

ANALISI PENALISTICA DELLA CONTENZIONE DEL PAZIENTE PSICHIATRICO

di Claudia Sale

Abstract. Il lavoro analizza il tema della legittimità della contenzione in psichiatria, soffermandosi in particolare sui presupposti della sua applicazione e sulle figure di reato ipotizzabili in assenza degli stessi.

L'autrice sottolinea come da tempo, in dottrina e giurisprudenza, serpeggia il dilemma se la contenzione sia un atto di per sé lecito, in quanto previsto dalla legge oppure sia un atto illecito, in quanto tale vietato, che diviene lecito per l'eventuale ricorrere di una causa di giustificazione: si pone il quesito se contenere un paziente costituisca un obbligo giuridico o un mero potere per l'operatore psichiatrico. La soluzione alla quale si giunge è che la contenzione rappresenta un obbligo giuridico per l'operatore di salute mentale, quando trattasi di atto medico, finalizzato alla tutela della salute e della vita del paziente. Il lavoro si conclude con l'analisi dei soggetti competenti a disporre la contenzione, evidenziando la necessità di una «procedimentalizzazione» dell'attività medica, attraverso l'osservanza della miglior scienza del settore.

SOMMARIO: 1. La contenzione: evoluzione storica del fenomeno – 2. Tipologia contenitiva – 3. Coercizione e trattamento sanitario in psichiatria. Parallelismo o intersezione? – 4. Legittimità della contenzione in psichiatria: «dovere» o mero «potere» di intervenire? – 5. Fonti dell'obbligo di contenere – 6. Assenza di presupposti di legittimità e reati ipotizzabili – 7. Contenzione non attuata – 8. Contenzione impropriamente attuata – 9. Un'ipotesi particolare: la contenzione farmacologica – 10. Chi può disporre la contenzione?

1. La contenzione: evoluzione storica del fenomeno

L'acceso dibattito sulla contenzione è un fenomeno relativamente recente, seppur le variegate e policrome misure contenitive siano presenti nel panorama medico e assistenziale fin dalla notte dei tempi¹. Lo strumento ha da sempre accompagnato l'universo psichiatrico: ne vediamo alcune rappresentazioni già nell'arte greca e romana, raffiguranti luoghi di cura e assistenza. Della contenzione parla Celso,

¹ G. DI SCIASCIO, *La contenzione farmacologica in psichiatria*, in R. CATANESI-L. FERRANNINI-P. F. PELOSO (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Milano, 2006, p. 51.

Celio Aureliano, per poi essere rivisitata da Alessandro di Tralles e da Avicenna. E ancora, la contenzione approda al manicomio di Costantinopoli all'inizio del Cinquecento, per poi fare ingresso nei lazzaretti del Seicento, dove la follia e il delirio si accompagnavano spesso alla peste².

Essa, pertanto, ha costituito una costante nel tempo, attraversando l'intero percorso della medicina, e nello spazio, essendo comune alle diverse civiltà e tradizioni mediche.

Una presenza tangibile, fortemente percepibile e palpabile della realtà psichiatrica, ma allo stesso tempo innominata, sottaciuta. La contenzione in psichiatria dunque è esistita e continua ad esistere, ma al contempo viene celata. Uno strumento talvolta inevitabile, ma del quale non piace tanto parlare e il cui scopo è quello di controllare, limitare, ridurre o escludere i movimenti di una persona o, comunque, condizionarne il comportamento³. Un «male necessario», che si manifesta come un aspetto sgradevole e di criticità dell'assistenza e del trattamento psichiatrico. Parlarne significa rievocare quelle pratiche violente, disumane, figlie di un'epoca e di una cultura psichiatrica che, almeno sul piano teorico, si vorrebbe rifiutare⁴.

Le tecniche di contenzione nascono nel settore chirurgico e vengono estese alla psichiatria soltanto dopo la riforma patrocinata da Philippe Pinel⁵ e dalla sua scuola. L'atto cosiddetto di Pinel, nel 1794, che simbolicamente dà origine ad una nuova visione della scienza psichiatrica, solo 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

² Sull'evoluzione storica della contenzione v. L. FERRANNINI-P. F. PELOSO-F. SCAPATI-E. MAURA, *Aspetti clinici della contenzione*, in R. CATANESI-L. FERRANNINI-P. F. PELOSO (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Milano, 2006, pp. 11 ss.

³ La *Federal Drug Administration* definisce «mezzi di contenzione» quegli accessori o dispositivi creati per uso medico, adottati al fine di limitare i movimenti del paziente per il tempo necessario a consentirne il trattamento, l'esame clinico o la protezione, in *FDA: 21 CFR (Code of Federal Regulations, Title 21) Part 801 (FDA Labeling Requirements) 21 CFR 880.6760(a)*, GOVERNMENT PRINTING OFFICE, Revised April, 1, 2002. Disponibile su: <http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/CFRSearch.cfm.?FR=880.6770>. Nel *Nursing Home Reform Act (OBRA del 1987)*, la contenzione è definita come «*metodica manuale o fisica, strumento meccanico, materiale od altra attrezzatura applicata al corpo del paziente o nelle sue vicinanze, che non può essere rimossa facilmente dall'individuo e che ne limita la libertà dei movimenti ovvero la normale accessibilità al proprio corpo*», in *OBRA 42 USCA 1396 R(c), Nursing Home Reform Act; Omnibus Reconciliation Act-Grants to States for Medical Assistance Programs, Requirements Relating to Residents' Rights: Free from restraints*; Pub. L. No. 100-203, 101 Sta. 1330, 1987. Disponibile su: http://www.ocba.net/trust/nursing_home_bill_of_rights.htm.

⁴ 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, pp. 1483 ss.; R. CATANESI-G. TROCCOLI-F. CARABELLESE, *Responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, in R. CATANESI-L. FERRANNINI-P. F. PELOSO (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Milano, 2006, p. 92; R. CATANESI-G. TROCCOLI-F. CARABELLESE, *La contenzione in psichiatria profili di responsabilità professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 6, 2003, pp. 1005 ss.

⁵ Philippe Pinel è stato un medico psichiatra francese. È considerato un innovatore della psichiatria per aver inaugurato una nuova concezione del malato mentale, separandolo da altre figure di emarginati sociali coi quali veniva comunemente associato. Grazie ai suoi studi multidisciplinari, introdusse per primo l'analisi fisiologica della malattia mentale, facendola emergere dal clima di mistero e superstizione che sino ad allora l'avvolgeva.

studio e ricerca della malattia psichiatrica. Tale struttura, infatti, quando nel 1873 nasce la Società di Freniatria, diviene luogo elettivo di studio e la legge 36 del 1904⁶, nel qualificarlo Ospedale psichiatrico provinciale, stabilisce che allo stesso compete, in modo esclusivo, la «cura» dell'alienato mentale⁷.

Il nuovo trattamento terapeutico è abbinato, fin dal principio, ad atti coattivi. Le catene spariscono, ma al contempo appaiono nuovi strumenti di costrizione: camicia di forza, fermatesta, casco del silenzio, cintura di protezione, guanto 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.

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 qualche accorgimento, nonostante il silenzio serbato dalla legislazione attuale sull'uso implicito o 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 la ricomparsa. 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 ancora applicare, purché ricorrano determinati presupposti⁸. Le peculiarità del quadro clinico possono, pertanto, suggerire di ricorrere a tale strumento, al fine di soddisfare le esigenze di cura del paziente psichiatrico.

2. Tipologia contenitiva

Attualmente possiamo distinguere diversi tipi di contenzione⁹.

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.

⁶ La legge 14 febbraio 1904 n. 36, abolita con l'entrata in vigore della legge 180 del 1978 (meglio nota come riforma Basaglia), rappresenta il primo esempio di legislazione nell'assistenza psichiatrica, il cui impianto normativo era costruito su fondamenta custodialistiche-repressive, ossia sull'idea che la malattia mentale costituisse di per sé una situazione di pericolosità sociale.

⁷ R. CATANESI-G. TROCCOLI-F. CARABELLESE, *Responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, cit., p. 1006.

⁸ *ivi*, pp. 1008-1009.

⁹ Per una dettagliata descrizione delle attuali tecniche di contenzione cfr. G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, cit., pp. 1487 ss. V. anche F. FREZZA-F. ANTONI, *Note in tema di contenzione (meccanica, ma non solo...) in campo sanitario*, in www.omceotrieste.it.

