

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

Dottorato di Ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi
Produttivi

XXV ciclo

La responsabilità penale in psichiatria

Tesi di Dottorato della
dott.ssa Claudia Sale

Direttore della Scuola:
Chiar.mo Prof.
Michele Comenale Pinto

Relatore:
Chiar.mo Prof.
Gian Paolo Demuro

INDICE

Parte I

La coercizione del paziente psichiatrico

Capitolo I

Ambito e fonti della disciplina normativa

1. 1 La malattia psichiatrica	p. 6
1. 2 La cura	p. 8
1. 3 L'evoluzione normativa	p. 11

Capitolo II

Il trattamento sanitario obbligatorio

2. 1 I presupposti	p. 21
2. 2 Il procedimento applicativo	p. 23
2. 3 Luoghi di svolgimento	p. 26
2. 4 T.s.o. non attuato o impropriamente attuato	p. 27

Capitolo III

La contenzione

3. 1 La contenzione: ieri	p. 35
3. 2 Segue: oggi	p. 38
3. 3 La contenzione è un atto medico?	p. 42
3. 4 Le cause di giustificazione applicabili	p. 44
3. 5 Contenzione non giustificata	p. 49
3. 6 Contenzione non attuata	p. 52
3. 7 Contenzione impropriamente attuata	p. 56
3. 8 Strumenti alternativi alla contenzione	p. 60

Parte II

Gli atti auto ed eteroaggressivi del paziente psichiatrico

Capitolo I

La posizione di garanzia dello psichiatra

1. 1 Fondamento	p. 65
1. 2 Natura attiva o omissiva della condotta	p. 70
1. 3 Protezione e controllo	p. 76
1. 4 L'oggetto della posizione di garanzia: a) paziente pericoloso per se stesso e gli altri	p. 82
1. 5 b) Paziente in trattamento sanitario volontario	p. 85
1. 6 c) Paziente libero di autodeterminarsi	p. 88
1. 7 d) Paziente autorizzato ad uscire dalla struttura	p. 90

1. 8 e) Contesto di cura	p. 92
--------------------------	-------

Capitolo II

La colpa

2. 1 La fattispecie aperta	p. 95
2. 2 La concezione normativa	p. 97
2. 3 La prevedibilità	p. 103
2. 4 L'oggetto della prevedibilità: a) il suicidio	p. 104
2. 5 b) L'omicidio commesso dal paziente	p. 109
2. 6 Prevedibilità e dimissioni	p. 111
2. 7 Lo psichiatra modello	p. 113
2. 8 Segue: critica	p. 117
2. 9 Crepuscolo dello psichiatra modello?	p. 118
2. 10 Le linee guida	p. 120
2. 11 Gli usi	p. 129
2. 12 Quanta colpa?	p. 133
2. 13 Se il paziente che uccide è curato da un solo psichiatra...	p. 136
2. 14 ...o da più psichiatri	p. 138

Capitolo III

Il nesso di causalità

3. 1 L'evoluzione giurisprudenziale	p. 142
-------------------------------------	--------

3. 2 L'aumento del rischio	p. 148
3. 3 Massime di esperienza	p. 152
3. 4 La Franzese svanisce	p. 155
3. 5 Cura disposta e no nel controfattuale...	p. 157
3. 6 ... e nella causalità della colpa	p. 162
3. 7 Le conseguenze dello scompenso	p. 166
3. 8 Tempo	p. 167
3. 9 Spazio	p. 169
3. 10 Modo	p. 170
3. 11 L'eccezionalità delle concause e dello scompenso	p. 173
Abbreviazioni principali	p. 177
Giurisprudenza di legittimità	p. 178
Bibliografia	p. 184
Siti internet	p. 215

Parte I

La coercizione del paziente psichiatrico

Capitolo I

Ambito e fonti della disciplina normativa

1. 1 La malattia psichiatrica - 1. 2 La cura - 1. 3 L'evoluzione normativa

1. 1 La malattia psichiatrica

Malattia psichiatrica, alterazione mentale, follia, pazzia, delirio. Tali termini indicano, secondo il senso comune, una condizione in cui la ragione sembra aver perduto qualsiasi dominio e dove regna sovrana l'irrazionalità e l'insensatezza.

L'uomo, fin dai tempi più remoti, ha tentato di scoprire le cause della malattia mentale, di classificarla e curarla. Le difficoltà di comprendere le variegate sfaccettature della sfera psichica hanno fatto sì che nel tempo maturassero mutevoli metodi di cura e terapie, in quanto tali frutto di orientamenti imperanti nelle varie epoche storiche.

Come viene qualificata attualmente, secondo la scienza, la malattia mentale? Che caratteristiche presenta?

In generale, le malattie si suddividono in organiche e funzionali. Nelle prime si verifica un processo morboso che altera la struttura anatomica di un organo (o di più organi) e, conseguentemente, la relativa funzione. Nelle seconde, invece, si verifica un'alterazione della funzionalità di un organo o

di un apparato, senza una evidente lesione anatomica. La malattia psichiatrica è, spesso, funzionale poiché non si apprezzano alterazioni encefaliche e nonostante ciò il paziente può presentarsi, ad esempio, in palese delirio.

In psichiatria, per tali ragioni, si interviene sovente non sulla causa della patologia, ma sui sintomi. Il paziente in delirio viene, ad esempio, sedato: la crisi che l'ha colpito passa, ma non la causa che l'ha scatenata. Talvolta, infatti, la diagnosi non è tale e cioè l'individuazione della causa dei sintomi, ma una mera rilevazione di questi.

La malattia mentale è singolare anche per le sue manifestazioni, le quali scaturiscono da una tragica decisione del paziente: gli atti auto o etero aggressivi, dei quali il medico curante, cioè lo psichiatra, può essere chiamato a rispondere. Ed è proprio questa la peculiarità della responsabilità dello psichiatra: a quest'ultimo si chiede non solo una diagnosi, una prognosi e una terapia, atti che vengono chiesti a qualsiasi medico, ma anche una previsione della condotta che il proprio paziente porrà in essere¹. E ciò ha ovviamente ricadute giurisprudenziali². A ciò si aggiunga, inoltre, che l'oggetto di indagine della psichiatria dovrebbe essere la psiche, la mente, la realtà affettiva che si presenta distorta, malata e, spesso, causa di eventi lesivi per colui che ne è affetto o per terzi che ne vengano a contatto. Non si tratta, dunque, della conoscenza teorica del cervello o del sistema nervoso, che rappresentano l'oggetto di indagine della neurologia.

Sembrerebbe quasi che la psiche si presenti come una macchina che, non ricevendo adeguata manutenzione, diventi inaffidabile, pericolosa e, in

¹ Cfr. G. Giusti, *Errori in psichiatria ed esame medico - legale delle loro conseguenze*, in www.criminologia.it. M. La Marca, *La responsabilità professionale del medico psichiatra*, in www.personaedanno.it, a cura di P. Cendon.

² In argomento G. Fiandaca, *Nota alle sentenze della Corte di Cassazione, Sez. IV, n. 10430/04, Guida e del Trib. Ravenna, 2003, Mura*, in *Foro it.*, II, 2004, p. 566 ss. . M. Baraldo, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 12, 2008, p. 4638 ss., il quale precisa che la psichiatria si caratterizza per un minor grado di certezza delle conoscenze scientifiche, sicché l'adozione di decisioni appare talvolta contraddistinto da una maggiore opinabilità.

quanto tale, capace di arrecare danni a colui che la “possiede” e ai terzi³. Non abbiamo la certezza che la malattia mentale riguardi la mente, la realtà affettiva. Mentre per il cardiologo non vi sono dubbi sull’oggetto di indagine, ossia il cuore, per l’oculista l’occhio etc., per lo psichiatra invece ciò non è chiaro: la mente o il cervello? Se fosse quest’ultimo lo psichiatra adotterebbe gli strumenti specifici della neurofisiologia (la Tac, o risonanza magnetica, etc.) e della farmacologia. Ma se fosse la mente, quali terapie andrebbero adottate?

La psichiatria non è dunque un insieme di teorie che hanno un proprio fondamento empirico, quanto un fascio di comportamenti che i medici, quotidianamente, intrattengono coi loro pazienti. L’evolversi delle teorie psichiatriche, inoltre, rischia di confondere le cause con gli effetti e di ritenere che le istituzioni psichiatriche trovino origine nelle teorie e non viceversa. Il suo difetto principale è, infatti, la totale mancanza del “principio di spiegabilità”, che consentirebbe la predizione razionale degli eventi con sufficiente precisione. La complessità dell’oggetto di indagine, i limiti cognitivi del rapporto corpo - mente dimostrano, perciò, che l’individuazione degli stati patologici e delle loro evoluzioni non sia lineare e unicausale, ma circolare e multifattoriale⁴.

La cortina di fumo che aleggia intorno al settore psichiatrico invade così le considerazioni giuridiche su colui che ha il compito di curare il corretto funzionamento della “mente - macchina”: lo psichiatra.

1. 2 La cura

La malattia psichiatrica è singolare anche per la cura.

³ Sulle peculiarità della scienza psichiatrica si veda L. Longhin, *Una condanna conseguenza di una cultura epistemologica positivista e pseudo - scientifica e di una ambiguità dell’identità dello psichiatra*, in www.psichiatria.it. Su questo aspetto si vedano inoltre le considerazioni di E. Pozzi, *Microfisica dell’insicurezza*, in *Riv. sper. fren.*, vol. 132, 2008, p.73 ss. .

⁴ Si veda in questo senso M. Maspero, *Mancata previsione di un evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un fuzzy set o rilevazione di un ossimoro?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2002, p. 920 ss. .

Le incertezze che hanno angustiato il percorso del trattamento psichiatrico sino ad oggi prendono le mosse dalla fine dell'ottocento e, in particolare, dalla prima metà del novecento. In quegli anni si assiste alla nascita e alla diffusione della psico - chirurgia, nonché all'adozione di terapie sempre più aggressive, quali la malarioterapia⁵.

Le terapie farmacologiche dell'epoca si basano sull'impiego di bromuri, cloralio, paraldeide, barbiturici, spesso associati ad impacchi umidi.

Nei primi anni del novecento si diffonde ampiamente, poi, la terapia del sonno mediante barbiturici ed oppio e, nello stesso periodo, la stimolazione cerebrale attraverso iniezioni di cloruro di sodio.

Lo scenario si presenta più inquietante quando vengono praticate terapie chirurgiche con la convinzione che le malattie mentali siano dovute a disturbi endocrini.

Risale agli anni tra il 1933 e 1935 l'impiego delle terapie farmacologiche convulsivanti, seguite dall'*elettroshock*⁶.

Senza alcun dubbio, il fenomeno più sconcertante è rappresentato dalla nascita della psicotomia, nella quale spicca la leucotomia prefrontale (il primo esempio di lobotomia)⁷, poi sostituita da quella transorbitale⁸,

⁵ La malarioterapia fu introdotta nel 1917 per il trattamento dei disturbi mentali, sulla base dell'osservazione che le manifestazioni terminali della paralisi progressiva, dovute alla sifilide, si riscontravano molto di rado nei paesi in cui la malaria era endemica. Nei manicomi si era riscontrato che i pazienti affetti da malaria si presentavano più tranquilli e lucidi dopo l'accesso febbrile. Il paziente, così, veniva infettato tramite puntura di zanzara o attraverso l'inoculazione di sangue malarico.

⁶ La terapia elettrica convulsivante (TEC), meglio nota col nome di *elettroshock*, è una tecnica terapeutica basata sull'induzione di convulsioni nel paziente successivamente al passaggio di una corrente elettrica attraverso il cervello.

⁷ La leucotomia prefrontale è una procedura chirurgica che consiste nel sezionare le connessioni nervose della corteccia prefrontale dell'encefalo. Il termine leucotomia deriva dal greco λευκός (bianco) e τομία (taglio) e, quindi, significa taglio della sostanza bianca, ossia delle zone cerebrali costituite da assoni mielinizzati, che appaiono bianche rispetto alle zone ricche di corpi cellulari e assoni non mielinizzati, che appaiono grigie. Col termine leucotomia si indica anche la contemporanea asportazione di sostanza grigia. Il risultato più riscontrato è il cambiamento della personalità. Tale procedura, in passato, era utilizzata per trattare un'ampia gamma di malattie psichiatriche, quali la schizofrenia, la psicosi maniaco - depressiva o disturbi derivanti dall'ansia.

⁸ La lobotomia transorbitale è una tecnica psicotomica, particolarmente indicata nelle sindromi ossessive e dolorose. Essa consisteva nel trapassare lo strato osseo, appena al di sopra della palpebra, mediante un punteruolo chirurgico detto orbitoclasto. In tal modo, la volta orbitale veniva fratturata e si consentiva, così, di penetrare nella cavità cranica.

proposta dall'italiano Fiamberti. Tale fenomeno ha raccolto un apprezzabile numero di insuccessi, di decessi, nonché di gravi forme di encefalopatia organica difettale.

Dopo il 1952 inizia il declino della psicochirurgia e si assiste, così, all'avvento di un nuovo strumento terapeutico: la psicofarmacologia⁹.

I farmaci hanno indubbiamente offerto allo psichiatra nuove possibilità di cura dei malati mentali acuti e cronici, ma essi non sono dotati di un potere risolutivo assoluto e sono, dunque, privi di un'efficacia terapeutica certa. Gli stessi, infatti, non sempre sono in grado di garantire la guarigione del paziente, né la prevenzione di gesti autodistruttivi e violenti dello stesso. L'uso della psicofarmacologia colleziona, invero, numerosi insuccessi nel controllo dell'aggressività dei malati mentali, nonostante l'industria farmaceutica abbia messo a disposizione dello psichiatra nuovi farmaci, capaci di curare in tempi più brevi e con risultati apprezzabili la patologia psichiatrica¹⁰.

Nel campo della psichiatria si affacciano comunque altri strumenti terapeutici, che contribuiscono ad arricchire la povertà dei mezzi di cui la stessa dispone: la psicoterapia, ossia la cura attraverso il colloquio col paziente. In questo modo i farmaci vengono sostituiti con le parole, ma di esse non rimane spesso alcuna traccia, poiché il legislatore non impone la videoregistrazione del colloquio e ciò comporta, da un punto di vista processuale, innegabili difficoltà probatorie. Estendiamo la visuale ad altri settori della medicina: al radiologo rimane un'immagine radiografica, una vera e propria fotografia di quanto ha fatto; al cardiologo un tracciato elettrocardiografico; al ginecologo un antibiogramma, etc. . Nessuna prova della propria attività, invece, permane in capo allo psicoterapeuta.

⁹ Per una compiuta sintesi della storia del trattamento psichiatrico si veda F. Buzzi – A. Fiori, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica: riflessioni medico - legali alla luce della sentenza della Cass. pen., n. 10795/2008*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2008, p. 1446 ss. .

¹⁰ In argomento F. Buzzi – A. Fiori, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, cit., 1445 ss. .

La cura, inoltre, assume spesso una drammatica fisionomia: la contenzione, un tempo attuata mediante camicie di forza o, come prima accennato, l'*elettroshock*.

Ancora: la cura spesso coinvolge i familiari del paziente, richiedendo una loro collaborazione, fino a fungere talvolta da vero e proprio "io ausiliario" del malato. Una sorta di periferica usb del cervello del paziente.

1.3 L'evoluzione normativa

La legislazione psichiatrica in Italia vede la luce con la legge 14 febbraio 1904 n. 36 e con la normativa di attuazione emanata con r.d. 16 agosto 1909 n. 615. L'impianto della normativa era costruito secondo un modello custodialistico - repressivo, basato sulla presunzione che la malattia mentale costituisse di per sé una situazione di pericolosità sociale e che il paziente psichiatrico fosse un soggetto socialmente pericoloso. Questi i punti cardine: la malattia mentale come devianza, la pericolosità a sé o agli altri come immanente, coesistente alla stessa malattia, il ricovero coattivo come regola, la custodia prevalente sulla cura. La legge del 1904 era, dunque, integralmente ispirata ad esigenze di difesa sociale, ideata per tutelarsi dagli abnormi comportamenti degli alienati mentali e prevedeva l'internamento in ospedali psichiatrici di soggetti, affetti da disturbi psichici, che non avevano mai manifestato atteggiamenti antisociali¹¹. La necessità di garantire la quiete sociale aveva quindi tracciato la presunzione assoluta di pericolosità del malato psichiatrico, dando così vita al fenomeno noto come "criminalizzazione del malato di mente".

La legislazione del tempo non perseguiva, pertanto, la cura del "folle" ma la tutela della società dal "folle".

¹¹ In argomento si vedano le considerazioni di M. Baraldo, *Gli obblighi dello psichiatra*, cit. . G. Marra – S. Pezzetto, *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla L. n. 180 del 1978*, in *Cass. Pen.*, 10, 2006, p. 3429 ss. . R. Zaccariello, *Questioni in tema di responsabilità penale per condotte auto ed etero lesive poste in essere dal paziente*, in www.psichiatria.it.

Vi era, perciò, una palmare prevalenza delle esigenze di difesa sociale su quelle terapeutiche e sulla volontà del malato, attuate mediante la custodia dello stesso. La situazione veniva, poi, accentuata dall'assenza del ricovero volontario del malato mentale, introdotto solamente con la legge Mariotti del 1968.

La malattia psichiatrica, in sostanza, non trovava diritto di cittadinanza nella materia della sanità, ma in quella della pubblica sicurezza, tanto da essere prevista dal testo relativo. Lo stesso, infatti, prevedeva, a carico degli esercenti la professione sanitaria, l'obbligo di denunciare, entro due giorni, all'autorità di pubblica sicurezza tutte "le persone da loro assistite o esaminate affette da malattia mentale o da grave infermità psichica, le quali dimostrino o diano sospetto di essere pericolose per sé e agli altri¹²".

Il codice penale prevedeva poi, seppur a titolo contravvenzionale, una serie di fattispecie (quali l'omessa custodia dell'alienato mentale, l'omessa denuncia della fuga dell'alienato mentale, l'omessa denuncia del soggetto affetto da infermità psichica pericolosa, artt. 714 e ss. c.p.), la cui finalità consisteva nel predisporre una sorta di tutela anticipata per coloro che avrebbero potuto subire comportamenti pregiudizievoli da parte del malato mentale.

Una maggior attenzione per l'aspetto terapeutico della malattia mentale si realizza con l'emanazione della legge 13 maggio 1978, n. 180, più conosciuta come "legge Basaglia", dal nome dello psichiatra che strenuamente si adoperò per l'approvazione e le cui disposizioni sono state, integralmente, trasfuse negli artt. 33 e ss. della legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. La l. 180/78 ha segnato un'epoca, viene spesso definita una rivoluzione copernicana nell'ambito della psichiatria. Ha posto fine a quel fenomeno noto come "criminalizzazione del malato di mente", alla considerazione di questi come un soggetto pericoloso, da segregare in un manicomio.

¹² R.d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 153.

Questa legge ha segnato il passaggio dal custodialismo alla cura, dalla ghettizzazione alla libertà del paziente psichiatrico, considerando lo stesso come un soggetto da trattare terapeuticamente come qualsiasi altro paziente. Si rovescia così il presupposto per il ricovero coatto: non più la pericolosità, ma la necessità di cure.

La malattia psichiatrica diventa, in tal modo, una malattia come le altre e l'approccio ad essa mira al recupero del paziente sotto ogni profilo, compreso l'esercizio del diritto di elettorato, prima sospeso durante la degenza manicomiale. La malattia mentale non viene più concepita come devianza e il "folle" diventa persona, titolare in quanto tale di c.d. "quote di autodeterminazione", può cioè essere considerato responsabile delle proprie azioni¹³.

Occorre, comunque, precisare che il mutamento di indirizzo si era già verificato negli anni precedenti alla riforma. Un esempio è rappresentato da una sentenza del 1975, della Sezione istruttoria di Bologna¹⁴, avente ad oggetto un caso di suicidio di un paziente psichiatrico per impiccagione. La sentenza è singolare poiché il discorso non viene impostato sull'obbligo di custodia, ma sul terreno della prevedibilità dell'evento suicidario e, dunque, sulla colpa.

Da un punto di vista prettamente giuridico, la riforma ha adattato il trattamento dei pazienti psichiatrici ai principi costituzionali, abolendo il rapporto presuntivo tra malattia e pericolosità sociale e la conseguente segregazione nel manicomio, istituzione ormai inammissibile poiché in palese conflitto con l'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale quale diritto inviolabile. La Legge Basaglia richiama, inoltre, nel suo impianto complessivo, il principio contenuto nell'art. 32 Cost., che dopo aver definito il diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, al comma 2 fissa il principio che nessuno può essere obbligato a trattamenti sanitari in assenza di volontà.

¹³ Sul punto cfr F. Bricola, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, 1997, p. 1630 ss. .

¹⁴ A. Melchionda, *Nota a sentenza sez. istruttoria Bologna 1975*, in *Crit. Pen.*, 1976.

Gli effetti della riforma si proiettano poi sul piano normativo: vengono abrogati i reati di omessa custodia e omessa denuncia previsti dagli artt. 714, 715, 716 (nella sola parte relativa ai malati mentali) e 717 c.p.; viene inaugurata la nuova disciplina dei trattamenti sanitari, la cui applicazione obbligatoria è un’*“extrema ratio”*, cui ricorrere solo in presenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, nel caso in cui gli stessi non siano accettati dal paziente e qualora questi non possa essere seguito al di fuori di una struttura ospedaliera.

Le ricadute del mutamento di prospettiva si riflettono anche sul piano operativo: la cura del paziente psichiatrico si affaccia su nuovi orizzonti, predisponendo strutture con finalità di prevenzione, cura e riabilitazione dislocate a livello territoriale e dichiarando l’abbandono di strumenti di carattere custodialistico.

La figura dell’operatore di salute mentale muta, così, fisionomia: non più gestore della custodia del paziente, c.d. “braccio sanitario della pubblica sicurezza”, ma vero e proprio operatore medico, il quale pone in essere le necessarie iniziative terapeutiche ed, eventualmente, inibitorie dei comportamenti auto o eteroaggressivi del paziente. Il suddetto superamento del regime custodialistico trasforma così l’obbligazione di risultato dello psichiatra in obbligazione di mezzi, seppur in maniera più povera rispetto ad altri settori della medicina. In alcuni di essi, infatti, il progresso tecnico è stato ciclopico e ha prodotto una variegata serie di mezzi terapeutici, il cui impiego ha consentito risultati sorprendenti. Mezzi comunque dinamici che si sottopongono a continuo perfezionamento e che ammettono scelte alternative. La chirurgia, la medicina interna, l’anestesia, la radiologia, per rimanere agli esempi più lampanti, sono l’emblema di tale evoluzione.

Ben diversa è la storia della psichiatria, la quale presenta un modesto catalogo di mezzi, nonostante l’incalzare degli importanti progressi concepiti con la psicoterapia e con l’avvento degli psicofarmaci¹⁵. A fronte

¹⁵ Al riguardo cfr. A. Fiori, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 1982, p. 540 ss. .

dell'esiguità dei mezzi a disposizione viene naturale porsi il seguente quesito: quale è il raggio applicativo dell'obbligazione di mezzi rivolta allo psichiatra? L'abrogazione della legge del 1904 parrebbe aver abbandonato soltanto l'equazione "pericolosità – custodialismo", ma non l'equazione "pericolosità – obbligo giuridico dell'impiego di mezzi protettivi da parte dello psichiatra". La legge Basaglia ha indubbiamente bandito dal linguaggio normativo vigente la presunzione astratta di pericolosità a sé e ad altri, palesemente scompare ogni accenno ad essa, ma al contempo non ha eliminato quelle manifestazioni della malattia psichiatrica che danno luogo a comportamenti violenti del paziente. Il concetto di pericolosità, invero, non si è dissipato con l'abrogazione della legislazione precedente. È vero: i delitti compiuti dai malati mentali non sono statisticamente superiori a quelli del resto della popolazione; non vi è dunque uno stretto legame tra malattia psichiatrica e delinquenza. Il paziente psichiatrico, tuttavia, può commettere reati per cause di natura psicopatologica. Sarebbe erroneo, pertanto, eliminare il concetto di pericolosità soltanto per aderire a meri dati statistici. Se, infatti, una parte di malati, seppur esigua, è effettivamente pericolosa a causa della patologia, lo psichiatra può essere chiamato a rispondere dei fatti commessi dai propri pazienti, qualora non adotti gli strumenti che compongono la sua obbligazione di protezione. Obbligazione che rappresenta una sintesi di situazioni giuridiche "attive" e "passive"¹⁶, create dal diritto per comporre il conflitto di interessi che può manifestarsi in seno all'arte sanitaria. Le prime comportano per il sanitario poteri e diritti; le seconde, invece, obblighi.

I poteri comportano l'esercizio di una propria specifica attività nell'interesse altrui e, nella professione sanitaria, consistono fondamentalmente nella diagnosi e nella cura.

¹⁶ In argomento F. Carnelutti, *Obblighi, poteri e diritti del medico e del chirurgo*, in *Archivio di antropologia criminale, psichiatria e medicina legale*, 58, 1938, p. 277.

I diritti, invece, implicano l'esercizio di una certa attività nell'interesse proprio, che si riducono al diritto al compenso, nonché alla tutela della dignità e del decoro professionale.

Gli obblighi, infine, consistono nel sacrificio di un interesse proprio in favore di un interesse altrui e si distinguono, a loro volta, in legali e morali¹⁷.

La pericolosità, dunque, non si è eclissata, continua ad orbitare nell'universo della psichiatria. Prova ne sia, come sostenuto dalla giurisprudenza di merito¹⁸, che la legge Basaglia ha sì modificato il codice penale, ma non il codice civile. È rimasto intatto, infatti, l'obbligo di sorveglianza sancito dall'art. 2047 c.c., il quale pur non richiedendo un controllo assoluto del sorvegliante sull'incapace, prevede a carico dei servizi psichiatrici un dovere di vigilanza, che rappresenti una sintesi tra libertà di movimento e di esplicazione della personalità dei soggetti sottoposti a sorveglianza e la tutela dei terzi.

Diversamente, qualora si escludesse l'obbligo di custodia, si giungerebbe ad assicurare una sorta di impunità allo psichiatra¹⁹ e, al contempo, a rinnegare l'obbligo di cura, inteso come diritto non solo dell'individuo, ma anche della collettività *ex art. 32 Cost*²⁰.

Sarebbe, inoltre, irragionevole eseguire interventi di tipo strettamente terapeutico e abbandonare qualsiasi trattamento "cautelativo", ogniqualvolta le peculiari condizioni del paziente lo rendessero necessario. Verrebbe, altrimenti, sacrificata l'incolumità del paziente per assicurare una maggiore

¹⁷ Sulla distinzione tra poteri, diritti e obblighi cfr. G. Canepa, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 1983, p. 20 ss. .

¹⁸ Trib. Trieste 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, p. 986.

¹⁹ G. Canepa, *Note introduttive allo studio della responsabilità*, cit., p. 24.

²⁰ A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi "esemplari" di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2004, p. 1406.

tutela della sua personalità. Alla tutela della persona si preferirebbe, così, la difesa della sua dignità²¹.

Ma cosa si intende per pericolosità?

La nozione di pericolosità è concettualmente amorfa, imprecisa, tanto che lo psichiatra si trova spesso in difficoltà nel rispondere al quesito se il malato mentale sia anche socialmente pericoloso²².

Il termine pericolosità è stato rimosso dal linguaggio psichiatrico già da tempo. Occorre rivisitare, perciò, il significato clinico e proporre nuovi contenuti, nel rispetto della circolarità e multifattorialità del disturbo mentale. È necessario, dunque, individuare strumenti finalizzati non alla neutralizzazione ma alla cura del malato mentale, che consentano di sostituire il concetto di soggetto socialmente pericoloso con quello di bisognoso di trattamento. I centri di salute mentale organizzano, ormai, la loro attività ispirandosi a criteri prettamente medici e non più custodialistici²³.

Nella pratica quotidiana, tuttavia, la pericolosità non è scomparsa ma trapela dalla motivazione delle sentenze, poiché persiste la relazione tra malattia mentale e violenza, seppur circoscritta a precisi gruppi diagnostici e a specifiche fasi della patologia. Cambia, però, il punto di vista da cui viene osservato il concetto di pericolosità: è un problema clinico, che bandisce ogni tentativo di stigmatizzazione del malato. Si cerca, così, di restituire alla malattia mentale la dimensione di problema medico e, al contempo, privarla dei tratti di ordine pubblico.

Da tempo, anche in Italia, si sta diffondendo l'interesse per i risultati della ricerca internazionale sul rapporto tra malattia mentale e violenza, spesso confinato al solo ambito medico - legale e psichiatrico forense. La ricerca sul rapporto tra disturbo mentale e violenza è stata caratterizzata da

²¹ In questo senso G. Iadecola, *Responsabilità del direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2004, p. 1149.

²² Così A. Manna, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rass. it. crim.*, 3-4, 2000, p. 327.

²³ Cfr. R. Ariatti - G. Neri, *Il giudizio di pericolosità*, in *Nóos Aggiornamenti in psichiatria*, vol. 4, 2, 1998, p. 143 ss. .

difficoltà concettuali e metodologiche, rendendo così più ardua una sintesi degli studi profusi in materia.

Un'importante ricerca epidemiologica²⁴, esaminando un campione rappresentativo della popolazione statunitense, ha fornito una serie di dati che evidenzia come la violenza nei pazienti psichiatrici appaia superiore rispetto alla popolazione generale, ma soltanto con riguardo a specifici gruppi diagnostici, in particolare le psicosi.

Uno studio prospettico più recente²⁵, invece, ha verificato come il peso della malattia mentale sul comportamento violento si riduca notevolmente. Questo perché tra i soggetti con disturbi mentali gravi, rispetto alla popolazione generale, si creano gruppi sociali svantaggiati, in quanto tali maggiormente inclini alla violenza.

La letteratura, inoltre, analizza il rapporto tra disturbo mentale e violenza individuando determinati fattori di rischio che si distinguono in individuali, di contesto e clinici.

Tra i fattori individuali assumono particolare rilevanza la giovane età, la razza, una carriera istituzionale alle spalle, un vissuto di pregressi gesti violenti, il sesso maschile e un basso livello socio - economico. Significativi si presentano, inoltre, lo stile di personalità impulsivo e dissociale, l'integrità neurologica e il quoziente intellettivo.

I fattori di contesto sono rappresentati da situazioni percepite come stressanti e prive di supporto sociale, ambiente di vita scadente in quanto privo di opportunità relazionali e occupazionali. Nel medesimo ambito rientra la disponibilità di armi proprie ed improprie.

La categoria che desta un maggior interesse è sicuramente quella dei fattori clinici. Tra questi la presenza sull'asse I del DSM di una psicosi maggiore, la presenza di sintomatologia produttiva (deliri o allucinazioni), terapie

²⁴ La fonte è tratta da P. W. Corrigan e A. C. Watson, *Findings from the National Comorbidity Survey on the frequency of violent behaviors in individual with psychiatric disorders*, in *Psychiatry Research*, 136, 2005, p. 153 ss. .

²⁵La fonte è tratta da E. B. Elbogen S. C. Johnson, *The Intricate Link Between Violence and Mental Disorder: Results from the National Epidemiologic Survey and Alcohol and Related Conditions*, in *Archives of General Psychiatry*, 66, 2009, p. 152 ss. .

farmacologiche inadeguate o assenti, bassa *compliance* al trattamento, propositi violenti e, infine, l'associazione con abuso di sostanze.

Le ricerche del settore smentiscono così l'assioma che i soggetti affetti da malattia mentale non costituiscano un maggior pericolo di reato rispetto a coloro che ne sono esenti. I dati su riportati, comunque, manifestano la difficoltà di predire i potenziali comportamenti violenti, senza dimenticare però che l'individuazione dei fattori di rischio consente di analizzare il problema con maggiore attendibilità clinica rispetto al passato. Sulla base, quindi, della letteratura e delle ricerche effettuate appare più facile delineare i confini della responsabilità psichiatrica, nonostante la previsione di comportamenti violenti rappresenti il frutto di una probabilità statistica, la quale deve sempre fare i conti con le peculiarità del caso clinico.

La pericolosità, pertanto, accompagna sempre l'agire dell'operatore psichiatrico. Pericolosità che si tramuta, spesso, in atti auto ed eteroaggressivi.

A questo punto viene automatico chiedersi quanto e cosa rimanga della legislazione precedente. E soprattutto: lo psichiatra può adottare strumenti volti ad impedire i comportamenti violenti scaturenti dalla pericolosità del soggetto che ha in cura? L'obbligazione di mezzi, dunque, comprende l'assistenza - sorveglianza del paziente? Il termine sorveglianza evoca spesso note di negatività, in realtà esso compare in qualsiasi disciplina medica. Si pensi, ad esempio, ai primi sintomi di un'appendicite: la sua evoluzione comporta il ripetersi di visite successive affinché il medico possa confermare la sua diagnosi e successivamente intervenire.

All'attività del medico si aggiunge, poi, quella dei familiari del paziente. Gli stessi, sovente, hanno il dovere di impedire al malato azioni dannose per sé e per gli altri, come nel caso di malattie infettive.

La sorveglianza non è, dunque, peculiare della sola malattia psichiatrica. L'osservazione ritmata del paziente è presente in diversi settori della medicina, sino a giungere ad attività di custodia dello stesso. Questo avviene, soprattutto, quando vi sia una compromissione delle facoltà

psichiche, le quali, se non adeguatamente tenute sotto controllo, possono provocare eventi lesivi di vario genere: caduta dal letto, suicidio, strappo di fleboclisi, infezioni e via dicendo. Nonché il rischio di atti lesivi nei confronti di altri degenti o sanitari.

A questo punto si potrebbe affermare: se la pericolosità non è scomparsa dall'universo psichiatrico ed essa si tramuta nel compimento di atti lesivi, allora l'assistenza - sorveglianza fino alla custodia è parte integrante dei mezzi per la prevenzione di reati commessi dal paziente. L'obbligazione di mezzi rivolta all'operatore psichiatrico implica, quindi, anche l'utilizzo di questi mezzi. Custodia che però non va confusa con custodialismo. La prima è finalizzata alla cura e alla protezione del paziente, non alla sua segregazione. Il secondo ha sempre finalità di protezione, rivolte però ad un diverso destinatario: la società, non il malato.

Capitolo II

Il trattamento sanitario obbligatorio

2. 1 I presupposti - 2. 2 Il procedimento applicativo - 2. 3 Luoghi di svolgimento - 2. 4 T.s.o. non attuato o impropriamente attuato

2. 1 I presupposti

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

La volontarietà del trattamento sanitario è la regola e, pertanto, è necessario percorrere ogni strada utile al conseguimento del consenso. Non a caso il comma 5 dell'art. 1 della legge Basaglia prevede che il t.s.o. debba essere accompagnato da iniziative volte ad assicurare il consenso e perciò la sua attuazione è soggetta a ferrei limiti.

Quali, dunque, i presupposti del t.s.o? Sono tre: a) esistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici (art. 34, comma 4 l. 833/78); b) mancata accettazione degli interventi terapeutici da parte dell'infermo di mente; c) mancanza di condizioni per adottare tempestive ed idonee misure al di fuori di una struttura ospedaliera (extranosocomialmente). La mancanza di uno solo di essi impedisce l'attuazione del t.s.o. .

Dalla lettura di tali presupposti si nota immediatamente l'assenza della tanta discussa nozione di pericolosità, quale criterio necessario per attuare il ricovero coatto. Scompare così ogni riferimento ad essa. Ciò che ora

determina l'intervento è la malattia e, pertanto, il paziente viene ricoverato soltanto se ciò si riveli necessario alla sua salute. Ma la malattia come deve presentarsi? Siamo sicuri che il concetto di "alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici" non significhi anche pericolosità per sé o per gli altri? Lo stato di sofferenza psichica che colpisce il paziente potrebbe, infatti, dar vita a comportamenti auto o eteroaggressivi e, quindi, pericolosi.

L'obbligazione di mezzi che si rivolge allo psichiatra comporta poi una diagnosi di alterazione psichica strettamente legata al concetto di urgenza terapeutica. A questo punto, dunque, si pone il problema di individuare l'area delle "urgenze" in psichiatria. Al riguardo, la terminologia medica distingue tra: emergenza, che richiede un intervento non necessariamente immediato, in quanto legata a situazioni di disagio sociale fronteggiabili con strumenti non prettamente psichiatrici; urgenza, generata da una situazione di sofferenza psichica acuta e grave che richiede un pronto intervento diagnostico e terapeutico. Si è provato, tuttavia, a distinguere ulteriormente all'interno della generica categoria delle urgenze: quelle connesse ad un quadro psicopatologico, quali ad esempio stati depressivi, maniacali, disturbi d'ansia, scompensi deliranti, necessitanti una risposta psichiatrica di vario tipo (terapia farmacologica, psicoterapia, proposta di ricovero e, soltanto come *extrema ratio*, il trattamento sanitario obbligatorio); quelle legate a patologie psichiatriche croniche ma non acute o a patologie organiche neurologiche che richiedono una risposta socio - ambientale o assistenziale e, pertanto, non richiedono l'applicazione del ricovero coatto²⁶. Al di là delle distinzioni di carattere concettuale tra urgenza ed emergenza, è doveroso ricordare che nella pratica clinica il problema reale è quello di tamponare una situazione di tensione, pur in mancanza di quei sintomi che rientrano nella nozione stretta di urgenza. Quest'ultima, che ha avuto la finalità di impedire un uso smisurato del t.s.o., sembra a volte troppo

²⁶ M. Casacchia - G. Colombo - P. Stratta, *Psichiatria d'urgenza*, L. Pavan (a cura di), in *Trattato italiano di psichiatria*, p. 2745 ss. .

limitativa, quasi in contrasto con le reali esigenze del paziente. Sono queste, infatti, che devono provocare l'obbligatorietà del trattamento, non l'urgenza in sé. I quadri clinici più significativi, indubbiamente, presentano il carattere dell'urgenza, ma vi sono casi in cui questa si presenta in termini relativi, nel senso di una ragionevole dilazionabilità: si pensi ad esempio all'anoressia psichica nello stadio intermedio. Sarebbe dunque opportuno accogliere una nozione più elastica dell'urgenza, funzionale alle concrete esigenze terapeutiche del malato.

Parrebbe, dunque, potersi giungere alle seguenti conclusioni: le alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici sono di fatto quelle che danno luogo a pericolosità, secondo una nozione lata della stessa. Secondariamente ciò che determina l'applicazione del ricovero coatto non è l'urgenza in quanto tale, ma la necessità di esso, nell'interesse primario del malato.

2. 2 Il procedimento applicativo

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

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

di carattere giuridico investe il provvedimento del sindaco ed è effettuato dal giudice, il cui provvedimento viene poi vistato dal pubblico ministero.

Il provvedimento emanato ha la durata di sette giorni e alla scadenza può essere rinnovato qualora se ne riscontrino i presupposti. L'art. 3, comma 5 della legge 180/78, inoltre, obbliga il sanitario responsabile del servizio psichiatrico a comunicare al sindaco, in caso di dimissione del paziente, la cessazione delle condizioni sulla base delle quali era stato disposto il t.s.o. . Non solo: lo stesso *iter* deve essere percorso ogni qual volta si ravvisi l'inutilità di proseguire il trattamento. L'elasticità della forma utilizzata dal legislatore consentirebbe di ricomprendere tutte quelle forme di sofferenza psichica per le quali il trattamento non produce alcun vantaggio terapeutico. Si evidenzia, sostanzialmente, il proposito di bandire qualsiasi tentativo di segregazione, retaggio ormai di un lontano passato.

Innovativo e garantista è l'intervento del sindaco, poiché consente di configurare la malattia mentale come una questione sanitaria non più, come un tempo, di pubblica sicurezza.

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

Il legislatore, non a caso, attribuisce al sindaco la qualifica di "autorità sanitaria locale"²⁷. La formula adottata, però, non rimuove il dubbio sulla natura delle funzioni e sulle competenze del sindaco nelle materia *de qua*. In particolare, occorre chiedersi se l'emanazione del t.s.o rientri nelle competenze che lo stesso esercita quale capo dell'amministrazione comunale o in qualità di ufficiale di governo. La legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale non offre indicazioni precise al riguardo, limitandosi ad affermare una generica competenza sanitaria ormai stratificata. A questo

²⁷ Si vedano gli artt. 1, comma 6 l. 180/78 e 33 l.833/78.

punto occorre affidarsi all'interpretazione e verificare quali potrebbero essere gli effetti dell'accoglimento dell'una o altra opinione.

Nel caso in cui si ritenga che il sindaco applichi un trattamento sanitario obbligatorio in qualità di ufficiale di governo, egli esercita attribuzioni di competenza statale, emanando un atto amministrativo con la forma di ordinanza. Esercitando tale potere può far sorgere nei confronti del cittadino un obbligo, la cui inosservanza determina una sanzione. In tal modo, il sindaco soddisfa un'esigenza di mantenimento dell'ordine sociale, non prettamente terapeutica.

Al fine di una maggiore chiarezza, si può affermare che si chiederebbe così al sindaco di applicare il ricovero coatto nelle stesse ipotesi e per le medesime esigenze in relazione alle quali interveniva l'autorità giudiziaria nella legislazione precedente: garanzie, dunque, di quiete sociale potenzialmente scalfibili dagli atti dei malati mentali.

Nell'ipotesi in cui, invece, il sindaco agisca sotto la veste di autorità sanitaria locale, almeno sulla carta, adotterebbe un procedimento di carattere terapeutico - curativo e non custodialistico - repressivo.

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

Le sembianze del procedimento si sono così trasformate: il provvedimento col quale si autorizza il ricovero coatto non è più atto della sola autorità

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

Un'ultima considerazione: non è certo casuale la scelta di una tale figura, preposta, *ex art. 344 c.c.*, a sovrintendere alle tutele e curatele e, quindi, alla conoscenza di esperienze umane particolarmente delicate²⁸.

2. 3 Luoghi di svolgimento

Il principio ispiratore della legge Basaglia richiede che la cura e la riabilitazione del paziente psichiatrico siano attuati prevalentemente da presidi *extra* ospedalieri²⁹, di modo che la gestione del disturbo mentale sia attribuita a servizi dipartimentali distribuiti nel territorio.

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

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

²⁸ In questo senso la relazione di presentazione alla legge: *“La scelta del giudice tutelare non è senza significato: anzitutto si è fatto riferimento a una categoria di magistrati che è presente capillarmente sul territorio: inoltre nel trattamento sanitario obbligatorio si è voluto vedere non tanto una limitazione della libertà del singolo cittadino quanto piuttosto una misura sanitaria. Sarà il giudice tutelare, che è competente per la tutela dei minori, degli interdetti, degli inabilitati e degli incapaci, a valutare l'opportunità di adottare i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e amministrare il patrimonio dell'infermo”*.

²⁹ Si vedano gli artt. 6 della l. 180/78 e 34 della l. 833/78.

Il legislatore ha, quindi, voluto configurare il servizio psichiatrico come parte integrante della struttura dipartimentale di salute mentale, comprensiva anche dei servizi extraospedalieri. Non una struttura a sé stante, isolata. Questa logica topografica ha consentito quindi di assicurare una continuità terapeutica tra gli operatori che operano sul fronte nosocomiale e territoriale, al fine di rendere meno drammatico l'eventuale ricovero del paziente.

Nelle intenzioni del legislatore vi è stato non solo l'abbandono della struttura manicomiale ma, soprattutto l'inaugurazione di centri e servizi psichiatrici distribuiti nel territorio, i quali hanno la funzione di rendere effettiva la cura del paziente anche al di fuori del ricovero coatto.

La riforma, inoltre, allo scopo di evitare la reintroduzione di strutture totalizzanti, ha previsto che tali servizi non debbano avere un numero di posti letto superiori a quindici e che il personale sia composto da operatori ospedalieri ed extraospedalieri. Si intende in questo modo costituire non un autonomo reparto psichiatrico, ma un servizio aperto ad interventi di carattere extranosocomiale³⁰.

2. 4 T.s.o. non attuato o impropriamente attuato

Possono venire in considerazione diverse ipotesi di reato. Vediamo una prima: t.s.o. dovuto ma non disposto. In questo caso può profilarsi il reato di abbandono di persona incapace, previsto dall'art. 591 c.p.; se poi dall'abbandono deriva la morte del paziente ne consegue l'aggravante del comma III. Un caso giurisprudenziale nel quale è stato contestato, ma poi escluso, il suddetto reato è quello esaminato dalla Corte d'Assise di Cagliari, 1999, imputato Uras³¹. Un ragazzo affetto da disturbo di

³⁰ Il Legislatore, su questo punto è stato chiaro. Art. 7 l.180/78: "*È in ogni caso vietato costruire nuovi ospedali psichiatrici, utilizzare quelli attualmente esistenti come divisioni specialistiche psichiatriche di ospedali generali, istituire negli ospedali generali divisioni o sezioni psichiatriche e utilizzare come tali divisioni o sezioni neurologiche o neuropsichiatriche...*".

³¹ Assise Cagliari, 16 giugno 1999, imp. Uras, in *Foro it.*, II, 1999, p. 577.

personalità di tipo *borderline* viene sottoposto a t.s.o., ma viene dimesso prima che siano trascorsi i sette giorni previsti dalla procedura. Una volta uscito dalla struttura ospedaliera, si toglie la vita. Lo psichiatra che lo ha dimesso viene imputato del reato di abbandono di persona incapace seguito da morte, per non aver trattenuto il paziente in ospedale. La sua responsabilità viene però esclusa, in quanto, considerato il quadro clinico presente all'atto della dimissione, non si è ritenuto presente un requisito del ricovero coatto: la presenza di determinate alterazioni psichiche. Le dimissioni del paziente, perciò, sono da ritenere legittime oltre che doverose.

Analogamente, nel 2002, il Tribunale di Trento³² aveva escluso la responsabilità di un medico per il reato di abbandono di persona incapace. Ecco il caso: un uomo, affetto da disturbo *borderline* di personalità, giunge al pronto soccorso in stato confusionale, minacciando di suicidarsi tramite ingestione di trielina, qualora non venga accolta la sua richiesta di ricovero. Il medico rifiuta e preferisce affidarlo alla comunità protetta presso la quale l'uomo è già stato curato, somministrandogli venticinque gocce di *Noan*³³ a scopo placebo. Due ore dopo, il paziente viene trovato in stato comatoso a causa dell'ingestione di trielina, evolvendo nell'*exitus* nei successivi quattro giorni. Come nel caso precedente, si è ritenuto che il paziente avesse la capacità di autodeterminazione. Manca, ancora una volta, uno dei presupposti del ricovero coatto: alterazioni psichiche tali da consentire urgenti interventi terapeutici.

Alla mancata richiesta di t.s.o, spesso, si accompagnano altri addebiti, come ad esempio la mancata o scorretta somministrazione di un farmaco, così in caso di morte del paziente viene contestato *sic et simpliciter* l'omicidio colposo. Un chiaro esempio è Cass. IV, n. 10795/2008, imputato Pozzi³⁴.

³² Trib. Trento n. 273/2002, in *Riv. pen.*, 2003, p. 346.

³³ Il *Noan* è un farmaco utilizzato per la cura di stati d'ansia e di agitazione semplici o associati a sindromi nevrotiche o psicotiche.

³⁴ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011.

Un paziente, affetto da schizofrenia paranoide cronica, è degente presso una struttura psichiatrica residenziale. Ogni tre settimane gli viene praticata un'iniezione di *Moditen*, un neurolettico a rilascio ritardato. Chiede allo psichiatra curante che il trattamento venga sospeso. Lo psichiatra dapprima dimezza la dose del farmaco e poi sospende il trattamento. Decide poi di riprendere la terapia, rinforzandola con l'associazione del *Clopixol*³⁵, poiché il quadro clinico si riacutizza. Il paziente, infatti, rivolge minacce di morte ad un operatore della struttura: è convinto che questi voglia avvelenarlo. Nutre altresì la convinzione che due pazienti decedute nella struttura, sue amiche, siano state in realtà uccise. Sei giorni dopo la reintroduzione del trattamento, l'operatore si reca nella sua camera per somministrargli i farmaci, ma viene colpito mortalmente dal paziente con un coltello. Allo psichiatra viene addebitato di aver incongruamente disposto riduzione e sospensione del farmaco e di non aver disposto il t.s.o. Quest'ultimo addebito, che è quanto interessa in questa fase della trattazione, viene escluso in Cassazione, sostenendo che il paziente accettava gli interventi terapeutici che gli venivano proposti e che, quindi, difettava un presupposto necessario per disporre il ricovero coatto: il rifiuto delle cure.

Delicata si presenta, poi, la valutazione del mancato procrastinarsi del ricovero del paziente per insussistenza di un presupposto. Un caso recente è quello di Cass. IV, n. 18504/12, imputato Giannini e altro³⁶: due medici vengono imputati di concorso in omissione di atti del proprio ufficio, per aver omesso di procrastinare il ricovero di un paziente, nonostante le sollecitazioni dei genitori. Questi segnalano il pericolo che il figlio possa porre in essere comportamenti aggressivi. Pericolo poi verificatosi con l'omicidio della madre, una volta dimesso dall'ospedale. La Suprema Corte condivide le conclusioni del giudice dell'udienza preliminare, il quale aveva

³⁵ Il *Clopixol* è un farmaco per la cura di sindromi dissociative acute e croniche, nonché altre sindromi paranoide ed allucinatorie, specie quando il quadro clinico è caratterizzato da ansietà ed inquietudine, ipereccitabilità psicomotoria e reazioni affettive.

