinica, delle motivazioni sottese a tale tipologia d'intervento, della durata del trattamento e delle stesse modalità da impiegare⁴⁰⁾. Peraltro, poiché si tratta, comunque, di situazioni di reale e indifferibile emergenza/urgenza, l'applicazione di mezzi di contenzione può altresì essere – di necessità – direttamente decisa dal personale infermieristico o di assistenza, salvo sua immediatamente successiva sottoposizione a verifica medica. Al riguardo, inoltre, le raccomandazioni dello statunitense *Department of Health and Human Services* prevedono che l'utilizzo di misure simili non possa superare le dodici ore consecutive, salvo che altrimenti richiedano le condizioni del paziente; una sorveglianza ogni trenta minuti almeno e una valutazione ogni tre o quattro ore dell'eventuale insorgenza di effetti dannosi diretti; la garanzia di una libertà di movimento per almeno dieci minuti ogni due ore, con esclusione della notte; infine, l'impiego di una scheda ove registrare gli esiti delle osservazioni effettuate durante la sorveglianza e gli interventi conseguentemente ed eventualmente adottati⁴¹⁾.

L'esistenza di linee guida, per vero, pare garantire un più adeguato equilibrio fra un'imprescindibile, qual certa elasticità e l'esigenza di indicazioni comportamentali, preservando la medicina dal rischio di un legislatore⁴²⁾ che, seppur – in ipotesi – minuzioso

39) Per la disamina dei quali si rimanda all'attenta analisi condotta da Michele Massa.

40) V. FASCIO, *La contenzione fisica in psichiatria: reclusione o nursing?*, dagli atti della *Giornata di studio sulla contenzione fisica e farmacologica per il Collegio IPASVI di Pistoia*, 19 aprile 2004, pubblicato in www.infermieronline.net, 30 aprile 2004.

41) Cfr. altresì il Protocollo Infermieristico *Protezione dell'adesione al trattamento farmacologico nelle persone con alterazione dello stato di coscienza e non supportate da caregivers*, reperibile sul seguente sito: www.docstoc.com/docs/37071816/Linee-guida-per-luso-della-contenzione-fisica-nellassistenza.

42) Peraltro, risale agli inizi del XX secolo la disciplina che espressamente menziona e regola l'utilizzo della contenzione negli ospedali psichiatrici: cfr. l'art. 60 del regio decreto 16 agosto 1909, n. 615, *Regolamento sui manicomi e sugli alienati*; al riguardo, cfr. 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*, cit., pp. 1499 ss.

ed attento, preveda le tecniche e le modalità attuative di un trattamento in maniera cogente, « di necessità evocando ipotesi generiche, che mal si adattano alle peculiarità di ogni singola fattispecie »⁴³⁾. Del resto, al contrario del Codice deontologico dell'infermiere⁴⁴⁾, quello dei Medici-Chirurghi e degli Odontoiatri non riporta alcuna menzione esplicita della contenzione, seppur, comunque, specificando che (*ex art. 51*), « in caso di trattamento sanitario obbligatorio, il medico non deve richiedere o porre in essere misure coattive, salvo casi di effettiva necessità, nel rispetto della dignità della persona e nei limiti previsti dalla legge ».

Il riferimento a modelli di *buone pratiche mediche* è essenziale onde valutare in termini di diligenza l'avvenuto, esatto adempimento della prestazione sanitaria. La responsabilità è contrattuale: il paziente – è noto – deve semplicemente dimostrare la sussistenza del titolo e l'insorgenza del danno, nonché allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a cagionare il pregiudizio lamentato. Sul medico grava, al contrario, la prova che tale inadempimento non v'è stato ovvero che, seppur esistente, non ha avuto rilevanza eziologica alcuna⁴⁵⁾. Certo è che la misura contenitiva non potrà mai essere giustificata da ragioni sanzionatorio-punitiva, né – in linea generale – da carenze d'organico o difficoltà organizzative; al contrario, la contenzione *diligente* (sia nell'ipotesi di sua natura « sanitaria » sia laddove spinta da esigenze più prettamente di sicurezza) richiede, nei termini in cui s'è visto, l'integrazione dei presupposti propri di uno stato di

Per quanto concerne, invece, la contenzione del detenuto in carcere, v. la l. 26 luglio 1975, n. 354, art. 41: « 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 ai 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 ». In materia, infine, v. altresì l'art. 82 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

43) G.A. NORELLI, B. MAGLIONA, A. BONELLI, *La contenzione dell'anziano tra pratica clinica e violenza: aspetti medico legali*, in questa *Rivista*, 1999, pp. 1063 ss.

44) Secondo l'art. 30 del Codice deontologico dell'infermiere, infatti, quest'ultimo deve adoperarsi « affinché il ricorso alla contenzione sia evento straordinario, sostenuto da prescrizione medica o da documentate valutazioni assistenziali ».

45) Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455, con note di richiami di A. PALMIERI; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 856, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 788, p. 871 e p. 1002, con commenti, rispettivamente, di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, e di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 612, con commento di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasiusione*; in *Giur. it.*, 2008, p. 2197, con nota di M. G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, e in *Resp. civ.*, 2008, p. 397, con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*.

necessità, nonché una durata estremamente circoscritta, l'impiego di strumenti idonei e la comunicazione ai familiari dei motivi che hanno imposto tale opzione ⁴⁶⁾.

5. Il risarcimento del danno da contenzione.

Il problema, senz'altro, è sempre e in ogni caso quello di una corretta quantificazione del danno, poiché l'avvenuta lesione dell'integrità del paziente presenterà aspetti sia fisici sia psichici, mentre la sofferenza e il dolore immediatamente connessi e successivi al trattamento arbitrario verranno considerati unitamente al disagio/malessere di cui, anche nel tempo a venire, la subita umiliazione sarà responsabile ⁴⁷⁾.

In particolare, quindi, è possibile distinguere le seguenti sfaccettature risarcitorie:

1. A séguito di una contenzione illegittima, liquidazione dei pregiudizi patrimoniali (le spese mediche, per esempio) e non patrimoniali conseguenti, laddove il danno non patrimoniale è onnicomprensivo: di quello biologico (fisico e psichico), naturalmente, ma anche di quello morale (la sofferenza transeunte, tradizionalmente il *pretium doloris*), nonché del disagio *esistenziale* non limitato alle lacrime del morale, ma neppure tale da configurare una patologia medicalmente accertabile;

2. La contenzione può comportare un pregiudizio risarcibile anche laddove legittimamente eseguita (stato di necessità): si tratta di ipotesi in cui è comunque senz'altro ravvisabile una negligenza professionale, per esempio nella materiale esecuzione della coercizione, ovvero negli strumenti a tal fine adoperati. Le poste risarcitorie saranno le medesime di cui sopra, calibrate, però, non sulla base di un'arbitraria privazione della libertà personale dell'individuo, ma in ragione delle erronee modalità all'uopo prescelte (le quali potrebbero non andar esenti da conseguenze anche sotto il profilo penalistico, eventualmente integrando, quantomeno, il reato di maltrattamenti). Al contrario, diverso è il caso di una contenzione legittima protratta eccessivamente nel tempo: una volta cessato lo stato di necessità, si ritorna nell'area dell'antigiuridicità e il medico non adempie esattamente la propria prestazione, con le note conseguenze in ambito civilistico;

3. Ai sensi dell'art. 2045 c.c., è altresì correttamente configurabile, in caso di contenzione *legittima*, la liquidazione di un'indennità, la cui entità è rimessa all'equo apprezzamento giudiziario. Al riguardo, peraltro, è lecito immaginare come il danno biologico sia destinato a giustificare gran parte di tale ristoro indennitario, laddove una contenzione eseguita in stato di necessità non dovrebbe comportare, di norma, una rilevante violazione della libertà e dignità personali, anche solo in termini di durata. Certo l'equità del giudice risiederà nel corretto compimento di un bilanciamento fra valori e l'indennità verrà liquidata, di norma, nell'ipotesi di un danno biologico rilevante, a fronte del quale

46) Cfr. S. CERASOLI, *Il consenso informato e le misure di contenzione*, in www.altalex.com, 30 maggio 2007.

47) M. DI MARZIO, *Danni da contenzione*, in www.personaedanno.it, 20 settembre 2006.

anche la presenza di una causa di giustificazione non può *tout court* esonerare l'autore del fatto;

4. Infine, è lecito domandarsi quali siano – se vi sono – le conseguenze, in termini di risarcimento del danno, di una contenzione illegittima sì, ma priva di sequele fisiche o psichiche. Orbene, la liquidazione del pregiudizio non patrimoniale non è certo condizionata dalla sussistenza di un danno biologico: l'ingiusta mortificazione della libertà e dignità personali sarà comunque meritevole di riparazione, secondo le voci risarcitorie già analizzate, seppur in termini quantitativamente inferiori e anche solo in ragione di una transeunte – sopra già vagliata – sofferenza, irrimediabilmente connessa ad un episodio di contenzione meccanica (si tratterà, allora, del 'classico' danno morale da reato).