La contenzione meccanica consiste nell'utilizzo di presidi per ridurre o controllare il movimento del malato. 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 ricondotte al 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; invero 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 placare l'aggressività di taluni pazienti.

3. Coercizione e trattamento sanitario in psichiatria. Parallelismo o intersezione?

Coercizione e trattamento sanitario: dimensioni distanti, tra le quali, almeno *prima facie*, sembrerebbe impossibile una convivenza. Da un lato, un evento doloroso, consistente nell'uso della forza, presumibilmente per vincere una resistenza. Dall'altro, un trattamento medico. Ebbene, è auspicabile un incontro o è preferibile rassegnarsi all'idea che viaggino su binari distinti, paralleli, destinati a non sovrapporsi e intersecarsi mai? La risposta a tale quesito risiede nel significato di atto medico, il quale non ha una funzione meramente descrittiva, ma è foriero di notevoli ricadute applicative. Non esiste, comunque, una definizione rigida e immutabile di atto

medico¹⁰. Una delle più risalenti sembra essere quella di Grispigni, che risale al 1914: «una modificazione dell'organismo altrui compiuta secondo le norme della scienza, per migliorare la salute fisica e psichica delle persone»¹¹. A questa definizione sono estranei, però, alcuni interventi medici non sull'uomo, ma volti tuttavia alla tutela della sua salute, come ad esempio le attività diagnostiche.

Per questo, recentemente si offre una nozione più generica, includendovi qualsiasi condotta sul corpo umano, a scopo terapeutico e non, e per finalità diagnostiche¹².

Vi è poi chi accoglie una nozione ancora più ampia¹³, qualificando atto medico ogni attività diretta ad attenuare o eliminare uno stato abnorme 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 *restitutio ad integrum* del malato, ma anche a ridurre le sofferenze fisiche e psichiche dello stesso.

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'indicazione, 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 atipiche, che esulano dal concetto originario di terapia ma che, in omaggio allo scopo che si prefiggono, possono ergersi a rango di atti medici. Si pensi, ad esempio, all'adozione di misure finalizzate a prevenire comportamenti violenti, auto o etero diretti. Comportamenti che non costituiscono la malattia oggetto di cura, ma che da essa possono dipendere, e devono conseguentemente essere affrontati mediante l'attuazione di determinati presidi sanitari¹⁴. È indispensabile, pertanto, che l'operatore di salute mentale si avvalga di ogni strumento disponibile per prevenire qualsiasi danno alla salute del proprio paziente¹⁵. Il problema, a questo punto, è

¹⁰ Un inquadramento del concetto di trattamento sanitario è contenuto in L. FERRANNINI-P. F. PELOSO-F. SCAPATI-E. MAURA, *Aspetti clinici della contenzione*, cit., pp. 6 ss. Sull'importanza della definizione di atto medico v. anche R. CANOSA, *Lo scandalo della contenzione*, in www.pergialtri.it.

¹¹ F. GRISPIGNI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, Milano, 1914, p. 7.

¹² G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 5.

¹³ A. CRESPI, *La responsabilità penale del trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Collana di Studi Penalistici, Palermo, 1955, pp. 8 ss.

¹⁴ In questo senso R. CATANESI-G. TROCCHI-F. CARABELLESE, *Responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, cit., pp. 1010 ss.

¹⁵ Nello stesso senso O. GRECO-R. CATANESI, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Padova, 1990, pp. 84 ss.

stabilire cosa si intenda per «qualsiasi» strumento disponibile: misure sanitarie in senso stretto, quali interventi psicofarmacologici e psicoterapeutici, oppure ogni strumento utile al raggiungimento del fine prefisso? La questione, in realtà, non è peculiare della sola scienza psichiatrica, ma interessa altri settori della medicina. In ambito ortopedico, ad esempio, tra i compiti del sanitario rientra anche quello di dare disposizioni per un'adeguata sistemazione logistica del paziente sottoposto ad intervento chirurgico, per evitare accidentali cadute dal letto.

Considerazioni analoghe possono essere espresse con riguardo al settore psichiatrico. Si valuti un quadro clinico di questo tipo: paziente depresso, con ideazione suicidaria. La malattia mentale, invero, spesso esprime i suoi sintomi sotto forma di comportamenti i quali, sulla scorta dell'osservazione clinica, inducono ad una probabile evoluzione sfavorevole della malattia, quale appunto il suicidio del paziente. In questo caso, sarà compito dello psichiatra porre in essere tutti i mezzi a sua disposizione per impedire un tragico epilogo e, quindi, 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 e della salute del paziente. Essi, dunque, non vanno intesi come strumenti a se stanti, separati dalla cura, ma come condizione necessaria per l'attuazione del trattamento sanitario. Le peculiarità della malattia psichiatrica impongono il ricorso a speciali interventi, mezzi, terapie anche non prettamente sanitari ma al contempo necessari, di carattere propedeutico e ancillare all'atto medico vero e proprio, che calato in questo particolare contesto patologico tende a dilatarsi¹⁶.

La contenzione, pertanto, osservata da questa visuale è qualificabile come atto medico¹⁷. Pur non potendo essere considerata di per sé cura o trattamento, si erge comunque a strumento preventivo necessario per curare il paziente dalla malattia che lo affligge. In determinati casi, infatti, appare inevitabile il ricorso ad essa: un paziente in stato di grave agitazione psicomotoria o di eccitamento maniaco o, ancora, in preda ad una crisi pantoclastica, quando cioè distrugge ogni cosa di cui abbia disponibilità, che rappresenti un concreto e serio pericolo per sé o altri, come potrebbe essere altrimenti curato, se non mediante atti contenitivi? Certo, all'operatore di salute mentale non sono richieste capacità divinatorie, ma qualora il quadro clinico riveli

¹⁶ Per quanto riguarda il problema di qualificare gli atti coercitivi come trattamento sanitario v. sentenza Pretura di Monfalcone, 2 giugno 1980, in R. CANOSA, *Lo scandalo della contenzione*, cit., p. 2, che vedeva imputato un vigile urbano il quale si era rifiutato di utilizzare la forza per condurre in ospedale una paziente affetta da patologia mentale.

¹⁷ Gli argomenti contrari alla natura sanitaria della contenzione richiamano, invece, un'esigenza di netta separazione tra trattamento sanitario e contenzione, in quanto il primo è di competenza del personale sanitario, la seconda delle forze dell'ordine. In questo senso v. L. BENEVELLI, *La pratica delle contenzioni e dell'isolamento negli ospedali psichiatrici e nei servizi di salute mentale: aspetti deontologici, questioni di bioetica e una proposta di ricerca*, in *Il reo e il folle*, 14, monografico «Abuso abuso abuso», 2000, pp. 155 ss.

apertamente la possibilità di gesti auto o etero lesivi, egli non potrà esimersi dall'attuare quelle misure, che seppur non squisitamente sanitarie, abbiano come finalità precipua quella di preservare la salute del malato.

È da sottolineare, però, come non ogni forma di violenza scaturente dal paziente psichiatrico autorizzi l'operatore sanitario ad intervenire mediante strumenti coercitivi. La contenzione, invero, si fonde col trattamento sanitario, fa corpo con esso, soltanto quando l'aggressività del paziente rappresenti un epifenomeno, una manifestazione, un sintomo della malattia mentale.

È doveroso comunque ribadire che ogni misura intrapresa dovrà avvenire nel rispetto della dignità della persona, così come dispone l'art. 3 co. 1 del Codice di deontologia medica¹⁸, in quanto esistono limiti precisi all'attività sanitaria, sia pure a 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 consentano l'applicazione della misura in casi del tutto eccezionali¹⁹. Solo in questi termini è possibile una convivenza tra due poli apparentemente opposti, diversamente il contrasto fra contenzione e attività medica potrebbe rivelarsi insanabile.