³⁶ Cass. VI, 15 marzo (15 maggio) 2012, n. 18504, imp. Giannini e altro, est. Carcano, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7249.php.

escluso la responsabilità per il reato di cui all'art. 328 c.p., per assenza di volontà e rappresentazione dell'evento. Essendo, infatti, l'omissione di atti d'ufficio un reato punito a solo titolo di dolo. La considerazione che, a questo punto, più interessa è il motivo per cui non era stato disposto il ricovero coatto: il paziente aveva recuperato una condizione di compenso e, di conseguenza, era assente uno dei presupposti del t.s.o., ossia ancora una volta alterazioni psichiche tali da determinare urgenti interventi terapeutici. Occorre osservare come, nei casi esaminati, l'addebito del rifiuto del ricovero sia stato giudicato privo di fondamento. Appare, inoltre, difficile reperire sentenze definitive di condanna fondate su questo tipo di contestazione.

L'oscillante atteggiamento della giurisprudenza rivela, dunque, l'esistenza di difficoltà ermeneutiche sui presupposti del trattamento sanitario obbligatorio, dovute probabilmente alla poca chiarezza in merito alle ragioni che lo giustificano.

È quindi giocoforza tornare ancora sui presupposti. Secondo un certo indirizzo giurisprudenziale, il ricovero coatto si giustificerebbe per ragioni di prevenzione. Alla base di tale ragionamento vi sarebbe l'idea che il paziente psichiatrico sia un soggetto pericoloso per sé o per altri, per il solo fatto della malattia che lo affligge. La valorizzazione di tali esigenze ha stimolato l'interpretazione estensiva dei presupposti del t.s.o., in particolare di quelli relativi alla necessità ed urgenza. Un esempio, tratto dalla giurisprudenza di merito, è Trib. Perugia 1986³⁷. Uno psichiatra, responsabile di un centro di igiene mentale (cim), viene condannato per abbandono di persona incapace, in quanto ha ommesso di adottare qualsiasi forma di intervento terapeutico nei riguardi di quattro componenti uno

³⁷ Trib. Perugia 1986, imp. M, in *Foro it.*, II, 1988. La sentenza è stata, prima, parzialmente annullata in appello, poi annullata senza rinvio dalla Corte di Cassazione. La Suprema Corte ha escluso l'applicazione dell'art. 591 c.p., perché non vi era una situazione conosciuta dal cim che imponesse il t.s.o., trattandosi di una situazione di generica pericolosità.

stesso gruppo familiare, affetti da turbe psichiche tali da renderli incapaci di provvedere a se stessi.

Nella motivazione della sentenza emerge, a chiare lettere, l'intento di assicurare le esigenze di prevenzione, perseguibili attraverso il ricovero coatto. Si legge, infatti, che "*certe malattie, tra cui quella mentale, sono sempre condizione di trattamento obbligatorio*". I pazienti psichiatrici non sono, perciò, liberi di non curare la malattia e i medici curanti hanno l'obbligo di adottare i presidi terapeutici necessari. Nella sentenza, poi, si afferma che non è necessario accertare la presenza della malattia, ma è sufficiente il mero sospetto. Questo non significa, però, un dovere indiscriminato del cim di effettuare ricerche di sospetti, ma semplicemente di intervenire quando abbia avuto cognizione di tali casi. Tale indirizzo giurisprudenziale ha in qualche modo privilegiato esigenze di prevenzione, piuttosto che quelle di cura e riabilitazione dell'alienato mentale.

Un altro caso, frutto di questo orientamento maturato in seno alla giurisprudenza di merito, è quello esaminato dal Trib. Di Busto Arsizio nel 2008³⁸. Un paziente, affetto al momento del fatto da psicosi cronica, con diagnosi di disturbo delirante di tipo persecutorio, colpisce violentemente con un colpo di martello alla testa una ragazzina di dodici anni. Lo psichiatra che lo ha in cura viene condannato per il delitto di lesioni personali colpose (art. 590 commi I e II c.p.). La colpa dello psichiatra si incentra sulla sottovalutazione della patologia e, per quel che ci riguarda, sulla mancata attuazione del ricovero coatto. Secondo l'organo giudicante, il rifiuto di farsi visitare, la mancata accettazione della terapia farmacologica, nonché la grave forma di malattia da cui era affetto avrebbero giustificato di per sé il t.s.o e, quindi, la necessità e l'urgenza di intervenire.

Un altro orientamento, sostenuto da certa dottrina medico legale³⁹, nega qualsiasi presunzione di pericolosità del malato mentale e conferma il principio secondo cui ogni trattamento sanitario debba essere accettato dal

³⁸ Trib. Busto Arsizio, 9 dicembre 2008 (imp. B. e C.), in www.francoangeli.it.

³⁹ R. Catanesi – O. Greco, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Piccin, Padova, 1990, p.59 ss. .

paziente. Le uniche eccezioni, previste dall'art. 32 Cost., possono trovare asilo nel nostro ordinamento solamente in presenza di esigenze terapeutiche in senso stretto. Secondo questo indirizzo, i presupposti per l'attuazione del ricovero coatto sussisterebbero unicamente nei confronti di pazienti incapaci di intendere e di volere. Più precisamente, in presenza di un quadro clinico che riveli un chiaro e indiscutibile disturbo dell'ideazione e delle percezioni sensoriali, quali ad esempio tutte le diverse forme psicotiche. Nonché, quando il paziente esprima un netto rifiuto al trattamento, nonostante i ripetuti inviti dell'*équipe* sanitaria.

L'orientamento predetto, maggioritario in giurisprudenza, prescinde però dall'accertamento formale della validità o meno del consenso - dissenso del paziente e, al contempo, legittima la compressione della sua libertà decisionale anche quando non abbia perduto totalmente la capacità di intendere e di volere, nonostante la sussistenza di un quadro di grave alterazione psichica⁴⁰. Al fine di una legittima applicazione del t.s.o. non è, perciò, sufficiente la necessità di una terapia, poiché al paziente psichiatrico, *ex art. 32 Cost.*, è consentito rifiutare le cure anche in condizioni di cronicità. Il ricovero coatto potrebbe essere unicamente disposto in presenza di atti auto o eteroaggressivi del paziente o, tutt'al più, quando se ne ravvisi il pericolo. L'indirizzo è stato accolto dalla nota sentenza Pozzi, in cui si afferma che alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici siano soltanto quelle che si manifestino attraverso agiti di aggressività nei confronti di se stessi o di terzi. Al di fuori di queste ipotesi, appare difficile immaginare situazioni nelle quali sia necessario un contenimento fisico in ambito ospedaliero⁴¹.

⁴⁰ Tra le motivazioni del t.s.o. nel senso che non è prevista la sussistenza di uno stato di incapacità di intendere e di volere, cfr. *Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale (art. 33, 34 e 35 legge 833/78), n. 9*, emanate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, il 29 aprile 2009. Il documento è disponibile sul sito www.psychiatryonline.it.

⁴¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

Un altro orientamento analizza, invece, i presupposti del trattamento coattivo secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata. Esso ritiene che la deroga introdotta dalla legge Basaglia trovi la sua giustificazione nell'esigenza di proteggere un interesse di valore sociale pari o superiore, che potrebbe essere sacrificato dal rifiuto del paziente. Il trattamento, pertanto, diverrebbe obbligatorio quando il dissenso espresso dal malato rechi pregiudizio a terzi, *rectius* quando la malattia coinvolga direttamente l'interesse pubblico⁴². L'art. 32 Cost., del resto, riconoscendo la duplice dimensione della salute individuale, quale diritto fondamentale e quale interesse della collettività, giustificerebbe l'attuazione di un intervento obbligatorio per tutelare la società dai rischi legati alla patologia psichiatrica. Se si condividesse questa opinione si dovrebbe giungere a questa conclusione: il t.s.o. viene legittimamente disposto quando vi siano valide ragioni per ritenere che il paziente possa compiere un gesto autosoppressivo con modalità tali da recare danno a terze persone. Si pensi, ad esempio, al suicidio mediante esplosione all'interno di un appartamento. Ancora, nel caso in cui il malato si presenti particolarmente aggressivo, tale da lasciar presagire la commissione di un delitto contro la persona. Al contrario, il t.s.o. sarebbe illegittimo quando lo stato di alterazione psichica, seppur grave, consenta di escludere rischi nei confronti di terzi. Si consideri, ad esempio, il paziente affetto da disturbo mentale che si caratterizzi per l'assenza di tratti di aggressività, oppure per le modalità del suicidio, come nel caso di ingestione di una sostanza tossica. Ebbene in questi casi, secondo l'orientamento di cui sopra, il paziente psichiatrico, al pari di qualsiasi altro, avrebbe il diritto di rifiutare le cure qualora il suo gesto produca conseguenze negative solamente sulla sua salute⁴³.

Occorre a questo proposito ricordare che obiettivo del t.s.o. è, comunque, la cura del paziente e che la prevenzione viene attuata indirettamente mediante

⁴² U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, UTET, Torino, 2008, p. 946 ss. .

⁴³ Nello stesso senso G. Dodaro, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 111.

una terapia adeguata. Non avrebbe senso, dunque, distinguere a seconda che il gesto produca conseguenze soltanto per sé o anche per altri.

Capitolo III

La contenzione

3. 1 La contenzione: ieri - 3. 2 Segue: oggi - 3. 3 La contenzione è un atto medico? - 3. 4 Le cause di giustificazione applicabili - 3. 5 Contenzione non giustificata - 3. 6 Contenzione non attuata - 3. 7 Contenzione impropriamente attuata - 3. 8 Strumenti alternativi alla contenzione

3. 1 La contenzione: ieri

Immaginiamo un paziente in stato di grave agitazione psicomotoria o di eccitamento maniaco, o, ancora, in preda ad una crisi psicotica, quando cioè distrugge qualsiasi cosa di cui abbia disponibilità e dopo può prendersela con i malcapitati presenti. In questi casi, altro non può essere fatto che porre il paziente nella condizione di non agire fisicamente. Va attuato quel male necessario chiamato contenzione, ossia un'azione finalizzata a controllare, limitare, ridurre o escludere i movimenti di una persona o comunque a condizionarne il comportamento.

Tale strumento, anche se con diverse modalità e con minor frequenza, non è mai scomparso dal settore terapeutico né tantomeno dalle aule di giustizia. Casi di responsabilità professionale relative alla contenzione, seppur sporadicamente, continuano ad essere discussi in tali sedi.

La contenzione in psichiatria esiste ma, al contempo, viene sottaciuta: qualcosa di cui in certi casi non si può fare a meno, ma di cui non piace molto parlare. Si manifesta come un aspetto sgradevole e di criticità dell'assistenza e del trattamento psichiatrico. Parlarne significa richiamare quelle pratiche violente, frutto di una cultura psichiatrica che, almeno sul piano teorico, si vorrebbe rifiutare.

Il termine contenzione ha da sempre accompagnato l'universo psichiatrico. L'atto c.d. di Pinel⁴⁴, nel 1794, che simbolicamente dà origine ad una nuova visione della scienza psichiatrica, apparentemente libera i folli da ceppi e catene per confinarli in un nuovo spazio: il manicomio, istituto ormai bandito dal campo psichiatrico. Emblema della psichiatria per lungo tempo, luogo non solo di cura ma di studio e ricerca della malattia psichiatrica. Quando, infatti, nasce la Società di freniatria, ad opera del Prof. Verga nel 1873, è il manicomio il luogo elettivo di studio e la legge 36 del 1904, nel qualificarlo Ospedale psichiatrico provinciale stabilisce che allo stesso compete, in modo esclusivo, la "cura" dell'alienato mentale.

Il nuovo trattamento terapeutico è abbinato, fin dal principio, ad atti coattivi. Le catene lasciano il posto a nuovi strumenti di costrizione: camicie di forza, fermatesta, casco del silenzio, cinture di protezione, guanti senza dita, manette, forca, letto di contenzione, coperchio per bagnarola di forza. Parole, termini, alcuni arcaici, che sembrano provenire da una segreta medievale, che esprimono la sofferenza delle anime perdute nell'inferno dei manicomi.

Vediamo di descriverle⁴⁵. La camicia di forza era ritenuto lo strumento più pratico per il controllo dei malati. Si trattava di un capo realizzato in doppia tela, dotato di lunghe maniche cucite alle estremità, con allacciatura laterale. Arricchita da ampi passanti sulle spalle, sugli avambracci, sul fondo delle maniche e sul bordo laterale della parte anteriore.

Il fermatesta era una struttura parallelepipedica, chiusa su tre lati e alla base. Rivestita in cuoio imbottito e munita, ai lati, di attacchi in ferro con cinghie corrispondenti. Il capo del paziente veniva contenuto entro questa struttura e

⁴⁴ Philippe Pinel è stato un medico psichiatra francese. È considerato un innovatore della psichiatria per aver inaugurato la nuova concezione del malato mentale, separandolo da altre figure di emarginati sociali con i quali veniva comunemente associato. Grazie alla sua preparazione multidisciplinare, introdusse per primo l'analisi fisiologica della malattia mentale facendola emergere dal clima di mistero e superstizione che sino ad allora l'avvolgeva.

⁴⁵ Per una compiuta descrizione degli strumenti contenitivi si veda "Contenzione ieri ed oggi", in www.psichiatriaestoria.org.

le cui cinghie venivano legate al letto. Serviva, fondamentale, ad impedire che il malato, nel tentativo di liberarsi, urtasse contro le sponde o la base del letto.

Il casco del silenzio era un copricapo di forma svasata per il mento, raccordato da una piccola cinghia nella parte posteriore. Veniva utilizzato per contenere i pazienti c.d. “clamorosi”, ossia quelli particolarmente agitati, secondo un’espressione tipicamente ottocentesca.

La cintura di protezione era un corpo cilindrico, rivestito di cuoio e ferro, munito spesso di manette. In un certo senso, la sua introduzione rappresentò un’evoluzione, poiché sostituì i ceppi e le catene, che immobilizzavano non solo le mani ma anche le braccia.

Il guanto senza dita era un mezzo di contenzione molto diffuso in Europa nella prima metà dell’800, il quale veniva infilato e fissato ad una cintura stretta alla vita del malato. Le mani così immobilizzate impedivano al paziente di compiere qualsiasi atto di autolesionismo.

Uno strumento spesso preferito alla camicia di forza era quello delle manette, poiché più resistenti e sicure. Esse presentavano una struttura circolare in ferro rivestita di pelle, dotata di apposito lucchetto.

Altro mezzo era la forca, con struttura a mezzaluna in ferro, rivestita di cuoio e sorretta da pertica in legno. Tale mezzo era soprattutto utilizzato per mettere al muro i pazienti in stato di agitazione.

Il letto di contenzione era principalmente usato per impedire la caduta dei pazienti da esso. Il telaio era completo di rete, rafforzato sulle sponde da listelli verticali e da una fascia con foro ai lati, all’altezza del capo.

Il coperchio per bagnarola di forza era, infine, un asse in legno, di forma ellissoidale, che veniva usato come coperchio sulla vasca da bagno in modo da trattenere il paziente per impedirne l’uscita.

Nel corso dell’800 rimane inascoltata la voce di Conolly, che abolisce qualsiasi forma di contenzione fisica all’interno di un manicomio inglese.

Fino agli anni cinquanta, il sistema più semplice per controllare i malati mentali era dunque quello di immobilizzarli, in modo da contenerne la

pericolosità. Quando, poi, camicie e lacci risultavano inefficaci si procedeva al loro isolamento. I pazienti venivano spogliati, per evitare che si autoledessero con i vestiti e confinati in piccole stanze, prive di qualsiasi arredo, con pareti imbottite.

I vecchi mezzi contenitivi appartengono, ormai, all'archeologia psichiatrica, ma altri campeggiano ancora nello scenario clinico. Alcuni di essi vengono ancora riproposti, seppur con quale accorgimento, nonostante il silenzio serbato dalla legislazione sull'uso implicito e esplicito di tali strumenti. La riforma Basaglia, abrogando le leggi in materia di assistenza manicomiale, ha in qualche modo messo "in soffitta" la contenzione, ma al tempo stesso non ne ha impedito l'attuazione. Infatti, se è vero che nella legislazione in vigore non vi è alcun cenno specifico ad essa, neppure vi è un espresso divieto e, quindi, la si può applicare, purché in casi assolutamente necessari. A seconda del quadro clinico, difatti, appare doveroso il ricorso a tale strumento, proprio per soddisfare le esigenze di cura del paziente psichiatrico.

3. 2 Segue: oggi

Attualmente possiamo distinguere diversi tipi di contenzione.

La contenzione manuale consiste nell'uso della forza fisica, senza utilizzo di strumenti di sorta, da parte del personale sanitario, al fine di bloccare il paziente o vincerne la resistenza.

La contenzione meccanica consiste nell'utilizzo di presidi per ridurre o controllare il movimento del paziente. Tra questi, ad esempio, mezzi applicati al paziente a letto (fasce, cinture) o in carrozzina (corpetto); mezzi di contenzione per segmenti corporei (cinghie per caviglie e polsi); presidi inseriti come barriera nell'ambiente (spondine di protezione a letto); presidi posizionali sulla persona che la obbligano ad una determinata postura (cuscini anatomici, cintura pelvica, divaricatore inguinale, tavolino, carrozzine basculanti, poltrone basse).

Sono molteplici gli scopi per i quali tali presidi terapeutici vengono impiegati: prevenire, ridurre o arrestare comportamenti del paziente, quali agitazione o aggressività. Ancora, consentire la somministrazione di farmaci, prevenire traumatismi da caduta, praticare l'alimentazione forzata di coloro che rifiutano di cibarsi.

Nella pratica quotidiana vengono, inoltre, poste in essere altre metodiche, che vengono ricomprese nel concetto di contenzione. Loro finalità è sempre quella di controllare o limitare i movimenti del malato, ma senza comportare il "blocco" del corpo.

Tra queste vi è la contenzione chimica o farmacologica, ossia attuata mediante somministrazione di farmaci, quali sedativi.

Un'altra tipologia è la contenzione ambientale, consistente nell'apportare modifiche all'ambiente di vita del paziente, al fine di limitarne o controllarne i movimenti. Si va dal tenere le porte del reparto chiuse a chiave, alla limitazione delle uscite dal reparto di degenza in determinate fasce orarie, al divieto di uscire dallo stesso soli o accompagnati, alla limitazione delle visite e dei contatti con l'esterno, sino all'isolamento in apposita camera di degenza. Trattasi della pratica contenitiva più diffusa, tant'è che la gran parte delle sentenze che si sono occupate del tema della contenzione riguardano la responsabilità di sanitari, per eventi lesivi riportati da pazienti dopo essere usciti dalle strutture terapeutiche in assenza di controllo.

Ancora, la contenzione relazionale, vale a dire l'ascolto e l'osservazione empatica del paziente. Si tratta di interventi di desensibilizzazione, praticati mediante tecniche di comunicazione, volte principalmente a ridurre e contenere l'aggressività di taluni pazienti, cercando di soddisfare il loro bisogno di sicurezza.

Esistono, pertanto, variegata forme e tipologie di contenzione. Ma entro quali limiti è consentito metterle in pratica? In termini ancora più semplici, quando la contenzione è lecita? Se non fosse giustificata potrebbe dar vita a diverse ipotesi di reato, quali ad esempio, quello di violenza privata o, se

protratta per un certo lasso di tempo, quello di sequestro di persona o maltrattamenti in famiglia. Verrebbe, inevitabilmente, leso un diritto fondamentale tutelato dalla nostra Costituzione: la libertà personale, ex art. 13 Cost. Disposizione che disciplina tale diritto nella sua accezione più certa e storicamente consolidata, il c.d. *habeas corpus* o libertà dagli arresti. Rimarcando il divieto di qualunque forma di coercizione sul corpo, se non per ragioni di giustizia sulla base di una riserva di legge e di giurisdizione. La riserva di legge implica che restrizioni della libertà personale siano lecite nei soli casi e modi espressamente previsti da una previa legge dello Stato. Libertà che non riceverebbe piena tutela qualora l'uso della coercizione, anche se previsto dalla legge, non fosse autorizzato da un atto motivato dell'autorità giudiziaria.

La tutela apprestata alla libertà personale si è, poi, ampliata grazie ad un intervento della Corte Costituzionale del 1962⁴⁶, in cui si è affermato che tale bene non va inteso nel solo significato di libertà dagli arresti, ma in quello più lato di libertà dalla sottoposizione a coercizioni di qualunque tipo. La tutela costituzionale si estende, inoltre, ad ogni forma di coercizione anche non fisica, che leda la dignità della persona.

In assenza, quindi, di espressa previsione legislativa e di autorizzazione giudiziaria la contenzione, intesa come strumento limitativo della libertà personale sarebbe illegittima. A questo punto pare opportuno domandarsi se nell'attuale ordinamento sia presente una disposizione che legittimi questo mezzo coercitivo.

La risposta al quesito non è semplice, considerato che in proposito non vi è alcuna normativa specifica. Nella precedente legge manicomiale vi erano, invece, riferimenti precisi alla contenzione⁴⁷, il cui ricorso era comunque limitato alle situazioni assolutamente eccezionali, nelle quali si richiedeva l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'istituto.

⁴⁶ Si veda sent. Corte Cost. n. 30/1962.

⁴⁷ Si veda art. 60 del regio decreto 16 agosto 1909, n. 615.

Abrogata la legislazione di cui sopra, nulla più è stato scritto sulla contenzione. La legge Basaglia è muta al riguardo.

Occorre, inoltre, ricordare che la riforma dell'Ordinamento penitenziario del 1975 parla espressamente di contenzione all'art. 77 e non è stata abrogata dalla legge 180/78. Tale disposizione precisa, tra l'altro, che le finalità e le modalità della contenzione devono essere conformi a quelle in uso presso le strutture psichiatriche pubbliche. E qui nasce il paradosso: attualmente è disciplinata la contenzione di un paziente psichiatrico se detenuto in carcere, mentre non lo è nel normale circuito assistenziale.

Alcuni autori⁴⁸ ritengono che la legge 180/78 non abbia, in realtà, abrogato le norme sulla contenzione contenute nella legislazione precedente. Del resto dalla lettera della legge non trapela alcun divieto, sia pur implicito, all'uso di essa. Questa interpretazione, seppur da molti osteggiata, non è di carattere squisitamente teorico, ma trova riconoscimento in qualche isolata pronuncia giurisprudenziale⁴⁹.

Sulla legittimità della contenzione però, ovviamente in presenza di certi presupposti, non sono mai stati avanzati seri dubbi. E la legittimità è stata affermata, di recente, in un *obiter dictum* da Cass. IV, n. 8611/2008, imputato D'Aquino⁵⁰.

⁴⁸ In questo senso L. Ferrannini - P. Peloso - E. Scapati - E. Maura, *Aspetti clinici della contenzione*, in R. Catanesi - L. Ferrannini - P. F. Peloso (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 14 ss. .

⁴⁹ Trib. Min. Bari, 2 luglio 2009, in *De Jure*.

⁵⁰ I giudici della Cassazione ritengono immune da censure il ragionamento della Corte d'Appello quando afferma che “*non è mai stato contestato agli imputati di aver agito con imperizia,....., ma di aver 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 disturbo psichico, che palesano irrequietezza. L'evoluzione in tal senso è sempre ipotizzabile e persone che versano in tali condizioni vanno tenute sotto vigilanza.*” Per il testo della sentenza si veda F. Giunta e altri, Cass. IV, 30 gennaio (27 febbraio) 2008, n. 8611, imp. D'Aquino, est. Campanato, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

3. 3 La contenzione è un atto medico?

Alla luce di tali considerazioni e considerata la libertà individuale come diritto inviolabile, sembra dunque necessario chiedersi quali siano i presupposti di liceità dello strumento contenitivo.

Per rispondere a tale interrogativo occorre capire, preliminarmente, se l'uso dei mezzi coercitivi su un paziente psichiatrico rientri nel concetto di atto medico. L'importanza della definizione di atto medico non è meramente descrittiva, ma ha notevoli implicazioni sul piano della responsabilità professionale. Non esiste una definizione rigida e immutabile di atto medico. La più antica definizione sembra essere quella di Grispiigni, che risale al 1914: “*una modificazione dell'organismo altrui compiuta secondo le norme della scienza, per migliorare la salute fisica e psichica delle persone*”⁵¹. A questa definizione sono estranei, comunque, alcuni interventi medici non sull'uomo, ma volti tuttavia alla tutela della sua salute, come ad esempio le attività diagnostiche.

Per questo, altra dottrina, offre una nozione più generica, includendovi qualsiasi condotta sul corpo umano, a scopo terapeutico e non e per finalità diagnostiche⁵².

Vi è poi chi accoglie una nozione ancora più ampia⁵³, qualificando atto medico ogni attività diretta ad attenuare o eliminare uno stato anormale del corpo o della mente, ovvero il miglioramento esteriore del paziente, mediante procedimenti che siano idonei, secondo scienza e prassi medica, a preservare l'integrità del corpo umano ed influenzarne il decorso dei suoi processi biologici. Trattasi, dunque, di ogni intervento diretto non solo a curare, a consentire la *restituito ad integrum* del malato, ma anche a ridurre le sofferenze fisiche e psichiche dello stesso.

⁵¹ F. Grispiigni, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, Milano, 1914, p. 7.

⁵² G. Iadecola, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 5.

⁵³ A. Crespi, *La responsabilità penale del trattamento medico - chirurgico con esito infuasto*, Palermo, 1955, p. 8 ss. .

La nozione appena delineata, sia pure ampia, non sembrerebbe contemplare il ricorso a strumenti coercitivi. Occorre dunque stabilire se, date le peculiarità della scienza psichiatrica, la contenzione possa essere intesa come trattamento medico. Un aiuto, comunque, proviene dal Codice di deontologia medica, il cui art. 3 prevede che dovere del medico sia la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'uomo. Non la semplice cura della malattia, dunque, ma più in generale la tutela della vita e della salute del proprio paziente, salute da intendersi nel senso più ampio di benessere fisico e psichico. È proprio il dovere di tutela di tali diritti che consente al medico, in determinati casi, di adottare misure che potrebbero essere definite "cautelative". Misure non prettamente terapeutiche, poiché non finalizzate al superamento della malattia, ma comunque volte alla tutela della vita e della salute del malato. Tecniche terapeutiche, dunque, che possono essere qualificate come atti medici.

Si pensi, ad esempio, all'adozione di misure finalizzate a prevenire comportamenti violenti, auto o etero diretti. Condotte che non costituiscono la malattia oggetto di cura, ma che da essa possono dipendere e devono, conseguentemente, essere affrontate mediante l'attuazione di determinati presidi sanitari. Si consideri un quadro clinico di questo tipo: paziente depresso, con ideazione suicidaria. In questo caso, sembrerebbe doveroso somministrare non solo la più idonea terapia farmacologica, ma adottare altresì una serie di misure, quali la sottrazione di oggetti metallici, cinture e quant'altro possa essere usato per fini autosoppressivi. Come del resto, risulta consigliabile fornire indicazioni al personale infermieristico affinché, ad intervalli più serrati, osservi il comportamento del paziente.

I predetti interventi non sono certo finalizzati al superamento dello stato depressivo o al ripristino del totale benessere del malato, ma rispondono comunque al principio ispiratore della professione sanitaria: la tutela della vita del paziente. Trattasi, quindi, di atto medico. La contenzione, perciò, pur non potendo essere considerata di per sé cura o trattamento, si erge comunque a strumento preventivo necessario per tutelare la vita e la salute

psicofisica del malato. In determinati casi, infatti, appare inevitabile il ricorso ad essa: un paziente in preda ad una crisi di eccitamento maniacale, che rappresenti un concreto e serio pericolo per sé o altri, come potrebbe essere altrimenti curato, se non mediante atti contenitivi? Sulla base di tali considerazioni, si potrebbe così sostenere che tali atti costituiscano parte integrante dell'obbligazione di mezzi diretta all'operatore di salute mentale. Del resto l'obbligo deontologico di cui all'art. 3 del codice di deontologia medica è mitigato da quello, contenuto nella medesima disposizione, del rispetto e della dignità della persona umana. Ciò significa, pertanto, che esistono limiti precisi all'attività medica, sia pure nell'interesse della tutela della vita e della salute del paziente. La contenzione può, quindi, essere praticata soltanto quando sia assolutamente necessario e per procurare benefici clinici al paziente. Non sarà sufficiente un generico bisogno di tutela della salute, ma condizioni cliniche del tutto particolari, che consentono l'applicazione della misura in casi del tutto eccezionali⁵⁴. In questi termini, non vi sarebbe contrasto fra contenzione e attività medica.

3. 4 Le cause di giustificazione applicabili

Sul piano più prettamente penalistico quando si può asserire che l'intervento contenitivo sia giustificato? In termini ancora più tecnici: quali cause di giustificazione possono essere applicate?

L'opinione più diffusa richiama le scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità, previste rispettivamente dagli artt. 52 e 54 c.p. . La formulazione delle due disposizioni ben si adatta ai casi più ricorrenti di contenzione psichiatrica, come ad esempio nell'ipotesi di paziente

⁵⁴ Questi principi sono richiamati dagli artt. 15 e 49 del c.d.m. Il primo stabilisce che “*I trattamenti che comportano una diminuzione della resistenza psico - fisica del malato possono essere attuati, previo accertamento delle necessità terapeutiche, e solo al fine di procurare un concreto beneficio clinico al malato o di alleviarne le sofferenze*”. Il secondo prevede che “*In caso di trattamento sanitario obbligatorio, il medico non deve porre in essere o autorizzare misure coattive, salvo casi di effettiva necessità e nei limiti previsti dalla legge*”.

particolarmente agitato, allorquando sia attuale e concreto il pericolo di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui, o di un danno grave alla persona. Pericolo non altrimenti evitabile, con ulteriori e alternativi mezzi e quando l'atto posto in essere sia proporzionato ad esso.

La logica cui si ispirano le due scriminanti è nota: operare in situazioni straordinarie per rendere eccezionalmente lecito ciò che per legge è ordinariamente illecito. Nell'ambito dell'attività di soccorso, la contenzione sarà legittima solo quando costituisca l'unico strumento per “mettere urgentemente in sicurezza” interessi fondamentali, come la vita e l'incolumità fisica, contro un'offesa ingiusta o in presenza di un pericolo determinato dallo stato di incapacità mentale del paziente.

Legittima difesa e stato di necessità hanno un denominatore comune: la necessità di difendere o salvare determinati diritti e risultano caratterizzate da altrettanti comuni elementi. Essi sono l'attualità del pericolo, la necessità della difesa o del salvataggio, la proporzione tra i beni in conflitto.

Nella letteratura psichiatrica e medico - legale⁵⁵ si riscontra la tendenza ad ampliare il concetto di attualità, allo scopo di giustificare un intervento di autodifesa o di soccorso anticipati rispetto ad un'offesa non ancora giunta ad esecuzione. Emerge una lettura dell'attualità del pericolo ispirata al criterio *melius abundare quam deficere*. Si afferma infatti che, in caso di paziente violento, se questi si mostra aggressivo e inaccessibile al momento della valutazione ed ogni tentativo di persuasione risulti vano, non si debba indugiare a coinvolgere lo *staff* presente ed eventualmente le forze dell'ordine. Si ritiene che la sicurezza sia sempre prioritaria, anche quando l'aggressività rappresenti una preoccupazione. Non, dunque, il pericolo attuale di offesa o danno, ma la mera “preoccupazione” di esso.

⁵⁵ G. C. Nivoli – L. Loretto – M. N. Sanna – A. Nivoli – P. Milia – L. F. Nivoli, *Valutazione del paziente violento e aggressivo e modi di intervento*, in Volterra V., *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, p. 175. N. Garzotto – G. Imperadore – M. Inglese, *Buona pratica clinica in DSM. Procedure e linee guida*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 2000, p. 84.

La dottrina penalistica e la giurisprudenza accolgono, invece, una interpretazione restrittiva del presupposto dell'attualità del pericolo⁵⁶. Esso va inteso come pericolo già in atto, radicato e riconoscibile nella condotta dell'aggressore. Il momento iniziale del pericolo corrisponderebbe al passaggio dell'offesa dalla fase preparatoria a quella esecutiva. In linea con questa interpretazione, non vi sarebbe attualità del pericolo nell'ipotesi di un mero rischio basato su mere generalizzazioni esperienziali, come ad esempio per impedire una potenziale fuga del paziente. Ancora, l'attualità sarebbe esclusa in presenza di un mero bisogno di cure o quando l'aggressività si manifesti a livello verbale. Non sarebbe legittimo ricorrere alla contenzione quando l'aggressione sia cessata e quando sia applicata con mero fine punitivo.

Veniamo, ora, all'analisi degli altri due presupposti: la necessità e la proporzione.

La contenzione è giustificata quando non sia possibile applicare una condotta alternativa lecita né meno lesiva⁵⁷. Gli strumenti esperibili dovranno essere, primariamente, dissuasivi o impeditivi e finalizzati a provocare l'autodeterminazione del paziente. È necessario, cioè, procedere in modo graduale, attraverso interventi preliminari, di modo che il mezzo contenitivo sia l'unica strada percorribile dopo aver messo in atto ogni altro tentativo terapeutico. Il paziente psichiatrico ha diritto al rispetto della sua dignità e al ricorso alle più idonee tecniche di intervento medico, psicologico, etico e sociale⁵⁸. La contenzione, pertanto, può essere praticata solo in mancanza di alternative. Altrimenti è preferibile applicare, *in primis*, gli interventi di tipo ambientale, quali avvicinare o allontanare una persona che può recare sollievo o aumentare la tensione, o ancora, spostare

⁵⁶ Si veda per tutti D. Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 263 ss. . In giurisprudenza cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 maggio 1978, in *Foro it.*, II, 1981, c. 169.

⁵⁷ G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 242 ss. .

⁵⁸ Si veda al riguardo *Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici*, 24 novembre 2000, p. 13, in www.governo.it/bioetica.

l'intervento in un luogo più consono o gradito. Tra le prime scelte sembrerebbe consigliabile la contenzione relazionale, consistente nel modificare il tono della voce, le parole che vengono rivolte al paziente, l'assenza o la presenza di figure terapeutiche emotivamente significative. Come del resto la contenzione farmacologica, nella quale è da prediligere la scelta della via di somministrazione da parte del malato.

Solamente nei casi più difficili, come nell'ipotesi di paziente particolarmente aggressivo, sarebbe possibile ricorrere alla contenzione manuale e meccanica.

Il ricorso alla contenzione è lecito, inoltre, se costituisce risposta proporzionata all'azione in concreto ricevuta dal paziente. La proporzione va valutata, secondo l'interpretazione consolidata, con riguardo ai beni in conflitto⁵⁹. Non in astratto ma con riguardo alla concreta situazione conflittuale. L'interesse sacrificato deve essere pari o inferiore a quello salvato. Nei trattamenti contenitivi normalmente i beni vita e incolumità fisica prevalgono su quello della libertà personale, che verrebbe sacrificato per assenza del consenso del paziente.

La causa di giustificazione che, normalmente, viene più richiamata è comunque lo stato di necessità. Essa però presenta un "difetto": non impone al medico di contenere, ma lo facoltizza soltanto. Il fatto commesso in stato di necessità è solo tollerato dall'ordinamento, non imposto, come invece sarebbe necessario in certi casi. Non solo: l'applicazione dell'art. 54 c.p. conduce a conseguenze paradossali, perché importa, ex art. 2045 c.c., il diritto ad un'indennità per il paziente, che invece dovrebbe essere il beneficiario della contenzione.

Ecco perché, a volte, si riconduce la liceità dello strumento contenitivo sotto il raggio applicativo di un'altra scriminante: l'adempimento del dovere ex art. 51 c.p. La contenzione costituirebbe un dovere per il medico, in quanto l'art. 3 del cdm, come affermato in precedenza, prevede che dovere fondamentale del medico sia la tutela della vita, della salute fisica e psichica

⁵⁹ G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 243.

dell'uomo. E se anche si volesse ritenere che il cdm contenga doveri soltanto deontologici e non giuridici, non si può comunque negare che la contenzione sia tesa ad evitare un'evoluzione in negativo della patologia psichiatrica e, quindi, sia oggetto di obblighi cautelari per il curante. Essa è, pertanto, un atto terapeutico e va praticata nell'interesse del paziente.

La contenzione, inoltre, può trovare asilo al di là dei confini territoriali: la Convenzione del Consiglio di Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano, meglio nota come Convenzione di Oviedo, contiene una disposizione (art. 6) che prevede un'ipotesi di intervento per assicurare un diretto beneficio della persona. Al contempo, però, vieta di porre in essere attività diagnostiche e terapeutiche in assenza del consenso del paziente (art. 5), prevedendo come unica eccezione una situazione di urgenza terapeutica⁶⁰. A questo punto pare doveroso chiedersi quale sia il significato dell'espressione "situazione di urgenza". Se si ritiene che, a seguito di legge di ratifica, la Convenzione di Oviedo faccia già parte dell'ordinamento giuridico italiano, ci si deve porre il quesito di quale sia la differenza tra situazione di urgenza e stato di necessità. La questione ancora non è stata affrontata, ma sotto il profilo giuridico – penale sembrerebbe potersi affermare che la prima sia qualcosa di meno della seconda e che, quindi, legittimi l'intervento medico entro limiti meno ristretti di quelli dello stato di necessità.

Sulla base delle riflessioni su esposte, la contenzione, dunque, non è un atto da escludere a priori, ma costituisce uno strumento la cui liceità scaturisce da una sintesi, da un equilibrio tra necessità cliniche e concreti benefici per il paziente. Un bilancio, insomma, tra costi e benefici: tra limitazione della libertà e della dignità personale e finalità terapeutiche. Questa sottile linea rappresenta il limite tra uso e abuso della contenzione, ovvero tra ciò che è

⁶⁰ art. 8 Conv. Oviedo (*Situazioni di urgenza*) “Quando a causa di una situazione di urgenza non è possibile ottenere il consenso appropriato, può essere effettuato immediatamente qualsiasi intervento medico indispensabile, a beneficio della salute della persona per cui si rende necessario”.

da considerare come atto medico e ciò che configura, invece, lesione di un diritto altrui non sorretta da alcuna giustificazione giuridica.

3. 5 Contenzione non giustificata

L'estrinsecazione della forza sulla persona, il "mettere le mani addosso" al paziente è considerato il nucleo, l'essenza della nozione penalistica di violenza, punita a titolo di violenza privata dall'art. 610 c.p. La norma tutela la libertà di autodeterminazione del soggetto e, conseguentemente, la libertà di azione rispetto a costrizioni e limitazioni illegittimamente poste. Trattasi di reato a forma vincolata, in cui la costrizione della capacità di determinarsi e di agire del soggetto passivo è realizzata esercitando una violenza personale, fisica o psichica, come nella minaccia. Si discute, però, se i destinatari del reato di violenza privata debbano essere capaci di percepire l'offesa ricevuta. Secondo l'opinione maggioritaria, il reato è configurabile anche nei confronti dell'incapace di intendere e di volere, fatta comunque eccezione per l'incapacità totale (neonato, paziente in stato di coma), poiché si tratterebbe di reato impossibile. Nello specifico, mentre la costrizione a tollerare od omettere prescinderebbe dalla consapevolezza della vittima, la costrizione a fare richiederebbe, invece, un minimo filtro intellettuale⁶¹. Occorrerebbe, dunque, verificare quale è stata la condotta del soggetto passivo al fine dell'applicabilità della fattispecie di cui trattasi. Diversamente, essa non sarebbe mai riferibile alla contenzione dei pazienti psichiatrici.

La giurisprudenza della Cassazione più recente, difficilmente, tratta il tema dell'applicabilità dell'art. 610 c.p. . Si segnala un caso, risalente, analizzato dalla giurisprudenza di merito nel 1978⁶²: il direttore di un ospedale psichiatrico giudiziario viene imputato del reato di violenza privata, per aver utilizzato il letto di contenzione e consentito l'uso di psicofarmaci in

⁶¹ Cfr. M. Zincani, *Libertà morale*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 626 ss. .

⁶² Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1978, in *Il Foro It.*, II, 1981, c. 169.

assenza di presupposti previsti dalla legge. Allo stesso, così, si rimprovera di aver disposto, accettato e comunque non impedito l'uso di tali mezzi, costringendo in tal modo i pazienti a subire la limitazione della libertà personale.

Quando, invece, la contenzione viene ripetuta nel tempo possono profilarsi altri reati: il sequestro di persona o i maltrattamenti in famiglia. Il legare le mani e i piedi al letto d'ospedale, l'incatenamento, costituiscono ipotesi paradigmatiche di sequestro di persona, qualora mantenute per un tempo apprezzabile, punite dall'art. 605 c.p., in quanto estinguono, annullano la libertà personale, intesa come libertà fisica di movimento. Il delitto di sequestro di persona pone, quindi, una domanda: quanto può durare la contenzione? Nessun protocollo fornisce indicazioni al riguardo, poiché nessuno può saperlo in anticipo. I protocolli, tutt'al più, si limitano a prevedere che l'atto contenitivo possa essere applicato limitatamente al tempo necessario per la risoluzione della situazione che l'ha motivato e per una durata che, nel caso di contenzione a letto, in media non dovrebbe superare le dodici ore. Una volta trascorso il termine l'atto potrebbe essere rinnovato per un numero di volte e per una durata complessiva indefinibile a priori.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha, comunque, suggerito un impiego della contenzione contenuto nel tempo⁶³. Quando, dunque, l'atto coercitivo non resti circoscritto al lasso di tempo necessario per calmare il paziente o per somministrargli un farmaco, diventerebbe strumento illegittimo e comporterebbe l'applicazione dell'art. 605 c.p..

Il reato di maltrattamenti in famiglia, invece, è stato ritenuto in Cass. IV, n. 6581/2008, imputato Lampreu e altri⁶⁴. Il caso: gli operatori di una casa protetta per pazienti psichiatriche, maltrattano questi ultimi con percosse,

⁶³ *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, 1999, p. 9, in www.governo.it.

⁶⁴ F. Giunta e altri, Cass. VI, 5 dicembre 2007 (12 febbraio 2008), n. 6581, imp. Lampreu e altri, est. Paoloni, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

ingiurie, infliggendo loro punizioni fisiche e tenendoli in precarie condizioni igieniche, nonché somministrando loro eccessive quantità di sedativi (contenzione dunque farmacologica), per evitare di doversene prendere cura durante il servizio notturno o in altre circostanze.

Nel caso di specie, i giudici della Suprema Corte ritengono prive di illogicità e contraddittorietà le conclusioni alle quali è giunta la Corte d'Assise d'Appello. L'analitica lettura dei quaderni di consegna, descrittivi il sistematico ricorso ad interventi di sedazione farmacologica, nonché episodi ripetuti di cadute con lesioni richiedenti il ricovero ospedaliero, manifestano uno stato di “*artificioso intorpidimento*” dei degenti, “*uno stordimento costante che li inabilitava alle più elementari attività della vita quotidiana*”, in quanto tali idonei a realizzare la condotta tipica del reato di cui all'art. 572 c.p.

La condotta sopraffattoria degli imputati stimola, inoltre, l'approfondimento della dinamica dei rapporti che debbono sussistere tra operatori della struttura sanitaria e degenti con disturbi mentali. Rapporti nei quali si esclude, in capo agli operatori sanitari, la sussistenza di una sorta di *ius corrigendi*, che astrattamente possa giustificare interventi rieducativi in senso lato. Siamo distanti, infatti, dal rapporto che si instaura tra genitori e figli. Il paziente psichiatrico è “speciale”: non è in grado di percepire in termini razionali l'effetto deterrente di un atteggiamento punitivo, né tantomeno di coglierne l'aspetto rieducativo, qualora vi fosse. I malati mentali non hanno, dunque, bisogno di interventi rieducativi, ma di cure, anche contenitive, seppur nei limiti della tutela della loro salute. L'unica “*vis modica*”, utilizzabile dai suddetti operatori, sarebbe potuta essere quella necessaria e sufficiente ad impedire la realizzazione di atti pericolosi per sé o per altri. Atti, pertanto, ben lontani da quanto verificatosi nel caso della sentenza.

3. 6 Contenzione non attuata

In questo caso, similmente a quanto avviene per il t.s.o, può profilarsi il reato di abbandono di persona incapace, *ex art. 591 c.p.* . L'attività del sanitario deve essere diretta al rispetto dei doveri di diligenza e prudenza, conseguentemente la loro omissione dolosa, consente l'applicazione della fattispecie su indicata. La condotta, infatti, consiste nell'abbandono ovvero nel lasciare il soggetto passivo in balia di se stesso o di terzi, con derivato pericolo per la sua vita o incolumità.

L'imputazione del reato di abbandono di incapaci trova riscontro in giurisprudenza, dando luogo sia a pronunce di condanna che ad esiti assolutori.

Tra i precedenti giurisprudenziali di condanna, si segnala la già analizzata sentenza Lampreu del 2008⁶⁵. Agli imputati non si era contestato il solo art. 572 c.p., ma altresì il delitto previsto dall'art. 591 c.p. Gli operatori della casa protetta, infatti, abbandonavano a loro stessi i degenti, omettendo ogni vigilanza nelle ore notturne e misure di adeguata sorveglianza durante le uscite dalla struttura assistenziale. La Suprema Corte ribadisce, a sostegno della sussistenza della fattispecie, che essa si caratterizza per la natura di reato di pericolo concreto, evidenziando come il criterio distintivo delle condotte di effettivo abbandono di una persona incapace debba essere rapportato, in concreto, alla natura dell'incapacità. Non è, pertanto, necessario che si verifichi un danno nei confronti dell'abbandonato, ma è sufficiente il pericolo, la probabilità del suo realizzarsi. I degenti della casa protetta erano tutti affetti da patologie mentali croniche e gravi, che li privavano del tutto di autonomia funzionale e di raziocinio, nonché in diversi casi della capacità di orientamento spazio - temporale. La sentenza di appello, confermata nell'ultimo grado di giudizio, asserisce non esservi

⁶⁵ F. Giunta e altri, Cass. VI, 5 dicembre 2007 (12 febbraio 2008), n. 6581, imp. Lampreu e altri, est. Paoloni, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato a p. 50 con riguardo alla sussistenza del delitto di cui all'art. 572 c.p. .

dubbio alcuno che l'incolumità dei degenti fosse a rischio ogni volta che restavano soli.

Analogamente, la sentenza confuta le eccezioni difensive degli imputati, con riguardo alle ricorrenti "fughe" diurne dei pazienti o alle più o meno durature perdite di contatti tra struttura e paziente: gli episodi risultanti *per tabulas* dai registri non sono riducibili a fatti di mera e sporadica negligenza degli operatori, ma esprimono la plateale inidoneità organizzativa della struttura e la grave impreparazione professionale dei suoi dipendenti. Questi ultimi non si erano preoccupati di predisporre un sistema di sorveglianza all'uscita della struttura, né avevano rafforzato il controllo individuale sui pazienti a maggior rischio.

Il delitto di abbandono di persona incapace è un reato di pura condotta, del quale si risponde a prescindere dall'evento di danno che possa derivare al destinatario della tutela, a causa dell'abbandono. Se da esso deriva la morte del paziente, l'imputato potrà rispondere dell'aggravante prevista dall'art. 591, comma III c.p. . In questa ipotesi, l'accertamento giudiziario avrà ad oggetto la verifica della omissione dolosa delle cure, il rifiuto di prestare adeguata assistenza, nelle varie forme della contenzione. Alla luce di tali considerazioni, l'applicazione dell'art. 591 c.p. è consentita, indipendentemente dal compimento di atti auto od eteroaggressivi del paziente abbandonato a se stesso. Il suicidio o l'omicidio commesso dal paziente psichiatrico è, pertanto, una circostanza estrinseca e successiva al reato per cui si procede, di cui il giudice potrà tenere conto appunto per l'inflizione di una pena più aspra⁶⁶.

Sul fronte assolutorio un caso degno di interesse è Cass. IV, n. 19310/2010, imputato Bianca⁶⁷. Un paziente affetto da schizofrenia, viene ricoverato presso un centro terapeutico assistito. Manifesta crisi di aggressività a causa di difficili rapporti in famiglia, composta da due fratelli insufficienti

⁶⁶ In questo senso R. Zaccariello, *Questioni in tema di responsabilità penale dello psichiatra*, cit. .

⁶⁷ F. Giunta e altri, Cass. IV, 9 febbraio (20 maggio) 2010, n. 19310, imp. Bianca, est. Iacopino, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

mentali, da un terzo fratello schizofrenico, dal padre ugualmente schizofrenico e dalla madre tendenzialmente depressa. Nonostante gli ordini impartiti al personale, si allontana dalla struttura sottraendosi alla sorveglianza e trova, nel giro di qualche giorno, la morte. La responsabile del centro viene imputata del reato di cui all'art. 591 comma III c.p., per aver omesso di vigilare adeguatamente il paziente. La Corte d'appello, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara però l'imputata responsabile del delitto di omicidio colposo. Sentenza annullata, senza rinvio, nell'ultimo grado di giudizio, perché il fatto non sussiste.

La sentenza d'appello merita attenzione poiché esclude il dolo del delitto di cui all'art. 591 c.p. e allo stesso tempo ritiene la sussistenza dell'omicidio colposo. Appare senz'altro condivisibile: la disposizione di cui all'art. 591 c.p., invero, è inapplicabile ad ipotesi di responsabilità professionale derivanti da una condotta colposa. Ma è punibile a solo titolo di dolo, pertanto non può essere riferita al caso di specie, in cui vengono imputati specifici elementi di tipo colposo.