Il medico, d'altra parte, risponde in solido con la struttura dei danni così arrecati all'ammalato, specie laddove la contenzione sia stata dettata da inefficienze organizzative, eventualmente già più volte segnalate dallo stesso personale sanitario (il quale, ciò provando, potrà eventualmente andar esente dalla conseguente responsabilità). Più chiaramente: lo stato di necessità potrà talora essere spiegato e 'giustificato' da una « disorganizzazione » della struttura; d'altronde, se il medico può essere esonerato da responsabilità nel caso di un *unicum* (un singolo evento eccezionalmente determinato, per esempio, da un'indisponibilità del personale), il nosocomio sarà di rado in grado di evitare il risarcimento dei danni derivati al paziente, dinanzi alla difficoltà di dimostrare la causa non imputabile e la non evitabilità altrimenti. In altri termini, l'operatore può suo malgrado optare per la contenzione meccanica dell'ammalato, se una contingente carenza d'organico lo costringe a considerare tale intervento un « male minore », ovvero l'unica modalità – in quel momento – per garantire il *miglior interesse* del proprio paziente: non può trattarsi, peraltro, di un *modus operandi* abituale, perché allora, s'è visto, il medico è tenuto a segnalare e stigmatizzare tali condizioni lavorative, a pena di sua corresponsabilità. Al contrario, la diligenza dell'operato della struttura e dei suoi dirigenti richiede, tanto più in un ambito delicato quale quello psichiatrico, la previsione e la predisposizione di misure e accorgimenti volti ad impedire e immediatamente sanare eventuali deficienze organizzative, seppur di natura assolutamente eccezionale. D'altra parte, la responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria non esclude certo quella di altri operatori, componenti l'*équipe* che ha in carico e in cura il paziente soggetto a contenzione: in particolare, l'infermiere potrà da solo essere chiamato a rispondere di una pratica coercitiva eseguita in assenza di prescrizione medica, mentre potrà definirsi corresponsabile laddove, seppur dietro indicazione dello psichiatra, avalli e attui (magari reiteratamente nel tempo) misure costrittive incompatibili con un'idea di diligenza contrattuale – ma anche, eventualmente, con una condotta deontologicamente corretta e penalmente ir-rilevante.

Nondimeno, in quest'ambito, l'operato sanitario è altresì suscettibile di trascendere i confini della colpa: a voler menzionare un episodio in questo momento all'attenzione della

cronaca, per esempio, il comportamento dei medici nei confronti di Francesco Mastrogianni⁴⁸⁾, per giorni legato al proprio letto e così deceduto, soddisfa senza dubbio alcuno gli estremi del dolo. Si tratta, in altri termini, dell'integrazione del reato di sequestro di persona o di violenza privata (ovvero di morte come conseguenza di altro delitto)⁴⁹⁾; da un punto di vista risarcitorio, del resto, la struttura si rivale sul singolo professionista⁵⁰⁾, il quale neppure trova soccorso nella propria compagnia d'assicurazione, dalla cui copertura esulano, appunto, le fattispecie dolose.

Di conseguenza, se la condotta del medico che prescrive una contenzione illegittima integra al contempo un fatto illecito (per la natura dei beni che vengono così violati) e un inadempimento contrattuale, l'omessa applicazione di una misura costringitiva al ricorrere di un'ipotesi di stato di necessità configura una responsabilità aquiliana *ex art. 2047 c.c.*, prevista in capo a colui che è tenuto alla sorveglianza dell'incapace per il danno da questi commesso, salva la prova di non aver potuto impedire il fatto. In altri termini, allorché il medico *può* – sempre eccezionalmente, straordinariamente – contenere il paziente⁵¹⁾, egli *deve* senza indugio provvedervi, proprio in ragione, in quest'unica ipotesi, della posizione di garanzia che egli riveste nei confronti dell'ammalato, onde evitare che vengano cagionate lesioni a soggetti terzi⁵²⁾. È uno psichiatra in bilico, questo: fra una responsabilità contrattuale (ma anche, volendo, extracontrattuale) per i danni provenienti da un intervento coercitivo ingiusto, da una parte, e, dall'altra, una responsabilità aquiliana (di molto 'temperata', comunque, dalla prova liberatoria di cui all'art. 2047 c.c.) per i pregiudizi arrecati ad altri dall'incapace *non adeguatamente contenuto* – la quale è,

48) È dello scorso 30 ottobre 2012 la sentenza di condanna del tribunale di Vallo della Lucania di sei medici del reparto di psichiatria dell'ospedale San Luca di Vallo della Lucania, ritenuti responsabili, appunto, per sequestro di persona, morte come conseguenza di altro delitto e falso in atto pubblico. Si è attualmente in attesa del deposito delle motivazioni.

49) Cfr. altresì Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 2004, n. 409, in *banca dati De Jure*, riguardo al sequestro, da parte del gestore di una casa di riposo, di alcuni degenti, abitualmente legati per diverse ore della giornata alle poltrone, alle sedie, alle sbarre del letto. Similmente, v. Cass. pen., sez. V, 29 novembre 2006, n. 6131, in *banca dati De Jure*. Più risalenti nel tempo, cfr. Trib. S. Maria Capua V., 9 maggio 1978, in *Foro it.*, 1981, II, c. 169, e Cass. pen., sez. IV, 19 dicembre 1979, in *Foro it.*, 1981, II, c. 145.