Occorre, ancora, osservare che il qualificare la contenzione come atto medico non è una questione di carattere puramente nominale, formale, ma sostanziale, che bada all'essenza del trattamento medico. Non è sufficiente che la contenzione sia parte integrante di una terapia e, quindi, abbia «forma» di intervento sanitario. In realtà, l'atto medico non può *ex se* essere considerato lecito. Un determinato trattamento non è lecito perché medico, ma è lecito perché ha come scopo primario la salute del paziente. In sintesi: asserire che la contenzione è sempre lecita quando è un intervento sanitario è vero solo in parte, in quanto occorre sempre verificare se il trattamento praticato da un sanitario sia rivolto alla cura del paziente, perché solo in questi termini è da considerarsi atto medico. Non basta, dunque, individuare la fonte dalla quale proviene la contenzione, ma è necessario verificarne i contenuti, le modalità e soprattutto le finalità che l'operatore sanitario si prefigge.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 3 co. 1 del Codice di deontologia medica «*Dovere del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza distinzioni di età, di sesso, di etnia, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace e in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera.*»

¹⁹ Questi principi sono richiamati dagli artt. 15 e 49 del Codice di deontologia medica. 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.*».

4. Legittimità della contenzione in psichiatria: «dovere» o mero «potere» di intervenire?

Il problema della legittimità della contenzione in psichiatria è saldamente legato al tema dei doveri professionali degli operatori psichiatrici. Da tempo, in dottrina e giurisprudenza, serpeggia il dilemma se la contenzione sia un atto di per sé lecito, in quanto previsto dalla legge oppure sia un atto illecito, in quanto tale vietato, che diviene lecito per l'eventuale ricorrere di una causa di giustificazione.

La soluzione di tale dilemma è strettamente connessa all'individuazione dei contenuti della posizione di garanzia dell'operatore di salute mentale. Occorre cioè chiedersi se nel fascio di obblighi che compongono la posizione di garanzia rientri l'obbligo giuridico, *ex art. 40 co. 2 c.p.*, di impedire gli atti auto ed etero aggressivi del paziente, avvalendosi di ogni strumento a disposizione per la tutela della salute di quest'ultimo e, tra questi, la contenzione²⁰.

Il nostro ordinamento, in realtà, non dispone di una specifica norma che assegni espressamente tali compiti all'operatore psichiatrico. Proprio tale vuoto normativo – secondo una certa opinione²¹ – 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 paziente²². 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 dottrina²³ 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 espressione 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,

²⁰ Per un'ampia analisi della posizione di garanzia in psichiatria v. G. DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011.

²¹ R. ZACCARIELLO, *Questioni in tema di responsabilità penale dello psichiatra per condotte auto ed etero lesive poste in essere dal paziente*, in www.psichiatria.it, pp. 1 ss.

²² 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.

²³ Nella giurisprudenza di legittimità, l'impedimento di atti auto ed etero lesivi del paziente rientra nell'obbligo di cura. Al riguardo si veda Cass. pen., sez. IV, 29 dicembre 2008, n. 48292, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di) *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011, p. 16. Conforme in dottrina G. IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 9, pp. 1143 ss.

come può sostenersi che lo psichiatra risponda, ad esempio, della sola scelta del farmaco e non di quanto poi è accaduto?

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, a loro volta, di ricorrere a determinati mezzi coercitivi per scongiurare condotte lesive per il malato o per i terzi. Tale obbligo di cura come potrebbe essere adempiuto 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, come appunto la contenzione, soprattutto quando sia a rischio la stessa incolumità del malato. L'operatore di salute mentale verrebbe così spogliato del suo obbligo primario: quello di tutelare la vita e la salute del paziente.

In psichiatria, il principio della cura si intreccia così con quello della vigilanza, della custodia e quindi della contenzione, poiché la cura della malattia mentale implica la protezione della salute fisica e psichica 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 mette 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, nel caso avvalendosi dell'uso della forza. La pericolosità, 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. Essa, infatti, non si è eclissata ma continua ad orbitare nell'universo della psichiatria.

Lo psichiatra viene così a trovarsi tra «l'incudine e il martello»²⁴, 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

²⁴ Così 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, pp. 2870-2871.

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, di conseguenza, il doppio ruolo di controllore e terapeuta²⁵.

L'operatore psichiatrico pertanto, sulla base degli argomenti suesposti, avrebbe l'obbligo giuridico di praticare la contenzione per tutelare la salute e la vita del paziente. Egli, qualora sussistano determinati presupposti, ha dunque il dovere di contenere, non ne ha semplicemente la facoltà. Soltanto nel primo caso potrebbe essere imputato per non aver impedito gli atti auto o etero aggressivi del paziente²⁶. Il fondamento dell'obbligo di intervenire in soccorso del malato e delle eventuali persone dallo stesso aggredite non è dunque la necessità, ma la posizione di garante che lo investe di doveri di protezione e controllo. L'operatore di salute mentale, infatti, non può essere considerato alla stessa stregua di un privato cittadino, la cui condotta sarebbe giustificata e, quindi, resa lecita soltanto dalla legittima difesa o dallo stato di necessità²⁷. Quest'ultimo ha, a differenza dell'operatore psichiatrico, soltanto la facoltà di intervenire, non sufficiente in quanto tale a far scaturire un obbligo e, conseguentemente, una responsabilità penale nel caso in cui fosse omessa la condotta doverosa. Pertanto, potere e obbligo non possono coesistere in capo allo stesso soggetto: sono tra loro incompatibili. Delle due l'una: o si ritiene che l'operatore psichiatrico «possa» soltanto contenere, con conseguente applicabilità delle scriminanti nell'ipotesi in cui compia atti coercitivi nei confronti del paziente; oppure si asserisce che lo stesso abbia «l'obbligo» di contenere, muovendosi così all'interno di un contesto di base lecito, poiché è la legge stessa che glielo impone e rispetto alla quale non può sottrarsi, pena altrimenti l'insorgere di una responsabilità penale per omissione. Ergo: non è corretto sostenere che la contenzione si «può» fare e al contempo ritenere penalmente rilevante la condotta del medico che omette di praticare la contenzione, qualora sussistano i presupposti. Se esiste un obbligo giuridico di impedire l'evento e questo viene impedito, sulla base di tale obbligo, il fatto è da ritenersi lecito. Non è giustificato, poiché le cause di giustificazione scaturiscono da un contesto di base illecito, non lecito come in ipotesi di obbligo giuridico *ex art. 40 co. 2 c.p.*

In dottrina si distingue a seconda della causa di giustificazione, chiamando in causa l'adempimento del dovere poiché, a differenza delle altre scriminanti, sarebbe l'unica *ex art. 51 c.p.* («...l'adempimento di un dovere imposto da...») che impone di

²⁵ In questo senso U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 1997, pp. 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.

²⁶ F. FREZZA-F. ANTONI, *Note in tema di contenzione*, cit., pp. 5 ss., secondo gli Autori il verificarsi del rischio rientrando nella posizione di garanzia renderebbe doveroso il ricorso a qualsiasi mezzo potenzialmente a disposizione del personale sanitario, compresi gli strumenti meccanici di contenzione. Il loro mancato utilizzo potrebbe costituire fonte di responsabilità penale colposa omissiva *ex art. 40 co. 2 c.p.*

²⁷ In questo senso v. G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, cit., p. 1505; L. GRASSI-C. NUNZIATA, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Padova, 2003, p. 164. Nella dottrina penalistica, invece, è principio condiviso che la necessità non fonda doveri giuridici di soccorso, ma rende non illecita la condotta necessitata, la quale mossa da finalità difensiva resta facoltativa. Per tutti, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, pp. 275 ss.

intervenire. Ma ancora una volta occorre sottolineare che tale inadempimento si innesta su un fatto illecito. Dove c'è obbligo giuridico di intervenire non c'è spazio per l'insorgere di una causa di giustificazione. Un esempio servirà sicuramente a rendere più concreto il ragionamento: una mamma, per impedire che il proprio figlio venga investito, lo tiene per mano durante una lunga passeggiata in città, impedendo in tal modo la sua libertà di movimento. In questo caso, la madre del bambino non commette il delitto di violenza privata o di sequestro di persona, qualora protrattosi per un certo lasso di tempo, scriminato dall'adempimento del dovere e, dunque, un fatto illecito giustificato dal ricorrere di una scriminante, ma rende concreto l'obbligo giuridico di tutelare il proprio figlio dai pericoli del traffico. Anche l'operatore di salute mentale, come la madre, agisce all'interno di un contesto di base lecito e, quindi, non ha bisogno di invocare l'applicazione di una scriminante, che scaturisce invece da una situazione di illiceità.