Il dolo, per di più, anche nella sua forma più lieve di dolo eventuale⁶⁸, fa fatica ad insinuarsi nel diritto penale della medicina, dove regna sovrana la colpa. Si è assistito, però, seppur eccezionalmente, al ricorso a questa figura nel settore specifico del consenso informato⁶⁹. L'estensione del dolo eventuale nel diritto penale della medicina rappresenta, così, una novità, seppur sottoposta a precise condizioni. Tra queste spicca la necessaria violazione delle *leges artis*: fin quando le si rispetta, non pare che si possa parlare di dolo eventuale. Del resto la legge non pone ostacoli alla

⁶⁸ Sull'argomento cfr. G.P. Demuro, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2010, p. 247 ss. .

⁶⁹ Un caso recente in cui è stata ravvisata la sussistenza del dolo eventuale è Cass. V, 27 ottobre 2011 (26 gennaio 2012) n. 3222, imp. Guzinska, est. Demarchi Albergo, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di P. Piras, *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*. Il caso: un medico dentista, titolare di uno studio specialistico, viene imputato del delitto di lesioni personali per aver consentito ad un collaboratore non abilitato di praticare un complicato intervento, dal quale deriva l'indebolimento permanente dell'organo della masticazione. Viene assolto in primo grado, ma la Cassazione annulla con rinvio la sentenza, sostenendo che il rischio di tali conseguenze fosse ancora più elevato, data l'esecuzione da parte di un collaboratore non abilitato, riconoscendo così la sussistenza di una condotta non colposa, ma dolosa. Trattasi di un caso nel quale l'attività era stata svolta in assenza di consenso informato, in violazione delle *leges artis* e con esito infausto.

configurabilità del dolo eventuale nella colpa medica. Non rappresenta un ostacolo la finalità terapeutica che l'operatore sanitario, normalmente, si prefigge. Tale scopo, invero, non esclude l'accettazione del rischio che si verifichi un evento infausto.

Perché dunque bandire a priori il reato di abbandono di persone incapaci o, in certi casi, camuffarlo sotto parvenze di colposità, attribuendogli così una fisionomia che non gli appartiene? Va ribadito che trattasi di delitto, che richiede, in quanto tale, un'espressa previsione della colpa da parte del legislatore. Questi, invece, lo delinea nella sola forma dolosa e, dunque, è questo l'elemento soggettivo che deve essere oggetto di accertamento, non quello colposo. A questo punto dovremmo chiederci: lo psichiatra non potrebbe, forse, accettare il rischio che derivi il pericolo di un danno al proprio paziente, successivo all'abbandono? Non potrebbe cioè rispondere per dolo eventuale? Del resto, dalla lettura dell'art. 591 c.p., non emerge alcuna limitazione con riguardo alle forme di dolo imputabili. Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo, è semplicemente richiesta la consapevolezza di abbandonare a se stesso il soggetto passivo, in una situazione di pericolo per la sua integrità fisica.

Una sentenza più risalente, invece, Cass. V, n. 4407/1998, imputato Belpedio⁷⁰, esclude la responsabilità per il delitto di cui all'art. 591 c.p., sulla base della *ratio* della legge Basaglia. Riassumiamo brevemente il caso: una paziente affetta da schizofrenia, si allontana dal luogo di cura e decede per arresto cardiocircolatorio. Viene imputato del reato di abbandono di persone incapaci, seguito da morte, il medico psichiatra che la ha in cura. L'addebito si fonda sulla violazione di doveri di cura e custodia della paziente, nello specifico di aver lasciato sempre aperto il cancello. L'assoluzione scaturisce dalla considerazione che il criterio per stabilire se una condotta integri il suddetto reato sia dipendente dalla pericolosità del fatto, dal contenuto dell'obbligo violato e dalla natura dell'incapacità. La

⁷⁰ Cass. V, 22 gennaio (15 aprile) 1998, n. 4407, imp. Belpedio, est. Perrone, in CED, Rv. 211045.

sentenza, dunque, mostra di aderire alla nuova concezione della malattia mentale e del suo principale destinatario, ossia il paziente psichiatrico. La custodia del malato di mente, infatti, deve essere adeguata alla nuova legislazione psichiatrica, la quale prevede il trattamento sanitario volontario, cioè il ricovero del paziente in strutture cosiddette aperte, in relazione alle quali non è possibile configurare la responsabilità *ex art.* 591 c.p. . Diversamente, si creerebbero barriere strutturali non consentite dalla legge attuale.

3. 7 Contenzione impropriamente attuata

Veniamo, infine, alla terza ipotesi: contenzione attuata lecitamente, ma con modalità improprie. In questo caso, qualora derivino danni al paziente, quali lesioni o morte, potrebbero configurarsi i reati di lesioni personali o di omicidio colposo, previsti rispettivamente dagli artt. 590 e 589 c.p. . Una volta disposta la contenzione occorre, dunque, vigilare sull'evolversi del quadro clinico e monitorare la situazione in genere. Si pensi, ad esempio all'azione depressiva sul sistema cardiocircolatorio, provocata da alcuni farmaci sedanti. O ancora, all'insorgere di determinate patologie da neurolettici, quali la sindrome da ipertermia maligna.

L'incongrua contenzione farmacologica è, a volte, associata al concorrere di altri fattori, quali l'assunzione di alcool e farmaci di altro tipo. Un esempio è Cass. IV, n. 36852/2009, imputato Vizza e altro⁷¹. Un uomo, in stato di agitazione psicomotoria per l'assunzione di alcool e barbiturici, a seguito di incidente stradale, viene ricoverato presso un reparto di psichiatria di un pubblico ospedale. I medici che lo hanno in cura, senza prima approfondire il quadro clinico, gli somministrano sedativi, che provocano uno stato depressivo dei centri respiratori, conclusosi poi nell'*exitus* del paziente. In

⁷¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 10 aprile (22 settembre) 2009, n. 36852, imp. Vizza e altro, est. Izzo, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

primo grado vengono condannati per il delitto di omicidio colposo, ma la sentenza viene riformata in appello e, poi, confermata in Cassazione.

Questo caso, a differenza del precedente, si conclude con una soluzione totalmente differente. Viene, invero, ritenuta immune da vizio motivazionale la sentenza di assoluzione pronunciata in secondo grado, sulla base dei risultati peritali, i quali asserivano l'ininfluenza della somministrazione dei sedativi, per l'assenza di dati pressori immediatamente dopo la somministrazione. La causa della morte era, verosimilmente, riconducibile a collasso cardiocircolatorio in soggetto epilettico, etilista cronico, in fase di grave agitazione psicomotoria, da presumibile *delirium tremens*. Non collegata, dunque, ad un'incongrua contenzione farmacologica.

Un caso celebre, seppur risalente, è quello della Corte d'Appello di Milano del 1980, imputato Orefice e altri⁷². Una paziente viene legata al letto in modo incongruo. Riesce ad accendersi una sigaretta, che però cade sul letto, che prende a sua volta fuoco. La degente decede per le ustioni e l'inalazione dei fumi di combustione. I medici che l'hanno contenuta vengono condannati per omicidio colposo.

La contenzione, in questo caso, poteva sì essere applicata, ma con determinate cautele. Dire, infatti, che uno strumento contenitivo è lecito non significa che possa essere attuato in assenza di qualunque forma di garanzia o tutela nei confronti del paziente. Né che possa essere praticato per tutto il tempo che lo si ritenga opportuno.

Sul fronte assolutorio si segnala, invece, Cass. IV, n. 48313/2009, imputata Cellerino⁷³. Una paziente, degente presso una struttura sanitaria, appicca intenzionalmente un incendio in più punti del letto, riportando gravi ustioni per gran parte del corpo, a causa delle quali decede, malgrado la ospedalizzazione. Viene imputata del delitto di omicidio colposo (oltre che

⁷² Corte d'Appello Milano, 28 gennaio 1980, Orefice e altri, est. Maci, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1559.

⁷³ F. Giunta e altri, Cass. IV, 11 novembre (17 dicembre) 2009, n. 48313, imp. Cellerino, est. Massafra, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

dei reati in materia di prevenzione incendi) la legale rappresentante della struttura. Nel primo e secondo grado di giudizio viene assolta perché il fatto non sussiste e le sentenze vengono confermate in Cassazione. I giudici della Corte Suprema ritengono immuni da censure le conclusioni alle quali sono giunti i colleghi del merito. Più nel dettaglio, negano la sussistenza del nesso causale, ritenendo che la presenza di più personale non avrebbe impedito l'evento e che comunque vi fu un tempestivo, seppur inutile, intervento di soccorso. Si è ritenuto, inoltre, che l'uso dell'accendino e l'esistenza di direttive circa il suo utilizzo da parte dell'imputata, sia stato attentamente valutato dalla Corte d'Appello, escludendo così l'addebito colposo. A ben vedere, il caso appena descritto presenta una certa somiglianza con quello precedente. Due sentenze pressoché identiche ma con esiti processuali totalmente opposti.

La scelta della contenzione, inoltre, può essere considerata corretta solo qualora, nel caso specifico, venga utilizzato lo strumento più idoneo. Lo psichiatra, in termini pratici, deve entrare nel merito della scelta del mezzo. Deve sapere, ad esempio, perché escludere il ricorso a cinture di sicurezza e preferire invece le fascette. Qualora, poi, dovesse optare per queste ultime dovrà utilizzare solo strumenti che possiedano precisi requisiti di fabbricazione, non accontentandosi di improvvisate soluzioni con bende o fasce reperibili sul momento in reparto. Significativo come negli Stati Uniti i mezzi per attuare la contenzione debbano essere approvati e contenere un'etichetta che ne imponga l'uso solo dietro prescrizione medica (*"prescription only"*).

La contenzione va quindi soppesata, come per un farmaco si valutano indicazioni terapeutiche, controindicazioni ed effetti collaterali. Ne deriva dunque che non bisogna, ad esempio, ricorrere alle cinture di sicurezza e preferire le fascette, se queste appaiono sufficienti. È fondamentale, dunque, la corretta scelta dello strumento, così come la determinazione dei tempi e delle modalità di utilizzo, al fine di evitare i danni che l'uso improprio o protratto dello stesso possa provocare al paziente. La contenzione, come su

accennato, non è esente da controindicazioni. In letteratura⁷⁴, anzi, vengono descritte le numerose conseguenze dannose connesse all'uso di mezzi contenitivi. Tali conseguenze devono essere conosciute dal medico, allo stesso modo di quelle legate alla somministrazione di un farmaco. Vengono, solitamente, distinte in tre gruppi:

- a) traumatiche: abrasioni, lesioni da stiramento fino all'asfissia;
- b) organiche: infezioni delle vie urinarie, piaghe da decubito, infezioni polmonari, ipotrofie muscolari, incontinenza;
- c) psichiche: aumento del livello di agitazione psicomotoria, depressione, paura, sconforto.

L'uso non idoneo degli strumenti di contenzione può, così, produrre effetti dannosi maggiori dei benefici che si intende ottenere. Non mancano, infatti, ricerche al riguardo che segnalano addirittura un incremento di lesioni in caso di contenzione: uno studio effettuato presso un ospedale del Canada aveva rilevato come una riduzione del 99% dei mezzi contenitivi non avesse determinato un significativo aumento delle lesioni da caduta in pazienti anziani. Questo dato potrebbe significare, dunque, che il medico debba ricorrere alla contenzione solo quando sia realmente necessario, valutando quali siano i vantaggi e i rischi che potrebbero presentarsi nel caso concreto. Non ogni rischio alla salute può essere considerato elemento sufficiente a giustificare l'uso di tali mezzi, soprattutto quando il medesimo risultato può essere ottenuto senza privare della libertà il paziente. La scelta dello strumento, impone, perciò, una proporzionale gravità e urgenza del quadro clinico, la cui sussistenza può essere verificata attraverso l'osservazione della cartella clinica. È indispensabile, ad esempio, che in tale documento siano indicate le ragioni per le quali si è proceduto alla contenzione del paziente. Come del resto è necessario indicare l'ora in cui è stata attuata, le

⁷⁴ S. H. Miles - P. Irvine, *Deaths caused by physical restraint*, Gerontologist, 32, 1992, p. 762 ss. . B. Mavretish, *Nursing home issues in restraint use*, H.E.C., Forum, 10 (3-4), 1998, p. 300 ss. . P. C. Duker - D. M. Seys, *An inventory method for assessing the degree of restraint imposed by others*, Journal of Behav, Ther. And Exp. Psychiat., 28-2, 1997, p. 121 ss. .

modalità, i tempi di revisione del procedimento, le disposizioni fornite al personale infermieristico, le ragioni del suo protrarsi o della sua sospensione, etc. . La dettagliata indicazione di tali dati è, dunque, fondamentale ai fini processuali. Solo in questo modo è possibile saggiare la correttezza della scelta dello strumento contenitivo e sciogliere così qualsiasi dubbio sull'uso punitivo o terapeutico dello stesso.

È, inoltre, necessario avere un'adeguata dotazione di strumenti di contenzione in reparto, così come un'idonea dotazione farmacologica o qualsiasi altro strumento terapeutico. Al riguardo, occorre evidenziare come sul responsabile del reparto incomba l'onere di organizzazione, comprensivo tra l'altro della verifica di quanto necessario per fronteggiare le diverse esigenze, fra le quali quella di contenere il paziente. Eventuali mancanze o inadeguatezze strutturali non potranno essere invocate come esimenti della responsabilità, quantomeno per i vertici delle strutture pubbliche, per i quali è doveroso garantire *standard* di tutela sufficienti a tutelare il bene salute⁷⁵.

Una precisazione: quando si parla di trattamento sanitario obbligatorio non si parla, automaticamente, di contenzione. T.s.o. e contenzione sono due strumenti sanitari diversi, che però non si escludono vicendevolmente, ma possono anche venire associati. Un paziente in regime di ricovero coatto può non essere contenuto, come del resto un paziente sottoposto a contenzione può trovarsi in trattamento sanitario volontario.

Alquanto frequente è l'ipotesi della contenzione all'atto del primo intervento, seguita da t.s.o. .

3. 8 Strumenti alternativi alla contenzione

“Matti da legare”. L'espressione, oltre che un modo di dire, rappresenta la risposta della psichiatria alla malattia mentale sin dalla notte dei tempi. Ma

⁷⁵ In questo senso R. Catanesi - G. Troccoli - F. Carabellese, *La contenzione in psichiatria Profili di responsabilità professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2003, p. 1020 ss. .

davvero esistono esigenze, nel trattamento del paziente psichiatrico, che possono essere soddisfatte soltanto con lo strumento contenitivo?

La risposta non è univoca all'interno della società psichiatrica professionale. Esistono, infatti, strutture sanitarie nelle quali le porte sono aperte e i pazienti non sono legati. In queste realtà, per principio terapeutico, si è escluso il ricorso alla contenzione, anche per quei casi nei quali essa viene normalmente praticata e giustificata. Trattasi di esperienze significative, non solo italiane e non nuove al mondo della psichiatria.

Il tentativo di rifiutare la contenzione è sorto, ormai, da tempo. Pensiamo al già citato pensiero innovativo di Philippe Pinel che, nel 1794, inaugurò l'emblematico gesto primigenio dello "spezzare le catene ai folli". Del resto la psichiatria è nata all'insegna della ricerca di un pensiero utopico: l'utopia della cura del malato mentale in ospedale. In questo luogo, finalmente, e non più nelle segrete. L'utopia, ancora, della cura della "sragione" attraverso la "ragione".

L'agiografia corrente, in realtà, che vede in Pinel il liberatore dei folli da ceppi e catene, ha trascurato per oltre due secoli quanto presagito da Franco Basaglia: l'istituzionalizzazione della follia rappresentò una mera "ideologia di ricambio", una sorta quindi di nuova forma di internamento⁷⁶.

L'obiettivo delle porte aperte e dell'assenza di costrizione è approdato, ormai da tempo, nella cultura psichiatrica. Nel nostro Paese, alcuni servizi psichiatrici di diagnosi e cura, meglio noti con l'acronimo di s.p.d.c., si sono riuniti e hanno dato origine ad un movimento che prende il nome di "Club s.p.d.c. aperti *no restraint*". È una società composta da servizi che operano sia all'interno di realtà di piccole dimensioni che in città di medio - grande estensione.

Quali sono i principi e le motivazioni che accompagnano il *no restraint*? Il principio etico e giuridico alla base di questo metodo è il riconoscimento di una piena cittadinanza del malato mentale. Egli, a causa della sua patologia,

⁷⁶ Su questo aspetto si vedano le considerazioni di L. Toresini, *L'SPDC no restraint. La sfida della cura*, in www.centrobasaglia.provincia.arezzo.it.

è un paziente particolarmente vulnerabile e, pertanto, ha bisogno di essere difeso contro gli attentati alla sua dignità personale. Va ad esso riconosciuto, dunque, il diritto di accesso ad ogni intervento medico, etico e sociale di cui abbia bisogno.

Categorico è poi il rifiuto di riconoscere alla contenzione significato di atto medico. Un principio, quindi, squisitamente terapeutico: non si può sostenere che legare un paziente a letto sia un intervento medico. Può essere, tutt'al più, un mezzo di ordine pubblico in reparto, ma non può di per sé migliorare il quadro clinico del paziente⁷⁷.

Un altro motivo per il quale sarebbe insensato legare il paziente è quello del buon governo della struttura. Evitare questo atto costrittivo previene, infatti, l'insorgere di quel clima di terrore che spinge i pazienti a rispondere con violenza. L'esperienza diretta di contenzione, l'assistere come testimoni al compimento di atti contenitivi li rende ancora più violenti.

L'utilizzo del metodo *no restraint* e delle porte aperte richiede, al contempo, un maggior impegno e una maggiore collaborazione degli operatori. In particolare occorre, in una prima fase, prevedere che un operatore stia vicino alla porta d'ingresso, che ovviamente rimane aperta. Tale passaggio rappresenta un percorso individualizzante sia per il paziente che per l'operatore. Per il primo perché percepisce che quella porta aperta non è del tutto valicabile. Per il secondo perché tale sistema consente, per la prima volta, di negoziare, nel senso etimologico del termine *neg - oziare*: non oziare. In ossequio ad un modello che tenta di porre sullo stesso piano operatore sanitario e paziente, attraverso un rapporto personalizzato e dialettico con il malato. Nel rispetto, dunque, del principio tanto attualmente invocato dell'alleanza terapeutica. E così dal controllo si passa alla relazione, alla comunicazione tra i protagonisti del teatro clinico.

⁷⁷ In questo senso L. Toresini, *L'SPDC no restraint*, cit. . G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2011, p. 1514.

Altro obiettivo caratterizzante il *no restraint* è quello di garantire servizi di semiresidenzialità e residenzialità territoriali, secondo un regime di continua collaborazione con gli s.p.d.c. e le altre strutture sanitarie e sociali presenti nel territorio.

Elemento fondamentale del *no restraint* è, quindi, una corretta organizzazione del dipartimento di salute mentale, che si può raggiungere attraverso un continuo dialogo tra la parte esterna e quella interna. Una collaborazione, dunque, tra medici del reparto e colleghi dei centri territoriali. Inoltre, la struttura sanitaria non deve possedere un numero troppo ampio di pazienti, limitando così i posti letto a disposizione, secondo l'indicazione della legge Basaglia.

Un aspetto, altresì, determinante per l'organizzazione ottimale del *no restraint* è l'atmosfera: creando un clima all'interno della struttura caratterizzato da una buona accoglienza, serenità, gentilezza e legami col mondo esterno.

Questi, dunque, i principi sui cui si fonda sommariamente la pratica del *no restraint*. Potrebbe, comunque, capitare che un paziente, all'interno di una struttura di questo tipo, si trovi in uno stato di particolare agitazione, ad esempio, venga colto in preda ad una crisi pantoclastica. Come comportarsi in questo caso? Si potrebbe rispondere asserendo che la logica preventiva del *no restraint*, il clima di serenità che esso crea fungono da premessa per la sicurezza nel reparto. Se, tuttavia, l'aggressività del paziente fosse tale da richiedere un contenimento più efficace, si potrebbe ricorrere alla contenzione farmacologica e, nei casi più estremi, all'uso della forza fisica nell'ambito di un c.d. intervento di *holding*. Il termine, che significa letteralmente sostegno, è stato coniato da Donald Winnicott, medico pediatra e psicoanalista inglese, con il quale indicava la contenzione fisica dei bambini autistici da parte dei genitori. Una contenzione che ben più che fisica deve essere emozionale, "affettiva". Mentre la *restraint* indica la semplice repressione dell'aggressività del paziente con la violenza dei mezzi fisici o meccanici, la *holding* invece identifica un metodo di contenzione

fisica (mai meccanica) del malato, in cui l'operatore sanitario affronta con il proprio corpo il corpo del paziente, allo scopo di ottenere il consenso al trattamento da parte di quest'ultimo. La *holding* è concepita come una relazione umana e si esprime come un abbraccio. Attraverso essa, quindi, si tenta di far capire al malato, come appunto si fa coi bambini, che il contatto fisico ha valore affettivo e che rappresenta una forma di interesse per lo stesso.

Il concetto di forza fisica assume, perciò, diverso significato nella *restraint* e nella *holding*. Nella prima, si manifesta come prevaricazione di un soggetto dotato di un potere forte su un altro che versa in condizioni di inferiorità. Nella seconda, invece, la forza fisica assume il significato di comunicazione, finalizzata al superamento della crisi.

Il *no restraint* si mostra così come una sorta di "isola felice", di fuga da quei residui di custodialismo che, a volte, riaffiorano nella realtà psichiatrica italiana. Tale metodo, però, presenta alcuni profili di ambiguità. Ad esempio, non è chiaro se il rifiuto della contenzione fisica significhi bandire il solo letto di contenzione e metodi simili che consentano movimenti insignificanti, oppure se sia da intendere come divieto di qualsiasi forma di contenzione, sia pur diretta a scopi puramente protettivi.

Si auspica di sciogliere questi dubbi, anche perché il metodo della non contenzione non rappresenta un'esperienza pionieristica e isolata nel panorama nazionale, ma si sta facendo strada piuttosto rapidamente. Ovviamente la sua adozione non può che essere limitata a pazienti con quadri non gravi. Si affaccia, così, un nuovo scenario clinico che si ripercuote, conseguentemente, sulle valutazioni giuridiche. Con l'accoglimento del *no restraint* la responsabilità dello psichiatra subirebbe, in questo modo, una metamorfosi, con inevitabili conseguenze sul piano della tutela del paziente e dei terzi.

Parte II

Gli atti auto ed eteroaggressivi del paziente psichiatrico

Capitolo I

La posizione di garanzia dello psichiatra

1. 1 Fondamento - 1. 2 Natura attiva o omissiva della condotta - 1. 3 Protezione e controllo - 1. 4 L'oggetto della posizione di garanzia: a) paziente pericoloso per se stesso e gli altri - 1. 5 b) Paziente in trattamento sanitario volontario - 1. 6 c) Paziente libero di autodeterminarsi - 1. 7 d) Paziente autorizzato ad uscire dalla struttura - 1. 8 e) Contesto di cura

1. 1 Fondamento

Lo psichiatra ha l'obbligo giuridico, *ex art. 40 comma II c.p.*, di impedire gli atti auto ed eteroaggressivi del paziente? In termini ancora più espliciti: lo psichiatra può essere ritenuto responsabile per omesso impedimento del suicidio del paziente o dell'omicidio da questi commesso? Con questa domanda ci si imbatte in uno dei più tormentati e cruciali problemi della dogmatica del reato omissivo improprio: l'individuazione del contenuto della posizione di garanzia. La tecnica utilizzata dal legislatore per la tipizzazione del reato omissivo improprio, invero, se da un lato persegue istanze solidaristiche, dall'altro non consente il pieno rispetto dei principi di riserva di legge e determinatezza, complice la laconicità della clausola di equivalenza contenuta nell'*art. 40 comma II c.p.* . Lascia, dunque,

all'interprete il compito di delineare i confini e l'oggetto della posizione di garanzia. E il compito si fa ancora più complicato quando il destinatario della posizione di garanzia, il cosiddetto garante, è un medico particolare. Un medico che, come già sostenuto, non ha il solo dovere di occuparsi della terapia, ma anche della condotta del paziente e cioè lo psichiatra.

Detto ciò, occorre chiedersi se nel fascio di obblighi che compongono la posizione di garanzia rientri anche quello di evitare conseguenze lesive per il paziente e per i terzi.

Trattasi di un quesito che richiede da subito una precisazione: l'espressione posizione di garanzia è correttamente riferita alle sole ipotesi di responsabilità omissiva. Non può parlarsi, pertanto, di posizione di garanzia quando oggetto di accertamento sia una condotta commissiva. L'art. 40 comma II c.p., con l'espressione "non impedire un evento", fa appunto riferimento ad una condotta omissiva, cioè al mancato inserimento di un fattore ostacolante il processo causale che autonomamente può sfociare nell'evento lesivo. Questo principio è stato affermato, a chiare lettere, da Cass. IV, n. 4107/2009, imputato Dieci e altro⁷⁸. Riassumiamo brevemente il caso: un uomo, affetto da gravi disturbi psichici, spara dalla propria abitazione, sita al terzo piano di un edificio, in direzione dei passanti. Ne colpisce alcuni, provocando loro gravi lesioni. La polizia giudiziaria rinviene, all'interno del palazzo, il cadavere di una donna e nell'appartamento dell'uomo, il corpo senza vita dello stesso e della sua convivente. La pistola era detenuta legalmente dallo sparatore, grazie ad un certificato anamnestico rilasciatogli da uno psichiatra. Certificato poi presentato ad un medico militare che, all'esito della visita, redige a sua volta il certificato per il conseguimento della licenza per il porto d'armi. Entrambi i medici vengono condannati nel merito e la Cassazione conferma la condanna.

⁷⁸ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

La sentenza appare di notevole rilievo, poiché asserisce, in maniera inequivocabile, che non ha senso chiedersi se i medici siano investiti della posizione di garanzia, proprio perché trattasi di una condotta attiva, essendosi realizzata con il rilascio di certificati da parte di entrambi. Non si deve, dunque, procedere alla ricerca della posizione di garanzia in coloro che hanno posto in essere un antecedente, causalmente efficiente, nella verifica dell'evento e la cui condotta va riportata, *sic et simpliciter*, all'art. 40 comma I c.p. . La sentenza rappresenta una rarità nel panorama giurisprudenziale, in quanto spesso si assiste all'individuazione della posizione di garanzia, seppur non vi sia necessità di farlo, proprio perché trattasi di condotta attiva. Un esempio è rappresentato dalla già citata sentenza Pozzi⁷⁹, in cui la Cassazione aveva sostenuto la presenza, in capo allo psichiatra, di una posizione di garanzia diretta ad evitare il verificarsi di aggressioni alla sfera giuridica altrui. La condotta, tuttavia, era consistita nella incongrua riduzione della terapia farmacologica e, pertanto, si trattava di condotta attiva.

Sgombrato il campo da questo potenziale equivoco, occorre individuare i presupposti in presenza dei quali può configurarsi una posizione di garanzia. *In primis* è necessaria l'esistenza di una norma giuridica che attribuisca ad un soggetto compiti di tutela nei confronti di terzi. L'art. 40 comma II c.p. parla, infatti, di obbligo giuridico, non morale o religioso, ma obbligo che deve trovare la propria fonte in una disposizione normativa. Ed è proprio quest'ultima che ha la funzione di individuare il cosiddetto garante: la sentinella posta a guardia di un castello, pronta ad intervenire nel momento in cui il nemico riesca a saltare il fossato, secondo un'icastica immagine talvolta evocata. Il fondamento della posizione di garanzia è da ricercare nel principio solidaristico, che impone una tutela rafforzata e privilegiata di determinati beni giuridici, mediante l'attribuzione a determinati soggetti (garanti) della salvaguardia degli stessi.

⁷⁹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato, con riguardo alla mancata attuazione del t.s.o., p. 28 - 29.

L'operatore psichiatrico potrebbe, dunque, essere chiamato a rispondere per il suicidio o l'omicidio commesso dal paziente, qualora esista una norma che gli imponga il dovere di attivarsi per impedire eventi del genere di quello verificatisi.

Il nostro ordinamento non dispone di una specifica norma che assegni espressamente tali compiti all'operatore psichiatrico. Proprio tale vuoto normativo, secondo una certa opinione⁸⁰, non consentirebbe di affermare con sicurezza la presenza di una posizione di garanzia in capo allo stesso. Del resto tale obiezione sarebbe conforme allo spirito che ha animato la legge Basaglia, che ha annunciato il passaggio dalla custodia alla cura del malato mentale e che considera questi come un soggetto da trattare terapeuticamente come qualsiasi altro paziente⁸¹. Una riforma che ha bandito dall'attuale panorama legislativo il vocabolo "pericolosità". Nessun controllo, nessuna custodia sembrerebbe trapelare dalla riforma psichiatrica. Giurisprudenza e parte della dottrina⁸² non sono però di questo avviso: l'atto aggressivo in realtà rappresenta l'estrinsecazione, la manifestazione della malattia del paziente, allo stesso modo come l'infarto costituisce la manifestazione della stenosi coronarica. Il suicidio è per il depresso l'equivalente dell'infarto nel cardiopatico. In entrambi i casi si è di fronte ad una drammatica evoluzione del processo causale, del quale il medico non può che essere garante. A chi può venire in mente di sostenere che il cardiologo risponda della cura della stenosi, ma non dell'infarto? Allo stesso modo, come può sostenersi che lo psichiatra risponda, ad esempio, della sola scelta del farmaco e non di quanto poi è accaduto?

⁸⁰ R. Zaccariello, *Questioni in tema di responsabilità penale dello psichiatra*, cit. .

⁸¹ Nella cosiddetta Carta di Milano, documento di natura etico-deontologica, viene rivendicata la parità di diritti del paziente psichiatrico nei confronti di ogni altro paziente. In proposito Fondazione P. Varenna, Milano, Società italiana di psichiatria, sez. Lombarda, Codice etico-deontologico per la pratica psichiatrica: Carta di Milano, *Psichiatria oggi*, 12 (2), 27, 2000.

⁸² Nella giurisprudenza di legittimità, l'impedimento di atti auto ed etero lesivi del paziente rientra nell'obbligo di cura. Al riguardo si veda F. Giunta e altri, Cass., IV, 27 novembre (29 dicembre) 2008, n. 48292, imp. Desana, est. Bricchetti, in *Il diritto penale della medicina*, cit. Conforme in dottrina G. Iadecola, *Responsabilità del direttore di una casa di cura*, cit., p. 1150.

È vero: il legislatore, con l'abbandono del custodialismo e della presunzione di pericolosità del malato di mente, ha in qualche modo rinunciato ad una protezione anticipata dei beni giuridici vita e incolumità individuale. Ma, al contempo, non ha consentito un esonero degli operatori psichiatrici dagli obblighi di cura del paziente, che richiedono di essere adempiuti per scongiurare condotte lesive per il malato o per terzi. Tale obbligo di cura come potrebbe rivelarsi se non attraverso il ricorso ad interventi di sorveglianza e di custodia dell'alienato mentale? Non corrisponderebbe a canoni di ragionevolezza ritenere applicabili i soli interventi squisitamente terapeutici e rinunciare ad ogni strumento cautelativo, anche quando sia a rischio la stessa incolumità del paziente. L'operatore di salute mentale verrebbe così spogliato del suo obbligo primario: quello di tutelare la vita e la salute del paziente.

Il principio della cura si intreccia così con quello della vigilanza, poiché la tutela della salute mentale implica la protezione della salute fisica del paziente. Il controllo dell'auto o etero aggressività del malato mentale rappresenta, dunque, un aspetto della prestazione terapeutica. Disinteressarsi di esso significherebbe non rispettare l'obbligo di adeguatezza della cura, nei casi in cui il quadro clinico del paziente manifesti uno stato di pericolosità foriero di gesti inconsulti.

Sulla base di questa lettura, pertanto, la posizione di garanzia dello psichiatra e di qualsiasi operatore di salute mentale esiste e deriva dall'obbligo di attuare un idoneo trattamento terapeutico, volto ad evitare l'aggravamento delle condizioni psicopatologiche del paziente e, nei limiti in cui sia possibile, la sua guarigione. La posizione di garanzia dello psichiatra, intesa in questi termini, non sembra differire da quella di qualunque altro medico. Ogni sanitario, sia esso psichiatra o altro specialista, ha l'obbligo giuridico di curare il paziente, usufruendo di qualunque strumento che la scienza e l'ordinamento giuridico mettono a sua disposizione. L'obbligo di curare la malattia mentale nel miglior modo include, al contempo, quello di salvaguardare il paziente dalla sua stessa

pericolosità. Essa, infatti, seppur scomparsa dal quadro legislativo vigente, è comunque presente in linea di fatto. Il venir meno di ogni riferimento legislativo ad essa non ha potuto cancellare un dato della realtà: l'eventualità che una determinata patologia psichica possa rendere pericoloso un paziente e, quindi, renderlo capace di gesti auto o etero aggressivi. Se la pericolosità c'è non si può far finta che non esista.

Lo psichiatra viene così a trovarsi tra "l'incudine e il martello"⁸³, ovvero tra l'esigenza di prevenzione, cura e riabilitazione della malattia mentale e le istanze sociali di un controllo preventivo - coercitivo nei confronti di condotte potenzialmente lesive dei beni giuridici. L'operatore psichiatrico ha, dunque, l'obbligo di intervenire ogni qualvolta sia in atto o sia altamente probabile un danno all'incolumità del malato o della collettività, entrando contemporaneamente in gioco istanze di controllo sociale ed esigenze terapeutiche. Il medico assumerebbe, pertanto, il doppio ruolo di controllore e terapeuta⁸⁴.

1. 2 Natura attiva o omissiva della condotta

La ricerca della posizione di garanzia, come si è già chiarito, ha un senso solo se riferita, *ex art. 40 comma II c.p.*, ad una condotta di tipo omissivo. Non è riferibile, dunque, ad ogni tipo di evento, ma viene in considerazione soltanto quando l'operatore psichiatrico non lo abbia impedito, pur avendone l'obbligo giuridico.

Quando possiamo dire che trattasi di condotta omissiva?

Ad esempio, il medico che somministra un'errata terapia farmacologica, tiene una condotta attiva od omissiva?

⁸³ Così si esprime M. Zanchetti, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 9, 2004, p. 2870-2871.

⁸⁴ In questo senso U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 1997, p.542 ss., secondo il quale l'assistenza e la sorveglianza sarebbero parti integranti dei mezzi per l'attuazione della terapia e della prevenzione di un più grave danno.

Per rispondere a tale quesito occorre sgombrare, da subito, il campo da due possibili equivoci.

Vediamo il primo: l'agire o il non agire fisicamente inteso. Che il soggetto faccia qualcosa o rimanga del tutto inerte è, all'unanimità, ritenuto ininfluenza. L'omittente, infatti, spesso si attiva, ma nella direzione sbagliata. Il medico, ad esempio, a causa di un'errata diagnosi prescrive un farmaco inefficace.

La giurisprudenza, a volte, incappa in questo equivoco. Un esempio è Cass. IV, n. 21597/2007, imputato Pecchioli⁸⁵. Un paziente psichiatrico, ricoverato presso una struttura ospedaliera, viene colpito da infezione polmonare da inalazione accidentale di cibo nell'albero respiratorio. I medici psichiatri che lo hanno in cura non diagnosticano tempestivamente la malattia, che così lo conduce a morte nel giro di qualche giorno. Nella motivazione della sentenza, si legge che nei reati omissivi si è in presenza di un nulla, di un *non facere*, dimenticandosi dunque che, spesso, chi tiene una condotta omissiva agisce, seppur in maniera erronea.

Il secondo equivoco è questo: la cosiddetta componente omissiva della colpa. Omettere, non significa non attenersi a quanto prescritto dalla regola cautelare: ciò è presente per definizione in tutte le ipotesi di colpa. Diversamente, qualora si confondessero i piani, risulterebbe omissiva, ad esempio, anche la condotta del sanitario che imprudentemente ledesse i vasi di un paziente, durante un intervento chirurgico.

Una volta chiarito ciò, occorre chiedersi quali siano i criteri sulla base dei quali distinguere una condotta omissiva da una condotta attiva. Sono due: il criterio normativo e quello naturalistico.

Per il primo, detto anche criterio della regola cautelare violata, la condotta è omissiva quando la regola è un comando, cioè la pretesa di un *facere*; è attiva, invece, quando la regola è un divieto, cioè la pretesa di *non facere*⁸⁶.

⁸⁵ F. Giunta e altri, Cass. IV, 2 aprile (1 giugno) 2007, n. 21597, imp. Pecchioli e altro, est. Blaiotta, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

⁸⁶ M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, 2004, p. 313.

Un chiaro esempio di utilizzo del criterio normativo è offerto da Cass. IV, n. 10795/2008, imputato Pozzi⁸⁷, già oggetto di citazione. Nel caso di specie, i giudici della Suprema Corte hanno chiarito come la distinzione tra causalità attiva e omissiva sia del tutto chiara in astratto, riferendosi appunto al criterio normativo: nella prima viene violato un divieto, nella seconda un comando. Hanno così qualificato come commissiva la condotta del medico curante, consistente nell'aver ridotto e poi sospeso, ad un paziente schizofrenico, il trattamento farmacologico. L'imputato, infatti, non aveva violato un comando, omettendo di intervenire in un caso che richiedeva la sua attivazione, ma aveva violato il divieto di non somministrare la terapia farmacologica in modo incongruo. Lo stesso, invero, aveva prima proceduto ad una riduzione alla metà del farmaco neurolettico, poi addirittura sospeso la somministrazione in tempi troppo ravvicinati.

Un chiaro esempio, dunque, del criterio normativo. Occorre, però, fare attenzione: abbiamo detto che può parlarsi di posizione di garanzia solo in ipotesi di condotta omissiva. Nelle ipotesi in cui, invece, causa di un evento sia un comportamento attivo, la responsabilità penale esula dal presupposto della posizione di garanzia. L'operatore psichiatrico, in questo caso, risponderà penalmente per aver posto in essere un antecedente causalmente efficiente alla produzione dell'evento, sulla base dell'art. 40 I comma c.p. . Siamo fuori, dunque, dal raggio applicativo dell'art. 40 comma II c.p. .

Alla luce di tali considerazioni suscita, dunque, perplessità la conclusione a cui giungono i giudici della quarta sezione quando affermano che *“naturalmente l'esistenza di una posizione di garanzia non si pone in contraddizione con una causazione attiva dell'evento da parte del garante”*. Che bisogno c'è, in presenza, di condotta commissiva, di invocare il garante? La responsabilità trae direttamente linfa, *sic et simpliciter*, dalla

⁸⁷ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato, con riguardo alla mancata attuazione del t.s.o., p. 28 – 29; alla posizione di garanzia, p. 67.

fattispecie incriminatrice di parte speciale *ex art. 589 c.p.*, che va poi a combinarsi con l'art. 40 I comma c.p. .

L'equivoco, forse, nasce dal frequente utilizzo dell'espressione "posizione di garanzia". Espressione troppo generica, quasi atecnica, che spesso sostituisce quella di obbligo giuridico, unica ad essere menzionata nell'art. 40 comma II c.p. .

Il criterio normativo, però, non sempre appare risolutivo. Pensiamo, ad esempio, alle cosiddette ipotesi intrecciate: il medico che dimette senza terapia un paziente sottoposto a ricovero coatto viola il relativo divieto cautelare di non dimettere un paziente non curato e viola, al contempo, il comando di curare. Ebbene, in questa ipotesi, quale condotta è stata possa in essere? È attiva od omissiva? Difficile intuirlo avvalendosi del solo criterio normativo.

Una soluzione è stata, pertanto, offerta da un altro criterio: quello naturalistico, detto anche criterio della reale efficacia condizionante⁸⁸, secondo il quale la condotta è attiva quando il soggetto pone in essere un fattore che innesca il processo causale sfociante nell'evento lesivo. Un fattore cosiddetto iatrogeno, ossia provocato dal medico. Un operatore sanitario, ad esempio, esegue uno scorretto dosaggio di un farmaco, cagionando così la morte del paziente. Ancora, la condotta è attiva quando il fattore realizzato dal medico non innesca il decorso causale, ma lo accelera soltanto. Ad esempio, interviene chirurgicamente su un paziente già debilitato da una certa malattia, accelerando il processo patologico, con conseguente anticipazione dell'evento letale⁸⁹.

La condotta è, invece, omissiva quando il soggetto non pone in essere un fattore ostacolante il processo causale già esistente, ontologicamente, *in rerum natura*, capace di produrre autonomamente l'evento lesivo. Un medico, ad esempio, non prescrive al paziente un antidepressivo, non

⁸⁸ F. Viganò, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale*, cit., p. 962.

⁸⁹ Un esempio di fattore accelerante è Cass. IV, 22 gennaio (5 aprile) 2007, n. 14130, imp. Pastorelli, est. Piccialli, in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit. Trattasi di un caso di morte per scompenso diabetico, da disposta riduzione della terapia insulinica.

curando la patologia psichiatrica già in atto che, scatena mortali impulsi autolesivi.

Un caso in cui la Cassazione si è avvalsa del criterio naturalistico è Cass. IV, n. 840/2008, imputato Brignoli e altro⁹⁰. Un medico neurologo somministra antidepressivo e benzodiazepine ad una paziente affetta da depressione. Non esegue, però, il monitoraggio dei farmaci somministrati, con conseguente accumulo, a seguito del quale il paziente muore per gravi alterazioni patologiche. I giudici della Suprema Corte hanno, così, sostenuto che nel concreto non è sempre agevole distinguere la condotta attiva da quella omissiva, sebbene in astratto essa si presenti del tutto chiara. Per tale motivo, ritengono preferibile avvalersi del più recente orientamento, secondo cui, nell'ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio, poi effettivamente concretizzatosi. Sarebbe, invece, da considerare omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente. Sulla base di tali considerazioni, i giudici affermano non esservi dubbi sulla natura commissiva della condotta. Il medico, invero, somministrando la terapia farmacologica con un dosaggio superiore a quello previsto, ha introdotto un fattore provocante l'evento lesivo.

La Cassazione, a volte, per qualificare una condotta come attiva od omissiva, utilizza *ad abundantiam* entrambi i criteri. Un esempio è il caso, precedente analizzato, da Cass. IV, n. 4107/2009, imputato Dieci e altro⁹¹. I giudici della Suprema Corte avevano qualificato come attiva la condotta dei due medici, i quali avevano consentito il rilascio del porto d'armi ad un

⁹⁰ F. Giunta e altri, Cass. IV, 6 novembre 2007 (10 gennaio 2008), n. 840, imp. Brignoli, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

⁹¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato precedentemente analizzato nel capitolo sulla posizione di garanzia, p. 66. Nello stesso senso cfr. Cass. IV, 6 novembre 2007 (10 gennaio 2008), n. 840, imp. Brignoli, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. Anche in questo caso viene fatto riferimento ad entrambi i criteri, con la differenza però che, nella sentenza Brignoli, il criterio naturalistico viene preferito a quello normativo, poiché quest'ultimo è ritenuto incapace di individuare, nel caso concreto, la reale distinzione tra le due condotte.

paziente, affetto da gravi problemi psichici. Nella motivazione della sentenza si assiste, infatti, al sommarsi dei due criteri, in quanto si afferma che la condotta è attiva quando l'agente abbia violato un divieto, oppure abbia introdotto nella sequenza causale un fattore di rischio efficiente rispetto all'evento. La condotta, invece, è omissiva quando il soggetto abbia violato un comando, oppure non abbia arrestato, avendone l'obbligo giuridico, un decorso eziologico già in atto.

Difficoltà sorgono nel qualificare la condotta consistente nelle dimissioni del paziente, a seguito delle quali scaturisca il suicidio del paziente o l'omicidio di un terzo, una volta uscito dall'ospedale; difficoltà prima accennate e insuperabili con il criterio normativo.

Il criterio naturalistico, invece, consente di qualificare la condotta come omissiva. Un caso, in cui la Cassazione, si è espressa in termini di condotta omissiva, pur non trattando il tema della distinzione, è Cass. IV, n. 10860/2008, imputata Pettiti⁹². Riassumiamo brevemente il caso: un paziente, affetto da disturbi psichici, è ricoverato presso una struttura ospedaliera. Viene formalmente dimesso dal reparto psichiatrico, ma ancora presente in ospedale, decide di togliersi la vita, precipitando da una finestra sita al terzo piano dello stabile. Viene imputata dell'evento la responsabile del reparto, per aver omesso i necessari atti terapeutici nei confronti del paziente.

La sentenza appare condivisibile per la qualificazione in termini omissivi della condotta. L'imputata, infatti, non ha posto in essere un fattore in grado di ostacolare il processo causale già in atto: uno stato depressivo tale da sfociare nell'atto suicidario. Nella specie, non ha attuato quei necessari e opportuni presidi terapeutici che avrebbero impedito l'evolversi della patologia in atto.

⁹² F. Giunta e altri, Cass. IV, 13 febbraio (11 marzo) 2008, n. 10860, imp. Pettiti, est. D'Isa, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

Difficoltà, invece, non sembrerebbero emergere nel caso in cui il medico rifiuti il ricovero del paziente, pur sussistendo i presupposti. In questa ipotesi, la condotta risulta omissiva in base ad entrambi i criteri.

Come si avrà modo di mettere in evidenza più avanti, la qualificazione della condotta, in termini attivi o omissivi, ha ricadute pratico – applicative non solo in materia di posizione di garanzia, ma anche di causalità.

1.3 Protezione e controllo

L'analisi delle sentenze dal 1978 ad oggi mostra un atteggiamento tendenzialmente incline all'affermazione della sussistenza della posizione di garanzia, in capo all'operatore di salute mentale. Le numerose pronunce assolutorie, infatti, non si sono basate sull'esclusione della stessa, quanto sull'assenza di altri presupposti della responsabilità penale, come il nesso causale o la colpa. La giurisprudenza, inoltre, all'interno della posizione di garanzia distingue due diverse tipologie: una posizione di protezione e una posizione di controllo.

La prima ha ad oggetto la protezione di soggetti, che in determinate circostanze, non sono in grado di provvedere a se stessi per età, infermità o altra causa e comporta il dovere di impedire eventi dannosi nei loro riguardi. Posizione di protezione, dunque, che si attaglia perfettamente all'operatore psichiatrico. Egli, infatti, ha l'obbligo di proteggere la vita e l'incolumità del paziente da potenziali comportamenti auto o etero lesivi, mediante l'attuazione di precise cautele. Ma da dove scaturisce tale dovere di cura? In termini ancora più semplici: quale è la fonte della posizione di protezione? Secondo un primo indirizzo, meglio noto come concezione formale, l'obbligo di impedire l'evento deve trovare il proprio fondamento in un atto dotato del crisma della giuridicità formale, individuando così quali fonti dell'obbligo in oggetto la legge e il contratto. La teoria, se da un lato, ha il merito di soddisfare il principio di legalità, stante il disposto dell'art. 40 comma II c.p., dall'altro non consente di individuare quegli obblighi in

grado di fondare la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento.

Ai difetti della concezione formale risponde quella sostanzialistico - funzionale, secondo la quale la fonte della posizione di garanzia va individuata con riguardo alla situazione o posizione fattuale del soggetto nei confronti del bene giuridico tutelato. La teoria, pur avendo il pregio di selezionare tra gli obblighi di attivarsi quello di garanzia, non si mostra rispettosa del principio di legalità. Tale concezione, infatti, lascia in ombra la giuridicità dell'obbligo richiesta dall'art. 40 II comma c.p., accogliendo una soluzione completamente priva di qualsiasi riferimento ad essa.

Nella letteratura italiana è, attualmente, prevalente la teoria mista. Secondo tale concezione, gli obblighi di impedimento dell'evento trovano il proprio fondamento in una fonte formale e si dirigono a soggetti che si trovano a potere di fatto garantire determinati beni giuridici. A ben vedere, questa teoria cerca di operare una sintesi tra istanze di legalità ed esigenze di effettiva garanzia.

Nella giurisprudenza di legittimità si è fatta strada una nuova concezione che trova la propria matrice nell'ambito della responsabilità medica. La suddetta teoria presta attenzione alla posizione che il soggetto occupa in una data situazione, sostenendo che una posizione di garanzia del medico può sorgere esclusivamente con l'instaurazione della relazione terapeutica tra il predetto e il paziente. Rapporto che può instaurarsi su base contrattuale, come nel caso di paziente che si affidi al medico di fiducia; ma anche in base alla normativa pubblicistica di tutela della salute, come avviene nel caso di ricovero in una struttura ospedaliera o in comunità protette.

La posizione di garanzia sussiste per il solo fatto di un rapporto di fatto tra medico e paziente. Questo, perciò, si verifica anche quando non vi sia stata una formale distribuzione degli incarichi all'interno della struttura. Un esempio di questo orientamento è Cass. IV, n. 10795/2008⁹³, imputato

⁹³ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato, con riguardo alla

Pozzi, già analizzata con riguardo ad un altro aspetto della materia di cui si discute. Nel caso di specie, l'imputato (medico psichiatra) aveva compiti di consulenza esterna e di partecipazione ad un gruppo di lavoro per il miglioramento delle procedure. Non era, dunque, incardinato all'interno della struttura sanitaria. I giudici della Suprema Corte, nonostante l'assenza di una formale determinazione degli incarichi, avevano sostenuto che l'imputato fosse gravato di una posizione di garanzia, sotto il profilo di un obbligo di protezione. Quale che fosse l'incarico formalmente attribuito allo psichiatra, egli aveva di fatto tutelato la vita e l'incolumità del paziente. Egli, invero, aveva accettato l'affidamento della cura del malato, deciso di modificare la terapia farmacologica, nonché stabilito le modalità di svolgimento dei colloqui terapeutici. La sentenza mette così in evidenza l'importanza dell'instaurarsi della relazione terapeutica, decretando il tramonto di una concezione meramente formale della posizione di garanzia. Sulla posizione di garanzia come funzione di protezione del paziente dai suoi ipotizzabili comportamenti autoaggressivi *nulla questio*. Le difficoltà emergono ogniqualvolta sia necessario giustificare la posizione di garanzia con riguardo ai delitti commessi dal paziente. Possiamo sempre parlare di "protezione" oppure sarebbe preferibile riferirsi al "controllo" del malato mentale?