50) C. conti, sez. riun., 25 febbraio 1989, n. 602/A, in *Riv. Corte conti*, 1989, p. 37: « La sottoposizione a particolari misure carcerarie (letto di contenzione) deve ritenersi rimedio di natura eccezionale di talché, se protratte oltre i limiti strettamente indispensabili, si pone in violazione di diritti costituzionalmente garantiti; e, pertanto, il medico carcerario che consente il protrarsi di tale misura di contenzione (senza sostituirla con apposita terapia) risultata poi pregiudizievole alla salute del detenuto, risponde del relativo danno che l'amministrazione della giustizia ha dovuto risarcire alla parte lesa ».

51) Cass. civ., sez. III, 9 ottobre 2009, n. 21497, in *Resp. civ.*, 2010, p. 178, con commento di M. TOSONI, *Il risarcimento del danno terminale*, e Trib. Milano, sez. V civ., 26 giugno 2008, n. 8398, in *banca dati De Jure*.

52) P. CENDON, *Infermità di mente e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1991, p. 3; R. CATANESI, G. TROCCHI, F. CARABELLESE, *La contenzione in psichiatria. Profili di responsabilità professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p. 1005; A. GARGANI, *La congenita indeterminazione degli obblighi di protezione: due casi « esemplari » di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1385; P. CENDON, G. CITARELLA, *Disagio psichico e risarcimento del danno*, in P. CENDON (a cura di), *Persona e danno*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1555; G. MARRA, S. PEZZETTO, *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla l. n. 180 del 1978*, in Cass. pen., 2006, p. 3429; M. SELLA, *La responsabilità della struttura sanitaria per suicidio del paziente*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 903, e C. CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1104. P. CENDON, G. CITARELLA, *Disagio psichico e risarcimento del danno*, in *Persona e danno*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2004.

però, suscettibile di recuperare, da ultimo, una sicura natura contrattuale se il paziente, questa volta, dirige la propria aggressività contro la sua stessa persona ⁵³). Il medico, infatti, è comunque contrattualmente responsabile se non ha saputo evitare comportamenti autolesivi del suo assistito (sempre, è naturale, entro i limiti di cui all'art. 1225 c.c.), poiché un adempimento diligente richiede altresì la capacità di difendere il paziente da se stesso.

RIASSUNTO

In tema di danno da contenzione del paziente, il primo quesito concerne la possibilità, per gli operatori sanitari, di violare il rifiuto opposto ad un determinato trattamento, e con quali modalità. D'altra parte, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme vigenti conduce all'affermazione di un principio di volontaria sottoposizione agli atti medici, laddove l'ammalato si trovi in condizioni di piena capacità d'intendere e di volere. Peraltro, una volta esaminate le aporie in ambito di accertamento di tale capacità, sono oggetto di studio le indicazioni, normative, disciplinari e di buone pratiche mediche, sulla contenzione del paziente, nonché i motivi per i quali tale mezzo coercitivo può considerarsi legittimo esclusivamente al ricorrere di uno stato di necessità. Infine, il lavoro si concentra sulla responsabilità dell'operatore sanitario: contrattuale nell'ipotesi di scorretto ricorso alla contenzione (inadempimento della prestazione); aquiliana ex art. 2047 c.c. laddove la mancata applicazione di questa misura abbia consentito all'incapace di cagionare danni a terzi; di nuovo contrattuale qualora tale mancata applicazione abbia permesso all'infermo, invece, atti di autolesione.

ABSTRACT

The first question about physical restraint damage is whether and in which modality the physician can violate the refusal of a specific treatment. A constitutionally oriented interpretation of the current regulations leads to a principle of voluntary submission to medical treatments if the patient is compos sui. This work first analyzes the questions about the assessment of this capability and then the legal, disciplinary and good medical practice standards about patient constraint. The reasons why this restraint can be

53) In questo senso, in tema di responsabilità dell'insegnante, cfr. Cass. civ., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1022, con commento di G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Foro it.*, 2002, I, c. 2636, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1293, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*; in *Danno resp.*, 2003, p. 51, con commento di A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 273, con commento di R. BARBANERA, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*; e Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 494, con nota di I. CARASSALE, *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*.

legitimated exclusively in state of necessity are also treated. Finally, medical liability is analyzed: it is contractual in case of wrong use of constraint (failure of performance); it is aquiliana ex art. 2047 c.c. if the lack of this measure allowed the patient to damage third parties; it is again contractual if the lack of this measure allowed acts of self-harm.