Il dovere professionale di contenere può, comunque, incontrare un limite in quelle situazioni che esporrebbero a serio pericolo l'incolumità dell'operatore, come nel caso di paziente nettamente più forte. Medici e infermieri non rientrano nel novero di soggetti che per legge abbiano il dovere istituzionale di esporsi a pericolo, come ad esempio vigili del fuoco, appartenenti alle forze dell'ordine, agenti della protezione civile. Al contempo, però, nei casi di emergenza non è consentito che l'operatore psichiatrico rimanga inerte. Egli, infatti, potrà adempiere l'obbligo di intervenire richiedendo la collaborazione di altri operatori o invocando l'intervento della forza pubblica²⁸.

Con riguardo all'intervento in situazioni di emergenza nei confronti di un paziente pericoloso per sé o altri, l'indirizzo maggioritario tende comunque ad invocare l'applicazione delle scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità, quali fonti di liceità dello strumento contenitivo.²⁹

5. Fonti dell'obbligo di contenere

Nelle pagine che precedono si è posto in rilievo come la contenzione possa essere ricondotta al fascio degli obblighi che compongono la posizione di garanzia, essendo qualificabile quale atto medico e rientrante pertanto nel generale obbligo di curare il paziente.

Sul punto la giurisprudenza della Cassazione non ha mai avanzato dubbi, anche di recente e indipendentemente dal fatto che la contenzione si debba praticare su paziente psichiatrico o no³⁰.

²⁸ G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, cit., p. 1505.

²⁹ R. CASTIGLIONI-A. FLORES, *op. cit.*, p. 137. R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario. Responsabilità civile e penale-Consenso informato-Colpa e nesso causale-Casistica e giurisprudenza*, Torino, 2008, p. 459.

³⁰ Cass. pen., sez. IV, 27 febbraio 2008, n. 8611; Cass. pen., sez. IV, 6 maggio 2009, n. 18950; Cass. pen., sez. IV, 1 dicembre 2009, n. 45910, tutte in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit., pp. 14 ss. Cass. pen., sez. IV, n. 46759/13, Buta, est. Montagni, inedita.

Né ancor meno, come già visto, la giurisprudenza della Cassazione ha mai avanzato dubbi circa l'obbligo di inferiori restrizioni della libertà personale del paziente, se ciò è funzionale alla prevenzione di atti auto o eterolesivi.

Di questo in fondo si tratta, di restrizioni, più o meno marcate della libertà personale del paziente. Potrebbero quindi sorgere perplessità circa la compatibilità di tali restrizioni con l'art. 13 Cost., che appunto tutela il diritto alla libertà personale³¹, nel suo significato più certo e storicamente consolidato, ossia del c.d. *habeas corpus* o libertà dagli arresti³². Tutela ampliata grazie ad un intervento della Corte Costituzionale³³, 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, quindi, ad ogni forma di coercizione anche non fisica, che leda la dignità della persona³⁴.

Occorre rilevare, *in primis*, che l'art. 13 Cost. non è l'unica norma costituzionale che al riguardo viene in considerazione; ciò avverrebbe se la contenzione fosse vista esclusivamente come un mezzo meramente limitativo della libertà personale e non invece, più propriamente, come trattamento medico, finalizzato alla tutela della salute e della vita del paziente. In tal modo sia la contenzione che altre inferiori restrizioni della libertà personale, attuate a scopo terapeutico, traggono la propria linfa e legittimità dall'art. 32 Cost., che tutela la salute quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e, inoltre, consente l'applicazione di trattamenti sanitari coattivi nei casi espressamente previsti dalla legge, senza che sia necessario un atto motivato dell'autorità giudiziaria, come invece richiesto dall'art. 13 Cost.

Peraltro, l'art. 32 Cost. richiede appunto che il trattamento sanitario, coattivamente praticato, sia previsto dalla legge. L'argomento non è mai stato trattato dalla Cassazione, che peraltro – lo si ripete – non nutre alcun dubbio circa l'obbligo d'interventi più o meno limitativi della libertà personale del paziente, se ovviamente praticati a scopo terapeutico.

È tuttavia necessario valutare se questa opinione giurisprudenziale possa essere formalmente condivisa. A questo scopo occorre domandarsi se nell'attuale ordinamento sia presente una disposizione che, comunque, legittimi la contenzione. Attualmente non vi è alcuna normativa specifica. Nella precedente legge manicomiale vi erano, invece, riferimenti precisi alla contenzione³⁵, 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.

³¹ Per quanto riguarda i rapporti tra misure contenitive e garanzie costituzionali si veda M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2013, pp. 179 ss. Sulle possibili «frizioni» con l'art. 13 Cost. v. G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, cit., pp. 1494-1496; ID., [Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio istituzionale"](#), nota a Tribunale di Cagliari, sez. Gip, 17 luglio 2012, Giud. Casula, in questa *Rivista*, 25 febbraio 2014.

³² Così G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, cit., p. 1495.

³³ Si veda Corte Cost. 27 marzo 1962, n. 30, testo della sentenza reperibile su <http://www.giurcost.org/decisioni/1962/0030s-62.html>.

³⁴ Cfr. G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, cit., p. 1496.

³⁵ Si veda art. 60, r.d. n. 615/1909.

Abrogata la legislazione di cui sopra, nulla più è stato previsto sulla contenzione. La legge 180/78 di riforma dell'assistenza psichiatrica, meglio nota come legge Basaglia, è muta al riguardo.

Occorre comunque ricordare che l'emanazione della legge suddetta è stata preceduta dalla riforma dell'Ordinamento penitenziario del 1975, che all'art. 41 legittima l'uso di coercizione fisica nei casi previsti dal regolamento di esecuzione³⁶, che a sua volta all'art. 77, rubricato «Mezzi di coercizione fisica», parla espressamente di contenzione, stabilendo che «...la foggia e le modalità di impiego delle fasce devono essere conformi a quelle in uso, per le medesime finalità, presso le istituzioni ospedaliere psichiatriche pubbliche». Tale disposizione non è mai stata abrogata, generando però al contempo un paradosso: attualmente è espressamente consentita la contenzione di un paziente psichiatrico se detenuto in carcere, mentre non lo è nel normale circuito assistenziale. Come risolvere tale antinomia? Alcuni Autori³⁷ affermano che, seppur nella legge 180/78 non vi sia alcun riferimento espresso alla contenzione, neppure trapeli alcun divieto, sia pur implicito, all'uso di essa. A tale dato, inoltre, occorre aggiungere che il nuovo regolamento penitenziario, introdotto nel 2000, riproduce nella sostanza la precedente disposizione³⁸, confermando l'assunto che la riforma Basaglia ha comunque conservato quelle norme che disciplinano la contenzione in psichiatria, nonostante l'assenza di alcun richiamo ad essa nel suo impianto normativo.

Questa interpretazione – seppur da molti criticata – consentirebbe comunque di estinguere il paradosso suddetto che inevitabilmente scaturirebbe dalla coesistenza di due diverse discipline, aventi però come destinatario il medesimo soggetto³⁹. Ciò che muta, a ben vedere, è la sola posizione topografica nella quale si verrebbe a trovare il malato: in un caso il carcere, nell'altro l'ordinario circuito assistenziale. Ma la finalità che dovrebbe animare l'uso della contenzione è la stessa, ossia la tutela della salute del malato psichiatrico, nonché della sicurezza di quest'ultimo e di eventuali terzi che con

³⁶ Art. 41 l. 26 luglio 1975, n. 354: «Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti.

Il personale che per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati, deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso.

Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso ai fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario.

Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore.»

³⁷ R. CASTIGLIONI-A. FLORES, *Sull'uso dei mezzi di contenzione in ambiente psichiatrico. Considerazioni giuridiche e medico-legali*, in *Riv. sper. fren.*, CXI, n. 1, 1987, p. 137.

³⁸ Il nuovo regolamento penitenziario del 2000 prevede all'art. 82 (*Mezzi di coercizione fisica*) che «La coercizione fisica, consentita per le finalità indicate nel terzo comma dell'art. 41 della legge, si effettua sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche».