In giurisprudenza, al riguardo, sono sorti due differenti orientamenti.

Un primo considera l'obbligo di impedire i reati del paziente come un aspetto della posizione di protezione. In questo senso, l'operatore psichiatrico ha il dovere di evitare tutte le conseguenze negative che la malattia mentale può provocare. Un obbligo di cura diretto, perciò, a prevenire non soltanto le alterazioni comportamentali, ma anche le conseguenze giuridiche che la violazione della legge penale produrrebbe sul paziente.

mancata attuazione del t.s.o., p. 28 - 29; al fondamento della posizione di garanzia, p. 67; al criterio normativo, p. 72.

Ma siamo proprio sicuri che si tratti di posizione di protezione o sarebbe preferibile ricondurre l'ipotesi alla posizione di controllo? Il termine controllo, come abbiamo visto, tende ad essere esiliato dal linguaggio psichiatrico. A volte, però, è inevitabile il suo rimpatrio. Il paziente psichiatrico, spesso, si mostra pericoloso e, pertanto, capace di comportamenti aggressivi verso terzi.

Un recente orientamento della giurisprudenza di merito, ha aperto la strada ad una nuova fisionomia della posizione di garanzia, riconducendola nell'alveo della posizione di controllo, seppur circoscritta all'interno dei luoghi di degenza. La posizione di controllo assegna al garante il dovere di impedire che determinate fonti di pericolo, nei confronti delle quali abbia poteri di signoria, rechino danni a terzi. La violenza e l'aggressività del paziente, secondo questo indirizzo, vengono in rilievo non solo come alterazioni comportamentali correlate alla malattia, ma come fonti di pericolo da monitorare. Il controllo, dunque, è parte dell'insieme di segmenti che compongono la sfera di obblighi dei soggetti responsabili, a vario titolo, della struttura sanitaria. Una posizione di controllo che è, quindi, connessa ai doveri di sicurezza che si rivolgono ad ogni operatore psichiatrico. Il comportamento illecito posto in essere del paziente diventa, così, fonte di responsabilità penale per coloro che non hanno rispettato quei doveri volti ad impedire il concretizzarsi del pericolo derivante dalla malattia psichica. Tali principi sono stati affermati dal tribunale di Milano nel 2008⁹⁴. Il giudice ambrosiano aveva, infatti, ritenuto che la posizione di garanzia degli operatori psichiatrici non potesse limitarsi alla cura del singolo paziente, ma dovesse estendersi agli eventuali pericoli scaturibili dalla interazione tra i degenti, nonché dalle potenziali aggressioni fisiche dell'uno nei confronti dell'altro.

Il modello di organizzazione gestionale, perciò, deve garantire non soltanto la cura, ma anche la sicurezza del paziente, in modo tale da salvaguardare l'incolumità dei malati e di tutti coloro che lavorano all'interno della

⁹⁴ Trib. Milano, 9 dicembre 2008, imputato C. e altri.

struttura. A tal fine è necessario riconoscere la presenza dei fattori di rischio, definirne gli aspetti specifici, nonché formulare un piano di prevenzione e di intervento.

L'analisi della giurisprudenza, al riguardo, evidenzia come normalmente i soggetti condannati siano il medico curante del paziente ricoverato e gli infermieri per gravi negligenze nell'attività di sorveglianza. Un caso che vede condannati i medici per gli atti lesivi compiuti dal paziente è Cass. IV, n. 18950/2009, imputato Petrillo altro⁹⁵. Un paziente oligofrenico, degente presso una clinica neuropsichiatrica, aggredisce violentemente un altro paziente, cagionandone la morte per arresto cardiocircolatorio, successivo a trauma cranioencefalico. I due medici che lo hanno in cura vengono ritenuti colpevoli del delitto di omicidio colposo, per aver omesso adeguate cautele e idonei presidi terapeutici, che probabilmente avrebbero diminuito la carica aggressiva dello stesso paziente.

La sentenza è assai significativa poiché ritiene sussistente la posizione di garanzia, sia in capo al medico in posizione apicale che al medico di turno. La Suprema Corte ritiene infondata la deduzione difensiva di quest'ultimo, il quale aveva eccepito la mancanza di competenza in materia, essendo un semplice medico di turno, privo di specializzazione in neuropsichiatria. Entrambi i medici della clinica neuropsichiatrica, secondo la Cassazione, sono gravati, nei confronti dei pazienti ricoverati, di una posizione di garanzia, che impone loro di evitare eventi lesivi cagionati da altri pazienti. Nella specie, il medico in posizione apicale ha l'obbligo di impartire direttive cautelari organizzative, al fine di impedire che pazienti aggressivi vengano in contatto tra loro. Tale medico e quello di turno hanno, altresì, l'obbligo di contenere l'aggressività dei pazienti con adeguati trattamenti farmacologici.

Il caso appena esaminato evidenzia, così, l'importanza della posizione che il soggetto occupa in una data situazione, sottolineando che una posizione di

⁹⁵ F. Giunta e altri, Cass. IV, 5 febbraio (6 maggio) 2009, n. 18950, imp. Petrillo e altro, est. Licari, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

garanzia sorge, in realtà, con l'instaurarsi della relazione terapeutica tra il medico e il paziente e, dunque, indipendentemente da qualifiche formali.

Raramente la responsabilità è stata, invece, affermata in capo ai vertici della struttura. Nelle sporadiche ipotesi di condanna, la colpevolezza dei soggetti apicali si è fondata su una grave negligenza nell'organizzazione e vigilanza sul luogo di cura. Su questo fronte, una *rara avis* è rappresentata da Cass. IV, n. 11200/2010, imputata Morini⁹⁶. Il caso: la referente coordinatrice di una struttura psichiatrica residenziale viene ritenuta responsabile della morte di un educatore, attinto da colpi letali di coltello ad opera di un paziente schizofrenico, ivi ricoverato. All'imputata viene contestata l'omessa valutazione dell'accentuarsi dei sintomi di aggressività del degente e, quindi, la mancata adozione di doverose cautele. Tra queste ultime spiccava quella diretta ad evitare il libero accesso alle cucine, all'interno delle quali venivano custodite le posate.

La sentenza, così, sottolinea come la posizione di referente coordinatrice implichi poteri di iniziativa autonomi in grado di soddisfare precisi obblighi di diligenza e prudenza. La stessa, nella sua qualità, ha l'obbligo di assicurare l'incolumità delle persone che possono avere contatti con i pazienti pericolosi. Incolumità, che nel caso di specie avrebbe dovuto essere garantita mediante l'imposizione di un ordine che impedisse ai pazienti il libero accesso alle cucine.

Il caso esaminato è espressivo, appunto, di quell'orientamento (inaugurato dalla giurisprudenza di merito) che configura la posizione di garanzia in termini di controllo, ogniqualvolta il paziente costituisca una fonte di pericolo per l'incolumità di terzi.

⁹⁶ F. Giunta e altri, Cass. IV, 21 gennaio (24 marzo) 2010, n. 11200, imp. Morini, est. Licari, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

1. 4 L'oggetto della posizione di garanzia: a) paziente pericoloso per se stesso e gli altri

Abbiamo visto come il problema della sussistenza della posizione di garanzia sorga, soprattutto, quando si tratti di accertare la responsabilità per atti eteroaggressivi commessi dal paziente. Chiediamoci, ora, se sia necessaria una presa di posizione differenziata, a seconda che il ricorso a strumenti coercitivi sia volto ad evitare il rischio di soli gesti autolesivi o, anche, di quelli eterolesivi.

La prassi giurisprudenziale, in materia, ha mostrato incertezze.

Un primo indirizzo, invero, afferma che, in ossequio alla riforma psichiatrica, il trattamento sanitario non possa essere considerato una misura cautelativa, in funzione neutralizzante la pericolosità del paziente. Si ritiene, infatti, che l'attuale legislazione non persegua alcun fine di tutela della collettività dai comportamenti violenti del malato mentale. Non a caso sono state abrogate le fattispecie contravvenzionali, finalizzate alla tutela della sicurezza e dell'incolumità dei terzi. Secondo questo indirizzo, pertanto, lo psichiatra può essere chiamato a rispondere soltanto in caso di gesti autolesivi. La sua responsabilità penale, tuttalpiù, potrebbe essere affermata quando il paziente compia gesti aggressivi nei confronti di altri pazienti psichiatrici, ricoverati nel medesimo reparto. Diversamente, è estranea al fascio di doveri incombenti sullo psichiatra la tutela dei terzi non affidati alle sue cure. I familiari del paziente, in regime di trattamento sanitario domiciliare, rimarrebbero pertanto sprovvisti di tutela⁹⁷.

Una risalente, ma spesso citata, pronuncia della Cassazione è espressiva di questo orientamento. Trattasi di Cass. II, 11 maggio 1990, imputato Manuali⁹⁸. Vediamo in sintesi il caso: ad un medico viene contestato il delitto di abbandono di persona incapace aggravato dall'evento morte, per non aver disposto il t.s.o. . La Cassazione, in omaggio alla legislazione

⁹⁷ Cfr. F. Viganò, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. mer.*, 8-9, 2006, p. 965 ss. .

⁹⁸ In *Cass. pen.*, 1991, 68 ss. .

vigente, esclude la responsabilità del medico, asserendo l'assenza in capo a quest'ultimo di compiti di polizia nei confronti dei pazienti e, conseguentemente, esclude la responsabilità penale quando un malato mentale commetta un evento lesivo a danno di un proprio familiare.

Di recente, invece, è stata affermata la responsabilità di due infermieri dalla, già citata, Cass. IV, n. 8611/2008, imputato D'Aquino e altro⁹⁹. Ecco il caso: un paziente, affetto da disturbi psicotici, è degente presso una struttura ospedaliera. Durante le ore notturne, aggredisce un vicino di camera e lo uccide. In primo grado, vengono condannati per il reato di omicidio colposo due infermieri del reparto, per non aver prestato un'adeguata vigilanza. Condanna confermata in appello e nell'ultimo grado di giudizio.

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

Un altro orientamento, invece, ribadisce la necessità della tutela del bene salute, indipendentemente dall'auto o etero lesività. Il bene salute deve essere tutelato da ogni minaccia e, quindi, anche dalla commissione di gravi fatti di sangue da parte del malato mentale.

La Cassazione, di recente, ha appunto sostenuto l'irrilevanza della distinzione tra atti auto o etero aggressivi, precisando che quando la malattia si manifesta con comportamenti di violenza eterodiretta, rechi danno non soltanto ai terzi, ma al paziente stesso. Tali condotte, invero, sono pregiudizievoli anche per la salute di chi le pone in essere e comportano una regressione del percorso terapeutico intrapreso. Emblematico al riguardo è, il più volte citato, caso Pozzi¹⁰⁰. Al paziente autore dell'omicidio, nel

⁹⁹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 30 gennaio (27 febbraio) 2008, n. 8611, imp. D'Aquino, est. Campanato, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato, con riguardo alla legittimità della contenzione, p. 41.

¹⁰⁰ V. pp. 21, 22 del testo della motivazione di Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato più volte citato: con riguardo alla mancata attuazione del t.s.o., p. 28 - 29; al

processo che si era occupato della sua responsabilità, era stata applicata (a seguito del proscioglimento per mancanza di imputabilità) la misura di sicurezza del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario. Luogo in cui, qualche anno dopo, il paziente era deceduto. Come è evidente, anche nei confronti dello stesso paziente, il gesto omicida ha avuto gravissime conseguenze personali.

Non può dimenticarsi, tra l'altro, che uno dei presupposti del t.s.o. sia la "presenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici". Vogliamo forse pensare che tali alterazioni diano luogo a manifestazioni di aggressività soltanto autodirette? O non sarebbe lecito riferirle anche ad episodi di eterolesività?

Del resto, l'art. 32 Cost. tutela la salute come diritto non solo del singolo, ma anche quale interesse della collettività. Il trattamento sanitario, dunque, non ha come destinatario il solo paziente, ma i terzi che potrebbero subire gravi danni alla loro incolumità.

Tale impostazione è stata, inoltre, accolta nel 1990 dalla Corte Costituzionale¹⁰¹. Il Giudice delle leggi ha, invero, affermato che l'imposizione di un trattamento sanitario, per essere compatibile con l'art. 32 Cost., debba essere diretta non soltanto a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi sia sottoposto, ma anche a proteggere l'incolumità degli altri soggetti.

Si pensi, ancora, alle conseguenze derivabili da un approccio differenziato, quando con una sola azione il paziente realizzi più eventi lesivi, in danno sia di se stesso che di terzi. Ad esempio, il malato mentale si suicida lasciando aperto il gas, provocando così il crollo del palazzo, in cui perde la vita anche un condomino. Accogliendo la tesi della differenziazione, il garante avrebbe l'obbligo di impedire il compimento dei soli atti autolesivi. Secondo questo indirizzo egli, pertanto, dovrebbe tutelare unicamente la vita e l'incolumità del paziente, mentre esulerebbe dai suoi obblighi quello di neutralizzare la

fondamento della posizione di garanzia, p. 67; al criterio normativo, p. 72; alla fonte della posizione di garanzia, p. 77 - 78.

¹⁰¹ Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, p. 2694.

pericolosità sociale dello stesso. Ragionando in questi termini, però, la responsabilità penale, ex art. 40 comma II c.p., dovrebbe essere ravvisata solo con riguardo all'art. 589 c.p. e in rapporto al suicidio. Non verrebbe riconosciuta, invece, in relazione all'ulteriore omicidio colposo, commesso ai danni del condomino, nonché al delitto di disastro colposo verificatosi.

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

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

1. 5 b) Paziente in trattamento sanitario volontario

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

Secondo un certo indirizzo giurisprudenziale, sostenuto da parte della dottrina penalistica¹⁰², si potrebbe parlare di posizione di garanzia unicamente nelle ipotesi di ricovero coatto. Diversamente, laddove il paziente abbia accettato di sottoporsi volontariamente al trattamento sanitario non potrebbe essere riconosciuto alcun ruolo di garante al medico che lo ha in cura. Tale pensiero trova il proprio fondamento nella libertà del paziente, emblema della riforma Basaglia, secondo la quale ogni limitazione della libertà che non sia disposta con un t.s.o. è vietata. Il legislatore, in

¹⁰² In questo senso si vedano le considerazioni di M. Zanchetti, *Fra l'incudine e il martello*, cit., p. 2862 ss. . M. Maspero, *Mancata previsione di evento suicidario*, cit., p. 946 ss.; dello stesso autore, *Una discutibile sentenza della Cassazione sulla responsabilità penale del medico psichiatra*, in *Riv.it. med. leg.*, 6, 2004, p. 1246 ss.; *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, in *Riv. it. med. leg.*, 06, 2005, p. 777 ss. . Promotore di questo orientamento F. Stella, *La responsabilità penale dello psichiatra nel trattamento open-door*, in *Problemi giuridici attuali della legislazione psichiatrica*, Il pensiero scientifico editore, p. 7 ss. .

questo modo, ha preferito garantire il diritto del paziente di accettare volontariamente le cure rispetto al rischio che questi prendesse l'estrema decisione del suicidio. Non esiste, dunque, alcun obbligo di custodia o di vigilanza da parte dell'operatore psichiatrico, nei confronti di coloro che decidano di sottoporsi liberamente al trattamento. Non vi è, di conseguenza, alcuna posizione di garanzia, per cui ogni paziente sarebbe libero di assentarsi in qualunque momento dal reparto, da solo o accompagnato, o di allontanarsi definitivamente.

Un esempio, tratto dalla giurisprudenza di merito, consente di rendere più chiaro il principio. Trattasi di un caso analizzato, nel 1999, dal Tribunale di Busto Arsizio¹⁰³. Un medico viene ritenuto responsabile della morte di un paziente, per non aver impedito il suicidio mediante l'ingestione di una notevole quantità di psicofarmaci. Nella sentenza si chiarisce che il medico non ha l'obbligo e neanche il diritto di impedire al paziente di togliersi la vita. La decisione di sopprimere la propria vita suscita problemi di solo ordine etico, ma rispetto ad essa l'ordinamento penale arretra.

L'indirizzo può essere riassunto in questi termini: sullo psichiatra non incombono compiti di polizia.

Questo orientamento trova, tra l'altro corrispondenza, oltre i confini del nostro ordinamento. Un chiaro esempio è rappresentato dagli Stati Uniti, ove esiste una copiosa giurisprudenza sulla responsabilità dell'operatore di salute mentale, con riguardo agli atti autolesivi del paziente. Un esempio è rappresentato dal caso *Solbrig v. Usa*¹⁰⁴. Un paziente, affetto da sindrome depressiva, decide di ricoverarsi volontariamente in una struttura pubblica. Dopo una breve degenza esce dalla struttura e si toglie la vita. I giudici statunitensi ritengono che i medici della struttura avessero soltanto due alternative: permettere al paziente di uscire, oppure disporre un internamento coatto secondo la legge del *Wisconsin*.

¹⁰³ Trib. Busto Arsizio, sez. dist. Saronno, 27 maggio 1999, n. 164.

¹⁰⁴ *Marie Solbrig v. Usa*, no. 92 C 8249, United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 1995 U.S. Dist. Lexis 2201.

Il ragionamento seguito dalla Corte statunitense è dello stesso tenore di quello italiano, precedentemente analizzato. Nel caso di paziente che si sottopone liberamente alle cure, il medico ha due sole possibilità: disporre il t.s.o. o lasciarlo uscire. Possibilità, che in assenza dei presupposti del ricovero coatto, si riduce ad una scelta obbligata: quella di rispettare la volontà del paziente.

L'insussistenza della posizione di garanzia è stata ribadita nelle deduzioni difensive di Cass. IV, n. 48292/2008, imputato Desana¹⁰⁵. È un caso di defenestramento del paziente. Un uomo, affetto da disturbo depressivo, è degente presso un reparto ospedaliero di psichiatria, in regime di ricovero volontario. Durante la degenza dichiara, più volte, di provare impulsivi autolesivi e successivamente pone in essere un tentativo di defenestramento. Trascorso qualche giorno, esce dal reparto e raggiunge un piano superiore, dove si toglie la vita lasciandosi cadere nel vuoto. La Cassazione afferma la responsabilità penale dello psichiatra, per non aver assicurato la sorveglianza del paziente, inibendone l'uscita dal reparto mediante apposite istruzioni al personale infermieristico.

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

La risposta della Suprema Corte è stata, però, categorica: anche fuori dalle ipotesi di ricovero coatto lo psichiatra è titolare di una posizione di garanzia, sullo stesso gravando doveri di protezione e sorveglianza del paziente, in relazione al pericolo di condotte autolesive. Lo psichiatra, infatti, come qualsiasi altro medico, ha l'obbligo giuridico di curare la malattia mentale

¹⁰⁵ F. Giunta e altri, Cass. IV, 27 novembre (29 dicembre) 2008, n. 48292, imp. Desana, est. Bricchetti, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

nel miglior modo possibile, avvalendosi di tutti gli strumenti che la scienza e l'ordinamento pongono a sua disposizione.

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

1. 6 c) Paziente libero di autodeterminarsi

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

A questo punto sorge naturale la domanda: quando è realmente libera tale scelta? E quindi, sino a che punto lo psichiatra può essere considerato garante del paziente e non "invasore" della sua libertà? Rispondere al quesito è impresa piuttosto ardua. Si potrebbe comunque sostenere che compito dell'operatore di salute mentale sia quello di curare la malattia psichiatrica, di proteggere il proprio paziente da qualsiasi comportamento lesivo che sia frutto della patologia da cui egli è afflitto. Il problema è, però, capire quando il gesto lesivo sia la conseguenza di una scelta autenticamente libera o sia espressivo di un determinato quadro psicopatologico.

Soltanto nel secondo caso si potrebbe riconoscere, in capo all'operatore psichiatrico, una responsabilità penale. Se, infatti, la patologia psichiatrica non è causa di quel gesto sconsiderato, come si potrebbe parlare di obbligo giuridico di impedire l'evento suddetto? Verrebbe altrimenti sacrificato il diritto al libero arbitrio di ciascun individuo, in un ordinamento fondato sulla libertà e sulla dignità della persona. Si rischierebbe, così, di abbandonare il tanto ambito principio dell'alleanza terapeutica, per reintrodurre un paternalismo medico, divenuto ormai retaggio di tempi lontani.

Da un punto di vista teorico non sembrerebbero emergere difficoltà, ma nella realtà dei fatti è particolarmente complesso stabilire se il gesto auto o eterolesivo sia il frutto di una libera scelta o sia il prodotto di una malattia. Occorre, pertanto, una certa prudenza nel valutare ogni singolo caso. L'esperienza dimostra, infatti, come spesso il gesto autosoppressivo sia attuato a scopo meramente dimostrativo e non per ottenere tale risultato.

È necessario, poi, sottolineare come certa letteratura scientifica rifiuti l'idea della libertà di scelta in capo al malato mentale. È stato sostenuto, infatti, che il gesto suicidario non è mai libero, ma caratterizzato da una costrizione endogena, da una spinta interiore che priva di libero arbitrio il malato mentale¹⁰⁶. Qualora si accogliesse quest'ultima opinione sarebbe più facile qualificare l'operatore psichiatrico come garante del paziente. Diversamente, aderendo alla tesi che richiede una verifica caso per caso, si potrebbe escludere la sussistenza di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento, ogniqualvolta l'atto sia espressivo di una libera scelta del paziente.

¹⁰⁶ In questo senso L. Pavan, *Esiste il suicidio razionale?*, Edizioni scientifiche, Roma, 2009.

1. 7 d) Paziente autorizzato ad uscire dalla struttura

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

L'analisi della giurisprudenza in materia ci aiuta a sciogliere il dubbio suddetto. L'osservazione delle sentenze mostra come, raramente, si giunga ad esiti assolutori, in quanto si ritiene che la relazione terapeutica tra medico e paziente non si interrompa, ma permanga indissolubilmente.

Sul fronte assolutorio un esempio è dato dalla giurisprudenza di merito, con sentenza del Tribunale di Ravenna del 2003, che rappresenta una rarità nel panorama giudiziario¹⁰⁷. Due medici, responsabili di una comunità psichiatrica, vengono imputati del delitto di cui all'art. 589 c.p., per aver concesso ad un paziente, affetto da gravi disturbi psichici, di uscire da solo. Questi, una volta allontanasi dalla struttura, decide di porre fine alla propria vita. Nel caso di specie è stata esclusa la responsabilità degli imputati, sulla base del fatto che il rischio suicidario fosse comunque tollerabile, considerato il tipo di trattamento non custodialistico adottato. La gestione dei permessi, infatti, era stata strutturata con una certa flessibilità, tale da implicare una sorta di sintesi tra protezione e autonomia. Il paziente poteva, così, uscire temporaneamente dalla struttura a seconda delle condizioni fisiche e delle sue esigenze.

Un caso molto noto, in cui invece è stata affermata la responsabilità dell'imputato, è Cass. IV, n. 10430/2004, imputato Guida¹⁰⁸. Vediamo il caso: una paziente, affetta da sindrome depressiva, è ricoverata presso una casa di cura. Il medico curante, dopo aver intrapreso il relativo trattamento farmacologico, consente, alcuni giorni dopo, che la paziente esca dalla

¹⁰⁷ Trib. Ravenna, sez. dist. Faenza, 29 settembre 2003, imp. Mura e altro, in *Foro it.*, II, 2004, p. 566 ss. .

¹⁰⁸ F. Giunta e altri, Cass. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, imp. Guida, est. Piccialli, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

struttura, accompagnata da una volontaria, per fare un breve giro, consumare un gelato e fare poi ritorno. La donna accompagna tuttavia la paziente a casa di costei e, qui, avviene l'irreparabile: la paziente si toglie la vita, lasciandosi cadere nel vuoto. Si procede penalmente contro il medico per il delitto di omicidio colposo. Al medico viene contestato di aver consentito che la paziente uscisse accompagnata da una volontaria priva di specializzazione, non posta al corrente del rischio suicidario, rischio elevato per la fase di latenza del farmaco somministrato e, soprattutto, per tre pregressi tentativi di suicidio, posti in essere in epoca immediatamente precedente. L'imputato viene condannato nel merito e la sentenza viene confermata in Cassazione.

Nel caso di specie, la Cassazione ha, implicitamente, ritenuto che con la concessione di un permesso temporaneo non venga meno la posizione di garanzia. Il rapporto terapeutico, pertanto, non si scioglie.

Questa conclusione è strettamente connessa ad un'altra problematica: il passaggio della posizione di garanzia da un soggetto ad un altro. Nella vicenda giudiziaria in oggetto, l'evento letale di cui è stata vittima la paziente, si è verificato nel momento in cui la tutela della medesima è stata affidata ad un soggetto diverso dal titolare della posizione primaria, ossia la volontaria, che acquista il ruolo di garante c.d. secondario o derivato¹⁰⁹. Ebbene, il medico, con l'affidamento alla volontaria, si libera dei propri obblighi oppure li conserva? Va ribadito che l'operatore di salute mentale ha l'obbligo primario di tutelare la salute del malato, attraverso l'attuazione di presidi terapeutici volti a evitare eventi lesivi nei confronti del paziente e di terzi. Lo psichiatra, pertanto, nel momento in cui affida il paziente ad un altro soggetto, sarà investito di un duplice onere. In primo luogo dovrà selezionare un delegato in grado di portare a compimento l'incarico senza mettere a repentaglio l'incolumità del paziente. Dovrà trattarsi, dunque, di un soggetto dotato di una certa esperienza e di specifiche competenze

¹⁰⁹ Sull'argomento si vedano le considerazioni di A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., p. 1385 ss. .

professionali. Nella sentenza Guida, lo psichiatra è stato condannato proprio perché aveva, *in primis*, affidato la paziente ad una volontaria priva di specializzazione.

L'operatore, in secondo luogo, ha il dovere di rendere edotto l'affidatario dei peculiari fattori di rischio, scaturenti dal quadro clinico del paziente. Abbiamo visto come, nella sentenza suddetta, lo psichiatra non avesse informato la volontaria del rischio suicidario, rischio elevato per la fase di latenza del farmaco somministrato e, soprattutto, per i pregressi tentativi di suicidio.

Il titolare originario dell'obbligo qualora non adempia tali oneri non può, perciò, secondo la giurisprudenza, andare esente da responsabilità. Trattasi di ragionamento molto simile a quello che potrebbe essere elaborato in materia di delega di funzioni. Il titolare originario del vincolo protettivo ha, infatti, il compito di scegliere un delegato che possieda determinate qualità professionali, nonché munirlo di qualsiasi strumento necessario per l'attuazione dell'incarico affidatogli. Diversamente, si verificherebbe una mera dismissione della responsabilità verso il basso, non utile tra l'altro a raggiungere lo scopo prefissato: la tutela del bene protetto.

1. 8 e) Contesto di cura

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

Un recente caso, analizzato da Cass. IV, n. 20010/2009, imputato Spalatti¹¹⁰, chiarisce come all'interno di una medesima struttura siano individuabili variegata posizioni di garanzia. Ecco il caso: un'anziana signora, affetta da morbo di Alzheimer, muore per soffocamento dopo aver ingerito un torsolo di mela, che la stessa aveva sottratto dalla sala da pranzo della casa di cura presso la quale era ricoverata. La sentenza analizza, le singole posizioni degli operatori della struttura ed esclude la responsabilità penale non per l'assenza della posizione di garanzia, quanto per l'assenza di colpevolezza, scaturente dal contesto di riferimento.

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

La sentenza, invece, con riguardo al legale rappresentante della casa di cura, al coordinatore della stessa e all'infermiere capo, asserisce che questi rivestono una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti ricoverati, la quale si sostanzia nel potere di impartire direttive, nonché di controllare e organizzare l'attività degli operatori. Ma, al contempo, precisa che il ruolo di garante vada commisurato al grado di autonomia del paziente. La Suprema Corte ha confermato l'assoluzione di tali soggetti, in quanto il paziente era parzialmente autonomo e non necessitante di continua assistenza.

Questo caso dimostra, così, come possono coesistere all'interno di una medesima struttura differenti posizioni di garanzia, le quali coinvolgono non

¹¹⁰ F. Giunta e altri, Cass. IV, 27 febbraio (12 maggio) 2009, n. 20010, imp. Spalatti e altri, est. Visconti, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

soltanto il personale sanitario, ma qualsiasi soggetto preposto all'assistenza o vigilanza del paziente psichiatrico.

Capitolo II

La colpa

2. 1 La fattispecie aperta - 2. 2 La concezione normativa - 2. 3 La prevedibilità - 2. 4 L'oggetto della prevedibilità: a) il suicidio - 2. 5 b) L'omicidio commesso dal paziente - 2. 6 Prevedibilità e dimissioni - 2. 7 Lo psichiatra modello - 2. 8 Segue: critica - 2. 9 Crepuscolo dello psichiatra modello? - 2. 10 Le linee guida - 2. 11 Gli usi - 2. 12 Quanta colpa? - 2. 13 Se il paziente che uccide è curato da un solo psichiatra... - 2. 14 ...o da più psichiatri

2. 1 La fattispecie aperta

È stato ribadito, più volte, che dovere primario del medico sia la tutela della vita e dell'incolumità del paziente. Il sanitario, quindi, per evitare il prodursi di qualsiasi evento lesivo dell'integrità dello stesso, ha l'obbligo di tenere un determinato comportamento, pena altrimenti il rimprovero a titolo di colpa.

La colpa impera nel diritto penale della medicina. Da titolo "eccezionale" di responsabilità diventa, sul piano empirico, criterio "ordinario" di imputazione. Si assiste così ad una mutazione genetica della colpa, il cui carattere residuale, che per i delitti necessita di espressa previsione legislativa, non trova corrispondenza nelle aule giudiziarie. L'atto medico non è più insindacabile. Il medico abbandona così lo scettro di sovrano indiscusso del paziente, che a sua volta perde il ruolo di suddito e acquista quello di coprotagonista del rapporto terapeutico.

Non stupisce, pertanto, che il problema della colpa medica sia, da tempo, al centro dell'attenzione sul piano giurisprudenziale.

Ma cosa significa responsabilità per colpa? Quando può affermarsi che il medico abbia tenuto un comportamento colposo?

Il delitto colposo, *ex art. 43, I comma, alinea III c.p.*, si compone di due requisiti: uno negativo e uno positivo.

Quanto al primo, l'agente non deve volere il fatto di reato, diversamente ne risponderebbe a titolo di dolo.

Quanto al secondo, la disposizione suddetta richiede che l'evento sia dovuto a negligenza, imprudenza o imperizia ovvero ad inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

L'accertamento del requisito positivo costituisce un profilo tanto centrale quanto complesso, posto che la sola fattispecie incriminatrice di parte speciale non consente di capire quando un soggetto versi in colpa. La fattispecie colposa è, infatti, una cosiddetta "fattispecie aperta", che richiede di essere completata, riempita di contenuti. In questo caso, il legislatore si è preoccupato di descrivere il solo evento, lasciando all'interprete l'arduo compito di individuare la condotta. È necessario, dunque, per riuscire a comprendere quale sia la condotta colposa, fare riferimento ad una regola che si trova al di fuori della fattispecie incriminatrice. Una regola che indica quale è il comportamento da tenere per evitare di incorrere in una responsabilità penale, una regola che impone di agire con cautela, neutralizzando o riducendo al minimo tollerabile il pericolo di un danno. Da qui il nome di regola cautelare, la quale, descrivendo il comportamento imposto dall'ordinamento, assume così carattere modale¹¹¹.

¹¹¹ F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie*, Padova, 1993, p. 233 ss.; id., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 153 ss.; id., *La normatività della colpa penale Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 88 ss. . D. Micheletti, *La colpa del medico Prima lettura di una recente ricerca sul campo*, in *Criminalia*, 2008, p. 178 ss.; id., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p.253 ss. .

2. 2 La concezione normativa

La colpa è quindi, in primo luogo, un problema di tipicità, di identificazione della regola di condotta. È un dato ormai acquisito che la colpa non si riduca ad un mero giudizio di rimprovero per aver commesso un fatto. Trattasi, invece, di un condotta offensiva, contrastante con un parametro comportamentale, che si addebita al soggetto di non aver tenuto. Parametro comportamentale che consente di riempire la fattispecie incriminatrice, determinando così la sua “chiusura ermeneutica” attraverso un fenomeno di eterointegrazione normativa.

Tale concezione, comunemente denominata come normativa, descrive la colpa prima di tutto come violazione di un dovere di diligenza, ovvero come inosservanza di una regola di giudizio e trova generalmente pieno riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità, che segnala l’avvenuto superamento delle risalenti teorie soggettivistiche. La collocazione dogmatica della colpa non può più esaurirsi nell’ambito della colpevolezza, ma attinge direttamente alla tipicità del reato¹¹².

L’accoglimento della concezione normativa produce rilevanti conseguenze. *In primis*, consente di distinguere la condotta causale da quella contraria al paradigma comportamentale. Non sempre la condotta che ha dato vita all’evento coincide con l’azione contrastante con la regola cautelare. Infatti, qualora si concepisse la colpa come mero rimprovero per non aver evitato un fatto, la condotta tipica verrebbe a sovrapporsi a quella che ha cagionato l’evento. Dolo e colpa, in questo modo, si distinguerebbero per il solo grado di volontarietà e rimproverabilità.

Aderendo alla concezione normativa, invece, la condotta tipica corrisponderebbe, nel dolo, all’azione diretta all’offesa, nella colpa, all’azione contraria alla regola cautelare. Grazie ad essa, a volte, l’oggetto

¹¹² Sul punto ancora *amplius* D. Micheletti, *La normatività della colpa medica*, cit., p. 249-250.

dell'indagine transita da una condotta ad un'altra: colui che ha posto in essere l'antecedente causale non sempre è il responsabile dell'evento lesivo. Un esempio, testimone degli effetti dell'accoglimento della concezione normativa, è tratto dalla giurisprudenza di legittimità, la quale sottolinea l'importanza del qualificare la colpa come condotta costruita sulla regola cautelare.

Si pensi, ad esempio, al decesso di un paziente, successivo a dimenticanza di un corpo estraneo nelle viscere, a seguito di intervento chirurgico. L'adesione ad una concezione psicologica consentirebbe di focalizzare l'attenzione sul comportamento del chirurgo, il quale, omettendo di recuperare il corpo estraneo, ha dato avvio al processo causale sfociante nell'evento lesivo. In questo modo, la condotta tipica verrebbe ridotta a quella che ha causato l'evento.

Il discorso cambia qualora si accolga la concezione normativa della colpa, che impone di individuare, come prima tappa, la regola cautelare violata. Nella prassi medica è stata escogitata una prassi, da effettuarsi al termine di ciascun intervento chirurgico, nota col nome di "conta dei ferri", volta alla ricognizione di tutti gli strumenti impiegati durante l'atto operatorio. Stando così le cose, il rimprovero di colpa non si dirige nei confronti di colui che ha innescato il decorso causale, ma nei riguardi del soggetto preposto alla conta dei ferri.

L'adesione all'una o all'altra soluzione, pertanto, produce considerevoli effetti sul piano pratico, implicando spesso lo spostamento del fuoco di indagine da un soggetto ad un altro¹¹³.

Ulteriore conseguenza dell'accoglimento della concezione normativa riguarda il carattere modale della regola cautelare. Il parametro di giudizio deve, cioè, indicare con sufficiente precisione quali siano i comportamenti e

¹¹³ Si veda al riguardo Cass. V, 6 aprile (16 giugno) 2005, n. 22579, imp. Malinconico, est. Savani, in *Il diritto penale della medicina*, cit. Nel caso di specie, i giudici della Suprema Corte avevano escluso la responsabilità del chirurgo che aveva praticato l'intervento. La motivazione si era basata sul fatto che l'imputato avesse dovuto abbandonare la sala operatoria per provvedere a più pressanti ed urgenti necessità professionali, prima della fase conclusiva riservata alla ricognizione degli strumenti.

i mezzi necessari per evitare il prodursi di un evento lesivo. Solamente una precisa indicazione del comportamento da adottare consente di individuare la tipicità della condotta. È, dunque, necessario definire le modalità con le quali svolgere una determinata attività, considerato che la responsabilità colposa riguarda, per sua natura, le attività pericolose.

In molteplici settori, come è noto, vengono consentite attività che, per la loro utilità sociale, la legge permette di esercitare nonostante la loro pericolosità. L'ordinamento, in questi casi, offre un'alternativa: vietarne lo svolgimento oppure consentirne l'esercizio, ma a determinate condizioni. In questi casi, si entra nel campo del cosiddetto "rischio consentito" e, spesso, la giurisprudenza si trova a fare i conti con esso. Un esempio è, la già analizzata, sentenza Dieci¹¹⁴, avente ad oggetto la responsabilità di due medici, uno psichiatra e un medico militare, per l'omicidio commesso dal proprio paziente, a seguito del rilascio di certificati per il conseguimento della licenza per il porto d'armi.

Nella motivazione, i giudici affermano che esistono dei campi in cui vengono operate scelte o consentite attività che possono produrre rischi nel loro esercizio. Attività che comunque, per la loro utilità sociale, la legge permette di esercitare ma soltanto rispettando determinate regole. Uno di questi campi è, proprio, la detenzione o il porto delle armi. In questi casi, l'ordinamento richiede l'adozione di determinati presidi cautelari, idonei ad evitare il rischio del verificarsi di eventi dannosi. Rischio consentito non significa, dunque, esonero dall'obbligo di osservanza delle regole di cautela, ma semmai rafforzamento di tale obbligo, in relazione alla gravità del rischio. Il rischio, pertanto, può definirsi consentito solo quando vi sia stata una rigorosa osservanza delle regole cautelari. Ad entrambi i medici si era richiesta, dunque, una maggiore diligenza nel rilascio di tali certificati, considerato che la detenzione o il porto d'armi, già rischiosa di per sé, aveva

¹¹⁴ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato precedentemente analizzato nel capitolo sulla posizione di garanzia, p. 66; circa i criteri naturalistico e normativo sulla natura della condotta, p. 74.

come destinatario un paziente psichiatrico. Nel nostro Paese, non a caso, la detenzione o il porto di armi, sono subordinati all'accertamento dell'idoneità psichica del richiedente¹¹⁵. Cosa non verificata nel caso di specie.

La recente giurisprudenza, conseguentemente, tende a bandire il divieto di astensione, anche quando l'intervento chirurgico potrebbe esporre ad alto rischio la vita del paziente. L'atteggiamento della giurisprudenza, però, non è dato da un *favor* per il carattere modale della regola cautelare, quanto da altre ragioni. In primo luogo, optando per il dovere di astensione, la valutazione del rischio competerebbe unicamente al medico, con disprezzo del principio dell'alleanza terapeutica. In secondo luogo, impedirebbe ai pazienti, con un quadro clinico ampiamente compromesso, di sfruttare qualsiasi presidio terapeutico volto a salvare, seppur con minime possibilità di successo, la propria vita.

L'adesione alla concezione normativa consente, inoltre, di precisare e delineare il ruolo del giudice nella ricerca della regola cautelare. Attraverso l'accoglimento della concezione psicologica, infatti, l'organo giudicante procederebbe ad un'opera di interpretazione della responsabilità colposa, di accertamento dell'elemento soggettivo nel singolo caso concreto. La colpa, invece, intesa come tipicità della condotta, impone che la regola cautelare, unitamente alla fattispecie incriminatrice che la ospita, debba essere già determinata. La regola di giudizio non può avere nulla di meno di quanto possiede la disposizione incriminatrice, essendo la prima il fondamento della seconda. La fattispecie di parte speciale non ha alcun significato senza la regola cautelare. Quest'ultima rappresenta quel frammento che consente di chiudere ermeneuticamente la disposizione lasciata aperta dal legislatore. L'individuazione della regola di giudizio deve essere, dunque, un atto di

¹¹⁵ Si veda al riguardo il D.M. 28 aprile 1998, "Requisiti psicofisici minimi per il rilascio e il rinnovo dell'autorizzazione al porto di fucile per uso di caccia e al porto d'armi per uso di difesa personale". In argomento cfr. C. A. Clerici – A. De Micheli – L. Veneroni – C. Albasì, *Quale psicopatologia per la prevenzione dell'abuso di armi da fuoco legali?*, in *Abilitazione e riabilitazione*, 2, 2008, p. 25 ss. .

ricognizione normativa, non di creazione processuale. Del resto, la legge penale non può essere forgiata dal giudice. Anzi, *ex art. 101 Cost.*, egli deve sottomettersi alla stessa. Il giudice, secondo un linguaggio tipicamente civilistico, non è un produttore ma soltanto un consumatore di regole cautelari. Egli, pertanto deve acquisire *ex ante* la regola di giudizio, non la può esprimere *ex post*, nel momento in cui accerta la sussistenza della colpa. Tale regola, essendo parte integrante della fattispecie incriminatrice, non può essere conosciuta a posteriori, pena altrimenti la violazione dei principi di legalità e colpevolezza. Il diritto di “sapere prima”, a volte, però, viene violato dalla giurisprudenza. Un esempio è fornito da Cass. IV, n. 4391/2012, imputato Di Lella¹¹⁶. Vediamo il caso: un paziente, affetto da schizofrenia paranoide, è degente presso una comunità protetta. Viene rinvenuto al suolo con gravi lesioni personali e, successivamente, ricoverato in una struttura ospedaliera, presso la quale decede a causa di grave affezione polmonare. I giudici del merito ritengono che le lesioni siano conseguenza di una caduta da una finestra dell’edificio, riconducibile alla grave patologia dalla quale il paziente era affetto. Un’ipotesi di defenestramento insomma.

Si procede penalmente nei confronti degli amministratori della comunità, del direttore sanitario, nonché del responsabile per la sicurezza dei degenti. Il giudizio di merito si conclude con la condanna per omicidio colposo del solo direttore sanitario della comunità, per aver ommesso: la terapia appropriata, la vigilanza del paziente, l’accesso alle finestre e il trasferimento in altra struttura più idonea. Pronuncia poi confermata in Cassazione.

La sentenza ribadisce il concetto di rischio consentito, asserendo che il settore psichiatrico ne rappresenta un esempio. Il paziente psichiatrico, infatti, viene curato e protetto con terapie che, tuttavia, non eliminano del

¹¹⁶Cass. IV, 22 novembre 2011 (1 febbraio 2012), n. 4391, imp. Di Lella, est. Blaiotta, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di P. Piras, *Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra*.

tutto il rischio di gesti inconsulti. È un rischio insuperabile, che comunque è accettato dalla scienza medica e dalla società: esso è, pertanto, consentito. I giudici della Cassazione aggiungono però che, data l'incertezza che aleggia intorno alla scienza psichiatrica, il limite tra rischio consentito e non sia rimesso al volere del giudice, suffragato, nella maggior parte dei casi, dal parere degli esperti. L'organo giudicante diventa, così, l'arbitro che stabilisce il confine tra il lecito e l'illecito, tra ciò che è consentito e ciò che è vietato. Tale confine, però, non può essere appreso in sede di giudizio. L'imputato ha diritto di conoscere prima il contenuto della regola cautelare, pena altrimenti l'aperta violazione dei principi di legalità e colpevolezza. Ancora, si attribuirebbe al giudice un compito che spetta in realtà ad un altro potere: quello legislativo. Il potere giudiziario possiede un altro ruolo: quello di applicare la legge, non quello di crearla.

Un altro caso nel quale la giurisprudenza ha individuato la regola cautelare, descrivendola chiaramente solo nella motivazione è quello della sentenza Dieci¹¹⁷, più volte analizzata. I giudici scrivono che lo psichiatra avrebbe dovuto rifiutare il rilascio del certificato, considerata la patologia da cui il paziente era affetto. Ancora, nella sentenza Pozzi¹¹⁸ si legge che lo psichiatra avrebbe dovuto ridurre la terapia farmacologica per non più del venti per cento alla volta e a passi distanziati da tre a sei mesi.

Ma si ribadisce qui che la regola cautelare deve essere previamente individuata. Il confine tra il lecito e l'illecito non può essere appreso, a posteriori, in sede di condanna. Detto ciò, occorre individuare il contenuto della regola cautelare, poiché soltanto la sua esatta identificazione consente di orientare la condotta degli operatori, nonché di difendersi dall'imputazione contestata dal pubblico ministero. Solo in questo modo, invero, l'imputato può esercitare il proprio diritto di difesa nel teatro

¹¹⁷ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato più volte analizzato con riguardo alla posizione di garanzia, p. 66; ai criteri naturalistico e normativo sulla natura della condotta, p. 74; alla concezione normativa, p. 99.

¹¹⁸ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

processuale, dimostrando, ad esempio, che il modello di comportamento doveroso non era a lui destinato o non poteva essere conosciuto o attuato. La regola cautelare impone, in ossequio alla concezione normativa, di attribuire tale qualifica solamente a quei parametri che indichino con sufficiente precisione il comportamento doveroso.

2.3 La prevedibilità

Il carattere aperto della fattispecie colposa implica la ricerca della regola cautelare, ossia di quella fonte esterna alla quale la disposizione incriminatrice si congiunge per il tramite degli elementi normativi negligenza, imprudenza e imperizia¹¹⁹. Ma in che modo lo si individua? Quali sono, in termini pratici, i parametri di cui si avvalgono dottrina e giurisprudenza per individuare la regola cautelare?

Nella motivazione delle sentenze, spesso, si fa ricorso al concetto della prevedibilità. Esso rappresenta l'asse portante nel mondo della responsabilità colposa e su tale concetto si fonda la costruzione della regola di giudizio, non indicata dalla legge. Il giudizio di prevedibilità, secondo la giurisprudenza della Cassazione¹²⁰, consente di specificare il contenuto dell'obbligo di diligenza, che altrimenti rimarrebbe astratto, fornendo delle note di concretezza all'obbligo del *neminem ledere*, altrimenti del tutto imprecisabile nella sua indeterminatezza. L'agente può essere ritenuto responsabile soltanto se il verificarsi di un evento lesivo sia prevedibile o riconoscibile. Si legge, così, che il giudizio sulla colpa non possa prescindere da una valutazione sulla prevedibilità, che presenta caratteristiche di oggettività pur essendo riferita alla colpevolezza. Ma cosa è prevedibile? Si potrebbe avere la tentazione di rispondere che qualsiasi

¹¹⁹ Così letteralmente D. Micheletti, *La colpa del medico*, cit., p. 192.

¹²⁰ A questo proposito si veda Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco e Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

cosa sia prevedibile. L'uomo senza qualità del romanzo di Musil¹²¹ possedeva un senso della possibilità, che lo apriva a qualsiasi scenario razionale e irrazionale. Un concetto, dunque, quello della prevedibilità, particolarmente inafferrabile, sfuggente e lo diventa ancora di più in un'ottica prettamente normativistica di inquadramento della regola cautelare. Il concetto di prevedibilità, invero, non sarebbe rispettoso del principio di determinatezza della fattispecie, poiché la logica predittiva non è, per sua natura, determinabile a priori. Il giudizio di prognosi postuma, effettuato dal giudice, non coincide perfettamente col giudizio prognostico formulato dall'imputato. La prevedibilità, in questo modo, consente di sfruttare la logica predittiva in funzione manipolatrice della tipicità penale, costruendo la regola cautelare a seconda delle esigenze di giustizia che si avvertono.

L'indeterminatezza della prevedibilità deve, inoltre, fare i conti con le incertezze della patologia psichiatrica, nella quale il gesto auto o etero lesivo del paziente è, sovente, frutto di un improvviso impulso, non segnalato da alcun elemento premonitore.

Il giudizio sulla prevedibilità, in psichiatria, è tra l'altro condizionato dall'esito infausto della vicenda. La rilettura del fatto concreto appare chiara a posteriori, ma in realtà appare più sfumata mentre i fatti accadono. È più semplice, a fatto avvenuto, cogliere comportamenti sospetti e identificare i fattori di rischio che rendevano prevedibile il suicidio o l'omicidio posto in essere dal paziente. Decisamente più complesso, invece, è attribuire, prima, a quegli stessi eventi un rilevante significato¹²².

2. 4 L'oggetto della prevedibilità: a) il suicidio

La morte per suicidio del paziente è una delle cause più frequenti di responsabilità penale dello psichiatra. La parola suicidio ha, comunque,

¹²¹ R. Musil, *L'uomo senza qualità*, trad. it., Torino, 1972.

¹²² R. Catanesi – F. Carabellese, *Suicidio e responsabilità professionale*, in *Riv. psych.*, vol. 46, 2, 2011, p. 79 ss. .

origini non molto remote. Di esso non vi è traccia né nel Vecchio né nel Nuovo Testamento; basti pensare che gli antichi romani, per descrivere il fenomeno, usavano espressioni alternative quali “procurarsi la morte” o “usare violenza contro se stessi”. La parola suicidologia, che significa studio scientifico del suicidio e della sua prevenzione, è stata ufficialmente introdotta, soltanto nel 1964, da Edwin Shneidman¹²³.

Ogni anno, nel mondo, muoiono centinaia di migliaia di persone per suicidio. Il gesto autodistruttivo pare non conoscere limiti: i soggetti che pongono in essere tali atti, escogitano qualunque metodo per porre fine alla propria esistenza. Il suicidio, generalmente, viene attuato mediante impiccagione, armi da fuoco, annegamento e defenestrazione. Ma anche mediante avvelenamento, intossicazione da gas, lesioni di organi vitali, ingestione di sostanze analgesiche o soporifere. Gli uomini prediligono, al contrario delle donne, metodi più violenti. L'uso di metodi meno letali da parte del sesso femminile lascia spazio al soccorso dei sanitari e, pertanto, si ha un maggior numero di tentativi di suicidio rispetto agli uomini.