³⁹ In questo senso si vedano le considerazioni di G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, cit., pp. 1499 ss.

esso vengano a contatto; una tutela che inevitabilmente, a seconda del quadro clinico di specie, richiederebbe il ricorso a strumenti limitativi o privativi della libertà personale.

Tale interpretazione non è inoltre di carattere squisitamente teorico, ma trova riconoscimento in qualche isolata pronuncia giurisprudenziale⁴⁰.

Non solo: un aggancio formale alla giurisprudenza è offerto anche dall'art. 2047 c.c., che prevede la responsabilità del sorvegliante per i danni cagionati dall'incapace, salvo che provi di non averli potuti impedire. Presupposti di tale responsabilità sono, dunque, il danno compiuto dall'incapace e l'esistenza di un obbligo di sorveglianza, derivante dalla legge o dal contratto. In giurisprudenza, però, è stato sostenuto che la responsabilità prevista dall'art. 2047 c.c. riguardi solamente l'ipotesi in cui l'incapace cagioni un danno a un terzo e non il diverso caso in cui tale soggetto procuri un danno a se stesso⁴¹. L'accoglimento di tale orientamento giurisprudenziale comporterebbe notevoli riflessi pratici sul piano della responsabilità penale: il sanitario potrebbe essere imputato soltanto degli eventuali delitti di omicidio o lesioni cagionati dal proprio paziente a terzi, ma non del suicidio dello stesso. Ad un'attenta analisi, dalla lettera della disposizione in oggetto non trapela però alcuna limitazione circa la direzione del danno, non è richiesto che lo stesso sia rivolto necessariamente verso terzi, ma semplicemente che si realizzi.

L'obbligo di contenere può essere rinvenuto anche sul terreno delle fonti sovranazionali. Invero l'art. 5 della CEDU tutela il diritto alla libertà, vietando la sua privazione se non nei limiti previsti dalla legge e al ricorrere di una delle ipotesi elencate nelle varie lettere in cui si articola il paragrafo 1 della stessa disposizione convenzionale. Tra queste, la lett. e) consente la «*detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo*». Il diritto europeo non ha dunque rinunciato a garantire una tutela coercitiva per i soggetti affetti da disturbi psichiatrici, considerato il riferimento alla persona dell'alienato⁴².

L'obbligo di contenere il paziente psichiatrico può scaturire non soltanto dalla legge, ma anche da un atto di autonomia privata: il contratto, che ex art. 1321 c.c., rappresenta l'incontro della volontà di due soggetti volto a produrre un effetto giuridico. Gli obblighi *ex contractu* non rappresentano però un allontanamento dal principio di legalità, ma trovano il proprio fondamento nella legge e, nello specifico, nell'art. 1372 c.c. che riconosce al contratto forza di legge tra le parti. Anche in questo modo si garantisce il rispetto del principio di legalità, senza scivolamenti su concezioni sostanziali della posizione di garanzia⁴³.

La formazione del contratto nel settore psichiatrico incontra tuttavia delle difficoltà, poiché una delle parti, cioè il paziente, spesso non è in grado di esprimere validamente la propria volontà. In questi casi, pertanto, è necessario che il malato sia

⁴⁰ V. G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica*, cit., pp. 1499-1500: l'Autore si riferisce a Trib. Min. Bari, 2 luglio 2009, in *De Jure*.

⁴¹ Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11245, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 7-8.

⁴² Sull'art. 5 della CEDU G. DODARO-L. FERRANNINI, *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione a focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2013, pp. 190 ss.

⁴³ Al riguardo G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale Parte generale*, Milano, 2012, pp. 215-216.

rappresentato da un soggetto che lo sostituisca per il compimento di un determinato negozio giuridico, acconsentendo così alle cure, come quelle terapeuticamente contenitive. Inoltre, occorre distinguere l'ipotesi in cui il contratto venga stipulato con una struttura pubblica o privata da quella in cui il contratto sia stipulato con un libero professionista. Nel primo caso, l'accettazione di un paziente nella struttura comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra quest'ultimo e l'ente ospedaliero, rispetto al quale l'operatore di salute mentale rimane del tutto estraneo. Egli, infatti, in qualità di dipendente dell'ospedale, ha un rapporto giuridicamente indiretto col paziente e, invero, la giurisprudenza, pur essendo ormai assodato che si tratti di responsabilità contrattuale, ritiene che fonte dell'obbligo giuridico non sia il contratto ma il contatto sociale⁴⁴. Tali problemi non sorgono, invece, quando il contratto venga concluso con un operatore psichiatrico libero professionista, poiché in questo caso l'incontro di volontà avviene direttamente tra quest'ultimo e il paziente o colui che lo rappresenta.

Conclusivamente sul punto, le norme qui segnalate potrebbero costituire una veste formale per l'attuale opinione giurisprudenziale, garantendo la giuridicità dell'obbligo di contenere *ex art. 40 co. 2 c.p.* ed escludendo quindi tensioni con il principio di legalità.

6. Assenza di presupposti di legittimità e reati ipotizzabili

La contenzione, in virtù di quanto osservato, non rappresenta un'attività di per sé illecita; tuttavia è necessario che il ricorso ad essa sia assistito da specifiche ragioni e avvenga entro limiti ben precisi, in quanto trattasi di un trattamento sanitario non assistito da valido consenso del paziente, poiché incapace di prestarlo. In mancanza dei presupposti che autorizzano il ricorso a procedure coercitive, la contenzione diviene perciò condotta penalmente rilevante, integrando diverse figure di reato.

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.⁴⁵ 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. Costituisce, inoltre, violenza personale penalmente rilevante *ex art. 610 c.p.* qualunque compressione della libertà di movimento, pur in assenza di contatto fisico tra l'agente e la vittima. Si pensi all'ipotesi di un paziente psichiatrico chiuso all'interno di una

⁴⁴ Sulla critica al contatto sociale come fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento sia consentito il rinvio a C. SALE, [La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali](#), in questa *Rivista*, 21 giugno 2013.

⁴⁵ Per un'analisi della nozione penalistica di «violenza» v. F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, p. 256.

stanza, senza possibilità di muoversi all'interno di essa secondo le proprie determinazioni⁴⁶.

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 intellettuale⁴⁷. 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 1978⁴⁸: al direttore di un ospedale psichiatrico giudiziario viene contestato il reato di violenza privata, per aver utilizzato il letto di contenzione e consentito l'uso di psicofarmaci in 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, sopprimono la libertà personale. La possibile applicazione di questa fattispecie pone, quindi, una domanda: quanto può durare la contenzione? Nessun protocollo nazionale fornisce indicazioni precise 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 tempo⁴⁹. Quando dunque l'atto coercitivo non resti circoscritto al lasso di tempo necessario per calmare il paziente o per somministrargli

⁴⁶ Per una compiuta analisi dell'art. 610 c.p. v. F. VIGANÒ, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, Tomo III, terza ed., IPSOA, 2011, art. 610 c.p., pp. 5908 ss.; sul punto diffusamente ID., *La tutela penale della libertà individuale*, cit., pp. 256 ss.

⁴⁷ Cfr. M. ZINCANI, *Libertà morale*, in F. GIUNTA (a cura di), *Diritto penale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, pp. 626 ss.

⁴⁸ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1978, in *Il Foro It.*, II, 1981, c. 169.

⁴⁹ *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.

un farmaco, diventerebbe strumento illegittimo e comporterebbe l'applicazione dell'art. 605 c.p. Un noto caso, di recente balzato agli onori della cronaca, è quello di Francesco Mastrogiovanni, ricoverato presso il reparto psichiatrico dell'Ospedale di Vallo della Lucania, per disturbo schizoaffettivo e dipendenza da cannabinoidi e deceduto nella struttura predetta dopo esser stato contenuto ininterrottamente per più di tre giorni. In primo grado si perviene alla condanna del primario⁵⁰, nonché di altri medici in servizio presso il Spdc per il delitto di sequestro persona, realizzato mediante contenzione meccanica al letto di degenza in assenza di presupposti e del delitto di cui all'art. 586 c.p., per aver cagionato la morte del paziente, come conseguenza del delitto di cui all'art. 605 c.p.

La morte del paziente rappresenta l'epilogo di una pratica contenitiva realizzata in aperto contrasto con linee guida internazionali e nazionali⁵¹. La vittima viene,

⁵⁰ Tribunale di Vallo della Lucania, 27 aprile 2013, con nota di G. DODARO, [Morire di contenzione nel reparto psichiatrico di un ospedale pubblico](#), in questa *Rivista*, 12 giugno 2013. V. anche Tribunale di Cagliari, sez. Gip, 17 luglio 2012, Giud. Casula, in questa *Rivista*, con nota di G. DODARO, [Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio istituzionale"](#), cit.

⁵¹ Negli Stati Uniti esistono diverse linee guida su tempi e modi della contenzione, ad esempio le linee guida federali nelle *Nursing homes*. Generalmente sono previste per pazienti anziani, ma i principi possono facilmente essere mutuabili per pazienti psichiatrici. Prevedono che: 1. La prescrizione, scritta, deve indicare le ragioni precise della contenzione. 2. La contenzione deve essere a termine ed il paziente non deve essere contenuto indefinitamente. 3. La contenzione non deve essere imposta per più di dodici ore a meno che non lo richieda la contenzione del paziente. 4. Un paziente sottoposto a contenzione deve essere controllato ogni trenta minuti dal personale addestrato, registrando il piano di sorveglianza. 5. La reiterazione della prescrizione deve avvenire solo dopo ulteriore verifica delle condizioni del soggetto. 6. La restrizione non va usata a fini punitivi, per comodità dello *staff* o come succedaneo di un attento controllo. 7. La restrizione con mezzi fisici non deve produrre danno al paziente e deve indurre il minimo disagio possibile. 8. Si deve garantire la possibilità di movimento ed esercizio per non meno di dieci minuti ogni due ore con esclusione della notte., in *Washington D.C. Department of health and human services, Use of restraints-federal standards*, 1984, in G. Marini-A. Salsi, *La contenzione dell'anziano confuso: principi e pratica*, in *Argomenti di gerontologia*, 6, 1994, pp. 37 ss. Non dissimili sono le indicazioni fornite dal *Royal college of nursing* di Londra: 1. La contenzione dovrebbe essere attuata solo in circostanze eccezionali e dovrebbe essere solo una misura temporanea. 2. La contenzione dovrebbe essere adottata solo dopo un'attenta valutazione delle condizioni della persona. Questa valutazione dovrebbe esaminare anche modalità alternative. 3. Il periodo di contenzione dovrebbe essere indicato prima di procedere e la decisione dovrebbe essere continuamente riesaminata, per esempio, ogni quindici minuti. 4. La decisione della contenzione dovrebbe essere adottata da una infermiera dopo essersi consultata con un altro membro qualificato dello *staff* e dopo l'esplicita approvazione della caposala. 5. I tempi della contenzione dovrebbero essere accuratamente registrati ed elaborati in statistiche mensili, comunemente accessibili, che dovrebbero evidenziare i tempi, il tipo, la causa (naturalmente salvaguardando la riservatezza dei pazienti). 6. Nessun paziente dovrebbe essere in contenzione con una «cintura di sicurezza». 7. La necessità di somministrare sedativi dovrebbe essere rivista giornalmente dai medici dello *staff*., in G. S. WRIGHT, *Nursing the older patient*, Harper & Ron Publishers, London, 1989. Per quanto riguarda le linee guida nazionali in materia di contenzione si vedano quelle dell'Ospedale Niguarda Cà Grande di Milano e richiamate dalla sentenza del Tribunale di Vallo della Lucania, le quali prevedono in particolare l'istituzione di un registro delle contenzioni che riporti data e ora della contenzione, motivazione e firma del medico, firme di passaggio dell'infermiere e controfirma del medico. Se la contenzione supera le 24 ore occorre la controfirma di una figura apicale (Dirigente di struttura complessa o Responsabile del servizio) al fine di evitare eventi dannosi direttamente attribuibili alla contenzione e, non appena se ne rilevi la presenza, è indispensabile che la contenzione venga interrotta. È opportuno che vengano programmati momenti di assenza di contenzione per poter garantire il movimento al paziente (generalmente per non

innanzitutto, sottoposta a contenzione meccanica non per finalità terapeutiche, ma per effettuare un atto d'indagine richiesto dalle forze dell'ordine. Nella specie per espletare il prelievo delle urine, al fine di accertare l'eventuale presenza di sostanze stupefacenti. Il paziente, che fino a quel momento non aveva manifestato alcuna forma di violenza o aggressività verbale, non viene inoltre mai scontento: è sedato ininterrottamente e viene legato al letto per l'intera durata del ricovero, in assenza di alcuna manovra di *de-escalation* dell'aggressività per liberarlo dalla coercizione. Gli operatori della struttura non praticano alcuna medicazione per la cura delle escoriazioni al polso, successive allo strofinio delle fascette di contenzione sulla pelle. Viene, altresì, alimentato mediante soluzioni fisiologiche, senza alcun tentativo di alimentazione per via orale, eccetto una sola volta all'ingresso nell'ospedale. Le condizioni cliniche del paziente, per di più, non vengono adeguatamente monitorate, tanto è vero che i sanitari si accorgono dell'*exitus* solamente dopo diverse ore. Questi ultimi, inoltre, non annotano la procedura contenitiva in cartella clinica né nel registro delle contenzioni, di cui il reparto era tra l'altro sprovvisto e, ancora, non ne danno comunicazione ai familiari, impedendo così loro di visitare il parente.

Non pare, dunque, sussistano dubbi sulla contestazione del delitto di sequestro di persona nel caso di specie. Come emerge del resto dalla motivazione della sentenza, la giurisprudenza ritiene che il delitto di cui all'art. 605 c.p. sussista non soltanto quando il soggetto venga privato della libertà di movimento nello spazio, ma anche quando sia sottoposto a misure coercitive sul corpo, come nel caso di specie, poiché in questo caso le stesse *«di per sé ed obiettivamente sottraggono l'essere fisico alle relazioni spaziali, intercludendolo»*⁵². Ai fini della configurabilità del delitto di cui sopra, non rileva poi che la persona offesa sia o meno dotata di capacità psichica, in quanto la Cassazione ritiene che *«...deve prescindere dall'esistenza nell'offeso di una capacità volitiva di movimento e di istintiva percezione della privazione della libertà per cui il delitto è ipotizzabile anche nei confronti degli infermi di mente o di paralitici»*⁵³. Nello stesso senso è stato, altresì, asserito⁵⁴ che il delitto di cui all'art. 605 c.p. *«è realizzabile in danno sia dell'individuo sano, cosciente e capace di esprimere il proprio aperto dissenso come dell'infante e del demente, del comatoso, del delirante, del dormiente e del paralitico i quali, in quanto persone, devono sempre e comunque vedere garantita la libertà di misure coercitive sul corpo indipendentemente dalla consapevolezza che possono avere di queste»*.

In entrambe le pronunce, pertanto, emerge come la persona umana debba considerarsi libera non tanto e non solo per la propria capacità di movimento, quanto per l'assenza di ogni forma di coercizione, capace di sottrarre il proprio corpo a muoversi nello spazio.

meno di dieci minuti ogni due ore con esclusione della notte). In ogni caso, la prescrizione deve essere effettuata a seguito di un episodio specifico e non per un futuro indeterminato; qualora nelle 24 ore il paziente modifichi il suo comportamento la contenzione deve essere rimossa. Disponibile su: http://www.ospedaleniguarda.it/resources/LG%20La%20contenzione%20fisica%20in%20ospedale_1182.pdf.

⁵² Cfr. Tribunale di Vallo della Lucania, cit., p. 36.

⁵³ Cass. pen., sez. V, 19 novembre 1990, n. 15194, in CED, Rv. 185799.

⁵⁴ Cass. pen., sez. V, 22 febbraio 2005, n. 6488, in CED, Rv. 231422.

Nel caso Mastrogiovanni è indubbio che ciò sia avvenuto: l'esame del video relativo al periodo di degenza dimostra che la contenzione si era protratta per ben 83 ore, durante le quali era rimasto sempre sedato, alimentato con soluzioni di fisiologica e glucosio, non medicato e non monitorato adeguatamente. Un paziente sottoposto a contenzione perché ritenuto dai sanitari aggressivo, seppur tali accuse non avessero trovato riscontro nelle immagini del sistema di controllo interno.