Nel corso dei secoli è stato utilizzato qualsiasi metodo per attentare alla propria vita. Si riportano casi di ingestione di lamette, pettini, carboni ardenti, dinamite, biancheria. Alcuni soggetti si sono iniettati nelle vene sostanze insolite, quali mercurio, aria, burro di arachidi. Altri si sono lasciati cadere dentro un vulcano o si sono strangolati coi propri capelli.

Metodi, dunque, particolari, quasi impensabili, spesso difficili da immaginare.

Il suicidio rappresenta l'esito più drammatico di un disturbo depressivo: un numero consistente di pazienti depressi compie tale gesto e il rischio si presenta più elevato fra coloro che non accettano un trattamento terapeutico. Gran parte dei pazienti suicidi, affetti da disturbo depressivo, ha manifestato

¹²³ Sull'argomento si veda M. Pompili., *La vita e la morte nella realizzazione del suicidio*, in R. Tatarelli - M. Pompili, *Il suicidio e la sua prevenzione*, Roma, 2008.

in precedenza idee autolesive e, alcuni di essi, hanno indicato addirittura i mezzi attraverso i quali avrebbero compiuto l'atto auto soppressivo¹²⁴.

Si afferma¹²⁵, inoltre, che il suicidio sia più frequente nei primi sei mesi dopo l'ultimo tentativo, ma che rimanga comunque elevato fino ad otto anni successivi. L'epidemiologia psichiatrica offre, quindi, dei dati riferibili a determinate categorie di malati mentali. Afferma che indicativamente, al presentarsi di una certa patologia, si verifica un evento suicidario. Ma quale è la portata dell'avverbio "indicativamente" nell'epidemiologia psichiatrica? Una percentuale elevata può essere sufficiente per ritenere che un determinato paziente porrà in essere un atto auto lesivo? In termini tecnici: quanto è prevedibile il suicidio nel caso concreto?

Il gesto auto lesivo, ancora oggi, è caratterizzato da un prepotente alone di mistero. Esso, infatti, mostra una varietà di sfumature cliniche che rendono particolarmente complessa la sua previsione. Trattasi di evento multideterminato, legato dunque ad una molteplicità di motivazioni biologiche, psicologiche, sociali che interagiscono in modo dinamico nel tempo. Da non dimenticare, inoltre, che il suicidio non sempre è legato in modo esclusivo e diretto al disturbo mentale, ma può essere espressivo di differenti e numerose variabili.

La prevedibilità dell'evento auto lesivo sconta, così, in psichiatria margini di incertezza ancora più ampi rispetto ad altri settori della medicina.

La valutazione del rischio suicidario, secondo certa letteratura psichiatrica¹²⁶, può essere generalmente svolta attraverso due metodologie: quella clinica e quella attuariale. La prima si basa sul colloquio clinico del paziente, nel corso del quale lo psichiatra raccoglie non soltanto informazioni anamnestiche personali e familiari, ma analizza altresì il linguaggio gestuale del malato, in modo tale da valutare le sue reazioni

¹²⁴ Sui risultati delle indagini epidemiologiche cfr. M. Maspero, *Mancata previsione di un evento suicidario*, cit., pag. 924 ss. .

¹²⁵ L. Pavan – D. De Leo, *Il suicidio nel mondo contemporaneo*, 1988, p. 155.

¹²⁶ G. C. Nivoli – L. Loretto – L. F. Nivoli – A. M. A. Nivoli, *Osservazioni psichiatrico-forensi in tema di imputazioni e condanne agli psichiatri per il suicidio del paziente*, in *Journal of psychopathology*, 2012.

emotive attraverso un'attenta osservazione. La metodologia attuariale, invece, consiste nell'esame del paziente attraverso interviste strutturate, questionari con domande già compilate, reattivi mentali, aventi lo scopo di stabilire, a livello statistico, il rischio di suicidio. Tale letteratura ritiene che i metodi suddetti possono essere anche associati, ma non permettono una sicura previsione dell'evento auto lesivo.

Di diverso avviso è la giurisprudenza, la quale, a volte, afferma la responsabilità dello psichiatra, asserendo la prevedibilità dell'evento lesivo, sia nei casi di etero aggressività che in quelli di auto aggressività. Un esempio è dato da Cass. IV, n. 48292/2008, imputato Desana¹²⁷, già analizzato con riguardo allo sussistenza della posizione di garanzia dello psichiatra. Si ricordi che a quest'ultimo era stato contestato l'omicidio colposo per la morte di un paziente, affetto da disturbo depressivo, avvenuta per defenestramento. Nel caso di specie, i giudici della Suprema Corte ritengono immuni da censure le conclusioni alle quali erano giunti i colleghi del merito circa la prevedibilità del suicidio, considerato che il paziente era un soggetto ad alto rischio suicidario. L'evento verificatosi era dunque prevedibile, considerata la natura della malattia, la presenza di determinati dati anamnestici, nonché il riscontro di un pregresso tentativo di suicidio. Tra i diversi fattori di rischio, quest'ultimo assume, spesso, un significato determinante nella prevedibilità del gesto. Ma quando può realmente affermarsi che si sia trattato di un autentico tentativo di suicidio? Sotto questa etichetta si annovera una grande varietà di comportamenti, che nella maggior parte dei casi si discostano dal reale significato del termine. Secondo un gruppo di lavoro dell'Organizzazione Mondiale della Sanità¹²⁸, il tentativo di suicidio è un atto non abituale, con esito non fatale, col quale un soggetto intraprende un comportamento allo scopo di causarsi un danno. Sulla base di questa definizione non si riesce comunque a distinguere

¹²⁷ F. Giunta e altri, Cass., IV, 27 novembre (29 dicembre) 2008, n. 48292, imp. Desana, est. Bricchetti, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato già analizzato con riguardo alla sussistenza della posizione di garanzia, p. 87.

¹²⁸ *Working group on preventive practices in suicide and attempted suicide*, 1986.

l'ipotesi di colui che, effettivamente, avrebbe voluto porre fine alla propria vita, dall'ipotesi di colui che abbia voluto mettere in atto un mero gesto dimostrativo. Nel caso Desana si qualifica come tentativo di defenestramento il percuotere, da parte del paziente, le sbarre di una finestra della struttura ospedaliera presso la quale era ricoverato. E a tale episodio viene riconosciuta una particolare rilevanza. Nella sentenza, non a caso, si evidenzia come, a seguito di tale circostanza, i sanitari avessero “mutato rotta”, decidendo di vietare al paziente l'uscita dal reparto, di sottoporlo ad osservazioni e colloqui, nonché di aumentare la terapia farmacologica.

Alla luce delle precedenti considerazioni, può affermarsi che si sia trattato di un autentico tentativo di suicidio? Difficile dare una risposta a tale quesito. Può comunque sostenersi che la patologia depressiva, dalla quale era affetto il paziente, ha probabilmente influito sull'esito processuale, considerata l'elevata percentuale di suicidi commessi da soggetti colpiti da tale disturbo.

Il concetto di prevedibilità, a volte, viene utilizzato dalla giurisprudenza in chiave assolutoria, facendo perno sulle peculiarità della patologia psichiatrica. Un esempio è Cass. IV, n. 42670/2007, imputato D'Erminio¹²⁹. Una paziente, affetta da disturbo di personalità di tipo *borderline*, è degente presso il reparto di psichiatria di una struttura ospedaliera. Dopo aver tentato, in un'occasione, il suicidio, viene lasciata sola nella propria stanza e, lì, decide di togliersi la vita mediante impiccagione. Si procede penalmente nei confronti dei medici che l'hanno in cura, per la mancata adozione delle misure precauzionali del caso. Nonché, nei riguardi degli infermieri del reparto, per aver omesso un'adeguata vigilanza della stessa. Gli imputati vengono assolti nel merito e la pronuncia viene confermata nel terzo grado di giudizio.

I giudici di legittimità ritengono immuni da censure le conclusioni cui è giunta la pronuncia di merito, evidenziando le caratteristiche della patologia

¹²⁹ Cass. IV, 7 febbraio (20 novembre) 2007, n. 42670, imp. D'Erminio, est. Bartolomei, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

psichiatrica. Viene sottolineata, in particolare, l'impulsività e l'imprevedibilità dei soggetti affetti dal disturbo *borderline* e, dunque, l'estrema difficoltà di prevenire i rischi auto soppressivi. Si rileva, altresì, come il ricorso a minacce e gesti auto lesivi siano talmente comuni per tali soggetti da atteggiarsi, addirittura, a criterio diagnostico. Il comportamento precedentemente tenuto dalla paziente viene visto come di modesta portata, residuando, così, soltanto un generico rischio suicidario. In questo tipo di patologia sembrerebbe, quindi, che i tentativi di suicidio siano irrilevanti, che facciano in qualche modo parte della malattia psichiatrica e che, di conseguenza, l'idea auto soppressiva non venga mai presa in seria considerazione.

Sembrerebbe, pertanto, almeno allo stato attuale della giurisprudenza, che sia il tipo di patologia a segnare il confine tra condanna e assoluzione. A fronte di un tentativo di suicidio, da parte di un paziente depresso, l'esito è, generalmente, di condanna. Se, invece, a parlo in essere è un paziente *borderline*, la sentenza è di assoluzione.

2. 5 b) L'omicidio commesso dal paziente

L'incertezza del sapere psichiatrico fa sentire i suoi effetti anche quando l'operatore di salute mentale debba rispondere per gli atti etero aggressivi del paziente. In questo caso, si cerca di raggiungere un equilibrio tra l'interesse alla salute del malato e quello della collettività, individuando una regola cautelare il cui rispetto scongiuri il prodursi di eventi lesivi.

L'asperità della prognosi psichiatrica rende, però, difficile l'interpretazione di determinati segnali d'allarme e, quindi, l'identificazione *ex ante* della regola cautelare. Anche in questo settore, comunque, la giurisprudenza tende ad utilizzare la prevedibilità, quale parametro di ricerca della regola di giudizio. Un esempio è offerto da Cass. IV, n. 8611/2008, imputato

D'Aquino¹³⁰, precedentemente analizzato. Per rendere più agevole la lettura, di nuovo brevemente il caso: omicidio commesso da un paziente psicotico nei confronti di un vicino di camera. In primo grado, vengono condannati per il reato di omicidio colposo due infermieri del reparto, per non aver prestato un'adeguata vigilanza. Condanna confermata in appello e nell'ultimo grado di giudizio.

I giudici della Suprema Corte ritengono esenti da vizio motivazionale le conclusioni a cui pervengono i colleghi del merito, quando respingono le eccezioni difensive fondate sull'imprevedibilità del gesto etero lesivo, scatenato da una psicosi acuta dissociativa. La Corte d'Appello aveva affermato che tale patologia, seppur ad insorgenza improvvisa, non influisse sul giudizio predittivo. L'imprevedibilità di tale stato riguarda, infatti, soltanto le persone sane, non i soggetti affetti da disturbi di tipo psichico, che manifestano irrequietezza. L'evoluzione della patologia in etero aggressività è sempre ipotizzabile e, pertanto, l'omicidio di un altro paziente è prevedibile. In questo caso, dunque, la giurisprudenza della Cassazione ha utilizzato il concetto di prevedibilità per affermare la sussistenza della colpa, in capo agli imputati. Prevedibilità che, comunque, si mostra strettamente legata al tipo di patologia psichiatrica riscontrata nel caso di specie.

La prevedibilità ha svolto la sua funzione selettiva anche nella sentenza, precedentemente analizzata, del c.d. suicidio allargato, imputato Dieci e altro¹³¹. Nel caso di specie, i giudici della Cassazione segnalano come la valutazione di prevedibilità, compiuta dai giudici del merito, sia stata condotta con logicità, considerata la patologia da cui il paziente era affetto. La gravità delle manifestazioni del malessere psichiatrico era, pertanto, tale da lasciar presagire l'evento.

¹³⁰ F. Giunta e altri, Cass. IV, 30 gennaio (27 febbraio) 2008, n. 8611, imp. D'Aquino, est. Campanato, in *Il diritto penale della medicina*, cit. il caso è stato analizzato, con riguardo alla legittimità della contenzione, p. 41 e all'oggetto della posizione di garanzia, p. 83.

¹³¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. il caso è stato più volte analizzato con riguardo alla posizione di garanzia, p. 66; ai criteri naturalistico e normativo sulla natura della condotta, p. 74; alla concezione normativa, p. 99; sull'individuazione *ex post* della regola cautelare, p. 102.

Ancora una volta viene evidenziata la rilevanza della patologia, che rappresenta l'ago della bilancia per una sentenza di condanna o di assoluzione.

Lo stesso ragionamento viene formulato nella nota sentenza Pozzi¹³². Nella motivazione della Cassazione si legge, infatti, che lo sfondo delirante e persecutorio, caratterizzante la patologia del paziente, rendesse del tutto prevedibili le manifestazioni aggressive sfocianti nell'evento omicidario. La predittività del gesto etero lesivo è costruita, anche in questo caso, sulle peculiarità della patologia. La malattia psichiatrica, pertanto, rappresenta il più importante fattore di rischio di gesti auto o etero diretti.

2. 6 Prevedibilità e dimissioni

Il soggetto capace di intendere e di volere, che abbia chiesto o accettato di ricoverarsi, è libero di revocare in qualsiasi momento il consenso al trattamento terapeutico. È un diritto che trova il proprio riconoscimento nel principio costituzionale di volontarietà delle cure, *ex art. 32 Cost.*.

Le cose cambiano, però, quando il paziente sia privo di capacità e, pertanto, spetta al personale sanitario decidere se, quando e come dimetterlo.

Il tema delle dimissioni del paziente suscita, da subito, un quesito: il medico, una volta dimesso il paziente, può essere ancora considerato responsabile degli atti auto o etero lesivi commessi dallo stesso? In giurisprudenza la risposta al quesito è strettamente legata alla prevedibilità o meno del gesto compiuto dal malato. Occorre, semplicemente, verificare se, date le peculiarità del quadro clinico, fosse prevedibile il compimento di un insano gesto e, pertanto, se fosse corretto dimettere il paziente.

Un caso recente, in cui è stato esaminato il tema della correttezza delle dimissioni, è Cass. IV, n. 18504/2012, imputato Giannini e altro¹³³, già

¹³² F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

¹³³ Cass, IV, 15 marzo (15 maggio) 2012, n. 18504, imp. Giannini e altro, cit. est. Carcano, cit., il caso è stato analizzato con riguardo al mancato procrastinarsi del ricovero, p. 29.

analizzato con riguardo all'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 328 c.p. . Nella specie, come si ricorderà, due medici erano stati imputati del reato suddetto, per non aver procrastinato il ricovero di un paziente, affetto da disturbi psichici, il quale subito dopo le dimissioni aveva ucciso la propria madre.

I giudici della quarta sezione ritengono immuni da censure le conclusioni alle quali era pervenuto il giudice dell'udienza preliminare, che aveva ritenuto che non vi fossero elementi tali da trattenere ulteriormente il paziente e che, pertanto, le dimissioni fossero state correttamente operate.

L'esito processuale del caso di specie sollecita, comunque, qualche riflessione e pone una domanda: l'aggressività manifesta del paziente nei confronti dei familiari, nonché i ripetuti ricoveri per la cura della sua patologia psichiatrica (era stato ricoverato ben undici volte), non lasciavano, forse, presagire il compimento di un atto etero lesivo? Dopotutto, l'omicidio della madre non è avvenuto a notevole distanza di tempo dalle dimissioni, ma subito dopo le stesse. In questo caso, dunque, sarebbe stato forse più opportuno procrastinare il ricovero, come sollecitato dai genitori del paziente. Certo, più volte, è stata ribadita l'incertezza della malattia psichiatrica e della conseguente difficoltà di formulare una "diagnosi" sulla condotta del paziente. Allo stesso tempo, però, si ravvisano ipotesi nelle quali affiorano evidenti segnali di allarme, che non possono essere ignorati dall'operatore di salute mentale. E il caso di specie potrebbe rappresentare un esempio.

La rilevanza dei segnali di allarme è, intrinsecamente, legata al momento in cui gli stessi si manifestano. Occorre cioè valutare se, al momento delle dimissioni, vi fossero elementi sintomatici di un gesto auto o etero soppressivo. Un caso particolare è quello analizzato da Cass. IV, n. 10860/2008, imputato Pettiti¹³⁴, precedentemente esaminato con riguardo alla natura della condotta. L'addebito contestato era di aver omesso di

¹³⁴ F. Giunta e altri, Cass. IV, 13 febbraio (11 marzo) 2008, n. 10860, imp. Pettiti, est. D'Isa, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato con riguardo alla natura della condotta, p. 75.

disporre i necessari presidi terapeutici nei confronti di un paziente che, formalmente dimesso dal reparto di psichiatria, ma ivi ancora presente, si era tolto la vita lasciandosi cadere dalla finestra della sala d'aspetto, sita al terzo piano dell'ospedale. Il g.u.p. aveva assolto la psichiatra dall'imputazione di omicidio colposo, con formula "perché il fatto non costituisce reato", data l'imprevedibilità del gesto suicidario. La paziente, infatti, aveva manifestato segni di crisi in un momento soltanto successivo alla concessione delle dimissioni. Alla psichiatra, pertanto, non poteva essere mosso alcun rimprovero di non aver previsto il tragico atto. Una sentenza che dimostra, quindi, quanto la prevedibilità della condotta auto o etero diretta sia legata al momento in cui si manifestano i relativi segnali d'allarme.

Peraltro, anche con riferimento alle dimissioni del paziente, si possono rinnovare le forti perplessità già espresse con riguardo al criterio della prevedibilità. L'opinabilità estrema dei casi sopraesposti ne è testimone.

2. 7 Lo psichiatra modello

L'utilizzo del criterio della prevedibilità non dovrebbe stupire il giurista, considerato che la scienza medica e, in particolare quella psichiatrica, è sovente sprovvista di regole positivizzate, di criteri nosografici di valutazione, di canoni fissi e precisi. Un criterio calibrato, quindi, sull'esperienza generale e anche su quella dell'individuo e che gli consente di percepire la presenza di un pericolo per il bene protetto, così da indurlo a porre in essere la cautela doverosa. Il criterio della prevedibilità si presenta comunque sfuggente, equivoco¹³⁵. È incapace di assolvere ad una univoca funzione di orientamento comportamentale e lascia senza risposta alcuni interrogativi. In primo luogo: quale è il grado di accadibilità del verificarsi dell'evento, tale da considerarlo prevedibile? È sufficiente una possibilità

¹³⁵ Per una critica al criterio della prevedibilità si vedano le considerazioni di F. Giunta, *La normatività della colpa*, cit., p. 95 ss. . D. Micheletti, *La normatività della colpa medica*, cit., p. 266.

oppure è necessaria una probabilità? Ancora, quale il punto di vista dal quale valutare la prevedibilità dell'evento?

Se fosse quello dell'agente concreto, considerata ogni caratteristica, ogni qualità, ogni condizione personale, il giudizio predittivo condurrebbe ad un numero eccessivo di pronunce assolutorie. Per contro, se fosse quello di un agente ideale, orientato dalla miglior scienza ed esperienza, si giungerebbe a dilatare oltre misura l'imputazione dell'evento lesivo.

La prevedibilità, per di più, non potrebbe ricevere asilo nel territorio delle attività più pericolose, in relazione alle quali un evento dannoso è sempre prevedibile. L'utilizzo di tale criterio implicherebbe l'interdizione dell'attività pericolosa, poiché la sola astensione dalla stessa consentirebbe di evitare l'evento.

A ciò si aggiunga, inoltre, l'intrinseca difficoltà della prognosi psichiatrica, che contribuisce a rendere ancora più ardua l'interpretazione di quei segnali di allarme, di quei fattori potenzialmente premonitori dell'evento lesivo¹³⁶.

La prevedibilità, introdotta per dissipare l'indeterminatezza di un generico dovere di diligenza, rischia in realtà di amplificarla. E pur tuttavia tale criterio non viene bandito. Può essere utilizzato, ma solo a seguito di attente precisazioni e delimitazioni¹³⁷. Lo si spoglia da questo abito di astrattezza, di indeterminatezza, facendo ricorso ad un parametro, di taglio oggettivo - soggettivo, differenziato a seconda della situazione di pericolo a cui va incontro il bene protetto: l'agente modello¹³⁸ o, con terminologia di antica ascendenza, *l'homo ejusdem professionis et condicionis*, o ancora, con formula di nuovo conio, l'omologo agente ideale¹³⁹. Una figura che non coincide né con quella di agente concreto, né con quella di soggetto avvedutissimo e accortissimo.

¹³⁶ In questo senso A. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., p. 1403.

¹³⁷ G. Dodaro, *La posizione di garanzia*, cit., p. 27.

¹³⁸ Per una compiuta analisi della figura dell'agente modello cfr. F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹³⁹ F. Basile, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 280 ss. .

Una figura che, a prima vista, parrebbe essere caratterizzata da “negazioni”, da che cosa non è l’agente modello. Si cerca, pertanto, di conferirgli un volto specifico, indicando così i suoi tratti peculiari. Come si costruisce, dunque, la figura dell’agente modello?

Si muove, anzitutto, dall’agente concreto, per individuare, attraverso un processo di astrazione, solo alcune note caratteristiche, capaci di fungere da elementi di selezione di un circolo di rapporti, ossia un gruppo di persone a lui omologhe. All’interno di esso infine si pensa, si immagina un soggetto quale esponente coscienzioso e avveduto.

L’agente modello nasce, così, dal confronto fra la condotta tenuta dall’agente reale e quella che, nella stessa circostanza, avrebbe tenuto un agente ideale, il soggetto cioè che svolge paradigmaticamente una certa attività¹⁴⁰.

Trattasi di un parametro che viene diffusamente applicato in giurisprudenza, in particolare nel campo della colpa medica, poiché consente di supplire all’assenza di regole scritte. Un parametro modulabile alle esigenze del caso concreto e al quale si conferisce il compito di mediare tra certezza del diritto e personalità dell’illecito.

La psichiatria è un settore che, talvolta, ospita l’agente modello: lo psichiatra avveduto e coscienzioso che, nelle stesse circostanze concrete, avrebbe preveduto ed evitato l’evento auto o etero lesivo. Un ospite che si presenta accompagnato da un altro invitato: la prevedibilità, che lo precede alla porta d’ingresso, ma dal quale viene poi ripresa *ad libitum*. L’analisi della giurisprudenza mostra, infatti, come i due suddetti criteri vengano spesso utilizzati in modo complementare. L’agente modello si mostra come uno strumento di specificazione e misurazione della prevedibilità dell’evento. Una dimostrazione pratica di questo atteggiamento è offerta, ancora una volta, dalla sentenza Dieci¹⁴¹. I giudici della Suprema Corte, per

¹⁴⁰ In questo senso V. Attili, *Colpa*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 153.

¹⁴¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. il caso è stato più volte analizzato

affermare la sussistenza della colpa, affiancano al parametro della prevedibilità quello dell'agente modello. Sottolineano, infatti, come il giudizio sulla colpa non possa prescindere da una valutazione di prevedibilità dell'evento e ribadiscono, nella specie, che la presenza della patologia psichiatrica, dalla quale era affetto il paziente, lasciasse presagire un episodio di violenza come quello verificatosi. La normativa vigente per il rilascio del porto d'armi è, invero, diretta ad evitare che la licenza venga ottenuta da soggetti privi di equilibrio psichico, considerata l'estrema pericolosità che la disponibilità di esso può comportare. I giudici della Cassazione, al contempo, individuano *ad adiuvandum* la figura dello psichiatra modello. In particolare, dipingendolo come colui che avrebbe rifiutato il rilascio dei certificati prodromici per la licenza di porto d'armi, considerati il dato anamnestico, la malattia del paziente, nonché le pregresse manifestazioni lesive nei confronti del vicinato.

L'ingresso dell'agente modello, in questo modo, consente di confezionare una regola cautelare, sul comportamento che avrebbe dovuto tenere lo psichiatra. Nello specifico: rifiutare il rilascio del certificato. Qualora, invece, la nostra lettura si fosse fermata alle sole righe che trattano il tema della prevedibilità, non si sarebbe in grado di individuare il comportamento idoneo ad evitare l'evento verificatosi. Si sarebbe potuto soltanto ricavare che la storia clinica del paziente fosse sintomatica dell'episodio di violenza cagionato dallo stesso. Una semplice previsione, nulla di più.

Un altro caso, testimone del connubio tra prevedibilità e agente modello, è offerto da Cass. IV, n. 48292/2008, imputato Desana¹⁴². La sentenza, dopo aver sottolineato l'elevato rischio suicidario del paziente, si appresta a descrivere una precisa figura di agente modello: la patologia diagnosticata, i dati anamnestici e il pregresso tentativo di defenestramento avrebbero

con riguardo alla posizione di garanzia, p. 66; ai criteri naturalistico e normativo sulla natura della condotta, p. 74; alla concezione normativa, p. 99; all'individuazione *ex post* della regola cautelare, p. 102; alla prevedibilità, p. 110.

¹⁴² F. Giunta e altri, Cass. IV, 27 novembre (29 dicembre) 2008, n. 48292, imp. Desana, est. Bricchetti, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

suggerito allo psichiatra modello l'adozione di idonee prescrizioni al personale infermieristico, così da evitare che il paziente abbandonasse da solo il reparto, lasciandosi poi cadere nel vuoto.

Il caso appena analizzato rappresenta, così, un altro esempio di come con la figura dell'agente modello si cerchi di dar corpo alla prevedibilità. Ma, come stiamo per vedere, quella figura è solo un fantasma. E da un fantasma non nasce un corpo.

2. 8 Segue: critica

Il parametro dell'agente modello si espone, quindi, a penetranti critiche, rivelatrici di alcune disfunzioni operative¹⁴³. Tale parametro sconta i limiti del suo carattere fortemente ideale. Una figura che si presenta immaginaria, impalpabile, evanescente, non facilmente consultabile dall'agente concreto. Nata per relativizzare il giudizio sulla colpa, finisce spesso per far prevalere l'immagine di un uomo irrealista, con troppe qualità, che si erge ad esperto assoluto del circolo di rapporti a cui appartiene e, di fronte al quale, l'agente reale china il capo e paga la sua umanità. Una figura, dunque, perfetta. Ma soltanto nell'apparenza, perché in realtà possiede un difetto: l'agente modello arriva sempre a fatto avvenuto per suggerire il corretto comportamento, quando il paziente è stato ormai perso. Non è mai puntuale, arriva sempre in ritardo¹⁴⁴.

Il carattere astratto e ideale dell'agente modello favorisce, così, una smisurata semplificazione dell'accertamento della colpa, sino a risolversi in una sostanziale *fictio iuris*. La regola cautelare, pertanto, attraverso l'agente modello, viene comodamente dilatata o ristretta a seconda delle esigenze

¹⁴³ Per una critica alla figura dell'agente modello si vedano le considerazioni di F. Giunta, *La normatività della colpa*, cit., p. 96 ss.; id., *La legalità della colpa*, cit., p. 165 ss.; id., *Medico (responsabilità penale del)*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 879 ss. . D. Micheletti, *La normatività della colpa medica*, cit., p. 266. V. Attili, *Colpa*, cit., p.143 ss. .

¹⁴⁴ In questo senso P. Piras, *Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra*, cit. .

processuali, con evidente sacrificio di determinatezza della fattispecie colposa.

Questo epilogo non deve sorprendere: l'agente modello non propone autentiche regole cautelari, capaci di delimitare ed individuare la condotta tipica. È cautelare solo quella regola predefinita e riconoscibile *ex ante* dall'agente, non quella che, a seconda delle esigenze processuali, viene ridisegnata a posteriori. L'agente modello esprime, piuttosto, regole cosiddette ideali, che riguardano l'essere, non il fare. Il giudizio sulla colpa, infatti, è un giudizio *ex ante*, che non può essere influenzato dal senno di poi.

L'impalpabilità dell'agente modello si coglie a piene mani nel settore psichiatrico. Chi è lo psichiatra modello? Nelle sentenze precedentemente analizzate emerge una figura che, a fatto avvenuto, ci dice come si sarebbe comportato al posto dello psichiatra reale. Ma l'evento si è già realizzato, l'atto auto o eterolesivo si è già consumato. L'operatore psichiatrico, invece, ha il diritto di sapere prima, per essere in grado di affrontare il proprio compito con cognizione di causa. La responsabilità può essere affermata *ex post* soltanto se lo stesso poteva previamente conoscere quella regola di condotta, il cui rispetto avrebbe potuto evitare il prodursi dell'evento.

2.9 Crepuscolo dello psichiatra modello?

Nella giurisprudenza penale della medicina e, in particolare, in quella avente ad oggetto la responsabilità dello psichiatra, si assiste ad un tenue crepuscolo dell'agente modello. Le aule di giustizia mostrano, talvolta, un certo disinteresse per questa figura, asserendo la sussistenza della colpa, senza fare riferimento al suddetto criterio. Questo accade, tuttavia, quando la colpa è indiscutibile, è "spaccata", come si suol dire nel gergo giudiziario. Una sorta di *culpa in re ipsa*, nella quale la condotta dell'imputato "parla da sola" il linguaggio della colpa. Un chiaro esempio di tale atteggiamento lo si

ritrova nella recente sentenza Di Lella¹⁴⁵, avente ad oggetto un suicidio per defenestramento, precedentemente analizzata. I giudici della Suprema Corte condividono le conclusioni alle quali era pervenuta la Corte d'Appello, con riguardo ai profili di colpa contestati. Nel dettaglio, asseriscono che il peggioramento macroscopico delle condizioni cliniche del paziente lasciasse presagire il compimento di azioni sconsiderate ed impulsive. La necessità di nuove iniziative terapeutiche era, pertanto, nota all'imputato, che però omise di intraprenderle. Un quadro probatorio inequivocabile, che non lascia spazio ad alcun dubbio sulla sussistenza della colpa. Un ragionamento, dunque, deciso ma svolto in assenza di un parametro di riferimento: dell'agente modello non vi è traccia alcuna. Sembra quasi superflua la sua identificazione, eppure, i giudici della Suprema Corte elencano una serie di condotte alle quali l'imputato si sarebbe dovuto attenere. Sarebbe buona prassi giurisprudenziale, invece, anche quando la regola cautelare è evidente, che il pubblico ministero la indicasse nell'imputazione e il giudice la richiamasse nella motivazione. Il giudizio di rimproverabilità soggettiva non potrebbe essere effettuato senza aver prima messo a fuoco la regola cautelare, pena altrimenti il pericolo di forme occulte di responsabilità oggettiva.

La giurisprudenza, altre volte, richiama, accanto alla prevedibilità, il criterio dell'agente modello, senza però descriverne le fattezze. Indica il parametro per valutare la prevedibilità di un evento, ma tace sul suo contenuto. Un esempio è Cass. IV, n. 10795/2008, imputato Pozzi¹⁴⁶. Nella sentenza si ribadisce che lo sfondo delirante e persecutorio, che caratterizzava la patologia del paziente, rendesse del tutto prevedibili manifestazioni aggressive, considerati alcuni precedenti episodi di natura delirante, in quanto tali sintomatici di una situazione di possibile scompenso. La

¹⁴⁵ P. Piras, *Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra*, cit., il caso è stato precedentemente analizzato con riguardo all'individuazione *ex post* della regola cautelare, p. 101.

¹⁴⁶ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

sentenza, però, non individua lo psichiatra modello. E non a caso: la ricerca, da parte del giudice, dell'agente modello diventa, in questo campo, particolarmente ostica. Il giudice dovrebbe calarsi idealmente nel momento in cui il soggetto ha agito e individuare il comportamento che avrebbe assunto, nelle medesime circostanze, un ipotetico psichiatra modello. La realtà è che, proprio nell'ambito dell'attività medica, il giudice non possiede gli strumenti per formulare una tale diagnosi. Occorre pertanto un aiuto, ma prima che il gesto auto o etero lesivo si sia compiuto. Si è detto più volte che la fattispecie colposa è aperta e, pertanto, deve essere integrata da fonti esterne che consentano di riempire gli spazi lasciati, appositamente, vuoti dal legislatore. Ma quali sono queste fonti? Si è visto che la prevedibilità, seppur corretta e delimitata dal criterio dell'agente modello, non è in grado di individuare con esattezza la tipicità della fattispecie colposa. Non ne garantisce la determinatezza, poiché la logica predittiva, per sua natura, non è predeterminabile. Detto ciò, la sentita sensibilità per la tipicità della condotta colposa impone la ricerca di altre soluzioni, capaci di garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 25, comma II Cost. Trattasi fondamentalmente di due alternative. La prima giunge dalle società scientifiche, le quali, operando una sintesi della miglior scienza ed esperienza, danno vita a determinate norme comportamentali. La seconda, invece, attinge a regole prasseologiche di esperienza, generalmente riconosciute e condivise.

2. 10 Le linee guida

La giurisprudenza, talvolta, allo scopo di mediare fra esigenze di tutela e di determinatezza, ricorre ad un particolare strumento clinico, nato negli Stati Uniti e, di recente, importato in Italia: le linee guida¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Sull'argomento si vedano i contributi più recenti di T. Campana, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico*, in *Cass. Pen.*, 2, 2012, p. 547 ss. . G. Marra, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico*, in *Cass. Pen.*, 2, 2012, p. 557 ss. . R. Caminiti, *La*

I medici, nella pratica quotidiana, si trovano spesso a decidere le modalità di intervento più idonee in determinati quadri clinici, per i quali possono coesistere molteplici indicazioni diagnostiche - terapeutiche. È sorta, così, l'esigenza di razionalizzare la quantità di informazioni esistenti in un determinato ambito specialistico, al fine di fornire agli operatori sanitari un utile strumento operativo, che comunque tenga conto degli aspetti peculiari di ciascun caso clinico, nonché rispetti l'autonomia del medico e del paziente. Le linee guida nascono, dunque, per agevolare i medici nel decidere le modalità più adeguate di intervento. Rappresentano uno strumento educativo - formativo, dispensatore di "consigli" da diffondere tra gli operatori sanitari. Le linee guida per la pratica clinica, secondo la nota definizione formulata dall'*Institute of Medicine*¹⁴⁸, sono raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate in modo sistematico, per assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni. Trattasi, pertanto, di raccomandazioni da tenere di fronte ai più svariati quadri, che vengono elaborate e poi divulgate dalle società scientifiche, che le aggiornano di regola ogni due anni.

Le linee guida rappresentano in tal modo importanti strumenti di governo clinico e indicatori di qualità, appropriatezza, efficacia ed economicità delle prestazioni sanitarie. Esse mettono a confronto la mentalità medica con quella medico legale e contengono prescrizioni, suggerimenti¹⁴⁹, indicazioni, collocandosi a metà strada tra regole di carattere etico,

rilevanza delle linee guida e il loro utilizzo nell'ottica della c.d. medicina difensiva, in *La medicina difensiva questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, San Marino, 2011, p. 79 ss. . A. Di Landro, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro It.*, II, 2011, p. 424 ss. . P. Piras – A. Carboni, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 285 ss. . M. Caputo, "Filo d'Arianna" o "flauto magico"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. P. Piras, *La colpa medica: non solo linee guida*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁴⁸ Institute of Medicine, *Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington D.C., National Academy Press, 1992.

¹⁴⁹ In Cass. IV, 8 giugno (14 luglio) 2006, n. 24400, imp. Cardillo e altri, est. Iacopino, le linee guida vengono appunto qualificate come "suggerimenti atti ad orientare i sanitari nei comportamenti che devono porre in essere in relazione ai casi concreti", in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit. .

deontologico e giuridico¹⁵⁰. Si ispirano, inoltre, al principio dell'aggiornamento scientifico, espressivo del dovere di diligenza che si rivolge al medico nell'esercizio della sua professione¹⁵¹, accedendo, così, anche in altro terreno normativo: il codice di deontologia medica. L'art. 12 impone, infatti, che le prescrizioni e i trattamenti siano ispirati ad acquisizioni scientifiche recenti e sperimentate. Carattere, questo appena descritto, peculiare delle linee guida. Esse, pertanto, possono indicare lo standard comportamentale richiesto dal suddetto art. 12.

Le linee guida vengono distinte dai protocolli¹⁵², i quali consistono in schemi comportamentali diagnostico - terapeutici, espressivi di una successione ben definita di interventi e finalizzati al raggiungimento di un determinato obiettivo. Può dirsi, più semplicemente, che i protocolli possiedono, rispetto alle linee guida, una maggiore intensità precettiva. Sono, insomma, più dettagliati. La distinzione è, comunque, priva di ricadute applicative, dal momento che possono essere usati indifferentemente entrambi nella pratica giudiziaria.

L'uso di linee guida e protocolli è particolarmente sentito in psichiatria, per la natura quasi sempre funzionale della patologia e per l'estrema variabilità del quadro clinico. Lo psichiatra si muove, spesso, su sabbie mobili e ha, dunque, necessità di una fune alla quale aggrapparsi: la miglior scienza ed esperienza racchiusa appunto nelle linee guida.

Un caso emblematico di richiamo a tali strumenti è la nota sentenza Pozzi¹⁵³, nella quale i giudici, per valutare la condotta dello psichiatra, si sono serviti anche delle linee guida dell'*American Psychiatric Association*. Hanno ritenuto che le linee guida americane siano state disattese, poiché

¹⁵⁰ M. Portigliatti Barbos, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 1996, p. 891 ss. .

¹⁵¹ L'art. 16 del Codice di deontologia medica dispone che il medico ha l'obbligo dell'aggiornamento e della formazione professionale permanente, onde garantire il continuo adeguamento delle sue conoscenze e competenze al progresso clinico scientifico.

¹⁵² La distinzione è dettagliatamente analizzata da R. Caminiti, *La rilevanza delle linee guida e il loro utilizzo*, cit., p. 82 ss. .

¹⁵³ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, imp. Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

prescrivono che la riduzione del farmaco neurolettico somministrato (il *Moditen*) possa avvenire solo a seguito di mancanza di episodi psicotici. Il paziente, invece, poco prima che la somministrazione venisse ridotta, aveva manifestato il sospetto di aver ricevuto cibo contaminato. Si trattava, inoltre, di un paziente particolarmente difficile, non a caso il primario che lo aveva avuto in cura, a suo tempo aveva raccomandato di non allentare la terapia. Per di più, le linee guida statunitensi suggeriscono di procedere con modalità di riduzione più blande di un drastico dimezzamento, ossia a passi distanziati da tre a sei mesi, per non più del venti per cento alla volta.

Il riferimento a tali accreditatissime linee guida rende, dunque, inattaccabile il giudizio: l'affermazione della colpa appare una logica conseguenza.

L'impiego delle linee guida comporta, senza dubbio, importanti conseguenze pratiche sul piano dell'accertamento della responsabilità colposa del medico e quindi anche dello psichiatra. Grazie ad esse l'individuazione della regola cautelare non è più rimessa all'intuizione del giudice o all'opinabile sapere del consulente, di volta in volta consultato per fornire al magistrato la cognizione scientifica per la soluzione del caso concreto. In assenza delle linee guida, infatti, il giudice deve richiamare il parere dell'esperto per costruire *ex novo* la regola cautelare. Si erge, così, a "facitore"¹⁵⁴ e non a "fruitore" della regola di condotta. Diversamente, con le linee guida, il magistrato interroga l'esperto con riguardo ad una regola preesistente¹⁵⁵.

Le esigenze di tipicità della fattispecie colposa possono, così, essere adeguatamente soddisfatte.

Chiarite le definizioni di linee guida e protocollo e delineati i vantaggi di cui sono portatori, occorre ora chiedersi: l'infrangere quelle regole configura

¹⁵⁴ V. Cass. IV, 6 giugno (25 agosto) 2000, n. 1340, imp. Fratta e altro, est. Losapio, in *Cass. pen.*, 4, 2001, p. 1217, secondo la quale "In tema di colpa, posto che il giudice non è facitore di norme ma solo fruitore, il giudizio di rimproverabilità di una data condotta non può essere formulato su congetture personali, su criteri soggettivi e, quindi, arbitrari, ma deve fondarsi su regole preesistenti e certe, conosciute – conoscibili – dall'agente siccome conformi a condotte generalmente adottate di prudenza, diligenza, perizia".

¹⁵⁵ A proposito del ruolo del consulente, a seconda della specifica situazione, si vedano le considerazioni di P. Piras - A. Carboni, *Linee guida e colpa specifica*, cit., p. 298.

una colpa generica? Oppure, è possibile asserire che si stia verificando una migrazione verso una colpa specifica?

Per rispondere a tale quesito, occorre previamente verificare se linee guida e protocolli possano essere ricondotti alle categorie normative enucleate dall'art. 43 alinea III c.p. . La dottrina sostiene che la disposizione suddetta possa consentire l'accesso a fonti subnormative. Nel dettaglio, a regole di condotta professionale, elaborate dalle società scientifiche più prestigiose¹⁵⁶. Alla luce di tali considerazioni, linee guida e protocolli possono essere ricondotti alla nozione di “discipline”, contenuta appunto nell'art. 43, alinea III c.p.. Nozione particolarmente accogliente, in grado di abbracciarli entrambi¹⁵⁷.

Può dirsi, dunque, che con le linee guida si è finalmente trovato un preciso criterio per l'individuazione della regola cautelare nell'attività medica e che tale strumento può soppiantare il medico modello. Le linee guida possono, quindi, dirottare la colpa del medico da colpa generica a colpa specifica.

La cristallizzazione della regola cautelare consente, così, di arginare l'aleatorietà dei concetti di diligenza, prudenza e perizia e di ridurre il margine d'incertezza a cui il medico, inevitabilmente, è esposto.

Non deve costituire, poi, motivo di scetticismo l'eventuale pluralità di linee guida, che si verifica quando più società scientifiche le hanno emanate. In queste ipotesi non può che andare esente da responsabilità il medico che si attiene a certe linee guida anziché ad altre. Ad esempio, l'*elettroshock* non è previsto, neppure quale misura estrema, da certe linee guida, mentre è previsto da altre.

¹⁵⁶ Al riguardo si vedano le considerazioni di G. Iadecola, *Il valore “dell’opinione” dell’ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2001, p. 11 ss. .

¹⁵⁷ Sulla colpa specifica G. Iadecola – M. Bona, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, 2009, p. 81 ss, in cui si precisa che essa si configura per violazione di prescrizioni contenute in norme di servizio o di disciplina, quali ad esempio, quelle indicate nei regolamenti interni di un ospedale o in altre strutture sanitarie. *Contra* Cass. IV, 11 luglio (19 settembre) 2012, n. 35922, imp. Ingrassia, est. Piccialli, inedita.

Peraltro, pare doversi affermare la prevalenza delle linee guida che siano state approvate con decreto del Ministro per la salute, data l'evidente e particolare predilezione normativa.

All'uso giudiziario delle linee guida sono state mosse tuttavia stringenti obiezioni. S'imporrebbe una certa prudenza nel loro utilizzo e andrebbe mortificato ogni tentativo di applicazione pedissequa, acritica delle stesse.

In particolare e *in primis* si obietta, sul piano prettamente economico, che le linee guida non abbiano nulla a che vedere con il processo penale: il loro fine primario sarebbe quello di razionalizzare e contenere la spesa sanitaria¹⁵⁸, di ridurre i costi assicurativi. Esse, sotto quest'ottica, non potrebbero arrecare alcun beneficio alla pratica clinica intesa come esclusiva cura del paziente e, perciò, non potrebbero essere richiamate dai giudici per forgiare la condotta ideale esigibile da parte del singolo medico. In questa linea di pensiero anche la recente sentenza Di Lella¹⁵⁹. I giudici di legittimità asseriscono, infatti, che sovente le linee guida sono “*frutto di scelte totalmente economicistiche. Esse si rivelano pigre e ciniche e, pertanto, non rappresentano un approdo definitivo*”.

Tuttavia questa obiezione può essere facilmente confutata. È vero: le linee guida tendono, in alcuni casi, al contenimento della spesa sanitaria. Ma va con forza rimarcato che quando esse provengono da accreditate società scientifiche, il loro scopo indiscusso non consiste nel risparmio economico, ma nella cura del paziente. Ad esempio, quelle dell'*American Psychiatric Association*, applicate nel caso Pozzi.

Altra obiezione: le linee guida rischiano di divenire un comodo, quanto pericoloso, alibi nella medicina difensiva¹⁶⁰, evidentemente a detrimento

¹⁵⁸ V. Fineschi - P. Frati, *Linee guida: a double edged-sword. Riflessioni medico legali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv. it. med. leg.*, vol. XX, 1998, p. 665 ss., gli autori sottolineano come le linee guida siano lo strumento col quale si tende a porre riparo ad alcune delle più evidenti distorsioni dei sistemi sanitari.

¹⁵⁹ P. Piras, *Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra*, cit. .

¹⁶⁰ Con questa espressione si fa riferimento a quel fenomeno che si verifica quando i medici prescrivono test, trattamenti o diagnosi, o evitano pazienti e trattamenti ad alto rischio, allo scopo di ridurre la propria esposizione al pericolo di accuse di non aver ben operato e alle conseguenti azioni penali. Questo fenomeno viene distinto da quello di “medicina

della salute e dell'interesse del paziente. In altre parole il medico rispetterebbe le linee guida smettendo di pensare al paziente e cominciando a pensare a se stesso, si predisporrebbe una difesa nell'ipotesi in cui la sua attività non dovesse avere l'esito sperato dal paziente. Si porrebbe nella condizione di respingere un'eventuale accusa replicando semplicemente di essersi attenuto alle linee guida.

Ma ad una riflessione più approfondita, anche questa obiezione è destinata a cadere. Infatti le linee guida elaborate dalle società scientifiche sono la sintesi della miglior scienza ed esperienza nel settore: se così è, ben venga il loro rispetto.

Infine, un'altra obiezione sottolinea l'intrinseco fondamento di natura statistica delle linee guida che, quindi, le rende suscettibili di smentita dalla particolarità del quadro clinico del paziente. Esse incontrerebbero il grosso limite delle imponderabili variabili dello specifico quadro clinico. Nel caso concreto, invero, ogni patologia potrebbe presentare peculiari caratteristiche in rapporto al suo esordio e alla sua evoluzione. Inoltre, le linee guida sono passibili di modificazione a seguito di nuove acquisizioni scientifiche, non facilmente recepibili in tempi brevi.

A questa obiezione può opporsi che sono davvero rari i casi nei quali il quadro clinico smentisce le linee guida. In tali casi è evidente che il medico dovrà regolarsi di conseguenza, servendosi allo scopo della letteratura al riguardo, della sua esperienza e di quella altrui, nonché segnalando il caso alle società scientifiche.

dell'obbedienza giurisprudenziale”, un neologismo coniato da autorevole dottrina medico legale, col quale si indica un'accettazione di precetti di condotta medica di provenienza giurisprudenziale, spesso priva di fondamento medico scientifico. Una sorta, dunque, di sindrome di Stoccolma che, com'è noto, rappresenta una condizione psicologica nella quale un prigioniero può sviluppare supini sentimenti affettivi nei confronti di chi lo detiene. Sull'argomento cfr. G. Rotolo, *“Medicina difensiva” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2012, p. 1259 ss. . L. Eusebi, *Medicina difensiva e diritto penale “criminogeno”*, in *Riv. it. med. leg.*, 4 - 5, 2011, p. 1085 ss. . R. Bartoli, *I costi “economico-penalistici” della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4 - 5, 2011, p. 1107 ss. . A. Roiati, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 4 - 5, 2011, p. 1125. A. Fiori, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 4 - 5, 2007, p. 925 ss. .

Un atteggiamento critico, nei confronti delle linee guida, è stato mostrato dalla recente Cass. IV, n. 35922/2012, imputato Ingrassia¹⁶¹. Un medico viene imputato di aver eseguito un'errata manovra anestesiológica di intubazione nasotracheale, provocando così la lesione del pilastro anteriore del retro faringe e la conseguente inondazione ematica delle vie respiratorie, con conseguente mortale stress respiratorio. In primo grado si sostiene che la condotta dell'anestesista sia in contrasto con le linee guida della S.I.A.A.R.T.I. (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva), le quali sconsigliano l'intubazione nasale alla cieca. La Corte d'appello assolve però l'imputato, per insussistenza della colpa e la Cassazione, su ricorso delle parti civili, annulla la sentenza con rinvio.

I giudici della Suprema Corte ribadiscono che la diligenza del medico non può essere segnata, esclusivamente, dalla pedissequa osservanza delle linee guida. Evidenziano, altresì, come il medico operi le proprie scelte a seconda del singolo quadro clinico, nel rispetto della volontà del paziente e al di là delle regole cristallizzate in protocolli medici. L'adeguamento o il non adeguamento alle linee guida, pertanto, non esclude, secondo la Cassazione, né determina automaticamente la colpa. La sentenza, in modo particolare, suscita perplessità quando afferma categoricamente che le linee guida, in ragione delle peculiarità dell'attività medica, non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari scritte, rientranti nel paradigma normativo dell'art. 43 c.p. Ciò che rileva è sempre il rispetto delle regole di diligenza, la cui inosservanza può collocarsi nell'ambito della colpa generica. E questo risulta evidente, secondo i giudici di legittimità, dal carattere non tassativo e non vincolante delle linee guida.

La sentenza, in tal modo, respinge la riconducibilità delle linee guida nella nozione di discipline. Si verifica, così, un "consolidamento" della colpa generica, in cui impera la discrezionalità del giudice. Riemerge quindi, fra le righe, la nebulosa figura del medico modello, del quale sono state precedentemente illustrate le frizioni con il principio di determinatezza,

¹⁶¹ Cass. IV, 11 luglio (19 settembre) 2012, n. 35922, cit. .

mentre i vantaggi delle linee guida in termini di tipicità e certezza del diritto risultano indiscutibili. Sfugge la loro funzione di “faro di orientamento”¹⁶². La sentenza lascia inoltre in ombra che le linee guida elaborate dalle società scientifiche rappresentano la sintesi della miglior scienza ed esperienza, che sono frutto quindi degli studi e della ricerca più avanzata.