Dal punto di vista soggettivo, altresì, il giudice ritiene indubbiamente sussistente il dolo generico richiesto dalla fattispecie in esame, costituito dalla coscienza e volontà di tenere legato il paziente, richiamando una pronuncia della sesta sezione la quale ha evidenziato che «*il reato di sequestro di persona richiede, sotto il profilo soggettivo, la consapevolezza di infliggere alla vittima una illegittima privazione della libertà personale*»⁵⁵. E tale consapevolezza, secondo il giudicante, discende «*...certamente dalla mancata annotazione in cartella clinica*».

A tale dato, inoltre, occorre aggiungere quanto emerso in sede istruttoria circa l'abitudine di ricorrere a pratiche contenitive per sopperire alle carenze strutturali del reparto.

I sanitari, pertanto, non potevano ignorare, grazie alla loro competenza e professionalità, che la patologia riscontrata dal paziente non richiedeva il ricorso alla contenzione e, in particolare, che il suo ininterrotto protrarsi avrebbe considerevolmente aggravato le condizioni del paziente, influenzando sul corretto funzionamento meccanico dell'apparato respiratorio⁵⁶.

Il reato di maltrattamenti in famiglia, invece, è stato ritenuto in Cass. IV, n. 6581/2008, imputato Lampreu e altri⁵⁷. Il caso: gli operatori di una casa protetta per pazienti psichiatrici maltrattano questi ultimi con percosse, ingiurie, infliggendo loro punizioni fisiche e tenendoli in precarie condizioni igieniche, nonché somministrando loro eccessive quantità di sedativi, 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, avevano manifestato 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 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

⁵⁵ Cass. pen., sez. VI, 16 gennaio 2003, n. 1808, in CED, Rv. 223585.

⁵⁶ Cfr. Tribunale di Vallo della Lucania, cit., p. 42.

⁵⁷ Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 6581, massima citata in <https://groups.google.com/forum/#!topic/it-alt.salute.medicina-alternativa/YBlh2c4PBjI>, pp. 1 ss.

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.

7. Contenzione non attuata

La giurisprudenza, talvolta, ritiene che la responsabilità penale dell'operatore psichiatrico tragga la propria linfa non da una condotta attiva, ma omissiva: pur ricorrendo i presupposti per l'applicazione di una misura contenitiva, il sanitario omette di praticarla. In questi casi, la giurisprudenza sostiene che possa profilarsi il delitto di abbandono di persona incapace, *ex art.* 591 c.p. L'attività del sanitario dovrebbe essere rivolta al rispetto dei doveri di diligenza e prudenza: conseguentemente la loro omissione dolosa comporterebbe 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 persone incapaci ha avuto in giurisprudenza esiti altalenanti, dando luogo sia a pronunce di condanna che di assoluzione.

Tra i precedenti giurisprudenziali di condanna, si segnala la già analizzata sentenza Lampreu del 2008⁵⁸. 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 ogni misura 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 necessario, pertanto, 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 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 e alle più o meno durature perdite

⁵⁸ *ibid*, pp. 1 ss.

di contatti tra struttura e pazienti: 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 co. 3 c.p. In questa ipotesi, l'accertamento giudiziario avrà ad oggetto la verifica della omissione dolosa delle cure, non 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 dall'eventuale compimento di atti auto od etero aggressivi 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 aspra⁵⁹.

Sul fronte assolutorio un caso degno di interesse è Cass. IV, n. 19310/2010, imputato Bianca⁶⁰. Un paziente, affetto da schizofrenia, viene ricoverato presso un centro terapeutico assistito. Egli manifesta crisi di aggressività a causa di difficili rapporti in famiglia, composta da due fratelli insufficienti 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 accusata del reato di cui all'art. 591 co. 3 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 eventuale⁶¹, fa fatica ad insinuarsi nel diritto penale della medicina, dove regna sovrana la colpa. Si è

⁵⁹ In questo senso R. Zaccariello, cit., pp. 2 ss.

⁶⁰ Cass. pen., sez. IV, 20 maggio 2010, n. 19310, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 20.

⁶¹ Sul tema, in generale, G.P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2010, pp. 247 ss. Nella giurisprudenza di legittimità v. da ultimo Cass. pen., sez. IV, 5 settembre 2013, n. 36399, imp. M., in CED, Rv. 256342, relativa ad un caso di maltrattamenti compiuti in danno di alcune degenti di un SPDC.

assistito, però, seppur eccezionalmente, al ricorso a questa figura nel settore specifico del consenso informato⁶². 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 configurabilità del dolo eventuale nella responsabilità 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, *ex art. 42 co. 2 c.p.*, 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 a titolo di 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 – Cass. V, n. 4407/1998, imputato Belpedio⁶³ – esclude invece 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 l'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 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.

L'analisi della giurisprudenza in materia manifesta una certa tendenza ad applicare l'art. 591 c.p., qualora al ricorrere dei presupposti per la contenzione, il sanitario ometta di praticarla. E sino a questo punto, *nulla quaestio*. Se però dalla condotta omissiva dovessero derivare la morte o le lesioni del paziente, occorrerebbe

⁶² Un caso recente in cui è stata ravvisata la sussistenza del dolo eventuale è Cass. pen., sez. V, 26 gennaio 2012, n. 3222, con nota di P. PIRAS, [Il dolo eventuale si espande all'attività medica](#), in questa *Rivista*, 18 maggio 2012.

⁶³ Cass. pen., sez. V, 15 aprile 1998, n. 4407, in *CED*, Rv. 211045.

chiedersi se sia corretto applicare la disposizione sull'abbandono di persone incapaci oppure quelle che incriminano l'omicidio doloso (*ex art. 575 c.p.*) o le lesioni personali dolose (*ex art. 582 c.p.*). Nel presente lavoro si è asserito che nel fascio di obblighi che compongono la posizione di garanzia dell'operatore psichiatrico può rientrare anche quello di contenere, in virtù del fine che accompagna la sua attività terapeutica, ossia la tutela della salute fisica e psichica del paziente. Pertanto, se a seguito della mancata contenzione derivassero la morte o le lesioni del malato, il sanitario dovrebbe essere chiamato a risponderne non a titolo di abbandono di incapace, seguito da morte o lesioni, bensì a titolo di omicidio doloso o lesioni personali dolose, qualora abbia accettato anche soltanto il rischio del verificarsi degli infausti eventi. Certo, non è semplice dimostrare la sussistenza del dolo con riguardo all'evento morte o lesioni, soprattutto in un campo, come quello medico, in cui impera la colpa. Al contrario, l'applicazione dell'art. 591 co. 3 c.p. semplifica notevolmente l'accertamento dell'elemento soggettivo richiesto, poiché per l'imputazione delle circostanze aggravanti è sufficiente la colpa.

In dottrina⁶⁴ si ritiene che quando il soggetto attivo agisce rappresentandosi e volendo l'evento morte o lesioni, almeno a titolo di dolo eventuale, non si applica l'art. 591 co. 3 c.p., bensì gli artt. 575 o 582 c.p. In questo caso, l'abbandono costituirebbe soltanto una modalità della condotta, attraverso la quale si vuole uccidere o ledere l'incapace. Questo condivisibile ragionamento, calato nel settore psichiatrico, necessita però di una precisazione: è la posizione di garanzia che attribuisce questa forma di responsabilità, poiché da essa deriva l'obbligo giuridico per il sanitario di impedire eventi dannosi per la salute del paziente, obbligo che nello specifico si traduce nel praticare misure contenitive, qualora nel caso concreto ricorrano i presupposti richiesti.

8. Contenzione impropriamente attuata

Veniamo ad un'altra ipotesi: la contenzione attuata lecitamente, ma con modalità improprie. Al riguardo appare istruttiva la vicenda di Cleomene, raccontata da Erodoto nelle sue storie⁶⁵: Cleomene, quando fu richiamato in patria dall'Arcadia, venne colto da un disturbo mentale che costrinse i suoi parenti ad immobilizzarne gli arti con ceppi e catene. Egli aveva iniziato a manifestare molteplici stranezze: ogniqualvolta usciva di senno, ero solito sbattere lo scettro ad ogni spartano che incontrava. Nonostante venisse costantemente legato, riuscì però a farsi consegnare un coltello da un guardiano e con tale strumento si mutilò le gambe, le cosce e il ventre sino a morire.