Recentissimamente si è avuto in materia un intervento legislativo. La legge 31 ottobre 2012, di conversione del d.l. 13 settembre 2012 n. 158, ne ha modificato l’art. 3 I co., ponendo questo tenore: *“L’esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Non si riesce a comprendere quale spazio applicativo possa essere assegnato a questa disposizione. Non contenuta nel testo del decreto legge ma inserita nella legge di conversione, potrebbe essere frutto di una meditazione forzata dai tempi. Invero, la disposizione appare come una vera e propria contraddizione in termini, perché viene da chiedersi: come è possibile che sia in colpa il medico che si attiene alle linee guida? Parrebbe doversi rispondere: solo in quei rari casi nei quali il quadro clinico impone di discostarsene e nonostante ciò il medico continui imperterritito ad attenervisi. Non solo: la colpa deve essere grave perché il medico ne risponda penalmente. E come può nascere una colpa, addirittura grave, dal rispetto delle linee guida? Il caso pare davvero di difficilissima ipotizzabilità.

Se è così, la disposizione sembra davvero priva di futuro applicativo. Non è poi così difficile pronosticarlo, se si pensa alla pressoché totale assenza di casi giurisprudenziali nei quali è stata affermata la colpa pur con il rispetto delle linee guida.

¹⁶² P. Piras, *Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra*, cit. . Sull’applicabilità delle linee guida al caso concreto v. G. Marra, *L’osservanza delle c.d. “linee guida”*, cit., p. 557 ss. .

2. 11 Gli usi

Le frizioni dell'agente modello col principio di legalità hanno stimolato la ricerca di un diverso parametro di individuazione della regola cautelare. Un parametro che trova un riscontro, seppur parziale, nella giurisprudenza penale della medicina¹⁶³: gli usi, talvolta diversamente denominati cautele di fonte sociale, prassi. Senza che peraltro muti la sostanza.

Gli usi¹⁶⁴ rappresentano la cristallizzazione dell'esperienza collettiva in regole comportamentali, il cui valore non è universale, ma relativo a determinati ambienti sociali¹⁶⁵. Le regole cautelari, invero, provengono, attraverso un processo di lenta decantazione, dall'immenso serbatoio dell'esperienza collettiva¹⁶⁶.

Trattasi, dunque, di regole di comportamento non scritte, ma al contempo rilevanti, in virtù della loro osservazione spontanea in un determinato contesto sociale. In termini ancora più semplici, è uso ciò che abitualmente si fa nella realtà interessata. L'agente, pertanto, a seconda del circuito sociale in cui opera, ha come modello di riferimento la condotta di coloro che svolgono la stessa attività. Nel diritto penale della medicina, quindi, ogni sanitario sa, sulla base degli usi, cosa deve e non deve fare. Secondo questo criterio, perciò, la condotta dello psichiatra può essere valutata muovendo direttamente da usi clinici diffusi e consolidati, rispetto ai quali non può sollevare alcuna ignoranza. Da precisare, però, che non qualunque uso, per quanto consolidato, può fungere da criterio misuratore della colpa,

¹⁶³ Si veda, ad es., Cass. IV, 25 novembre 2004 (25 maggio) 2005, n. 19777, imp. Nobili, est. Olivieri, in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit., avente ad oggetto l'omessa prescrizione di un esame *doppler* agli arti inferiori di una paziente, ricoverata a seguito di incidente stradale, poi deceduta per trombo - embolia polmonare. Il medico curante viene condannato in primo grado, per il delitto di cui all'art. 589 c.p., per aver sottovalutato il quadro clinico e per non aver disposto i necessari accertamenti diagnostici. Sentenza poi confermata in appello. La Cassazione assolve, invece, l'imputato perché il fatto non sussiste, asserendo che la Corte di merito non avesse dimostrato la violazione di una regola precauzionale dettata dall'esperienza.

¹⁶⁴ Cfr. F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 242 ss. .

¹⁶⁵ In questo senso F. Giunta, *La normatività della colpa*, cit., p. 97 ss. .

¹⁶⁶ Così F. Giunta, *La legalità della colpa*, cit., p. 165. .

ma soltanto quello che sia praticato ad ampio spettro e ritenuto doveroso dalla cerchia professionale a cui appartiene l'agente¹⁶⁷.

Il fenomeno descritto presenta i caratteri della consuetudine, quale fenomeno normativo spontaneo e anonimo che, ai sensi dell'art. 8 disp. prel., può assurgere a fonte del diritto solo in presenza di un espresso richiamo, rinvenibile nell'art. 43, alinea III c.p., quando si riferisce alla negligenza, imprudenza e imperizia.

Il pronto reperimento di una condotta diffusamente praticata in un dato circuito sociale consente, così, la predeterminazione della regola cautelare, in perfetta sintonia con le esigenze di tipicità e determinatezza della fattispecie colposa. Gli usi depurano, in questo modo, la tipicità colposa dalla discrezionalità del giudice, il cui ruolo di mero fruitore¹⁶⁸ della regola cautelare gli impedisce la creazione *ex novo* di quest'ultima.

L'accertamento della colpa, attraverso gli usi, garantisce maggiori margini di certezza. Il medico, infatti, avvalendosi di prassi diagnostiche e terapeutiche ampiamente note e condivise, viene a conoscenza di come vanno seguiti certi quadri clinici. Valutandone altresì l'efficacia, il costo e il pericolo propri del quadro di riferimento.

La prassi consente, poi, di bandire uno standard terapeutico iperbolico, eccessivo, sproporzionato, a favore di uno più certo e verosimile. Uno strumento che, pertanto, tende ad indirizzare il comportamento dei consociati secondo un canone di "normalità"¹⁶⁹. Questo non significa che la prassi, talvolta apostrofata come sciatta¹⁷⁰, abbassi lo standard di tutela penale. Anzi, il campo medico dimostra il contrario: la prassi tende ad adeguarsi alle più rilevanti scoperte scientifiche, poiché fine precipuo di ogni sanitario è, comunque, la tutela della salute del paziente.

¹⁶⁷ F. Giunta, *Medico (responsabilità penale del)*, cit., p. 880 ss. . D. Micheletti, *La normatività della colpa medica*, cit. p. 268.

¹⁶⁸ V. Cass. IV, 6 giugno 2000, imp. Fratta, cit. .

¹⁶⁹ F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., p. 243.

¹⁷⁰ In questo senso G. Marinucci- E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 298.

Di recente la Cassazione, seppur in altra materia, ha però placato gli entusiasmi sull'utilizzo della prassi. Il riferimento è a Cass. IV, n. 24993/2012, imputato Tedone¹⁷¹. Il caso: una donna, mentre cammina sul marciapiede, luogo frequentato e angusto, si imbatte in un gruppo di quattro persone. Una di esse, mentre discute e gesticola con gli altri, colpisce inavvertitamente, col dorso della mano, la donna al volto, provocandole una lesione personale. Nel giudizio di primo grado, svoltosi davanti al giudice di pace, l'uomo viene assolto. La sentenza viene confermata dal Tribunale, in secondo grado, sulla base del fatto che *“l'accompagnare una conversazione con gesti della mano sia un'abitudine comune a molte persone e, pertanto, non integra una condotta violatrice di regole cautelari”*. La Cassazione, invece, annulla la sentenza ai soli effetti civili, evidenziando come la liceità di una determinata condotta non dipenda esclusivamente dalla generalizzata diffusione di un comportamento. Occorre, altresì, osservare le modalità che lo caratterizzano e il contesto in cui si manifesta. L'abitudine di accompagnare con gesti una conversazione, di per sé lecita, diviene penalmente rilevante nel momento in cui essa, per le modalità che caratterizzano la gestualità e per il contesto in cui si esplica, rappresenti una violazione delle regole di diligenza e prudenza. I giudici della quarta sezione sottolineano, inoltre, come il tribunale sia caduto in contraddizione: prima asserisce che l'evento dannoso può essere imputato a colui che gesticola quando, per le peculiarità del contesto, sia prevedibile ed evitabile. Poi, però, omette di effettuare tale verifica.

Il rispetto di ciò che abitualmente si fa non è dunque, di per sé, sufficiente per la liceità di una data condotta. La Cassazione, ancora una volta, esibisce il consueto parametro della prevedibilità dell'evento, per tracciare il confine tra ciò che è colposo e ciò che non lo è.

¹⁷¹ Cass. IV, 9 febbraio (21 giugno) 2012, n. 24993, imp. Tedone, est. Foti, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di G. L. Gatta, *La Cassazione e un curioso caso di colpa generica. Ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose*.

Un interessante caso, del quale di recente si è occupato il Tribunale di Sassari¹⁷², offre lo spunto per chiarire il concetto di prassi medica. Un uomo giunge al pronto soccorso in preda ad un processo ostruttivo delle vie respiratorie (c.d. dispnea). Il medico di turno, dopo aver correttamente diagnosticato la patologia, somministra al paziente cortisone. Questi, però, dopo qualche minuto si aggrava: è cianotico e non riesce più a respirare. Solo allora il medico pratica una fiala di adrenalina e dispone il trasferimento nel reparto di rianimazione, dove, nonostante le tempestive cure praticategli, subentra in uno stato comatoso che lo conduce a morte.

Secondo il perito nominato dal giudice, il medico aveva sì somministrato i farmaci corretti, ma nell'ordine sbagliato. Le linee guida internazionali e la letteratura medica più recente e accreditata suggeriscono di somministrare prima l'adrenalina, poiché farmaco a breve latenza e soltanto successivamente il cortisone. Il medico si difende asserendo che corrisponde a prassi, nella maggior parte dei reparti, procedere con l'ordine inverso. Le doglianze difensive vengono disattese nel caso di specie. Ciò avviene, tuttavia, senza una motivazione penetrante in argomento e, quindi, senza prendere posizione sugli innegabili pregi che il criterio della prassi presenta.

¹⁷² Gup Sassari, 6 maggio 2005, n. 49, imp. Soro, inedita.

2. 12 Quanta colpa?

Tra i profili più controversi della responsabilità medica un posto rilevante è occupato dal grado della colpa¹⁷³. E pertanto, occorre chiedersi: è sufficiente qualsiasi colpa, oppure è necessario provare la sussistenza di una colpa grave, così come richiesto ai fini della responsabilità civile *ex art. 2236 c.c.*? Questa disposizione limita la responsabilità del professionista ai soli casi di dolo o colpa grave, quando si tratta di prestazioni che implicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

La giurisprudenza più risalente utilizzava il disposto dell'art. 2236 c.c. con particolare ampiezza¹⁷⁴: configurava la responsabilità penale solo nei casi di colpa grave, ossia di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte. Più precisamente, la responsabilità del sanitario veniva circoscritta ai soli casi di negligenza derivante da ignoranza dei principi elementari dell'arte medica o di errore inescusabile, rivelatore della mancanza di quel minimo di abilità tecniche nello svolgimento della pratica sanitaria.

Il rilievo in ambito penale della limitazione di responsabilità è stato ricondotto ad un'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento: sarebbe discordante affermare la sussistenza della responsabilità penale per un fatto che non potrebbe costituire neppure un illecito civile.

Tale impostazione è stata, però, oggetto di alcune precisazioni: l'applicazione dell'art. 2236 c.c. è stata limitata ai soli interventi di speciale difficoltà, nonché circoscritta a quell'aspetto della colpa penale che riguarda, non la prudenza o la diligenza, bensì la perizia. In questo modo, la valutazione della colpa medica è compiuta con particolare cautela nelle sole ipotesi nelle quali il medico affronti casi clinici particolarmente complessi.

¹⁷³ Sull'argomento cfr. D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2011, p. 1635 ss.; id., *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 544 ss. . F. Giunta, *Medico (responsabilità penale del)*, cit., p. 882 ss. . F. Viganò, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale*, cit., p. 970 ss. .

¹⁷⁴ Per una compiuta sintesi della storia della colpa grave nel diritto penale v. R. Blaiotta, *La colpa nella responsabilità medica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, 2011, p. 770 ss. .

In tal senso si è espressa anche la Corte Costituzionale la quale, con sentenza n. 166 del 1973, ha esaminato la questione della compatibilità dell'indirizzo "indulgente" della giurisprudenza col principio di uguaglianza. La Corte delle leggi ha cercato di conciliare due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso riprovevoli inerzie dello stesso. Sulla base di tale premessa, la Corte ha ritenuto che la limitazione della responsabilità possa applicarsi ai casi in cui la prestazione implichi problemi tecnici di particolare difficoltà e alla sola ipotesi dell'imperizia. Vista in questi termini, l'applicazione dell'art. 2236 c.c. in ambito penale, non contrasterebbe col principio di uguaglianza.

A partire dagli anni ottanta del secolo scorso si è consolidato un indirizzo giurisprudenziale radicalmente opposto al precedente, che esclude qualsiasi rilievo all'art. 2236 c.c., imponendo di valutare la colpa professionale sulla sola base delle regole generali di cui all'art. 43 alinea III c.p. . Tale orientamento trae la propria linfa dalla mutata visione del rapporto terapeutico tra medico e paziente, non più improntato su una concezione paternalistica della medicina, bensì su una relazione che pone in primo piano il paziente, quale depositario del diritto costituzionale alla salute.

Secondo questa prospettiva, pertanto, l'operatività dell'art. 2236 c.c. è circoscritta al solo ambito civilistico del risarcimento del danno, non essendo suscettibile di applicazione analogica, poiché vietata per il suo carattere eccezionale rispetto ai principi vigenti in materia. Non è, altresì, passibile di interpretazione estensiva, considerata la completezza della disciplina penale della colpa. Da questa angolazione, quindi, la gravità della colpa potrà assumere, eventualmente, rilevanza solo ai fini della commisurazione della pena.

La giurisprudenza recente¹⁷⁵ ha asserito che la norma civilistica, tuttavia, può trovare applicazione anche in tema di colpa professionale del medico, non per effetto di diretta applicazione, ma come regola di esperienza cui il giudice possa servirsi nel valutare l'addebito di imperizia, quando il caso concreto imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà o, ancora, quando si versi in una situazione emergenziale. In questo modo, il rimprovero personale che fonda la colpa richiede di ponderare le difficoltà con le quali il medico ha dovuto confrontarsi. Le condotte oggetto di accertamento, infatti, non si sono verificate sotto una campana di vetro, ma vanno analizzate tenendo conto del contesto di riferimento. Da questa prospettiva, quindi, l'art. 2236 c.c. rappresenta la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale, insita nell'ordine stesso delle cose.

Il ragionamento suddetto è stato accolto anche dalla recente sentenza Di Lella¹⁷⁶, relativa ad un caso di defenestramento, già oggetto di analisi. I giudici della Suprema Corte, utilizzando l'art. 2236 c.c. quale regola di esperienza ai fini dell'addebito di imperizia, hanno ritenuto che non vi fossero ragioni per parametrare l'imputazione soggettiva al canone della colpa grave: la condizione del paziente era macroscopicamente peggiorata, la necessità di nuove iniziative terapeutiche ed assistenziali era nota allo stesso imputato, ma questi aveva ommesso di porle in essere. Le contingenze del caso concreto, pertanto, non giustificavano una valutazione "benevola" della condotta del sanitario. La sua condotta è stata ritenuta, conseguentemente, colposa.

Le considerazioni operate dalla sentenza predetta sollecitano alcuni spunti di riflessione: la necessità di tenere nel debito conto il dato contestuale e la situazione di emergenza, non parrebbe comportare il recupero, come invece

¹⁷⁵ F. Giunta e altri, v. Cass. IV, 21 giugno (26 ottobre) 2007, n. 39592, imp. Buggè, est. Bartolomei, in *Il diritto penale della medicina*, cit. . In dottrina cfr. G. Martiello, *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, p. 349 ss. .

¹⁷⁶ P. Piras, *Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra*, cit. il caso è stato precedentemente analizzato con riguardo all'individuazione *ex post* della regola cautelare, p. 101; allo psichiatra modello, p. 118 - 119; alle linee guida p. 126.

sostenuto¹⁷⁷, di una misura soggettiva della colpa. Non pare necessaria l'adozione di tale categoria dogmatica.

Si tratta in definitiva di accertare se il medico ha fatto quello che doveva fare, sulla base di un parametro di giudizio che tiene conto del contesto in cui il professionista ha agito, finanche complesso ed emergenziale. Nella specie occorre, dunque, chiedersi: lo psichiatra ha posto in essere quelle iniziative terapeutiche che il tangibile peggioramento del quadro clinico avrebbe suggerito? Se la risposta è negativa non resta altro che asserire la responsabilità a titolo di colpa, una volta tenuto conto di tutte le peculiarità del contesto operativo di specie.

2. 13 Se il paziente che uccide è curato da un solo psichiatra...

Il paziente ha commesso un omicidio. In questa ipotesi potrebbe essere colposa la condotta del curante che, ad esempio, non ha vigilato o non ha fatto vigilare il paziente o, ancora, l'ha trattato terapeuticamente con modalità contrarie a linee guida.

Trattasi di una delle ipotesi più ricorrenti di concorso colposo nel doloso. Tra queste vi è anche quella dell'incendio doloso sviluppatosi, all'interno di un locale, a causa della negligente sistemazione di materiale infiammabile¹⁷⁸. O ancora, quella del notaio che, senza effettuare le necessarie verifiche, roga un contratto avente ad oggetto una lottizzazione abusiva voluta dai contraenti.

La dottrina e la giurisprudenza tradizionali, sulla base dell'antico dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità concorsuale, non ammettevano la coesistenza di responsabilità dolose e colpose all'interno della fattispecie concorsuale. L'unica eccezione era quella prevista dall'art. 116 c.p., in

¹⁷⁷ C. Cupelli, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2012, p. 1104.

¹⁷⁸ Al riguardo si v. Cass. IV, 9 ottobre (22 novembre) 2002, n. 39680, imp. Capecchi, est. Calmieri, in CED, Rv. 223214, nella quale è stata affermata la responsabilità di un soggetto, a titolo di concorso colposo nel delitto doloso, per aver contribuito a cagionare un incendio appiccato dolosamente da altri.

materia di concorso anomalo. Una volta chiarito che l'unitarietà della fattispecie concorsuale si riferisce unicamente al sostrato materiale del fatto storico e non al coefficiente psicologico di ciascun correo¹⁷⁹, è sorto un dibattito ermeneutico circa l'ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso.

Alcuni autori hanno escluso l'ammissibilità dell'istituto sulla base di due principali argomentazioni. In primo luogo, si è sostenuto che il legislatore, rubricando l'art. 113 c.p. "Cooperazione nel delitto colposo" e non "Cooperazione colposa nel delitto", abbia voluto espressamente escludere il concorso colposo nel delitto¹⁸⁰. In secondo luogo, si è ribadita la mancanza di un'espressa previsione di tale forma di concorso, necessaria *ex art. 42, comma II c.p.*

Gli argomenti suddetti sono stati disattesi dalla giurisprudenza più recente. In campo psichiatrico, l'accoglimento del concorso colposo nel delitto doloso è avvenuto, per la prima volta nel diritto penale della medicina, ad opera della nota sentenza Pozzi¹⁸¹. I giudici della Cassazione sottolineando, innanzitutto, il superamento delle teorie che si rifanno al concetto di unitarietà del reato concorsuale, asseriscono che, pur a fronte di un unico evento, possa sussistere una pluralità di fatti di reato. Una volta fatta questa premessa, si accingono a confutare le obiezioni costruite sulla predetta interpretazione degli artt. 42, comma II e 113 cp. . La sentenza, con riguardo alla prima disposizione, avverte che comunque il delitto doloso commesso da altri debba essere previsto dalla legge anche nella forma colposa, in ossequio all'art. 42, comma II c.p., che richiede appunto l'espressa previsione. In applicazione della suddetta disposizione dovrebbe, quindi, escludersi la responsabilità del notaio nell'ipotesi precedentemente citata,

¹⁷⁹ In questo senso D. Cappuccio, *La cooperazione colposa nel delitto doloso*, in *Dir. form.*, 5, 2004, p. 747 ss. .

¹⁸⁰ Per tutti F. Angioni, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, 1984, p. 72.

¹⁸¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

dal momento che il reato di lottizzazione abusiva è ritenuto, da certa giurisprudenza, non configurabile nella forma colposa.

Nel caso, invece, di atti etero lesivi compiuti dal paziente, vengono di regola in considerazione fattispecie previste anche nella forma colposa. Si pensi, ad esempio, alle lesioni personali o all'omicidio. Una responsabilità per lo psichiatra, a titolo di concorso, dovrebbe invece escludersi qualora il paziente ponga in essere una condotta di danneggiamento. Si immagini il caso di un paziente psichiatrico in preda ad una crisi pantoclastica, che lo porta a distruggere qualsiasi cosa. Orbene, in tale ipotesi lo psichiatra non potrebbe essere considerato responsabile, poiché il delitto di danneggiamento è previsto nella sola forma dolosa.

Con la suddetta sentenza Pozzi i giudici della Cassazione altresì confutano la seconda obiezione, che fa perno sulla previsione, *ex art. 113 c.p.*, della cooperazione colposa nel solo delitto colposo. Più precisamente, asseriscono che la compartecipazione è stata prevista nel solo caso del delitto colposo perché, in quello doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso, ma semplicemente di una costruzione che comprende la colpa. Il dolo non è qualcosa di diverso dalla colpa, ma qualcosa di più, avendo, oltre agli elementi del fatto colposo, quello della previsione e volizione dell'evento. E precisano che questa è una concezione riassunta in una formula espressa da autorevole dottrina: “*Non c'è dolo senza colpa*”¹⁸².

2. 14 ...o da più psichiatri

Se il paziente assassino è curato da più psichiatri, normalmente, ci si trova in presenza di un potenziale concorso di cause indipendenti e non di concorso di persone nel reato, in quanto, pur contribuendo tutti al verificarsi dell'evento, mai gli atteggiamenti soggettivi si incontrano. Percorrono

¹⁸² G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 1991, pag. 3 ss. .

strade differenti, che non si intersecano sotto il profilo della consapevolezza dell'altrui partecipazione, come invece accade nella cooperazione colposa. In queste ipotesi, la concezione che si fonda sull'unitarietà del reato non può essere impiegata, poiché manca un elemento fondamentale: il legame psichico tra le condotte.

In presenza di cause colpose indipendenti non si applica, pertanto, l'art. 113 c.p. ma l'art. 41 c.p., il cui terzo comma ne prevede l'applicabilità anche quando la causa preesistente, simultanea o sopravvenuta consista nel fatto illecito altrui. Nel settore oggetto di ricerca: l'omicidio commesso dal paziente.

Un caso giurisprudenziale nel quale è stato analizzato il tema del concorso di cause indipendenti è la nota sentenza Dieci¹⁸³, avente ad oggetto, come già esposto, un caso di cosiddetto suicidio allargato: un paziente, a seguito del rilascio di certificati prodromici alla licenza per porto d'armi, se ne procura una con la quale prima ferisce dei passanti e uccide una donna e, poi, decide di togliersi la vita.

L'analisi del concorso di cause indipendenti si presenta, nel caso di specie, con aspetti di maggiore complessità rispetto al tema, più frequente, del concorso colposo nel delitto doloso. La tragica vicenda aveva, infatti, visto il confluire di più condotte che complicavano il quadro fattuale e, conseguentemente, il loro inquadramento giuridico. Occorre, perciò, preliminarmente distinguere l'istituto suddetto dalla cooperazione colposa¹⁸⁴, al fine di comprendere quale delle due discipline fosse applicabile al caso di specie. Ebbene, ciò che contraddistingue la cooperazione nel delitto colposo è il legame psicologico che si instaura tra i diversi agenti, cioè la consapevolezza della partecipazione degli altri

¹⁸³ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

¹⁸⁴ Sull'argomento F. Macri, *Cooperazione colposa*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 324 ss. .

soggetti nell'attività interessata. Parte della dottrina¹⁸⁵ ritiene necessaria la consapevolezza anche della natura colposa dell'altrui condotta, ma tale opinione non viene condivisa dalla dottrina dominante, la quale ha eccepito come, in questo modo, si restringerebbe il raggio applicativo dell'art. 113 c.p. alle sole ipotesi di colpa con previsione¹⁸⁶. Ancora, si è obiettato che qualora il compartecipe fosse consapevole di cooperare con una condotta colposa, allora si rappresenterebbe la possibilità di realizzare l'evento, versando così in dolo eventuale¹⁸⁷.

Tenuto ciò presente i giudici della Cassazione giungono alla conclusione che la cooperazione è ipotizzabile in tutte quelle ipotesi nelle quali un soggetto è semplicemente consapevole che altri parteciperanno al contesto in cui si svolge la sua condotta, non essendo invece necessaria la conoscenza delle specifiche condotte né l'identità dei partecipi.

Esemplificando: il medico di fiducia non è a conoscenza che il proprio paziente si rivolgerà ad altro medico. Pertanto, qualora entrambi praticino un'errata terapia, le eventuali conseguenze dannose verrebbero loro imputate a titolo di condotte colpose indipendenti. Diversamente, il medico di reparto è consapevole che, finito il turno, altro medico subentrerà. Ebbene, nel caso in cui i due sanitari, a seguito di errata terapia, cagionino un evento lesivo, sarebbe corretto applicare l'art. 113 c.p., poiché ciascuno di essi è consapevole dell'intervento dell'altro.

Da questa angolazione, nel caso Dieci sarebbe configurabile la cooperazione nel delitto colposo, non il concorso di cause indipendenti, come sostenuto nel giudizio di merito. Entrambi gli imputati, ossia il medico psichiatra e quello militare, pur non avendo alcun rapporto, erano consapevoli che per la

¹⁸⁵ A. R. Latagliata, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 615. . M. Spasari, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956, p. 80.

¹⁸⁶ Per tutti v. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, V Ed., Bologna, 2007, p. 568.

¹⁸⁷ G. Grasso, *art. 113 c.p.*, in M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2005, p. 215 ss. .

procedura relativa al rilascio del porto d'armi sarebbero intervenuti altri soggetti.

I giudici della quarta sezione ritengono, però, che sotto un diverso profilo, l'impostazione seguita dai colleghi del merito sia corretta: pur potendosi parlare di cooperazione colposa con riguardo alle condotte degli imputati, le stesse si mostrano certamente indipendenti rispetto a quella etero aggressiva del paziente. Trattandosi di condotte indipendenti, le medesime andranno valutate autonomamente. Occorrerà, quindi, verificare se ciascuna di esse abbia fornito un contributo causale al verificarsi dell'evento e se sia caratterizzata dagli elementi tipici della colpa.

Capitolo III

Il nesso di causalità

3. 1 L'evoluzione giurisprudenziale - 3. 2 L'aumento del rischio - 3. 3 Massime di esperienza - 3. 4 La Franzese svanisce - 3. 5 Cura disposta e no nel controfattuale... - 3. 6 ... e nella causalità della colpa - 3. 7 Le conseguenze dello scompenso - 3. 8 Tempo - 3. 9 Spazio - 3. 10 Modo - 3. 11 L'eccezionalità delle concause e dello scompenso

3. 1 L'evoluzione giurisprudenziale

La storia del pensiero occidentale, da secoli, racconta l'utopia di poter imprigionare il divenire entro un sistema di leggi, capace di spiegare il passato, il presente e il futuro. Il sogno di collocare l'accadere nel grembo di una spiegazione rassicurante è antico quanto la presenza dell'uomo sul mondo. Da sempre, si sente la necessità di conoscere la causa di determinati accadimenti, soprattutto quando questi siano di natura traumatica, poiché colpiscono gli angoli più profondi della nostra coscienza.

Nel diritto penale l'essenza del delitto sta, infatti, nella causa della morte. Non sta nella morte, né nella colpa¹⁸⁸. Non l'evento, non l'elemento soggettivo rappresentano l'essenza, il cuore del diritto penale, ma la relazione tra un antecedente e la sua conseguenza. Occorre cioè individuare cosa, o meglio chi, abbia cagionato un determinato evento. In termini tecnici, è necessario accertare il nesso di causalità tra una condotta, attiva od omissiva, e un evento. La causalità, racchiusa nella laconica disposizione di cui all'art. 40 c.p., rappresenta dunque il perno dell'intero sistema penale. L'art. 40 c.p. è, però, una disposizione scarna, essenziale. Indica cosa

¹⁸⁸ F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. III, Cammelli, p. 58.

bisogna accertare, ma tace sui criteri di accertamento. Pertanto, occorre chiedersi quando una condotta umana possa definirsi causa di un evento.

La dottrina e la giurisprudenza dominanti affermano, ormai unanimemente, che è causa di un evento quell'antecedente in assenza del quale l'evento non si sarebbe verificato¹⁸⁹. Effettuano, cioè, un'operazione intellettuale mediante la quale, immaginando assente una determinata condotta, ci si chiede se si sarebbe verificato o meno l'evento.

La giurisprudenza applica, quindi, il criterio della *condicio sine qua non* o condizione necessaria, talvolta diversamente denominato procedimento di eliminazione mentale, giudizio controfattuale, giudizio dell'irrealtà, senza che peraltro muti la sostanza.

L'eziologia di un fatto non è data, però, da un solo fattore, ma da un insieme di condizioni che conducono ad una data conseguenza. Solo il complesso di tali condizioni è necessario e sufficiente per il prodursi dell'evento. Nessun fattore, isolatamente considerato, è dunque in grado di produrre da sé l'evento. La condotta umana, pertanto, rappresenta una sola delle condizioni e, per essere considerata causa, occorre che sia una condizione necessaria, tale che, in sua assenza, l'evento non si sarebbe realizzato.

Non sempre tale operazione intellettuale consente di accertare la sussistenza del nesso causale. A volte, infatti, eliminando mentalmente la condotta, rimane comunque il dubbio circa il verificarsi o meno dell'evento. Nelle aule giudiziarie non si discute, soltanto, di omicidi commessi mediante arma da fuoco diretta verso un organo vitale. In questo caso, è facile arguire che, in assenza della condotta, l'evento non si sarebbe verificato: la morte non sarebbe avvenuta qualora non si fosse sparato in direzione del cuore.

Nel diritto penale della medicina, invece, il discorso cambia, soprattutto in ipotesi di condotta omissiva, risulta spesso difficile stabilire che cosa sarebbe successo se la condotta doverosa fosse stata realizzata. Le cose si complicano, poi, ulteriormente in quei particolari settori della medicina, nei

¹⁸⁹ In questo senso si veda E. Di Salvo, *Nesso di causalità e responsabilità dello psichiatra per il suicidio del paziente*, in *Dir. form.*, 8 – 9, 2005, p.1135.

quali maggiore è l'incertezza e, uno di questi, è proprio quello psichiatrico. Che fare nell'ipotesi in cui, applicato il procedimento di eliminazione mentale, si rimanga nel dubbio?

Sino agli anni settanta prevaleva una concezione di tipo soggettivistico, in base alla quale l'accertamento del nesso causale era frutto di un mero apprezzamento dell'organo giudicante. Il giudizio controfattuale era, dunque, improntato sulla discrezionalità del giudice, in quanto tale contrastante col principio di legalità e determinatezza della fattispecie penale.

Le cose cambiano intorno alla metà degli anni ottanta, poiché la giurisprudenza, per ovviare a questo inconveniente, fa ricorso ad uno strumento capace di riempire di contenuti il procedimento di eliminazione mentale: le leggi scientifiche o di copertura, ossia enunciati che esprimono una regolarità nella successione dei fenomeni, frutto dell'osservazione sistematica della realtà fisica o psichica¹⁹⁰. Le leggi scientifiche, dunque, spiegano il "perché" di un evento. Rendono, cioè, intelligibile un accadimento del passato e consentono una previsione del futuro. Tali enunciati evitano, così, alla sentenza censure di motivazione apparente, poiché offrono un parametro obiettivo di controllo della correttezza della motivazione.

Le leggi scientifiche possono essere universali o statistiche. Le prime affermano che il verificarsi di un evento è invariabilmente accompagnato da un altro evento. Ad esempio, se ad un uomo viene somministrato cianuro, muore. Le seconde, invece, sostengono che il rapporto di successione tra due eventi sussiste in una certa percentuale di casi. Ad esempio, la somministrazione di un determinato farmaco durante la gravidanza determina la malformazione del feto in una certa percentuale di casi. Nelle aule giudiziarie, raramente, si utilizzano leggi universali e, quindi, occorre accontentarsi di enunciati che forniscano una spiegazione di quanto accaduto soltanto in termini probabilistici. Ma in questo modo si rimane,

¹⁹⁰ G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 179.

comunque, nel dubbio. Le leggi statistiche non eliminano i dubbi che si hanno una volta applicato il procedimento di eliminazione mentale, li riducono soltanto. Che fare, allora, in questi casi?

Su questo punto, in seno alla giurisprudenza, si era creata una frattura che aveva portato all'intervento delle Sezioni Unite nel 2002, con la nota sentenza Franzese¹⁹¹.

Nell'ambito della sezione quarta della Cassazione si erano creati due indirizzi, in materia di nesso causale tra la condotta omissiva del medico e la morte del paziente. Secondo l'indirizzo maggioritario, per poter affermare la sussistenza del nesso di causalità, era sufficiente che vi fossero serie ed apprezzabili probabilità che il trattamento omissivo avrebbe salvato la vita del paziente. Non era richiesta, quindi, la certezza per poter ritenere una data condotta causa di un evento.

Il più recente indirizzo minoritario, invece, non si accontentava di probabilità serie ed apprezzabili, ma richiedeva un grado di probabilità più elevato, "vicino alla certezza". Anch'esso era, però, un orientamento meramente probabilistico, che non consentiva di affermare, senza dubbio, la sussistenza del nesso eziologico.

Intervengono allora, nel 2002, le Sezioni Unite della Cassazione con la nota sentenza Franzese. La Cassazione asserisce che la conferma o meno del nesso causale non si possa dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità statistica, espresso dalla legge scientifica. Il giudice deve, infatti, verificare che il fatto storico rientri nella percentuale offerta da tale legge. Sarebbe, infatti, utopistico applicare un metodo di indagine fondato su soli strumenti di tipo deterministico, cioè affidato esclusivamente alla forza esplicativa di leggi scientifiche, universali o statistiche. Un modello del genere non potrebbe, da solo, governare il complesso sistema del diritto

¹⁹¹ Cass. S.U. 10 luglio (11 settembre) 2002, n. 30328, imp. Franzese, in *Foro it.*, II, 2002, p. 601 ss., con nota dal titolo *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite* di O. Di Giovine. Sul nesso causale tra l'omessa diagnosi e la morte del paziente si vedano le considerazioni di P. Piras, *Omessa diagnosi di setticemia e nesso causale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2008, p. 1131 ss. .

penale, teso a fronteggiare le più varie manifestazioni della realtà. Le Sezioni Unite propongono, così, un metodo dell'indagine causale che coniuga l'abduzione, cioè l'ipotesi circa la spiegazione degli accadimenti, con l'induzione, ossia la concreta e copiosa caratterizzazione del fatto storico. Abduzione e induzione s'intersecano dialetticamente: l'induzione rappresenta, così, il banco di prova critica intorno all'ipotesi esplicativa. Il fatto viene, in tal modo, ricostruito non sulla sola base di meri dati numerici ma su un giudizio di alta probabilità logica, che si risolve nella verifica aggiuntiva della credibilità della legge scientifica nel caso concreto¹⁹². La probabilità quantitativa esprime soltanto dati numerici e, pertanto, per affermare che una condotta è causa di un evento sono necessarie prove concrete, relative al singolo caso particolare. Una nota sentenza americana¹⁹³ cita al riguardo l'esempio del lancio del dado: che in un lancio vi sia una certa probabilità che un numero pari a sei compaia sulla faccia del dado, rivolta all'insù, non è prova che ciò sia accaduto realmente. La prova che il sei sia effettivamente comparso può solo aversi valutando il caso concreto. Il giudizio controfattuale, pertanto, si struttura come un giudizio bifasico, quanti - qualitativo: in un primo momento si assume a base del giudizio un dato statistico (la legge scientifica), poi si verifica, nel caso concreto, se il fatto storico rientra in quella percentuale espressa dalla legge scientifica.

L'itinerario del giudice è, dunque, caratterizzato dalla retrospezione: egli deve procedere a ritroso nel ricostruire l'esistenza di un fatto storico appartenente al passato, non più riproducibile nell'esperienza attuale, di cui segue le tracce mediante la verifica delle prove¹⁹⁴. Ponendo a fondamento

¹⁹² In questo senso si vedano le considerazioni di M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologico probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1999, p. 47.

¹⁹³ *Day vs Boston & Me R.R.*, (1902) 96 Me 207, 52 A 771, l'esempio è riportato da F. Stella, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 3, 2005, p. 1065.

¹⁹⁴ Così G. Canzio, "Motivazione sufficiente e congrua attraverso il prisma dei motivi di impugnazione delle sentenze in appello e in cassazione", in "La motivazione dei

del suo ragionamento il dato scientifico, verifica se esso sia riferibile al caso da esaminare, attraverso la valutazione di tutte le peculiarità che potrebbero minarne, in un senso o nell'altro, la credibilità. È questa, dunque, la struttura del giudizio controfattuale. Un giudizio costruito non sulla certezza assoluta, che non esiste, ma su quella cosiddetta processuale, costruita sui dati probatori emergenti nel processo. Un giudizio, quindi, di probabilità logica, poiché basato non solo su dati statistici, ma su un ragionamento razionalmente condotto.

L'espressione probabilità logica è stata oggetto, però, di alcuni fraintendimenti¹⁹⁵. Talvolta, infatti, si assiste ad una confusione tra probabilità statistica e probabilità logica. Per tale motivo, certa giurisprudenza ha sostituito l'espressione probabilità logica con quella di "forte corroborazione dell'ipotesi". Testimone di tale iniziativa è Cass. IV, n. 21597/2007, imputato Pecchioli e altro¹⁹⁶, già analizzata con riguardo alla natura della condotta e avente ad oggetto il caso di un paziente psichiatrico, ricoverato presso una struttura ospedaliera, che decede per polmonite *ab ingestis*, provocata dall'assunzione di farmaci neurolettici. Vengono imputati del delitto di cui all'art. 589 c.p. gli psichiatri che lo hanno in cura, per aver omesso di praticare lo specifico trattamento terapeutico. La sentenza evidenzia come la tempestiva sospensione della terapia farmacologica e dell'alimentazione orale avrebbero evitato l'infausto evento. Si mette in evidenza come il dato statistico fosse in tal senso e che, soprattutto, nel caso di specie, la giovane età e le buone condizioni del paziente inducessero ad una prognosi favorevole.

provvedimenti giudiziari", I Sessione: Parametri normativi della motivazione, Atti dell'incontro di studio, Roma, 26 - 28 febbraio 2004, p. 4.

¹⁹⁵ Sul concetto di probabilità logica e sulla sua applicazione pratica si vedano le considerazioni di C. Brusco, *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass. pen.*, 5, 2008, p. 1878 ss., il quale critica la sovrapposizione, presente in alcune decisioni e contributi dottrinari, del concetto di elevata credibilità razionale a quello di probabilità logica.

¹⁹⁶ F. Giunta e altri, v. Cass. IV, 2 aprile (1 giugno) 2007, n. 21597, Pecchioli e altro, est. Blaiotta, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato già analizzato con riguardo alla natura della condotta, p. 71.

Trattasi, dunque, di un classico caso che riproduce lo schema di giudizio della Franzese: l'indagine statistica esprime un'elevata probabilità di esito positivo, qualora fosse stato praticato il corretto trattamento (meno del due per cento di esiti infausti). Ma al contempo, non è sufficiente per un'affermazione di responsabilità. Pare, quindi, necessario completare l'indagine attraverso un giudizio di probabilità logica: esaminare le caratteristiche del caso di specie per dare conferma al dato statistico. E questo è quanto hanno fatto i giudici del merito: hanno corroborato il dato numerico con altri dati probatori e, cioè, le buone condizioni di salute del paziente, la sua giovane età e, infine, la circostanza che la polmonite avrebbe potuto essere rilevata con largo anticipo, rispetto all'evoluzione mortale poi verificatasi.

Ebbene, nella sentenza suddetta i giudici ribadiscono che *“l'espressione probabilità logica esprime, in ambito epistemologico, il concetto che la constatazione del regolare ripetersi di un fenomeno non ha significato sul solo terreno statistico, ma contribuisce ad alimentare l'affidamento sulla plausibilità della generalizzazione, desunta dall'osservazione dei casi passati”*¹⁹⁷. I giudici della suprema Corte asseriscono che, per sfuggire a possibili equivoci linguistici, è preferibile parlare di corroborazione dell'ipotesi e confermano il ragionamento formulato dai colleghi del merito in punto di nesso causale.

3.2 L'aumento del rischio

In un'epoca ormai successiva alla Franzese, a volte, si assiste con stupore alla comparsa, tra le righe delle sentenze sulla responsabilità dello psichiatra, del termine “rischio”. Trattasi di un sostantivo che, secondo la lingua italiana, esprime la sola eventualità di subire un danno. Quindi: un solo pericolo di lesione del bene protetto. Non, dunque, un'effettiva lesione

¹⁹⁷ V. p. 16 della motivazione di Cass. IV, 2 aprile (1 giugno) 2007, n. 21597, Pecchioli e altro, est. Blaiotta, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

dello stesso. Eppure, ogni tanto, capita che, sulla base dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio, sia ritenuto sussistente il nesso di causalità tra la condotta dell'operatore di salute mentale e l'evento lesivo.

Un esempio recente è Cass. IV, n. 36860/2009, imputato Viscomi¹⁹⁸. Ecco il caso: un'anziana signora, ricoverata presso una casa di cura, precipita rovinosamente con la propria carrozzina da una ripida rampa di scale, riportando gravi lesioni personali, che la conducono a morte. Vengono imputati del reato di cui all'art. 589 c.p. il responsabile della struttura e l'operatrice di supporto, per aver omesso un'adeguata vigilanza, ma il Tribunale dichiara di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, non emergendo dall'istruttoria l'evidenza dell'innocenza degli imputati. La Corte d'Appello conferma la pronuncia di primo grado. Ricorrono dunque per Cassazione gli imputati, ma la Suprema Corte rigetta i ricorsi.

La pronuncia suscita interesse perché i giudici della quarta sezione, confermando le conclusioni alle quali erano pervenuti i colleghi del merito in punto di nesso causale, dichiarano che la caduta della paziente avesse determinato un aggravamento del rischio del verificarsi dell'evento mortale dell'anziana paziente. Sembrerebbe, dunque, che nel caso di specie la Cassazione abbia fatto ricorso alla vetusta teoria dell'aumento del rischio per affermare la sussistenza del nesso causale tra la caduta dalle scale e la morte dell'anziana degente. Pertanto, ritenendo sufficiente il solo rischio di verifica dell'evento mortale.

In questo modo si assiste ad una metamorfosi delle componenti del giudizio controfattuale: non si accerta l'esistenza di un rapporto tra la condotta e l'evento, bensì tra la condotta e il rischio che l'evento si verifichi. Ragionando in questi termini, appare evidente come l'evento morte regredisca a mera condizione obiettiva di punibilità e il reato di danno si trasformi in reato di pericolo¹⁹⁹. La teoria dell'aumento del rischio consentirebbe, così, una mutazione genetica della fattispecie di omicidio

¹⁹⁸ Cass. IV, 12 maggio (22 settembre) 2009, n. 36860, imp. Viscomi, est. Izzo, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

¹⁹⁹ Cfr. O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico*, cit., p. 610.

colposo. Il dna del delitto predetto verrebbe così riscritto: “Chiunque per colpa aumenta le probabilità di morte ovvero diminuisce le *chances* di vita di una persona è punito, se la morte si verifica”. Una concezione che, quindi, trasforma la causalità in causabilità²⁰⁰.

La critica all’aumento del rischio non implica, necessariamente, l’ipotizzare un differente esito processuale, che potrebbe essere comunque di condanna. Cambiano però gli “ingredienti” e, di conseguenza, il “sapore” della sentenza.

La pronuncia, infatti, sarebbe potuta giungere alle medesime conclusioni attraverso il ricorso alla teoria della *condicio sine qua non*, facendo riferimento alle peculiarità concrete dell’evento, secondo lo schema inaugurato dalla sentenza Franzese. Perché, dunque, richiamare l’aumento del rischio?

Dopo l’intervento delle Sezioni Unite del 2002, l’interprete non può che rimanere stupito dal ricorso alla superata teoria dell’aumento del rischio, retaggio ormai di tempi lontani. L’adozione di quest’ultima teoria abbassa poi, drasticamente, i requisiti probatori, poiché consente di pervenire ad una pronuncia di condanna, sulla sola base dell’aumento delle probabilità di verifica dell’evento. Si affievolisce, così, il legame tra autore ed evento, producendo sul terreno processuale una semplificazione dell’onere della prova: è sufficiente una mera probabilità, che però nulla dice circa la reale ed effettiva causazione dell’evento. Si è di fronte, pertanto, ad un giudizio astratto, formulato *ex ante*, mentre il giudizio causale richiede un accertamento in concreto ed *ex post*. La teoria in esame, infatti, sovrappone la colpevolezza alla causalità, anticipando sul piano oggettivo un accertamento che può trovare asilo nel solo campo del nesso tra colpa ed evento. La nozione di aumento del rischio si presenta, pertanto, muta rispetto all’accertamento del nesso eziologico. Essa non aiuta in alcun modo

²⁰⁰ Per una critica alla teoria dell’aumento del rischio si veda per tutti F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., p. 1281 ss. .

a comprendere se, in assenza della condotta omissiva, l'evento letale si sarebbe ugualmente verificato.

Il sostantivo rischio compare, altresì, tra le righe di un'altra sentenza, spesso citata nell'ambito della responsabilità dello psichiatra. Ci si riferisce a Cass. IV, n. 10430/2004, imputato Guida²⁰¹, avente ad oggetto, come più volte ricordato, il suicidio per defenestramento di una paziente, affetta da disturbo depressivo, posto in essere durante un permesso d'uscita temporaneo. Nel caso di specie, i giudici di legittimità avevano sottolineato come l'uscita della paziente dalla casa di cura, costituisse circostanza fattuale tale da determinare un aumento del rischio che la stessa realizzasse un ennesimo gesto autolesivo. Rischio che non si sarebbe verificato, qualora il medico curante avesse adeguatamente informato la volontaria delle condizioni della paziente.

La pronuncia è stata oggetto di critica, poiché si è ritenuto che avesse fondato la sussistenza del nesso causale sulla base del solo rischio di verificazione dell'evento²⁰².

Ad un'attenta analisi della sentenza, però, si nota come in realtà i giudici non abbiano fatto ricorso alla teoria dell'aumento del rischio per affermare la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva dello psichiatra e il suicidio della paziente. Essi, infatti, asseriscono che il gesto autolesivo non si sarebbe, con certezza, verificato qualora l'assistente volontaria fosse stata adeguatamente informata del rischio suicidario. Applicano, pertanto, lo schema di giudizio proposto dalla sentenza Franzese, richiamando il principio sul quale poggia quest'ultima: "...al giudizio di responsabilità può

²⁰¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, imp. Guida, est. Piccialli, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato precedentemente analizzato con riguardo alla posizione di garanzia, p. 90.

²⁰² Per una critica alla sentenza Guida si vedano le considerazioni di M. Maspero, *Una discutibile sentenza della Cassazione sulla responsabilità penale del medico psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2004, p. 1246 ss. . M. Zanchetti, *Fra l'incudine e il martello*, cit., p. 2859. *Contra* si vedano le recenti considerazioni di C. Brusco, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Giuffrè, 2012, p. 245 ss., per il quale sarebbe ingiustificata la critica secondo cui la sentenza Guida costituirebbe un ritorno alla teoria dell'aumento del rischio. In realtà, i giudici di legittimità affermano che l'evento concreto non si sarebbe – con certezza - verificato, qualora la volontaria fosse stata adeguatamente informata del rischio suicidario.

e deve pervenirsi solo quando, all'esito del ragionamento probatorio, che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e "processualmente certa" la conclusione che la condotta incriminata è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"²⁰³.

Non si tratta, dunque, di un mero contributo di facciata, di un accertamento solo mascherato del nesso causale. Certo, non si può negare che la sentenza affermi che l'uscita dalla casa di cura della paziente, non accompagnata da un'assistenza più informata, abbia aumentato il rischio che la paziente si sarebbe suicidata. Il riferimento al rischio, tuttavia, non viene operato con riguardo all'accertamento del nesso causale, ma attiene al piano della prevedibilità ed evitabilità dell'evento mortale verificatosi. Non a caso, i giudici affermano che la paziente era un soggetto ad alto rischio suicidario, in considerazione dei pregressi tentativi posti in essere in epoca immediatamente precedente e, quindi, tale pericolo concreto si presentava elevatissimo. Di pericolo e, dunque, di rischio si parla nella sentenza, ma non con riguardo all'elemento oggettivo del reato. Non lo si utilizza per accertare il nesso di causalità, ma per ritenere sussistente la colpa.

3.3 Massime di esperienza

Il giudizio sul nesso causale, come visto, pur non risolvendosi in un mero dato statistico è, spesso, accompagnato da una legge scientifica, che costituisce la base sulla quale costruire il ragionamento processuale. Esistono campi, però, nei quali la legge scientifica è, in certi casi, solo un miraggio. Manca totalmente. Uno di questi è la scienza psichiatrica, almeno con riguardo ad un enunciato che asserisca che un paziente depresso si toglierà la vita, qualora non vigilato. Non esiste una legge che affermi che un paziente schizofrenico ucciderà un compagno di camera, qualora gli

²⁰³ V. p. 11 della motivazione di Cass. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, imp. Guida, est. Piccialli, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

venga somministrata un'errata terapia farmacologica. Come fare in questi casi? Dobbiamo rinunciare ad accertare il nesso di causalità o, forse, esiste un parametro di riferimento che consenta di verificare la sussistenza del nesso causale tra la condotta dello psichiatra e l'evento cagionato dal paziente? La risposta, ancora una volta, è fornita dalla sentenza Franzese, la quale espressamente annovera, tra i parametri del giudizio controfattuale, le massime di esperienza. In particolare, queste ultime possono definirsi come generalizzazioni empiriche tratte, con procedimento induttivo, dall'esperienza comune, che forniscono al giudice informazioni su ciò che normalmente accade in un determinato contesto spazio - temporale. Trattasi, dunque, di nozioni di senso comune, derivate da una molteplicità di casi particolari, ipotizzati come generali, poiché regolari e ricorrenti secondo l'*id quod plerumque accidit*²⁰⁴.

Le massime di esperienza si distinguono dalle leggi scientifiche, non necessariamente per il grado di attendibilità, ma per la diversa matrice dalla quale provengono: la comune esperienza le prime, il sapere scientifico le seconde. Trattasi comunque, in entrambi i casi, di enunciati di regolarità²⁰⁵. L'assenza della legge scientifica non comporta, dunque, una regressione verso motivazioni soltanto apparenti. L'obbligo di motivazione, ex art. 125 comma III c.p.p., può essere soddisfatto anche mediante massime di esperienza²⁰⁶.

Il riferimento alle massime di esperienza, però, talvolta viene operato solo implicitamente nella motivazione delle sentenze. Un esempio è offerto da

²⁰⁴ Per la nozione di massima di esperienza v. G. Canzio, "*Motivazione sufficiente e congrua attraverso il prisma dei motivi di impugnazione delle sentenze in appello e in cassazione*", cit., p. 4; id., *Ragionamento probatorio e motivazione della sentenza*, in "*Prima settimana di tirocinio ordinario nel settore penale riservata agli uditori giudiziari nominati con D.M. 18 gennaio 2002*", Roma, 18-22 novembre 2002, p. 6.

²⁰⁵ In questo senso P. Piras, *Il giudizio causale in assenza di leggi scientifiche*, in *Cass. pen.*, 7 - 8, 2004, p. 2379 ss. .

²⁰⁶ La stessa dottrina che ha contribuito alla diffusione, in giurisprudenza, del modello della sussunzione sotto leggi scientifiche ha sottolineato come l'imputazione causale non è preclusa in assenza di esso. Così F. Stella, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria, appendice a leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 375.

Cass. IV, n. 10430/2004, imputato Guida²⁰⁷, già oggetto di analisi, con riguardo alla permanenza della posizione di garanzia nel caso di permesso d'uscita temporaneo del paziente psichiatrico. Ebbene, nel caso di specie, emerge che i giudici abbiano effettuato il giudizio controfattuale, con esito positivo, applicando appunto implicitamente una massima di esperienza, secondo la quale una più accurata sorveglianza di un paziente, affetto da disturbo depressivo, scongiura il verificarsi di inconsulti comportamenti auto lesivi.

Le massime di esperienza, tuttavia, impongono una certa cautela nella loro applicazione. Esse, infatti, sono caratterizzate da un notevole grado di elasticità e, pertanto, la sentenza può essere considerata immune da censure motivazionali solo quando le stesse siano state oggetto di verifica empirica. Il settore psichiatrico, pur connotato da un indelebile alone di incertezza, mostra come una più accurata vigilanza del paziente spesso eviti il compimento di nefasti comportamenti auto soppressivi. Certo, la sola massima di esperienza, di per sé, non è in grado di asserire che qualora fosse stata rispettata la condotta doverosa l'evento non si sarebbe realizzato. Occorre verificare, come del resto in presenza di una legge scientifica e in ossequio al modello proposto dalla Franzese, se i dati probatori del caso concreto corroborino l'enunciato. Nel caso della sentenza Guida, invero, le peculiarità del fatto storico confermano quanto prospettato dalla massima di esperienza: l'assenza di specializzazione in capo alla volontaria che aveva accompagnato la paziente, il fatto che la stessa non fosse stata posta al corrente del rischio suicidario, che si presentava elevato per la fase di latenza del farmaco utilizzato e per i tre pregressi tentativi di suicidio, posti in essere dalla paziente in epoca immediatamente precedente, rappresentano dati che confermano l'enunciato predetto. Trattasi, quindi, di un giudizio di probabilità logica, strutturato secondo un comune ragionamento, che utilizza come base di esso un enunciato di regolarità. Certo, di una legge scientifica

²⁰⁷ F. Giunta e altri, Cass. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, imp. Guida, est. Piccialli, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato con riguardo alla posizione di garanzia, p. 90; all'aumento del rischio, p. 151.

non vi è traccia. Ma questo non significa rinunciare ad accertare il nesso causale. Esistono ambiti, come quello psichiatrico, nei quali il “perché” dell’evento lesivo può essere individuato solo attraverso massime di esperienza. Non esiste una legge scientifica secondo la quale, sempre o quasi, la mancata adozione di un idoneo sistema di vigilanza, comprensivo del divieto di uscire dalla casa di cura, sia seguito dalla condotta suicidaria del malato. E si può aggiungere un ulteriore dato: nella pratica giudiziaria, anzi, è frequente l’assenza di una legge di copertura. Il ricorso a massime di esperienza è, dunque, inevitabile, pena altrimenti la rinuncia ad accertare la sussistenza del nesso tra condotta ed evento²⁰⁸.

3. 4 La Franzese svanisce

Nella giurisprudenza penale della medicina, spesso, si assiste ad un improprio richiamo dei principi espressi dalla sentenza Franzese. Il giudizio bifasico, strutturato nei due momenti quantitativo e qualitativo si vaporizza: da bifasico diviene monofasico. Il dato statistico, espresso dalla legge scientifica o dalla massima di esperienza, viene spesso pretermesso e l’accertamento del nesso causale si adagia sulle conclusioni dei periti. Della legge scientifica o della massima di esperienza non vi è, sovente, alcuna traccia nella motivazione delle sentenze e il campo psichiatrico ne è testimone. Un esempio è la già analizzata sentenza Desana²⁰⁹, relativa ad un caso di defenestramento di un paziente psichiatrico, successivo ad omessa sorveglianza. Nel caso di specie, i giudici della Suprema Corte asseriscono che l’autorizzazione all’uscita dal reparto avesse rappresentato la premessa

²⁰⁸ In questo senso si vedano le considerazioni di P. Piras, *Il giudizio causale in assenza di leggi scientifiche*, cit., p. 2387. *Contra* M. Maspero, *Mancata previsione di un evento suicidiario*, cit, p. 939 ss., secondo il quale senza l’individuazione di una legge scientifica, l’imputazione causale rimane il frutto di un apprezzamento arbitrario del giudice. Si tratta, tuttavia, di un articolo precedente all’intervento delle S.U. con la nota sentenza Franzese del 2002.

²⁰⁹ F. Giunta e altri, Cass., IV, 27 novembre (29 dicembre) 2008, n. 48292, imp. Desana, est. Bricchetti, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato già oggetto di analisi con riferimento alla sussistenza della posizione di garanzia, p. 87; all’oggetto della prevedibilità, p. 107; allo psichiatra modello, p. 116.

imprescindibile per la realizzazione del gesto suicidario, condividendo così le conclusioni della corte territoriale circa la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva dei medici e l'evento. La Cassazione, dunque, giunge a questa conclusione: se fossero state impartite precise disposizioni, il suicidio non sarebbe avvenuto. Ma dov'è il dato statistico o la massima di esperienza? Nella sentenza si legge, forse, che l'omessa vigilanza di un paziente psichiatrico determina, in una certa percentuale di casi, il compimento di un gesto autolesivo? La risposta è negativa. I giudici della Suprema Corte si limitano ad affermare che, qualora gli imputati avessero tenuto la condotta doverosa, il suicidio non si sarebbe verificato. È, quindi, palesemente assente il giudizio bifasico proposto dalla Franzese. Occorre, comunque, segnalare che la giurisprudenza recente, a volte, ribadisce l'esigenza di un richiamo non meramente formale dello schema proposto dalle Sezioni Unite, circa l'accertamento del nesso causale. Un esempio è Cass. IV, n. 17619/2009, imputato Piga²¹⁰. Un medico ginecologo omette di comunicare tempestivamente alla propria paziente, in stato di gravidanza e affetta da epilessia, la presenza di gravi malformazioni fetali. Viene così proseguita la gestazione, che si conclude con esito infausto, il quale determina nella paziente l'insorgere di un disturbo dell'adattamento con umore depresso. Il ginecologo viene, dunque, imputato del reato di lesioni colpose, con conseguente condanna in primo grado. La corte d'Appello assolve, invece, l'imputato perché il fatto non sussiste, ritenendo non provato il nesso causale tra la condotta e l'evento. Sentenza poi confermata dalla Cassazione.

La sentenza motiva sull'esclusione del nesso di causalità, osservando come l'affermazione circa l'aggravamento della patologia depressiva, a causa della condotta del medico, fosse priva di dati oggettivi che la potessero sorreggere. Essa era frutto del solo parere espresso dal perito, che non aveva indicato alcun elemento in base al quale si potesse affermare che la condotta

²¹⁰ F. Giunta e altri, Cass. IV, 5 marzo (24 aprile) 2009, n. 17619, imp. Piga, est. Bianchi, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

del medico avesse inciso sulla depressione della paziente. La sentenza analizzata sottolinea ancora come sia inutile richiamare la sentenza Franzese se poi non si rispettano i principi dalla stessa enunciati: se l'enunciato di regolarità non viene espresso dal perito, il giudizio poggia sul vuoto e, pertanto, non consente di raggiungere la tanto acclamata certezza processuale.

La sentenza appare condivisibile. Il giudice, infatti, non può delegare il proprio compito al perito, perché altrimenti abdicerebbe il suo ruolo di organo giudicante. L'estensore della motivazione deve, infatti, identificarsi con colui che ha deciso il processo, non con il perito.

3. 5 Cura disposta e no nel controfattuale...

I due termini che compongono il nesso di causalità sono, dunque, la condotta e l'evento.

In precedenza sono stati analizzati i criteri che consentono di distinguere la condotta attiva da quella omissiva, ora pare opportuno verificare se tale distinzione produca delle ricadute applicative sul piano del nesso di causalità.

Il problema dell'identità o della diversità strutturale²¹¹ tra la causalità attiva e la causalità omissiva ha stimolato un acceso dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza.

Parte della dottrina²¹² ritiene che l'accertamento della causalità omissiva consista in un giudizio predittivo, una mera prognosi incapace di addivenire

²¹¹ Sull'argomento P. Astorina, *Causalità omissiva e colpa: responsabilità medica e logiche normative del diritto penale d'evento*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2011, p. 1683 ss. .

²¹² Sul modello differenziato della causalità si veda R. Bartoli, *Il problema della causalità penale Dai modelli unitari al modello differenziato*, in *Itinerari di diritto penale*, sez. saggi, Torino, 2010, p. 47 ss.; id., *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 107 ss. . Nello stesso senso F. Viganò, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2009, p. 1689, secondo il quale ha senso parlare di causalità , in quanto ci si riferisca alla spiegazione di "come sono andate realmente le cose"; mentre ogni qualvolta ci si proponga di stabilire "come sarebbero andate le cose", si discute in realtà

alla certezza dei giudizi esplicativi basati su decorsi causali reali. In questi casi, il comportamento è solo immaginato e le leggi scientifiche, universali o statistiche che siano, vengono impiegate in un contesto in cui perdono la loro funzione esplicativa, mentre assumono un ruolo di mero rafforzamento logico della predizione. La sentenza Pecchioli, precedentemente analizzata, al riguardo ha sottolineato come, nei reati omissivi, l'accertamento del nesso causale sia esposto a maggiori margini di incertezza. In passato, infatti, è stato ritenuto che l'accertamento della causalità omissiva non possa raggiungere lo stesso livello di rigore di quella attiva²¹³.

Altri²¹⁴, invece, replicando a tali argomentazioni, hanno sostenuto la necessità del giudizio controfattuale in entrambe le ipotesi, negando la diversità dei due modelli euristici, per il solo fatto che l'uno abbia struttura ipotetica e l'altro empirico - fattuale. Sia nella fattispecie omissiva che in quella attiva il giudizio di accertamento del nesso causale si fonda su un ragionamento ipotetico: un giudizio formulato *ex post*, attraverso il quale ci si chiede cosa sarebbe avvenuto immaginando, rispettivamente, presente o assente una condotta che nella realtà non si è realizzata.

La conclusione alla quale giunge il suddetto orientamento è, pertanto, questa: non si può fare a meno del giudizio controfattuale né in ipotesi di condotta attiva né in caso di condotta omissiva.

Alle stesse conclusioni perviene, normalmente, la giurisprudenza penale della medicina, sottolineando come il giudizio controfattuale si svolga, allo

dell'imputazione per colpa dell'evento. Sull'accertamento del nesso nella causalità omissiva Id., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale*, cit., p. 964 ss., secondo il quale il giudizio bifasico funziona perfettamente solo in ipotesi di causalità commissiva, poiché in quella omissiva non ha alcun senso procedere all'esclusione di decorsi causali alternativi. Nello stesso senso F. D'Alessandro, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 12, 2007, p. 4842 ss. . L. Maserà, *Il modello causale delle Sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2006, p. 498 ss. . M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 376.

²¹³ V. p. 14 della motivazione di Cass. IV, 2 aprile (1 giugno) 2007, n. 21597, Pecchioli e altro, est. Blaiotta, in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato già analizzato con riguardo alla natura della condotta, p. 71; al significato di probabilità logica, p. 147.

²¹⁴ C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, XIV, 1992, p. 821 ss.

stesso modo, in entrambe le ipotesi. Esso presuppone, in ogni caso, la solita domanda: in assenza della condotta, attiva od omissiva, si sarebbe verificato l'evento?

Un recente esempio, in tal senso, è offerto da Cass. IV, n. 29476/2011, imputato Luvarà²¹⁵. Un medico procede all'asportazione di un neo con peduncolo sanguinante. Si limita però alla sola rimozione dello stesso, anziché alla totale asportazione della formazione. Omette l'esame istologico del reperto e la paziente viene persa per melanoma maligno, non diagnosticato dal medico. Nel merito si ritiene assente il nesso causale tra l'omesso esame istologico e la morte, ma la Cassazione, qualificando attiva la condotta della rimozione del peduncolo e omissiva quella del mancato esame istologico, annulla con rinvio la sentenza, imponendo al giudice del rinvio di svolgere il giudizio controfattuale anche con riferimento alla condotta qualificata attiva.

La pronuncia è di particolare interesse perché asserisce, con chiarezza, che in caso di azione, il giudizio controfattuale si effettua chiedendosi se, ipotizzata non avvenuta l'azione, l'evento si sarebbe ugualmente verificato. In caso di omissione, si chiede se, dando per avvenuta la condotta doverosa, l'evento si sarebbe ugualmente verificato.

La sentenza, pertanto, soltanto apparentemente, è in contrasto con quella giurisprudenza della quarta sezione, secondo la quale il giudizio controfattuale si svolge allo stesso modo sia in ipotesi di condotta attiva che omissiva²¹⁶. Essa costituisce, soltanto, una specificazione: semplicemente, in caso di azione, si ipotizza l'assenza della stessa; in caso di omissione, si immagina la presenza della condotta doverosa.

²¹⁵ Cass. IV, 16 giugno (22 luglio) 2011, n. 29476, imp. Luvarà, est. Piccialli, con nota di C. Sale, *Qualificazione e rilevanza della condotta medica quale azione od omissione.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²¹⁶ Così Cass. IV, 14 novembre (22 dicembre) 2008, n. 47490, imp. Calzini, est. Piccialli, in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit., in cui si asserisce che la verifica del nesso causale è sottoposta a regole identiche sia in caso di azione che di omissione e che l'unica distinzione attiene alla necessità, in caso di omissione, di fare ricorso ad un giudizio controfattuale meramente ipotetico. Lo stesso principio è ribadito da Cass. IV, 15 novembre 2005 (27 gennaio 2006), n. 3380, imp. Fedele, est. Bianchi, in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit. .

La distinzione tra la causalità attiva e quella omissiva trapela anche dall'analisi della nota sentenza Pozzi²¹⁷. Il caso aveva ad oggetto l'omicidio commesso da un paziente psichiatrico ai danni di un educatore della struttura, presso la quale era ricoverato. I giudici di legittimità, dopo aver asserito la natura commissiva della condotta²¹⁸, sulla base sia del criterio normativo che di quello naturalistico, hanno ritenuto che non fosse necessario porsi la domanda su che cosa sarebbe avvenuto qualora non si fosse proceduto alla modifica terapeutica. Tale quesito, scrivono i giudici, ha senso solo in ipotesi di condotta omissiva: *“il medico che non ha somministrato il farmaco salvifico risponde della morte del paziente se, in base al giudizio controfattuale, può ritenersi, in termini di elevata credibilità razionale, che l'evento non si sarebbe verificato se il medico avesse compiuto l'azione richiesta”*²¹⁹. Quindi: dando per presente la condotta doverosa.

Il giudizio controfattuale, secondo il ragionamento dei giudici, infatti, non avrebbe dovuto essere compiuto, come implicitamente richiesto dal ricorrente, dando per avvenuta una condotta impeditiva che non vi è stata e chiedendosi se, posta in essere la medesima, l'evento si sarebbe comunque verificato. Ma domandandosi se, ipotizzando non avvenuta la modifica della terapia farmacologica, si sarebbe ugualmente verificato lo scompenso conclamato che ha condotto il paziente all'aggressione dell'educatore.

Tuttavia, l'impianto del giudizio controfattuale è sempre il medesimo e consiste nel solito condizionale congiuntivo (se,...allora)²²⁰: in caso di

²¹⁷ Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, Pozzi, est. Brusco, in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit. .

²¹⁸ La sentenza Pozzi afferma la natura commissiva della condotta, sulla base dei criteri normativo e naturalistico, oggetto di analisi nel capitolo dedicato alla posizione di garanzia, p. 70 ss.

²¹⁹ Vedi p. 34 della motivazione di Cass. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795, Pozzi, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

²²⁰ Così O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico*, cit., p. 611 ss., secondo la quale il giudizio su cui si fonda l'accertamento del nesso causale ha identica natura nella condotta omissiva e in quella attiva. La differenza consisterebbe esclusivamente nel fatto che, nei reati commissivi il controfattuale affonda nell'eliminazione mentale, nei reati omissivi si espleta mediante l'immissione mentale.

azione, si ipotizza l'assenza della stessa; in caso di omissione, si immagina la presenza della condotta doverosa.

Ancora, lo stesso schema di giudizio è adottato da Cass. IV, n. 840/2008, imputato Brignoli²²¹, già oggetto di analisi. La sentenza aveva ad oggetto un caso di eccessiva somministrazione di un farmaco antidepressivo ad una paziente psichiatrica, a seguito della quale erano derivate gravi alterazioni patologiche tali da provocarne il decesso. I giudici della quarta sezione, anche questa volta, dopo aver qualificato la condotta del medico in termini di azione, ribadiscono che il giudizio controfattuale non debba essere compiuto ipotizzando non avvenuta una condotta che non si è verificata e, dunque, chiedendosi se, posta in essere la stessa, l'evento si sarebbe comunque verificato. Ma domandandosi se, immaginando non avvenuto il mutamento del trattamento farmacologico, si sarebbe ugualmente verificato il processo patologico che aveva condotto la paziente all'*exitus*.

Alla luce di tali considerazioni, si può giungere a questa conclusione: ciò che, in giurisprudenza, realmente conta, indipendentemente dal qualificare la condotta quale attiva od omissiva, è la regola cautelare violata. Nel reato colposo è, infatti, la regola cautelare che indica qual è la condotta oggetto di incriminazione, che assegna tipicità alla condotta: violazione della regola cautelare e condotta tipica coincidono. Pertanto, chiedersi se in assenza della condotta l'evento si sarebbe o no verificato, significa chiedersi se l'evento avrebbe avuto luogo qualora la regola cautelare fosse stata rispettata.

La giurisprudenza della quarta sezione propone, infatti, il solito schema di giudizio: prima si individua la regola cautelare e poi ci si chiede cosa sarebbe successo se quest'ultima fosse stata rispettata²²². La regola

²²¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 6 novembre 2007 (10 gennaio 2008), Brignoli, n. 840, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato in precedenza analizzato con riguardo al criterio naturalistico, p. 74.

²²² *Ex plurimis*: 12 aprile (14 settembre) 2007, n. 34782, imp. Iuzzolini, est. Zecca; 18 aprile (8 maggio) 2008, n. 18484, imp. Baioli, est. Licari; 8 luglio (11 agosto) 2008, n. 33309, imp. Rizzato, est. Bricchetti; 21 aprile (11 giugno) 2009, n. 24031, imp. Cicarelli, est. Blaiotta; 15 dicembre (26 gennaio) 2010, n. 3359, imp. Meroni, est. Massafra; 8 aprile

cautelare, che scolpisce la condotta, viene quindi utilizzata *ex art. 40 c.p.* per il giudizio causale, il quale viene così a coincidere con quello che, talvolta, viene qualificato come comportamento alternativo lecito.

3. 6 ... e nella causalità della colpa

La distinzione, invece, tra azione e omissione produce delle rilevanti conseguenze con riguardo alle sfere degli accertamenti imposti dagli artt. 40 e 43, alinea III c.p.

In ipotesi di omissione, accogliendo l'orientamento della diversità strutturale, il giudizio controfattuale *ex art. 40 c.p.*, non può svolgersi senza fare riferimento ad una regola cautelare. Esso suona in questi termini: in assenza dell'omissione si sarebbe verificato l'evento? Ipotizzare l'assenza dell'omissione significa dare per presente la condotta doverosa, cioè quella espressa dalla regola cautelare. Ad esempio, morte del paziente per defenestramento, successiva ad omessa sorveglianza. Per chiedersi cosa sarebbe successo in assenza dell'omissione, occorre ipotizzare la presenza della condotta doverosa, cioè l'assicurare una maggiore vigilanza del paziente. In buona sostanza, occorre domandarsi se l'evento si sarebbe comunque verificato, qualora la regola cautelare fosse stata rispettata. Nella causalità omissiva, chiedersi che cosa sarebbe successo in assenza dell'omissione, è esattamente la stessa cosa che chiedersi cosa sarebbe successo se la regola cautelare fosse stata rispettata. Quindi: nell'omissione, il giudizio di causalità della condotta *ex art. 40 c.p.*, si sovrappone perfettamente a quello di causalità della colpa *ex art. 43, alinea III c.p.* .

In ipotesi di azione, invece, il giudizio di causalità può svolgersi senza fare riferimento ad una regola cautelare. Il giudizio può essere così strutturato: in

(28 maggio) 2010, n. 20370, imp. Zagni, est. Romis; 26 maggio (23 settembre) 2010, n. 34521, imp. Huscher e altri, est. Brusco; 6 ottobre (16 novembre) 2010, n. 40489, imp. Occhipinti e altri, est. Maisano; 4 ottobre (13 novembre) 2010, n. 43446, imp. Dell'Orso, est. Marzano, tutte in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit. Così anche Cass. IV, 21 dicembre 2010 (27 gennaio 2011), n. 2815, imp. Arrotta, est. Piccialli, inedita; Cass. IV, 1 marzo (13 aprile) 2011, n. 15002, imp. Reif ed altri, est. D'Isa, inedite.

assenza dell'azione si sarebbe verificato l'evento? Ad esempio, morte per reazione avversa a farmaco.

Per stabilire se sussista il nesso causale *ex art. 40 c.p.*, è sufficiente chiedersi se la morte sarebbe ugualmente avvenuta senza la somministrazione. Non occorre fare riferimento ad una regola cautelare. Il quesito: “Se la regola cautelare fosse stata rispettata si sarebbe verificato l'evento?”, ce lo si può porre in un altro momento, nell'ambito dell'art. 43 alinea III c.p., dopo che si è stabilito, *ex art. 40 c.p.*, che l'omicidio commesso dal paziente è stato la conseguenza della errata riduzione del farmaco.

Pertanto, in ipotesi di condotta attiva, la causalità della condotta può essere tenuta separata dalla causalità della colpa.

A fronte di tale diversità, certa giurisprudenza²²³, sia pure in materia di infortunistica stradale, sostiene che ciò importi la necessità di un differente grado di giudizio per la causalità della condotta e per la causalità della colpa: certezza processuale il primo, probabilità il secondo. Cosiddetto “nesso forte” il primo, cosiddetto “nesso debole” il secondo. In ipotesi di azione, dunque, alla domanda: “Se la regola cautelare fosse stata osservata l'evento si sarebbe comunque realizzato?”, ci si accontenterebbe di rispondere: “Probabilmente no”. L'opinione è motivata basandosi sull'irrazionalità che si avrebbe qualora si rinunciasse a muovere l'addebito colposo ogniqualvolta vi è la certezza processuale che l'evento sia stato cagionato da una certa azione.

L'orientamento che distingue, sul piano della causalità, l'azione dall'omissione suscita notevoli perplessità: la condotta attiva viene a subire una vistosa disparità di trattamento rispetto a quella omissiva. Invero, nei processi per reato colposo di evento, la domanda cruciale è proprio quella relativa al che cosa sarebbe successo qualora la regola cautelare fosse stata rispettata. In ipotesi di azione sarebbe sufficiente la probabilità, mentre in caso di omissione, la sovrapposizione della causalità della condotta con quella della colpa, richiederebbe la certezza (processuale). In presenza di

²²³ Sez. IV, 6 luglio (12 ottobre) 2007, Rinaldi, n. 37606, inedita.

condotta omissiva, inoltre, se si esclude che il rispetto della regola cautelare avrebbe scongiurato l'evento, la formula assolutoria sarebbe quella perché il fatto non sussiste. In ipotesi di azione, invece, la formula sarebbe perché il fatto non costituisce reato. Soltanto nella prima ipotesi è, quindi, precluso l'instaurarsi di un successivo giudizio civile *ex art. 652 c.p.p.* .

Le conseguenze si avvertono anche sul piano della prevenzione generale: nell'attività medica, questo orientamento scoraggia l'operatore sanitario dall'intraprendere rischiosi trattamenti, nei quali salvare la vita del paziente è impresa piuttosto ardua. Ad esempio, un soggetto, a seguito di un grave incidente stradale, giunge in ospedale in preda ad una gravissima emorragia interna, che il più delle volte conduce ad un esito letale, pur praticando tempestivamente il corretto intervento chirurgico. Il medico, per evitare di compiere una manovra errata nel corso dell'intervento, rimane inerte: in presenza di una condotta omissiva, sarà necessario provare, con certezza processuale, che il tempestivo e corretto intervento chirurgico avrebbe scongiurato l'evento letale, cosa praticamente difficile dato il quadro clinico. Se il medico, invece, pratica l'intervento, ponendo in essere un'azione errata che porta a morte il paziente, è sufficiente provare che solo probabilmente la corretta azione chirurgica avrebbe evitato l'evento.

Come è possibile evitare questa disparità di trattamento? L'orientamento tradizionale della giurisprudenza, per accertare il rapporto di causalità *ex art. 40 c.p.*, senza distinguere tra condotta attiva e condotta omissiva, si chiede semplicemente se l'evento si sarebbe comunque verificato in assenza della condotta, già accertata "colposa". In questo modo, la mancata prova della sussistenza del nesso eziologico importerà l'assoluzione perché il fatto non sussiste, sia in ipotesi di azione che di omissione. Ragionando in questi termini, se questa è la causalità della condotta, occorre chiedersi quale sia la causalità della colpa, *ex art. 43, alinea III c.p.* . Disposizione che, nell'offrire la definizione del delitto colposo, richiede che l'evento si verifichi a causa

di negligenza, imprudenza e imperizia, etc.²²⁴ Nello schema di giudizio del delitto colposo, dunque, non rimane altro che la c.d. concretizzazione del rischio, cioè l'accertamento che l'evento verificatosi nella realtà rappresenti la realizzazione del pericolo che la regola cautelare violata mirava a prevenire. In altri termini, l'evento concreto deve essere il risultato di una delle serie di sviluppi causali il cui prevedibile avverarsi rendeva colposa la condotta dell'agente.

Questo ragionamento è stato effettuato, chiaramente, dalla sentenza Desana²²⁵, precedentemente analizzata. La sentenza aveva ad oggetto il suicidio per defenestramento di un paziente psichiatrico, successivo ad omessa vigilanza.

I giudici di legittimità, dopo aver asserito che l'autorizzazione all'uscita dal reparto aveva rappresentato la premessa imprescindibile per il compimento del gesto suicidario, aggiungono che l'evento aveva costituito la concretizzazione del rischio che la regola cautelare mirava a prevenire, cioè di quella regola che impone maggiore attenzione sul paziente, durante il periodo di latenza della terapia farmacologica.

La sentenza ripropone, dunque, il solito impianto: nel giudizio controfattuale, ci si chiede se, eliminata mentalmente la condotta, l'evento si sarebbe ugualmente verificato; nella causalità della colpa, non rimane altro che verificare se l'evento sia la realizzazione del pericolo che la regola cautelare violata mirava ad evitare.

Alla luce delle predette considerazioni, si può giungere a questa conclusione: poiché il giudizio controfattuale si incentra, secondo la giurisprudenza della Cassazione, sulla regola cautelare violata, ne deriva che

²²⁴ In dottrina F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 1279. Sullo stesso argomento, con riguardo alla somministrazione di farmaci, P. Piras, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. pen.*, 5, 2009, p. 1967.

²²⁵ F. Giunta e altri, v. Cass. IV, 27 novembre (29 dicembre) 2008, n. 48292, imp. Desana, est. Bricchetti, in *Il diritto penale della medicina*, cit. il caso è stato già oggetto di analisi con riferimento alla sussistenza della posizione di garanzia, p. 87; all'oggetto della prevedibilità, p. 107; allo psichiatra modello, p. 116; al venir meno dello schema di giudizio adottato dalla Franzese, p. 155.

la questione della distinzione tra condotta attiva e omissiva si stempera nel momento dello svolgimento del giudizio controfattuale. La mantiene, invece, in un momento soltanto prodromico ad esso e, cioè, nell'individuazione della posizione di garanzia, della titolarità dell'obbligo giuridico, che *ex art. 40 II comma c.p.*, va ricercata solo in presenza di una condotta omissiva.

3. 7 Le conseguenze dello scompensamento

Una volta analizzato il primo termine del giudizio controfattuale, occorre soffermarsi sul secondo: l'evento, cioè quell'accadimento temporalmente e spazialmente separato dalla condotta e che da questa deve essere causato²²⁶.

Quali caratteristiche deve presentare l'evento per poter essere addebitato all'imputato? Deve trattarsi di un accadimento astratto, come quello descritto dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale, oppure deve essere un evento concreto, da individuarsi secondo le sue coordinate temporali, spaziali e modali?

Nei casi di responsabilità dell'operatore di salute mentale, spesso, la difesa suona in questi termini: sì, il paziente era depresso, corrisponde a verità che non sia stato vigilato, ma il quadro patologico era tale che comunque si sarebbe suicidato alla prima occasione. O ancora, la paziente era depressa, è stato consentito che la stessa uscisse temporaneamente dalla struttura, ma le condizioni erano tali che si sarebbe potuta togliere la vita anche all'interno della medesima. Altra eccezione difensiva: il paziente era affetto da gravi disturbi psichici, ha ucciso una persona con un'arma procuratasi grazie alla licenza per porto d'armi, ma avrebbe potuto comunque cagionarne la morte con un'arma acquistata clandestinamente.

Si ritiene, ormai unanimemente, che l'evento non possa coincidere con l'astratta descrizione normativa, ma con l'evento concreto. Si è d'accordo sul fatto che non avrebbe alcun senso chiedersi, in astratto, se il paziente

²²⁶ Così G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 175.

sarebbe morto qualora fosse stato adeguatamente vigilato, considerato che, per ogni essere umano, la morte costituisce, prima o poi, evento inevitabile. Ha un senso, invece, ad esempio, domandarsi se il paziente si sarebbe comunque suicidato in quel tempo e in quel luogo, qualora l'operatore di salute mentale avesse proceduto ad un'adeguata sorveglianza.

3. 8 Tempo

Il tempo è l'elemento più frequente di diversità dell'evento. La giurisprudenza ritiene, infatti, che un evento è diverso quando, col rispetto della condotta doverosa, si sarebbe comunque verificato, ma in un momento successivo. Ma quanto deve essere successivo? Qual è la misura del tempo necessaria a segnare il confine tra la sussistenza e l'assenza del nesso causale? La legge è muta al riguardo, non offre alcuna indicazione e, pertanto, occorre rivolgere uno sguardo alla giurisprudenza per ricevere qualche risposta. La sentenza Franzese ritiene, affinché la diversità possa essere considerata rilevante, che l'evento è diverso quando si sarebbe verificato in un'epoca significativamente posteriore²²⁷. E la giurisprudenza successiva si è preoccupata di specificare il significato dell'avverbio, sufficientemente specificando che non deve trattarsi di minuti o ore²²⁸. Implicitamente è stato stimato un lasso di tempo corrispondente almeno ad un giorno²²⁹.

La giurisprudenza sulla responsabilità dello psichiatra è aderente all'orientamento suddetto. Un esempio è Cass. IV, n. 21597/2007, imputato Pecchioli e altro²³⁰, più volte citata. Il caso aveva ad oggetto l'omessa

²²⁷ Cass. S.U., 10 luglio (11 settembre) 2002, n. 30328, imp. Franzese, cit. .

²²⁸ Cass. IV, 2 ottobre (31 ottobre) 2008, n. 40924, imp. Tolaro, est. Bricchetti; Cass. IV, 22 settembre (2 novembre) 2010, n. 38571, imp. Poloni e altro, est. Brusco; Cass. IV, 23 settembre (2 novembre) 2010, n. 38586, imp. Montrasio, est. Brusco, tutte in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit. .

²²⁹ In dottrina cfr. F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., p. 1320 ss. .

²³⁰ F. Giunta e altri, Cass. IV, 2 aprile (1 giugno) 2007, n. 21597, Pecchioli e altro, est. Blaiotta, in *Il diritto penale della medicina*, cit. il caso è stato già analizzato con riguardo

diagnosi di una polmonite *ab ingestis*, che aveva condotto a morte un paziente psichiatrico. I giudici della Suprema Corte non hanno accolto le doglianze espresse delle parti civili, le quali avevano eccepito la carenza di motivazione circa l'incidenza della condotta doverosa sul momento della verifica dell'evento. La Cassazione asserisce che, seppur l'omissione di una terapia diretta a ritardare l'evento letale possa essere eziologicamente rilevante, il differimento dell'evento non possa essere comunque effimero. Nel caso di specie, infatti, è stato ritenuto che nulla di significativo poteva esser fatto per il paziente e, pertanto, l'evento concreto realizzatosi non poteva essere considerato diverso.

L'elemento tempo fa sentire i suoi effetti anche in ipotesi di suicidio del paziente. Un esempio è offerto da Cass. IV, n. 10430/2004, imputato Guida²³¹, già oggetto di analisi. Nel ricorso per Cassazione, la difesa dell'imputato aveva eccepito che la corte d'Appello, nell'affrontare il tema del nesso causale, non avesse dato rilevanza al fatto che l'infausto evento si sarebbe potuto realizzare ancor prima rispetto al momento in cui effettivamente si era verificato. Viene così giocata la solita carta: col rispetto della condotta doverosa non sarebbe cambiato nulla, sarebbe successa la stessa cosa. Certo: il suicidio della paziente, affetta da depressione, sarebbe potuto avvenire comunque, in un momento differente, ma si tratta di un evento diverso nel tempo e, quindi, giuridicamente diverso.

alla natura della condotta, p. 71; al significato di probabilità logica, p. 147; all'accertamento della causalità omissiva, p. 158.

²³¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, imp. Guida, est. Piccialli, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato con riguardo alla posizione di garanzia, p. 90; all'aumento del rischio, p. 151, alle massime di esperienza 153 – 154.

3.9 Spazio

Non assumendosi una nozione di evento generica e astratta, l'evento deve essere individuato, non soltanto, nelle sue coordinate temporali, ma anche in quelle spaziali.

La giurisprudenza sulla responsabilità dello psichiatra, spesso, accompagna l'elemento spaziale a quello temporale, asserendo che l'evento da porre a base del giudizio causale non è l'evento morte previsto dalla fattispecie di parte speciale, ma l'evento *hic et nunc*, cioè quell'accadimento che si è realizzato nelle sue coordinate spaziali e temporali. Un evento che si è verificato in un dato luogo e in certo momento. Un evento, quindi, diverso.

Nella sentenza Desana, più volte analizzata²³², l'eccezione difensiva è stata: il suicidio si sarebbe comunque verificato anche in presenza di disposizioni al personale infermieristico. I giudici, però, respingono l'eccezione asserendo che, nel caso, si sarebbe trattato di un accadimento diverso, poiché realizzatosi in altro luogo e in altro momento. Il paziente, infatti, non sarebbe uscito dal reparto e, conseguentemente, non avrebbe raggiunto la finestra di altro piano dell'edificio, dalla quale si gettava lasciandosi cadere nel vuoto. Per concludere: il suicidio da altro piano dell'edificio è, dunque, un suicidio diverso da quello che si sarebbe potuto verificare qualora il paziente si fosse trovato nel reparto presso il quale era ricoverato.

²³² F. Giunta e altri, Cass., IV, 27 novembre (29 dicembre) 2008, n. 48292, imp. Desana, est. Bricchetti, in *Il diritto penale della medicina*, cit. il caso è stato già oggetto di analisi con riferimento alla sussistenza della posizione di garanzia, p. 87; all'oggetto della prevedibilità, p. 107; allo psichiatra modello, p. 116; al venir meno dello schema di giudizio adottato dalla Franzese, p. 155; alla causalità della colpa, p. 165.

3. 10 Modo

La giurisprudenza penale della medicina, a volte, amplia la descrizione dell'evento, arricchendola di un'ulteriore coordinata: il modo²³³. I casi, relativi alla responsabilità penale dello psichiatra, costituiscono terreno fertile per la nascita di questo nuovo atteggiamento.

Un chiaro esempio, al riguardo, è offerto da Cass. IV, n. 4107/2009, imputato Dieci e altro²³⁴. Ancora brevemente il caso: uno psichiatra rilascia ad un paziente, affetto da gravi disturbi psichici, un certificato anamnestico per l'idoneità all'uso delle armi. Con la pistola, in tal modo legalmente detenuta, il paziente uccide prima una donna e poi si toglie la vita. La Cassazione condanna lo psichiatra che lo aveva in cura, confermando così la pronuncia di merito.

Nel processo l'obiezione difensiva è stata: il paziente avrebbe comunque potuto rivolgersi al mercato clandestino, acquistare l'arma e compiere gli stessi gesti etero e auto lesivi. I giudici di legittimità, però, affermano l'irrelevanza dell'ipotesi che il paziente si sarebbe potuto procurare ugualmente la pistola, anche senza la licenza per porto d'armi. Nel fare ciò, la sentenza valorizza peculiarità dell'evento che non sono né spaziali, né temporali, bensì modali. In termini ancora più semplici: il cosiddetto suicidio allargato si sarebbe potuto verificare nello stesso tempo e nello stesso luogo, ma con diverse modalità, cioè mediante altra pistola, illegalmente detenuta.

Anche nel processo Guida²³⁵, già analizzato con riguardo alle coordinate temporali, il consulente del pubblico ministero, aveva affermato che la

²³³ Con riguardo alle modalità dell'evento si vedano le considerazioni di P. Piras, *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il quomodo all'hic et nunc*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²³⁴ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. Per un'analisi della sentenza vedi P. Piras – C. Sale, *Atti auto ed etero lesivi e responsabilità dello psichiatra*, in *Cass. Pen.*, Giuffrè, Milano, 2010, n. 4, p. 1471 ss. .

²³⁵ F. Giunta e altri, Cass. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, imp. Guida, est. Piccialli, in *Il diritto penale della medicina*, cit., il caso è stato analizzato con riguardo alla

paziente si sarebbe potuta suicidare impiccandosi al cassonetto del bagno. Aggiungendo che, una paziente con una patologia depressiva come quella del caso di specie, avrebbe indotto comunque la stessa a realizzare il gesto suicidario, con modalità differenti da quelle poste in essere, anche all'interno della clinica presso la quale era ricoverata²³⁶.

L'epilogo è, dunque, sempre il medesimo: un accadimento che si realizza con modalità differenti è un accadimento diverso. L'evento da porre a base del giudizio controfattuale deve essere, pertanto, descritto anche nelle sue peculiarità modali. Un evento, quindi, *hic, nunc et quomodo*.

Alla luce dei casi, precedentemente analizzati, si può rispettivamente asserire che un suicidio attuato mediante arma da fuoco è, quindi, un evento diverso da un suicidio per ingestione di un'eccessiva quantità di farmaci, pur realizzandosi nello stesso luogo e nello stesso tempo. Ancora, un suicidio per defenestramento, dal quarto piano della propria abitazione, è un evento diverso da un suicidio per impiccagione.

Le stesse Sezioni Unite, del resto, con la nota sentenza Franzese hanno inaugurato quel principio secondo cui è causale la condotta in assenza della quale l'evento si sarebbe ugualmente verificato, ma con minore intensità lesiva; includendo così nel giudizio causale anche le coordinate modali dell'evento.

La più recente giurisprudenza di legittimità, perciò, si pone in contrasto con quella di merito, la quale talvolta ha trascurato le peculiarità modali dell'evento. Un esempio è offerto da Trib. Ravenna, sez. dist. Faenza, 29 settembre 2003, imputato Mura e altro²³⁷, già oggetto di analisi con riguardo

posizione di garanzia, p. 90; all'aumento del rischio, p. 151; alle massime di esperienza, p. 153 – 154; alle coordinate temporali, p. 168.

²³⁶ Si vedano le dichiarazioni del consulente del p.m., contenute nel verbale d'udienza del 9 febbraio 2000, p. 149 ss., secondo le quali "...una paziente con una depressione della gravità di quella della signora P., come ha tentato il suicidio buttandosi dal quarto piano, è molto probabile che all'interno della struttura avrebbe cercato altri modi per realizzarlo...".

²³⁷ Trib. Ravenna, sez. dist. Faenza, 29 settembre 2003, imp. Mura e altro, cit., p. 566 ss., il caso è stata già analizzato con riferimento alla sussistenza della posizione di garanzia, p. 90. Per un'analisi del caso cfr. M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del*

alla sussistenza della posizione di garanzia in ipotesi di concessione di permesso temporaneo. Era stata esclusa la responsabilità dello psichiatra per il suicidio di un paziente, ospite di una cosiddetta residenza aperta, avvenuto durante un allontanamento dello stesso, consentito senza accompagnatori. In questo caso, era stato ritenuto che il malato mentale avrebbe potuto compiere il tragico gesto con modalità diverse, magari analoghe a quelle già sperimentate alcuni mesi prima.

La pronuncia riveste particolare interesse poiché, nonostante sottolinei la diversità delle modalità dell'evento, assolve l'imputato, asserendo che l'evento si sarebbe ugualmente verificato. Così facendo, però, si mostra in aperta contraddizione con quanto dalla stessa affermato: un suicidio attuabile con diverse modalità non è, forse, un suicidio diverso? Viene utilizzato come base del giudizio controfattuale un parametro generico e astratto e non l'evento concreto, così come storicamente verificatosi anche nelle sue coordinate modali.

È stato ribadito, più volte, che un evento realizzatosi con modalità diverse è un evento diverso. Non tutte le peculiarità modali, però, assumono rilevanza. Occorre, dunque, chiedersi quali, tra le suddette, debbano essere prese in considerazione.

Riguardo alla questione della selezione delle modalità rilevanti, è fuori discussione che considerare l'evento nella sua forma concreta non significhi dare rilevanza a tutte le sue peculiarità storiche. Alcune, infatti, hanno carattere meramente secondario e, in quanto tali, sono prive di significato. La questione è però ardua. E' ormai accettata la risalente rassegna della dottrina circa l'impossibilità di reperire un criterio selettivo sotto il profilo del diritto sostanziale²³⁸.

Di recente si è quindi dirottata l'attenzione sul piano processuale: dovranno essere prese in considerazione le sole modalità dell'evento che consentano di asserire, con certezza processuale e cioè oltre ogni ragionevole dubbio,

paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2005, p. 793 ss. .

²³⁸ Così F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1934, p. 261.

che l'evento non si sarebbe verificato qualora fosse stata rispettata la condotta doverosa²³⁹.

3. 11 L'eccezionalità delle concause e dello scompenso

L'analisi della giurisprudenza relativa alla responsabilità dell'operatore di salute mentale mostra come, a volte, venga invano invocato l'art. 41 comma II c.p.²⁴⁰.

Un esempio è offerto dalla nota sentenza Dieci²⁴¹, più volte citata. Di nuovo il caso: due medici, uno psichiatra e uno militare, rilasciano ad un paziente psichiatrico certificati per l'idoneità all'uso delle armi. Con la pistola, così legalmente detenuta, il paziente prima uccide una donna e poi si toglie la vita. I difensori degli imputati sostengono, con varietà di argomentazioni, che le condotte del paziente e quelle dei funzionari di polizia, che hanno rilasciato il porto d'armi, siano idonee ad interrompere il nesso causale tra le azioni dei due medici e l'atto etero ed auto lesivo.

I giudici della quarta sezione, però, respingono le doglianze difensive, richiamando a sostegno delle loro conclusioni la teoria della causalità umana, basata sull'eccezionalità del fattore sopravvenuto.

Alla luce delle predette considerazioni, pertanto, i giudici di legittimità ritengono che non sia possibile qualificare la condotta dei funzionari di polizia come abnorme, inopinata e, quindi, eccezionale. Non poteva, invero, considerarsi imprevedibile il fatto che i predetti trascurassero colposamente i precedenti di polizia a loro disposizione per decidere sulla richiesta. La

²³⁹ V. P. Piras, *Le modalità dell'evento medico*, cit. V. anche: G.P. Demuro, *Il dolo*, II, cit., p. 152, secondo il quale "L'accertabilità processuale acquista...una funzione selettiva della sostenibilità dei concetti teorici, che dipenderà (non solo per il dolo) dalla loro verificabilità empirica".

²⁴⁰ Sull'argomento si vedano le considerazioni di A. Vallini, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

²⁴¹ F. Giunta e altri, Cass. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107, imp. Dieci e altro, est. Brusco, in *Il diritto penale della medicina*, cit. il caso è stato più volte analizzato con riguardo alla posizione di garanzia, p. 66; ai criteri naturalistico e normativo sulla natura della condotta, p. 74; alla concezione normativa, p. 99; all'individuazione *ex post* della regola cautelare, p. 102; alla prevedibilità, p. 110; all'agente modello, p. 115; al concorso di cause indipendenti, p. 139; alle coordinate modali, p. 170.

causa sopravvenuta, inoltre, non solo non costituisce uno sviluppo del tutto autonomo ed eccezionale, ma costituisce anzi una sua possibile conseguenza. Per di più, la redazione del certificato anamnestico e di quello di idoneità hanno agevolato un esame superficiale degli atti d'ufficio, utili a ricostruire i numerosi episodi di violenza, di cui il paziente si era reso responsabile. Del resto, la redazione dei suddetti certificati persegue il fine di evitare che soggetti, affetti da disturbi psichici, possano disporre di armi, a tutela della propria incolumità e dei terzi.

Ancora: non era, forse, prevedibile che un paziente psichiatrico commettesse un gesto di tal fatta? La storia clinica e i precedenti episodi di aggressività, lasciavano presagire che un paziente, con gravi disturbi psichici, avrebbe potuto porre in essere una condotta simile. Essa, pertanto, non riveste alcun carattere di eccezionalità e rappresenta, anzi, uno sviluppo prevedibile della condotta degli imputati.

La conclusione a cui giunge la Cassazione è, sotto questo aspetto, condivisibile. I giudici, tuttavia, quando individuano la causa sopravvenuta *ex art. 41 II comma c.p.*, accompagnano all'aggettivo eccezionale l'aggettivo autonomo, mentre l'eccezionalità del fattore ne esclude l'autonomia e ne segna la dipendenza da altro fattore preesistente.

Gli aggettivi in questione sono usati tralasciamente e congiuntamente nella massima applicata. Anche la sentenza Guida²⁴² applica la stessa massima. Il difensore dell'imputato aveva eccepito come la Corte d'Appello avesse omissis di valutare se le condotte delle due donne, cioè l'essersi recate in automobile, lontano dalla clinica e, quindi, nell'appartamento della volontaria, anziché fare quanto autorizzato, assurgessero a causa sopravvenuta, tale da escludere il nesso causale tra la condotta dello psichiatra e il suicidio della paziente.

I giudici della Suprema Corte avevano respinto la doglianza difensiva, escludendo che la decisione della volontaria, seppur derogativa rispetto al

²⁴² F. Giunta e altri, Cass. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, imp. Guida, est. Piccialli, in *Il diritto penale della medicina*, cit. .

programma originario, potesse essere considerata eccezionale e, in quanto tale, idonea ad interrompere il nesso causale. Alla base del programma derogatorio, asserisce la pronuncia di legittimità, vi era comunque la condotta colposa dello psichiatra, il quale “...*non rappresentando adeguatamente il caso della paziente e le cautele che dovevano essere garantite ed, oltretutto, aderendo ad un programma piuttosto generico....., ha posto egli stesso le condizioni per la verifica della condotta che ha reso possibile l’evento.*”²⁴³ Secondo i giudici, pertanto, è stata fatta una corretta applicazione del principio dell’equivalenza delle cause ex art. 41 c.p., secondo il quale il nesso causale può essere escluso soltanto qualora intervenga una causa autonoma e successiva, rispetto alla quale la precedente sia da considerare *tamquam non esset*, trovando in questa solo l’occasione per svilupparsi. Aggiungono, altresì, che la causa può considerarsi interruttiva del nesso eziologico quando si inserisca nel processo causale in modo eccezionale, atipico e imprevedibile. Il nesso, invece, non può escludersi quando la causa successiva abbia soltanto accelerato la produzione dell’evento, destinato comunque a realizzarsi.

La sentenza Guida, nell’intento di individuare il significato di causa interruttiva del nesso causale, combina, come del resto la sentenza Dieci, il carattere dell’eccezionalità con quello dell’autonomia della causa sopravvenuta. A ben vedere, dunque, i giudici della quarta sezione fondono in un’unica soluzione due teorie che da sempre vengono contrapposte: la teoria della causalità umana con la teoria delle cosiddette “serie causali autonome”.

Anche la giurisprudenza più recente abbina l’autonomia all’eccezionalità. Un esempio è offerto da Cass. IV, n. 4391/2012, imputato Di Lella²⁴⁴. Come si ricorderà, la sentenza aveva ad oggetto un’ipotesi di suicidio per defenestramento: il paziente, dopo essere caduto al suolo da una finestra,

²⁴³ V. p. 10 di Cass. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, imp. Guida, est. Piccialli, in F. Giunta e altri, *Il diritto penale della medicina*, cit. .

²⁴⁴ P. Piras, *Rischio suicidario e rischio penale dello psichiatra*, cit. .

riportava gravi lesioni personali, a seguito delle quali veniva trasportato in ospedale, dove contraeva una grave affezione polmonare, che lo conduceva a morte. In primo grado era stato condannato il direttore sanitario della struttura e la sentenza era stata confermata nell'ultimo grado di giudizio.

La difesa dell'imputato, nel ricorso per Cassazione, aveva eccepito che la morte del paziente fosse riconducibile ad una polmonite che il paziente aveva contratto in ospedale, dopo essere stato trasferito a seguito della caduta e, dunque, un fattore sopravvenuto idoneo ad interrompere il nesso tra la condotta del sanitario e la morte del paziente. La sopravvenuta patologia non rappresentava, pertanto, uno sviluppo delle precedente condizione morbosa, ma scaturiva dall'aspirazione di un batterio, in quanto tale non connessa alle lesioni subite.

I giudici della quarta sezione respingono, però, l'eccezione difensiva, asserendo che l'affezione polmonare non costituisce un accadimento autonomo, eccezionale, atipico, ma rappresenta uno sviluppo assolutamente prevedibile delle lesioni.

Le pronunce analizzate, si ripete in conclusione, accostano due concetti contrapposti: autonomia ed eccezionalità: da un lato una serie causale autonoma, del tutto indipendente dalla condotta antecedente. Dall'altro, una causa sì eccezionale, ma al contempo legata a fattore antecedente.

Abbreviazioni principali

<i>Boll. soc. it. med. int.</i>	Bollettino società italiana di medicina interna
<i>Cass. pen.</i>	Cassazione penale
<i>Crit. pen.</i>	Critica penale
<i>Dig. disc. pen.</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>Dir. form.</i>	Diritto e formazione
<i>Dir. giust.</i>	Diritto e giustizia
<i>Dir. pen. proc.</i>	Diritto penale e processo
<i>Dir. soc.</i>	Diritto e società
<i>Foro ambr.</i>	Foro ambrosiano
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Giust. pen.</i>	Giustizia penale
<i>Guid. dir.</i>	Guida al diritto
<i>Ind. pen.</i>	Indice penale
<i>Med. mor.</i>	Medicina e morale
<i>Min. med. leg.</i>	Minerva medicina legale
<i>Nuova giur. civ. comm.</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>Ras. it. crim.</i>	Rassegna italiana di criminologia
<i>Resp. civ. prev.</i>	Responsabilità civile e previdenza
<i>Ric. san.</i>	Ricerca e sanità
<i>Riv. it. dir. proc. pen.</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>Riv. it. med. leg.</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>Riv. psych.</i>	Rivista di psichiatria
<i>Riv. sper. fen.</i>	Rivista sperimentale di freniatria
<i>Sal. ter.</i>	Salute e territorio
<i>San. pubbl. priv.</i>	Sanità pubblica e privata
<i>Stud. iur.</i>	<i>Studium iuris</i>

Giurisprudenza di legittimità

- Sez. V, 22 gennaio (15 aprile) 1998, n. 4407/98, imp. Belpedio, est. Perrone
- Sez. IV, 6 giugno (25 agosto) 2000, n. 1340/00, imp. Fratta e altro, est. Losapio
- S.U. , 10 luglio (11 settembre) 2002, n. 30328/02, imp. Franzese, est. Canzio
- Sez. IV, 9 ottobre (22 novembre) 2002, n. 39680/02, imp. Capecchi, est. Palmieri
- Sez. IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430/04, imp. Guida, est. Piccialli
- Sez. IV, 21 ottobre 2004 (25 gennaio 2005), n. 2038/05, imp. Canetti, est. Tuccio
- Sez. IV, 12 gennaio (12 aprile) 2005, n. 13241/05, imp. Lattanzi e altro, est. Chiliberti
- Sez. IV, 25 novembre 2004 (25 maggio 2005), n. 19777/05, imp. Nobili, est. Olivieri
- Sez. V, 6 aprile (16 giugno) 2005, n. 22579/05, imp. Malinconico, est. Savani
- Sez. IV, 15 novembre 2005 (27 gennaio 2006), n. 3380/06, imp. Fedele, est. Bianchi
- Sez. IV, 8 giugno (14 luglio) 2006, n. 24400/06, imp. Cardillo e altri, est. Iacopino
- Sez. IV, 22 marzo (22 novembre) 2006, n. 38407/06, imp. Feudi, est. De Grazia
- Sez. IV, 17 ottobre 2006 (17 gennaio 2007), n. 1025/07, imp. Caruso, est. Bianchi

- Sez. V, 22 febbraio (20 marzo) 2007, n. 11670/07, imp. Terribili, est. Rotella
- Sez. IV, 19 dicembre 2006 (29 marzo 2007), n. 12769/07, imp. Zanette, est. Iacopino
- Sez. IV, 22 gennaio (5 aprile) 2007, n. 14130/07, imp. Pastorelli, est. Piccialli
- Sez. IV, 2 aprile (1 giugno) 2007, n. 21597/07, imp. Pecchioli e altro, est. Blaiotta
- Sez. IV, 7 giugno (20 luglio) 2007, n. 29170/07, imp. Iarocci, est. Romis
- Sez. IV, 6 luglio (12 ottobre) 2007, n. 37606/07, Rinaldi, est. Blaiotta
- Sez. IV, 21 giugno (26 ottobre) 2007, n. 39592/07, imp. Buggè, est. Bartolomei
- Sez. IV, 7 febbraio (20 novembre) 2007, n. 42670/07, imp. D'Erminio, est. Bartolomei
- Sez. VI, 29 ottobre (10 dicembre) 2007, n. 46067/07, Scillitani, est. Matera
- Sez. V, 13 dicembre 2007 (21 gennaio 2008), n. 3152/08, imp. Caserta, est. Nappi
- Sez. V, 18 dicembre 2007 (29 gennaio 2008), n. 4451/08, imp. Salvatorelli, est. Didone
- Sez. IV, 19 maggio 2007 n. 4675 Controllare testo sentenza
- Sez. IV, 12 aprile (14 settembre) 2007, n. 34782/07, imp. Iuzzolini, est. Zecca
- Sez. IV, 6 novembre 2007 (10 gennaio 2008), n. 840/08, imp. Brignoli, est. Brusco
- Sez. VI, 5 dicembre 2007 (12 febbraio 2008), n. 6581/08, imp. Lampreu e altri, est. Paoloni

- Sez. IV, 30 gennaio (27 febbraio) 2008, n. 8611/08, imp. D'Aquino, est. Campanato
- Sez. IV, 14 novembre 2007 (11 marzo 2008), n. 10795/08, imp. Pozzi, est. Brusco
- Sez. IV, 13 febbraio (11 marzo) 2008, n. 10860/08, imp. Pettiti, est. D'Isa
- Sez. IV, 5 marzo (28 marzo) 2008, n. 13213/08, imp. Ferrarini, est. Campanato
- Sez. IV, 23 gennaio (21 aprile) 2008, n. 16375/08, imp. Di Domenica, est. Bianchi
- Sez. IV, 18 aprile (8 maggio) 2008, n. 18484/08, imp. Baioli, est. Licari
- Sez. V, 26 febbraio (8 maggio) 2008, n. 18813/08, imp. Malinconico, est. Savani
- Sez. IV, 8 luglio (11 agosto) 2008, n. 33309/08, imp. Rizzato, est. Bricchetti
- Sez. IV, 1 ottobre (23 ottobre) 2008, n. 39882/08, imp. Zocco, est. Bricchetti
- Sez. IV, 2 ottobre (31 ottobre) 2008, n. 40924/08, imp. Tolaro, est. Bricchetti
- Sez. IV, 14 novembre (22 dicembre) 2008, n. 47490/08, imp. Calzini, est. Piccialli
- Sez. IV, 27 novembre (29 dicembre) 2008, n. 48292/08, imp. Desana, est. Bricchetti
- Sez. IV, 12 novembre 2008 (28 gennaio 2009), n. 4107/09, imp. Dieci e altro, est. Brusco
- Sez. IV, 5 marzo (24 aprile) 2009, n. 17619/09, imp. Piga, est. Bianchi
- Sez. IV, 5 febbraio (6 maggio) 2009, n. 18950/09, imp. Petrillo e altro, est. Licari

- Sez. IV, 27 febbraio (12 maggio) 2009, n. 20010/09, imp. Spalatti e altri, est. Visconti
- Sez. IV, 21 aprile (11 giugno) 2009, n. 24031/09, imp. Cicarelli, est. Blaiotta
- Sez. IV, 10 aprile (22 settembre) 2009, n. 36852/09, imp. Vizza e altro, est. Izzo
- Sez. IV, 12 maggio (22 settembre) 2009, n. 36860/09, imp. Viscomi, est. Izzo
- Sez. IV, 15 ottobre (1 dicembre) 2009, n. 45910/09, imp. Piantadosi e altri, est. Brusco
- Sez. IV, 11 novembre (17 dicembre) 2009, n. 48313/09, imp. Cellerino, est. Massafra
- Sez. IV, 20 novembre 2009 (14 gennaio 2010), n. 1489/10, imp. Brenna, est. Marzano
- Sez. IV, 15 dicembre (26 gennaio) 2010, n. 3359/10, imp. Meroni, est. Massafra
- Sez. IV, 10 luglio 2009 (16 febbraio 2010), n. 6197/10, imp. D'Agostino, est. Romis
- Sez. IV, 18 gennaio (11 marzo) 2010, n. 9967/10, imp. Prisco e altro, est. Brusco
- Sez. IV, 21 gennaio (24 marzo) 2010, n. 11200/10, imp. Morini, est. Licari
- Sez. IV, 1 aprile (7 maggio) 2010, n. 17585/10, imp. Giordano e altro, est. Blaiotta
- Sez. IV, 9 febbraio (20 maggio) 2010, n. 19310/10, imp. Bianca, est. Iacopino
- Sez. IV, 8 aprile (28 maggio) 2010, n. 20370/10, imp. Zagni, est. Romis
- Sez. IV, 26 maggio (23 settembre) 2010, n. 34521/10, imp. Huscher e altri, est. Brusco

- Sez. III, 8 luglio (30 settembre) 2010, n.35374/10, imp. Pecchioli e altro, est. Gazzara
- Sez. IV, 22 settembre (2 novembre) 2010, n. 38571/10, imp. Poloni e altro, est. Brusco
- Sez. IV, 23 settembre (2 novembre) 2010, n. 38586/10, imp. Montrasio, est. Brusco
- Sez. IV, 6 ottobre (16 novembre) 2010, n. 40489/10, imp. Occhipinti e altri, est. Maisano
- Sez. IV, 4 ottobre (13 novembre) 2010, n. 43446/10, imp. Dell’Orso, est. Marzano
- Sez. IV, 13 ottobre 2010 (27 gennaio 2011), n. 2805/11, imp. Sportelli e altri, est. Bianchi
- Sez. IV, 21 dicembre 2010 (27 gennaio 2011), n. 2815/11, imp. Arrotta, est. Piccialli
- Sez. IV, 11 novembre 2010 (10 febbraio 2011), n. 4994/11, imp. Galante, est. Foti
- Sez. IV, 1 marzo (13 aprile) 2011, n. 15002/11, imp. Reif ed altri, est. D’Isa
- Sez. IV, 16 febbraio (1 giugno) 2011, n. 22209/11, imp. Ocello, est. Foti
- Sez. IV, 9 giugno (19 luglio) 2011, n. 28782/11, imp. Cezza, est. Brusco
- Sez. IV, 16 giugno (22 luglio) 2011, n. 29476/11, imp. Luvarà, est. Piccialli
- Sez. V, 27 ottobre 2011 (26 gennaio 2012) n. 3222/12, imp. Guzinska, est. Demarchi Albergo
- Sez. IV, 22 novembre 2011 (1 febbraio 2012), n. 4391/12, imp. Di Lella, est. Blaiotta
- Sez. VI, Cass. IV, 15 marzo (15 maggio) 2012, n. 18504/12, imp. Giannini e altro, est. Carcano

- Sez. IV, 9 febbraio (21 giugno) 2012, n. 24993/12, imp. Tedone, est. Foti
- Sez. IV, 14 giugno (18 settembre) 2012, n. 35646/12, imp. De Pisa, est. Grasso
- Sez. IV, 11 luglio (19 settembre) 2012, n. 35922/12, imp. Ingrassia, est. Piccialli

Bibliografia

AGUGLIA E. - PIZZOLATO A. - TUZZI E. - AGUGLIA A., *Etica in psichiatria*, in *Psichiatria, psicologia e diritto*, 1, 2009, 15 ss.

ANGIONI F., *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, 1984, p. 45 ss.

ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, pag. 1279 ss.

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1934

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 1975

ARIATTI R. – NERI G., *Il giudizio di pericolosità*, in *Nóos Aggiornamenti in psichiatria*, vol. 4, 2, 1998, p. 143 ss.

ASTORINA P., *Causalità omissiva e colpa: responsabilità medica e logiche normative del diritto penale d'evento*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2011, p. 1671 ss.

ATTILI V., *Colpa*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 141 ss.

ATTILI V., *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2006, p. 1240 ss.

BARALDO M., *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 2008, 12, p. 4622 ss.

BARTOLI R., *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante - ex post*, in *Cass. pen.*, 10, 2006, p. 3219 ss.

BARTOLI R., *I costi "economico - penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 4 - 5, 2011, p. 1107 ss.

BARTOLI R., *Il problema della causalità penale Dai modelli unitari al modello differenziato*, in *Itinerari di diritto penale*, sez. Saggi, Torino, 2010

BARTOLI R., *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010

BASILE F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005

BEGEL J., *Maine physician practice guidelines: implications for medical malpractice litigation*, in *Medical Law Review*, 1995, p. 47 ss.

BELLOMO A., *Aspetti dell'agire psichiatrico: contesti, norme, responsabilità, etica*, Milano, 2002

BERTOLINO M., *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità: evoluzione e/o involuzione della prassi giurisprudenziale in tema di vizio di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2004, p. 508 ss.

BERTOLINO M., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2006, pag. 539 ss.

BIGNAMINI A., *Evidence based medicine e linee guida di pratica clinica: soluzione o parte del problema?*, in *Med. mor.*, 2, 2001, p. 225 ss.

BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, Padova, 2006

BLAIOTTA R., *La colpa nella responsabilità medica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 765 ss.

BONANNO A. M., *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. pen.*, 1, 2006, p. 441 ss.

BRICOLA F., *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, 1997, p. 1627 ss.

BRUSCO C., *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass. pen.*, 5, 2008, 1875 ss.

BRUSCO C., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Giuffrè, 2012

BRUSCO C., *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 7 - 8, 2004, 2599 ss.

BUZZI F., *Il medico tra Scilla (la perdita di chance) e Cariddi (gli interventi compassionevoli), con l'incombente naufragio dell'accertamento medico legale del nesso di causalità e della valorizzazione delle linee guida*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2011, p. 563 ss.

BUZZI F. – FIORI A., *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica: riflessioni medico-legali alla luce della sentenza della Cass. pen. n. 10795/2008*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2008, p. 1445 ss.

CAMINITI R., *La rilevanza delle linee guida e il loro utilizzo nell'ottica della c.d. medicina difensiva*, in *La medicina difensiva questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, San Marino, 2011, p. 96 ss.

CAMPANA T., *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico*, in *Cass. pen.*, 2, 2012, p. 547 ss.

CANEPA G., *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 1983, p. 19 ss.

CANEPA G., *Questioni medico-legali in tema di responsabilità professionale nel campo della psichiatria clinica e forense*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XVII, 1995, p. 661 ss.

CANESTRARI S. – FANTINI M. P., *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico - chirurgica*, 2009

CANZIO G., *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 04, 2006, p. 1971 ss.

CANZIO G., *L'"oltre il ragionevole dubbio". Come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2004, p. 303 ss.

CANZIO G., *Il controllo del giudice sul sapere specialistico introdotto nel processo attraverso la perizia e la consulenza tecnica: presupposti culturali*

e opzioni metodologiche ed operative, in “*La prova scientifica*”, Atti dell’incontro di studio, Roma, 15 - 17 marzo 2004

CANZIO G., *Motivazione sufficiente e congrua attraverso il prisma dei motivi di impugnazione delle sentenze in appello e in cassazione*, in “*La motivazione dei provvedimenti giudiziari*”, I Sessione: Parametri normativi della motivazione, Atti dell’incontro di studio, Roma, 26 - 28 febbraio 2004

CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 10, 2003, 1103 ss.

CANZIO G., *Ragionamento probatorio e motivazione della sentenza*, in “*Prima settimana di tirocinio ordinario nel settore penale riservata agli uditori giudiziari nominati con D.M. 18 gennaio 2002*”, Roma, 18 - 22 novembre 2002

CAPPUCCIO D., *La cooperazione colposa nel delitto doloso*, in *Dir. form.*, 5, 2004, p. 746 ss.

CARNELUTTI F., *Obblighi, poteri e diritti del medico e del chirurgo*, in *Archivio di antropologia criminale, psichiatria e medicina legale*, 58, 1938, p. 277 ss.

CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. III, Cammelli, 1910

CARRIERI F. – CATANESI R., *La perizia psichiatrica sull’autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2001, p. 15 ss.

CARTABELLOTTA A., *Medicina basata sulle evidenze o sulle linee guida?*, in *Ric. san.*, vol.1, 2, 2000, p. 41 ss.

M. CASACCHIA - G. COLOMBO – P. STRATTA, *Psichiatria d'urgenza*, L. Pavan (a cura di), in *Trattato italiano di psichiatria*, p. 2745 ss.

CASSANO G. B. – TUNDO A., *Psicopatologia e clinica psichiatrica*, Torino, 2006

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009

CASTRONUOVO D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2011, p. 1594 ss.

CASTRONUOVO D. - RAMPONI L., *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in S. Rodotà-Zatti, *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 947 ss.

CATANESI R. - CARABELLESE F., *Suicidio e responsabilità professionale*, in *Riv. psych.*, vol. 46, 2, 2011, p. 75 ss.

CATANESI R. - GRECO O., *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Piccin, Padova, 1990

CATANESI R. - GRECO O., *Responsabilità professionale*, in *Trattato italiano di psichiatria (a cura di Pazzaglia)*, Masson, 1999

CATANESI R. – MARTINO V., *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, in *Riv. it. med. leg.*, 06, 2006, p. 1011 ss.

CATANESI R. - TROCCOLI G. – CARABELLESE F., *La contenzione in psichiatria Profili di responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2003, pag. 1007 ss.

CATANESI R. - TROCCOLI G. – CARABELLESE F., *La responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, in Catanesi R. – Ferrannini L. - Peloso P., *La contenzione fisica in psichiatria*, Milano, 2006, p. 97 ss.

CENTONZE F., *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2001, p. 277 ss.

CENTONZE F., *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della Quarta sezione della suprema Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 6, 2006, p. 2126 ss.

CINGARI F., *Presupposti e limiti della responsabilità dello psichiatra per gli atti etero - aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2009, p. 440 ss.

CLERICI C. A. – DE MICHELI A. – GENERONI L. – ALBASI C., *Quale psicopatologia per la prevenzione dell'abuso di armi da fuoco legali?*, in *Abilitazione e riabilitazione*, 2, 2008, p. 25 ss.

CLERICI C.A. – INVERNIZZI R. – VENERONI L. – DE MICHELI A., *Suicidi e omicidi con l'arma di ordinanza. Analisi della casistica nelle guardie particolari giurate in Italia*, in *Giornale italiano di medicina del lavoro ed ergonomia*, 2009

CODA S., *Simulazione o dissimulazione di malattia mentale? Un contributo clinico*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2002, p. 1449 ss.

COLLICA M. T., *Imputabilità*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 276 ss.

COLLICA M. T., *Vizio di mente. Nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007

CONSORTE F., *Colpa e linee guida*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2011, p. 1223 ss.

CORNACCHIA L., *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA. VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, S. Fornasari, Bologna, 2001, p. 198 ss.

CORRIGAN P.W. - WATSON A.C., *Findings from the National Comorbidity Survey on the frequency of violent behaviors in individual with psychiatric disorders*, in *Psychiatry Research*, 136, 2005, p. 153 ss.

CRESPI A., *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della colpa professionale del medico-chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XIV, 1992, p. 785 ss.

CRESPI A., *La responsabilità penale del trattamento medico - chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955

CUPELLI C., *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2012, p. 1104 ss.

D'ALESSANDRO F., *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull'"oltre il ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2002, p. 737 ss.

D'ALESSANDRO F., *Le frequenze medio - basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 12, 2007, p. 4812 ss.

D'ALESSIO R., *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari" (a proposito dei testimoni di Geova)*, in *Dir. soc.*, 1, 1981, p. 529 ss.

DE FRANCESCO G. A., *Modelli scientifici e cultura dei principi nel rapporto di causalità in diritto penale*, in *Stud. iur.*, 4, 2002, p. 454 ss.

DE MAIO G., *Lo psichiatra? E' "garante" del paziente. Quel legame causa - effetto tra farmacoterapia e condotte violente*, in *Dir. giust.*, Giuffrè, 2006, 17, p. 52 ss.

DEMURO G. P., *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2010

DE RISIO B., *La responsabilità dello psichiatra*, in AA. VV., *La responsabilità sanitaria*, F. Peccennini (a cura di), Bologna, 2007, p. 247 ss.

DI GIOVINE O., *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in *Ind. pen.*, 3, 2004, p. 1115 ss.

DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico - chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, II, 2002, p. 601 ss.

DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2002, p. 634 ss.

DI LANDRO A., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, 2012

DI LANDRO A., *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, II, 2011, p. 424 ss.

DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive, tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2003, p. 50 ss.

DI SALVO E., *Nesso di causalità e responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente*, in *Dir. form.*, 8 – 9, 2005, p. 1133 ss.

DODARO G., *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidiario*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2011, 1484 ss.

DODARO G., *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, Franco Angeli, Milano, 2011

DONINI M., *La causalità omissiva e imputazione "per aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1999, p. 32 ss.

DUKER P. C. - SEYS D. M., *An inventory method for assessing the degree of restraint imposed by others*, *Journal of Behav, Ther. And Exp. Psychiat.*, 28-2, 1997, p. 121 ss.

ELBOGEN E. B. JOHNSON S.C., *The Intricate Link Between Violence and Mental Disorder: Results from the National Epidemiologic Survey and Alcohol and Related Conditions*, in *Archives of General Psychiatry*, 66, 2009, p. 152 ss.

ESPER C. - FERVERS B. - PHILIP T., *Standards, options et recommandations et responsabilité*, in *Médecine e droit*, 2000, 45, p. 13 ss.

EUSEBI L., *Medicina difensiva e diritto penale “criminogeno”*, in *Riv. it. med. leg.*, 4 - 5, 2011, p. 1085 ss.

EUSEBI L., *Verso una recuperata determinatezza della determinatezza dell'attività medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, p. 423 ss.

EUSEBI L., *Vita e incolumità individuale*, in *Giunta* (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 685 ss.

FARNETI A. – PENATI G. – MERZAGORA I., *Su delitto e follia*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XVII, 1995, p. 51 ss.

FEOLA T., *Orientamenti della Cassazione penale in tema di responsabilità professionale dello psichiatra: osservazioni medico - legali.*, in *Min. med. leg.*, 3, 2008, p. 105 ss.

FERRANNINI L. – PELOSO P. - SCAPATI E. – MAURA E., *Aspetti clinici della contenzione*, in *Catanesi R. – Ferrannini L. – Peloso P.* (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 14 ss.

FIANDACA G., *Causalità (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1998, p. 124

FIANDACA G., *Nota alle sentenze della Corte di Cassazione, Sez. IV, n. 10430/04, Guida e del Trib. Ravenna, 2003, Mura*, in *Foro it.*, II, 2004, p. 566 ss.

FIANDACA G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, nota a *Cass. Pen.*, IV, 5 maggio (1 luglio) 1987, Bondioli, in *Foro it.*, 1988, II, pag. 107 ss.

FIANDACA G., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 3, 2006, p. 945 ss.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale, Parte Generale*, V Ed., Bologna, 2007

FINESCHI V. – FRATI P., *Linee guida, a double edge sword. Riflessioni medico legali sulle esperienze statunitensi*, in *Riv. it. med. leg.*, vol. XX, 1998, p. 665 ss.

FINESCHI V. – MARZI A. – CENTINI F., *Morte improvvisa del paziente psichiatrico (S.D.P.P.) in trattamento psicofarmacologico*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XVI, 1994, p. 95 ss.

FIORI A., *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell'obbedienza giurisprudenziale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 4 - 5, 2007, p. 925 ss.

FIORI A., *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 1982, p. 535 ss.

FIORI A. - LA MONACA G. - ALBERTACCI G., *Le Sezioni Unite Penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2002, p. 1605 ss.

FORNARI L., *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1999, p. 719 ss.

FORNARI U., *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico - forensi e medico - legali*, in *Riv. it. med. leg.*, anno VI, 1984, p. 332 ss.

FORNARI U., *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 507 ss.

FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Utet, Torino, 2008

FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Utet, Torino, 1997

FORNARI U. – CODA S., *Dall'ospedale psichiatrico giudiziario al territorio*, in *Riv. it. med. leg.*, vol. XXIII, 2001, p.41 ss.

FORNARI U. – ROSSO R., *Folli in libertà? Contributo clinico allo studio del prosciolto socialmente non pericoloso*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XIV, 1992, p.627 ss.

FORNARI U. – ROSSO R., *Metodologia e deontologia della perizia psicologia e psichiatria sulla vittima*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XVII, 1995, p. 85 ss.

FORNARI U. – ROSSO R., *Problemi metodologici e scopi della perizia psichiatrica sull'imputato*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XIV, 1992, p. 503 ss.

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990

FORTI G., *La descrizione dell'evento prevedibile nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, anno XXVI, 1983, p. 1559 ss.

FRANCIA A., *Divagazioni deontologiche in tema di psicopatologia forense e perplessità sulla spettacolarizzazione della psichiatria forense e della criminologia*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2005, p. 969 ss.

FRANZONI M., *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011

FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario. Responsabilità civile e penale – Consenso informato – Colpa e nesso causale – Casistica e giurisprudenza*, Torino, 2008

GALDIERI M., *In caso di trattamento volontario non può sorgere obbligo di custodia*, in *Guid. dir.*, 41, 2005, p. 89 ss.

GARGANI A., *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi “esemplari” di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2004, p. 1406 ss.

GARZOTTO N. – IMPERADORE G. – INGLESE M., *Buona pratica clinica in D.S.M.. Procedure e linee guida*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 2000

GIANNINI R., *Linee guida in sanità. Gli aspetti medico legali*, in *Sal. ter.*, 1997, 104, p. 225 ss.

GIROLAMI P., *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all’ambito psichiatrico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 1997, p. 287 ss.

GIROLAMI P., *La “condotta colposa” in psichiatria, l’omissione di soccorso e l’abbandono di persona incapace*, in Fornari U. – Jourdan S., *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Torino, 2006, p. 90 ss.

GIROLAMI P.- JOURDAN S., *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle obligations de sècuritè e degli obblighi di protezione*, in *Riv. it. med. leg.*, vol. XXIII, 2001, p. 53 ss.

GIUNTA F., *Diritto penale, Dizionari sistematici*, Il sole 24 ore, Milano, 2008

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie*, Padova, 1993

GIUNTA F., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, Pisa, 2008, p. 149 ss.

GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1999, p. 86 ss.

GIUNTA F., *La responsabilità professionale*, in AA. VV., *Guida all’esercizio professionale per i Medici - chirurghi e gli odontoiatri*, Torino, 2006

GIUNTA F., *Medico (responsabilità penale)*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 876 ss.

GIUNTA F. e ALTRI., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011

GRASSO G., *art. 113 c.p.*, in M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2005, p. 215 ss.

GRISPIGNI F., *La responsabilità penale per il trattamento medico - chirurgico arbitrario*, Milano, 1914

GUNN S., *Legal considerations of clinical practice guidelines: will NICE make a difference?* in *Journal of the Royal Society of Medicine*, 2003

HAVIGHURST C. P., *Evidence: its meaning in health and law*, in *Journal of health politics, policy and law*, 2001, 195 ss.

IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993

IADECOLA G., *Il valore "dell'opinione" dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2001, p. 11 ss.

IADECOLA G., *Responsabilità del direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2004, p. 1143 ss.

IADECOLA G. – BONA M., *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, 2009

INSOLERA G., *Brevi considerazioni sulla responsabilità omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, 3, 1990, p. 775 ss.

INSTITUTE OF MEDICINE, *Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington D.C., National Academy Press, 1992

INTRONA F., *I diritti del malato di mente; ovvero il malato di mente nel diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XV, 1993, p. 27 ss.

INTRONA F., *Metodologia medico legale nella valutazione della responsabilità medica per colpa*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XVIII, 1996, p. 1295 ss.

INTRONA F., *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2007, p. 641 ss.

INTRONA F., *Tutela della salute mentale. Medicina alternativa, esercizio abusivo della professione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 593 ss.

INTRONA F., *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2001, p. 879 ss.

INVERNIZZI G., *Manuale di psichiatria e psicologia clinica*, Milano, 2006

JACOBS D. – BREWER M., *APA practice guideline. Provides Recommendations for assesing and treating patients with suicidal behaviors*, in *Psychiatric annals*, may 2004, 373 ss.

JACOBS D., *Practice guideline for the assessment and treatment of patients with suicidal behaviors*, American Psychiatric Association, 2003

JUTRAS D., *Clinical practice guidelines as legal norms*, in *Canadian Medical Association Journal*, 1993, p. 905 ss.

KANE R., *Creating practice guidelines: the danger of over reliance on expert judgement*, in *Journal of law, medicine, ethics*, 23, 1995, p. 62 ss.

KOZLICK D., *Clinical practice guidelines and legal standard of care: warnings, predictions and interdisciplinary encounters*, in *Health law journal*, 19, 2011

LALLI N. - GIACHETTI N., *La "malpractice" in psicoterapia*, in Lalli N., *Manuale di psichiatria e psicoterapia*, Napoli, 1999, ult., rev., 2007

LATAGLIATA A. R., voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 615 ss.

LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in Giunta F. e Micheletti D., *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010

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

LIONETTO R. - MAZZOTTA G., *Le linee guida: alcune considerazioni su uno degli strumenti culturali su cui si potrebbe fondare la svolta del sistema sanitario nazionale*, in *Italian heart journal Suppl.*, I, 2000, p. 617 ss.

MACIOCCO G., *Guida per i medici o medici in linea? Linee guida in sanità*, in *Sal. ter.*, 104, 1997, p. 236 ss.

MACRÌ F., *Cooperazione colposa*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 324 ss.

MAGNINI V., *Il fatto altrui tra condotta ed evento*, in *Foro ambr.*, 2005

MANACORDA M., *Responsabilità dello psichiatra per fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, nota a Cass. Pen., IV, 5 maggio (1 luglio) 1987, Bondioli, in *Foro it.*, 1988, pag. 118 ss.

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

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2009

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, libertà, responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2001, p. 337 ss.

MANTOVANI F., *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, anno II, 1980, p. 16 ss.

MARCON G., *Linee guida nella pratica clinica*, in *Boll. soc. it. med. int.*, 2001, IV, p. 27 ss.

MARCON G., *La responsabilità medica. Linee guida, "malpractice" e rischio professionale*, in *Professione - Cultura e pratica del Medico d'oggi*, 10, 2002, p. 10 ss.

MARINUCCI G., *Il diritto penale messo in discussione*, in *Amicitiae pignus, Studi in ricordo di Adriano Capanna*, II, Milano, 2003, p. 1361 ss.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965

MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1991, p. 3 ss.

MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Codice Penale Commentato*, Milano, 2006

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2009

MARRA G., *L'osservanza delle c.d. " linee guida " non esclude di per sé la colpa del medico*, in *Cass. pen.*, 2, 2012, p. 557 ss.

MARRA G., *Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l'omicidio commesso dal suo paziente*, in *Cass. pen.*, 6, 2008, p. 2609 ss.

MARRA G. – PEZZETTO S., *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla L. n. 180 del 1978*, in *Cass. pen.*, 10, 2006, p. 3429 ss.

MARTIELLO G., *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere*, in *Criminalia*, 2007, p. 325 ss.

MARZOT S., *Il valore delle linee guida e la tutela del diritto alla salute dei cittadini*, in *San. publ. priv.*, 5, 2011, p. 78 ss.

MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2006, p. 493 ss.

MASOTTI G. – SARTORI T. – GUAITOLI G., *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XIV, 1992, p. 305 ss.

MASPERO M., *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2005, p. 777 ss.

MASPERO M., *Mancata previsione di un evento suicidiario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un fuzzy set o rilevazione di un ossimoro?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2002, pag. 913 ss.

MASPERO M., *Una discutibile sentenza della Cassazione sulla responsabilità penale del medico psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2004, p. 1167 ss.

MASSA T., *Le Sezioni Unite davanti a “nuvole e orologi”: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 12, 2002, p. 3643 ss.

MASSONI F. - MIGLINO A. - RICCI S., *Il valore giuridico delle linee guida secondo la sentenza della Corte di Cassazione n. 8254 del 2 marzo 2011*, in *Zacchia*, 2 - 3, 2011, p. 225 ss.

MATTHEWS J. R., *Practice guidelines and tort reform: the legal system confronts the technocratic wish*, in *J Health Politics Policy Law*, 24, 1999, p. 275 ss.

MAVRETISH B., *Nursing home issues in restraint use*, H.E.C., *Forum*, 10 (3-4), 1998, p. 300 ss.

MAZZACUVA N., *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: la responsabilità a titolo di colpa*, in AA. VV., *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, A. Manacorda (a cura di), Perugia, 1989, p. 215 ss.

MELCHIONDA A., *Nota a sentenza sez. istruttoria Bologna 1975*, in *Crit. Pen.*, 1976

MELLO M. M., *Of swords and shields: the role of clinical practice guidelines in medical malpractice litigation*, in *U Pa Law Rev*, 149, 2001, p. 645 ss.

MICHELETTI D., *La colpa del medico Prima lettura di una recente ricerca sul campo*, in *Criminalia*, Pisa, 2008, p. 171 ss.

MICHELETTI D., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 249 ss.

MILES S. H. - IRVINE P., *Deaths caused by physical restraint*, *Gerontologist*, 32, 1992, p. 762 ss.

MONTALTO B., *Primi lineamenti della responsabilità professionale degli psicoterapeuti ad indirizzo psicoanalitico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1050

MONTANARI VERGALLO G. - FRATI P. - GULINO M. - DI LUCA M.N., *La responsabilità dello psichiatra per le condotte auto ed eteroaggressive del paziente: tra il non ancora e il non più*, in *Giust. pen.*, 2011, p. 80 ss.

MUSIL R., *L'uomo senza qualità*, trad. it., Torino, 1972

NIVOLI G.C. – LORETTU L. – NIVOLI L.F. – NIVOLI A. M. A., *Osservazioni psichiatrico - forensi in tema di imputazioni e condanne agli psichiatri per il suicidio del paziente*, in *Journal of psychopathology*, 2012

NIVOLI G. C. – LORETTU L. – SANNA M. N. – NIVOLI A. – MILIA P. – NIVOLI L. F., *Valutazione del paziente violento e aggressivo e modi di intervento*, in Volterra V., *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Milano, 2010, p. 175 ss.

NOCCO L., *Diritti fondamentali e tecniche di tutela degli incapaci: le esperienze USA e italiana a confronto sul ruolo dei comitati etici*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2004, p. 1103 ss.

NORELLI G. A., *Sul divenire della responsabilità in ambito sanitario, note medico - legali*, in *Riv. it. med. leg.*, anno VII, 1985, p. 782 ss.

PAGLIARO A., *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 3, 2005, p. 1041 ss.

PALAZZO F., *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 3, 2010, p. 1229 ss.

PALAZZO F., *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2009, p. 1064 ss.

PALERMO E., *Brevi note sulla natura giuridica del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio per persone affette da malattia mentale*, in *Riv. it. med. leg.*, anno III, 1981, p. 337 ss.

PALIERO C. E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, anno XIV, 1992, p. 821 ss.

PANETTA A., *Sulla responsabilità del medico chiamato per consulto specialistico*, in *Cass. pen.*, 7 - 8, 2011, p. 2590 ss.

PAPAGNO C., *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 5, 2012, p. 1960 ss.

PARODI C. – NIZZA V., *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Utet, 1996

PAVAN G., *Sui rapporti fra disciplina dell'imputabilità e nosografia psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, 3 - 4, 2003, p. 659 ss.

PAVAN L., *Esiste il suicidio razionale?*, Edizioni scientifiche, Roma, 2009

PAVAN L. – DE LEO D., *Il suicidio nel mondo contemporaneo*, 1988

PENNEAU M. - PENNEAU J., *Recommandations professionnelles et responsabilité médicale*, in *Mèdecine et droit*, 1998, p. 4 ss.

PIEMONTESE C., *Il principio dell' "oltre il ragionevole dubbio", tra accertamento processuale e ricostruzione dei presupposti della responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2004, p. 757 ss.

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004

PIOLETTI U., *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1991

PIRAS A., *L'ammissibilità di un addebito di colpa generica nell'ipotesi in cui siano state osservate le regole cautelari specifiche*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2008, p. 883 ss.

PIRAS P., *Il giudizio causale in assenza di leggi scientifiche*, in *Cass. pen.*, 7 - 8, 2004, p. 2379 ss.

PIRAS P., *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. pen.*, 5, 2009, p. 1967 ss.

PIRAS P., *Omessa diagnosi di setticemia e nesso causale*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2008, p. 1131 ss.

PIRAS P. – CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 285 ss.

PIRAS P. – SALE C., *Atti auto ed etero lesivi e responsabilità dello psichiatra*, in *Cass. pen.*, 4, 2010, p. 1471 ss.

PLATONE, *La Repubblica*, I, 341 - c, 342 - e

POMPILI M., *La vita e la morte nella realizzazione del suicidio*, in Tatarelli R. - Pompili M., *Il suicidio e la sua prevenzione*, Roma, 2008

PONTI L. – G. BOVIO, *Un nuovo diritto per il malato di mente o una nuova percezione della malattia mentale?*, in *Riv. it. med. leg.*, anno VIII, 1986, p. 1062 ss.

PORTIGLIATTI BARBOS M., *La responsabilità professionale dell'operatore di salute mentale: profili medico - legali*, in AA. VV., *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, Centro studi giuridici e politici della regione Umbria, Perugia, 1989, p. 88 ss.

PORTIGLIATTI BARBOS M., *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 1996, p. 891 ss.

POZZI E., *Microfisica dell'insicurezza*, in *Riv. sper. fren.*, 2008, Vol. 132, p. 73 ss.

PREZIOSI S., *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *Cass. pen.*, 5, 2011, p. 1985 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2011

REALDON A., *Malati di mente e ricovero coatto*, in *Riv. it. med. leg.*, anno II, 1980, p. 910 ss.

REALDON A., *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, anno II, 1980, p. 10 ss.

RECUPERO P., *Clinical practice guidelines as learned treatises: understanding their use as evidence in the courtroom*, in *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2008, p. 290 ss.

REGIONE EMILIA ROMAGNA, *Linee di indirizzo tecnico per la costruzione di percorsi clinici per persone affette da disturbi del comportamento alimentare*, Direzione generale sanità e politiche sociali, settembre 2009

RICCI P. – VENDITTO M. O. – FERRARI M., *I trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale: ancora qualche osservazione in tema di responsabilità penale dello psichiatra*, in *Rass. it. crim.*, 1997, p. 104 ss.

RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007

ROIATI A., *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 4 - 5, 2011, p. 1125 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 2004

ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 891 ss.

ROMANO M. – STELLA F., *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente; aspetti penalistici e costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1973, p. 388 ss.

RONCHI E. - CAMPARI P., *Il ruolo di linee guida e protocolli nella valutazione della colpa medica*, in *Problemi di responsabilità sanitaria*, Farnetti A. - Cucci M. - Scarpati S. (a cura di), Milano, 2008

RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 3, 2004, p. 815 ss.

ROSOFF A. J., *Evidence-based medicine and the law: the courts confront clinical practice guidelines*, in *Journal of Health Politics Policy Law*, 26, 2011, p. 327 ss.

ROTOLO G., *“Medicina difensiva” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2012, p. 1259 ss.

RUSSO G., *Infermità di mente e pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 1987 p. 736 ss.

SABATINI M., *La prevedibilità dell'evento nel delitto colposo – Osservazioni a Sez. IV n. 643/2010*, in *Cass. pen.*, 1, 2011, p. 182 ss.

SARGOT P., *Références médicales opposables et responsabilité des medecins*, in *Mèdecine e droit*, 28, 1998, p. 9 ss.

SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1121 ss.

SERENI A., *Istigazione al reato e auto responsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000

SIRACUSANO, *Manuale di psichiatria*, Roma, 2007

SMALLWOOD O., *La normalisation des règles de l'art médical: une nouvelle source de responsabilité pour le professionnels de santé?*, in *Médecine e droit*, 2006, p. 121 ss.

SPASARI M., *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956

STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico - chirurgica*, in *Cass. pen.*, 3, 2005, p. 1062 ss.

STELLA F., *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2003, p. 767 ss.

STELLA F., *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2004, p. 23 ss.

STELLA F., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005

STELLA F., *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2004, p. 379 ss.

STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria, appendice a leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1990

STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss.

STELLA F., *La responsabilità penale dello psichiatra nel trattamento open - door*, in *Problemi giuridici attuali della legislazione psichiatrica*, Il pensiero scientifico editore, p. 7 e ss.

STELLA F., *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi*, in F. Stella (a cura di), *I saperi del giudice*, Milano, 2004

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2003

STELLA F., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2002, p. 1215 ss.

STELLA F. – ROMANO M., *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 388 ss.

TATARELLI R. - POMPILI M. - MANCINELLI I., *Comportamento suicidario*, in *Psichiatria per problemi*, (a cura di Tatarelli), Roma, 2004, p. 301 ss.

TERROSI VAGNOLI E., *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico - legali*, in *Riv. it. med. leg.*, vol. XXI, 1999, p. 189 ss.

TRAPASSO M. T., *Imputazione oggettiva e colpa tra “azione” ed “omissione”*: dalla struttura all'accertamento, in *Ind. pen.*, 3, 2003, p. 1225 ss.

TRAVERSO G. B., *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. med. leg.*, anno VIII, 1986, p. 1041 ss.

VALMASSOI G., *Linee guida nella pratica clinica: considerazioni introduttive*, in *Minerva anestesologica*, 2000, vol. 66, 6, p. 479 ss.

VECCHIETTI A. M., *L'evoluzione della legge psichiatrica italiana dalla legge n. 36 del 1904 alla legge n. 833 del 1978*, in *Riv. it. med. leg.*, anno III, 1981, p. 115 ss.

VENEZIANI P., *L'attività medica in rapporto al malato di mente. A) La responsabilità colposa (omissiva) del sanitario per fatti di omicidio/lesioni realizzati dai pazienti nei confronti di terzi*, in *Trattato di diritto penale - Parte speciale, I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, Cedam, 2003, pag. 338 ss.

VERRICO A., *La prova scientifica e il libero convincimento del giudice nell'applicazione del criterio della “probabilità logica” nell'accertamento causale*, in *Cass. pen.*, 11, 2011, p. 3807 ss.

VERRICO A., *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *Cass. pen.*, 1, 2011, p. 101 ss.

VIGANÒ F., *Commento all'art. 50 c.p.*, in *Commentario di diritto penale*, Marinucci G. – Dolcini E. (a cura di), III ed., tomo I, 2011, p. 671 ss.

VIGANÒ F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. mer.*, 8 - 9, 2006, 961 ss.

VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2009, pag. 1679 ss.

WOOLF S., *Practice guidelines, a new reality in medicine*, in *Archive of internal medicine*, 1993, p. 151 ss.

ZANCHETTI M., *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, nota a *Cass. Pen.*, IV, 6 novembre 2003 (4 marzo 2004), n. 10430, Guida, in *Cass. pen.*, 9, 2004, p. 2854 ss.

ZANCONI, *Un paziente si uccide: lo psichiatra poteva prevederlo?*, in AA. VV., *Processi penali processi psicologici*, Milano, 2009, p. 276 ss.

ZANNOTTI R., *La responsabilità penale dello psichiatra e dello psicologo*, in AA. VV., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da Giusti, Aggiornamento, vol. IX, 2008, p. 490 ss.

M. ZINCANI, *Libertà morale*, in Giunta (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, p. 626 ss.

Siti internet

AMATI A., *Rischio suicidario nel paziente depresso e possibili ricadute forensi sulla condotta professionale dello psichiatra*, in *Giornale italiano di psicopatologia*, 2011, www.jpsychopathol.net

BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

CANOSA R., *Lo scandalo della contenzione*, in www.pergialtri.it

CAPUTO M., *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Cass. Pen., Sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4107, in www.dirittosanitario.net

Cass. Pen., Sez. VI, 15 marzo (15 maggio) 2012, n. 18504, imp. Giannini e altro, est. Carcano, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7249.php

Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (10/081/CR07/C7), *Contenzione fisica in psichiatria: una strategia possibile di prevenzione*, p. 2, in www.regioni.it

Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 29 aprile 2009, *Raccomandazioni in merito all'applicazione di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale (art. 33, 34 e 35 legge 833/78)*, n. 9, in www.psychiatryonline.it

"Contenzione ieri ed oggi", in www.psichiatriaestoria.org

FREZZA F. – ANTONI F., *Note in tema di contenzione (meccanica, ma non solo...) in campo sanitario*, in www.omceotrieste.it

GATTA G. L., *La Cassazione e un curioso caso di colpa generica. Ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose*, nota a Cass. IV, 9 febbraio (21 giugno) 2012, n. 24993, imp. Tedone, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

GIUSTI G., *Errori in psichiatria ed esame medico - legale delle loro conseguenze*, in www.criminologia.it

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, 1999, p. 8, in www.governo.it/bioetica

LA MARCA M., *La responsabilità penale del medico psichiatra*, in www.personaedanno.it, a cura di P. Cendon

Linee guida Gli interventi precoci nella schizofrenia, documento 14, ottobre 2007, aggiornamento dicembre 2009, Ministero della salute, in www.salute.gov.it

LONGHIN L., *Una condanna conseguenza di una cultura epistemologica positivista e pseudo - scientifica e di una ambiguità dell'identità dello psichiatra*, in www.psichiatria.it

PIRAS P., *La colpa medica: non solo linee guida*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

PIRAS P., *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il quomodo all'hic et nunc*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

PIRAS P., *Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

PIRAS P., *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici, 24 novembre 2000, p. 13, in www.governo.it/bioetica

Raccomandazione sulla “Prevenzione del suicidio in ospedale” n. 4 del marzo 2008 e “Raccomandazione per prevenire gli atti di violenza a danno degli operatori sanitari” n. 8 del novembre 2007, emanate dal Ministero della Salute, in www.salute.gov.it

SALE C., nota a Cass. IV, 16 giugno (22 luglio) 2011, n. 29476, imp. Luvarà, est. Piccialli, *Qualificazione e rilevanza della condotta medica quale azione od omissione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

SBORDONI S., *Il trattamento sanitario obbligatorio*, in *Devianza primaria e devianza secondaria. Il caso del trattamento sanitario obbligatorio*, cap. III, *L'altro diritto, centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, in www.altrodiritto.unifi.it

SCORDAMAGLIA I., *Medico e paziente al cospetto del giudice penale per un rapporto terapeutico divenuto patologico: poche le certezze e molti i dubbi che aleggiano sullo scranno!*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

TORESINI L., *L'SPDC no restraint. La sfida della cura*, in www.centrobasaglia.provincia.arezzo.it

VALLINI A., “*Cause sopravvenute da sole sufficienti*” e nessi tra condotte, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

ZACCARIELLO R., *Questioni in tema di responsabilità penale dello psichiatra per condotte auto ed etero lesive poste in essere dal paziente*, in www.psichiatria.it