La storia di Cleomene può essere di ausilio per capire come un'inadeguata e scorretta gestione della contenzione possa compromettere sensibilmente la salute fisica

⁶⁴ F. BASILE, *Il delitto di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.)*. Teoria e prassi, Milano, 2008, p. 120.

⁶⁵ ERODOTO, *Storie*, VI, 75.

e psichica del paziente⁶⁶. In tali ipotesi, qualora derivino danni al paziente, quali lesioni o morte, potrebbero configurarsi i delitti 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, quale la sindrome da ipertermia maligna.

Nel 1992, la *Food and Drug Administration* aveva stimato ben cento casi di morte all'anno per asfissia, strangolamento, arresto cardiaco, incendi, dovuti a pratiche contenitive scorrette e inadeguate.

Le complicanze fisiche più gravi possono, inoltre, verificarsi in alcune soggetti «a rischio», come pazienti fumatori, pazienti con deformazioni fisiche che possono impedire la corretta applicazione di mezzi contenitivi, pazienti che durante l'intervento assumono una posizione supina o prona, con conseguente predisposizione al rischio di asfissia, pazienti ricoverati presso locali esclusi dalla diretta vigilanza degli operatori sanitari. Ancora, danni successivi all'incongrua attuazione della contenzione, possono scaturire da un'incompleta valutazione internistica o da una superficiale e sommaria ispezione del paziente nella fase di accettazione in reparto e durante il ricovero.

Durante la contenzione è fondamentale evitare che il paziente fumi o possieda determinati strumenti che gli consentano di appiccare il fuoco. Un caso celebre, seppur risalente, è quello della Corte d'Appello di Milano del 1980, imputato Orefice e altri⁶⁷. Una paziente viene legata al letto in modo incongruo. Riesce ad accendersi una sigaretta, che però cade sul letto, prendendo 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. Asserire, infatti, che uno strumento contenitivo sia 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 Cellerino⁶⁸. 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 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

⁶⁶ Sui rischi della contenzione attuata con modalità improprie si vedano le considerazioni di L. FERRANNINI-P. F. PELOSO-F. SCAPATI-E. MAURA, *Aspetti clinici della contenzione*, cit., pp. 33 ss.

⁶⁷ Corte d'Appello Milano, 28 gennaio 1980, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1559.

⁶⁸ Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 2009, n. 48313, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 19.

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 diametralmente opposti. Ciò dimostra la malleabilità e duttilità dei presupposti contenitivi, che consentono alla discrezionalità del giudice di accedere indisturbata nella motivazione delle sentenze, in assenza di chiari e precisi riferimenti normativi in materia.

La contenzione (nella specie quella farmacologica) talvolta è 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 altro⁶⁹. 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 primo grado vengono condannati per il delitto di omicidio colposo, ma la sentenza viene riformata in appello e, poi, confermata in Cassazione. I risultati peritali, infatti, 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.

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. Appare 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*»)⁷⁰.

La contenzione va quindi soppesata, quasi come un farmaco per cui si valutano indicazioni terapeutiche, controindicazioni ed effetti collaterali. Ne deriva dunque che non bisogna, ad esempio, ricorrere alle cinture di sicurezza e preferire invece le fascette, se queste appaiono sufficienti. È fondamentale, perciò, la corretta scelta dello

⁶⁹ Cass. pen., sez. IV, 22 settembre 2009, n. 36852, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 18.

⁷⁰ R. CATANESI-G. TROCCOLI-F. CARABELLESE, *La contenzione in psichiatria Profili di responsabilità professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, cit., pp. 1020 ss.

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 accennato, non è esente da controindicazioni. In letteratura⁷¹, 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.

È, dunque, doveroso che il paziente sia contenuto in condizioni di sicurezza, onde evitare il rischio delle esposte conseguenze. Pertanto, prima di applicare un mezzo contenitivo sarebbe opportuno controllare l'ambiente circostante, eliminando gli oggetti inutili e quelli che potrebbero essere di intralcio. Disporre materassi o tappeti in prossimità del letto, al fine di attutire eventuali cadute. Rimuovere dalle tasche degli operatori oggetti come matite o penne, che potrebbero ferire il paziente. Indossare occhiali, guanti e mascherina. Procedere alla contenzione con un piccolo *team* di tre o al massimo sei operatori. Chiedere a tutti coloro che non sono coinvolti nella pratica di allontanarsi. Stabilire un *leader* col compito di guidare il gruppo nell'operazione. Cercare di immobilizzare il paziente in prossimità del letto, per evitare di trascinarlo. Evitare, se possibile, l'assunzione di una posizione prona del malato, poiché questa potrebbe compromettere le sue funzioni respiratorie⁷².

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.

⁷¹ 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, pp. 121 ss.

⁷² Sulla messa in sicurezza del paziente durante la contenzione v. il dossier di N. SCARPA, *La contenzione fisica*, in *Quesiti clinico-assistenziali*, anno 3, n. 1, 2012, p. 7.

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 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, necessaria 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 salute⁷³.

Sia consentita 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.

9. Un'ipotesi particolare: la contenzione farmacologica

Di norma, quando si parla di contenzione in psichiatria, si associa tale termine al concetto di costrizione fisica o meccanica del paziente, sebbene da diverso tempo si pratici anche la cosiddetta contenzione farmacologica o chimica⁷⁴: trattasi dell'utilizzo di particolari molecole che agiscono sui comportamenti violenti e aggressivi del malato. Il fatto che tali farmaci vengano utilizzati in psichiatria non dissipa alcuni dubbi sul «quando» gli stessi vadano somministrati e soprattutto sul «se» possano essere utilizzati in alternativa alle altre tipologie di contenzione, o ancora se costituiscano semplicemente una misura coadiuvante rispetto a questa. Non è chiaro, invero, quando la somministrazione di determinati farmaci debba qualificarsi come contenzione chimica e quando, invece, costituisca una terapia.

Tali perplessità emergono anche dalla più recente giurisprudenza. Nella sentenza del Tribunale di Vallo della Lucania⁷⁵, ad esempio, alla domanda del pubblico

⁷³ In questo senso R. CATANESI-G. TROCCOLI-F. CARABELLESE, *La contenzione in psichiatria*, cit., pp. 1020 ss.

⁷⁴ Per una dettagliata analisi sulla contenzione farmacologica cfr. G. DI SCIASCIO, *La contenzione farmacologica in psichiatria*, cit., p. 51.

⁷⁵ Tribunale di Vallo della Lucania, cit., p. 80.

ministero se nel caso di specie vi fosse stata una contenzione farmacologica, il consulente tecnico aveva risposto con una certa ambiguità terminologica, asserendo che «...una terapia farmacologica non dovrebbe avere effetto coercitivo ma dovrebbe avere un effetto risolutivo delle problematiche... nel caso specifico la persona appariva abbastanza sedata quindi diciamo sotto l'effetto dei farmaci... e contemporaneamente continuava ad avere la coercizione meccanica...». Ebbene, da queste parole non è facile arguire se la vittima fosse semplicemente sottoposta a terapia farmacologica o se, invece, fosse contenuta.

L'analisi delle sentenze in materia evidenzia, del resto, una certa ritrosia a qualificare la somministrazione di farmaci sedanti in termini di contenzione, a dimostrazione della difficoltà ad individuare una distinzione tra ciò che costituisce terapia e ciò che invece è misura coercitiva.

Nella sentenza Lampreu⁷⁶, ad esempio, analizzata in precedenza con riguardo alla configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia, non compare mai il vocabolo «contenzione», seppur si parli di «*eccessi di sedazione per mantenere "tranquilla" i pazienti*». Stessa cosa nella sentenza Vizza⁷⁷, già esaminata con riguardo alla somministrazione di farmaci sedanti contestualmente all'assunzione di alcool e barbiturici, nella quale si utilizza il termine «*trattamento con sedativi*»; vocabolo camaleontico, polisenso, indeterminato che non chiarisce se nel caso di specie si trattasse di terapia o di contenzione farmacologica.

Pertanto, alla luce delle suddette sentenze, qual è il *discrimen* tra terapia e contenzione? Esistono forse dei limiti, entro i quali occorre trincerarsi per non travolgere gli steccati del terreno terapeutico oppure qualunque forma di sedazione costituisce «contenzione» farmacologica? Dall'esame dei precedenti casi giudiziari, sembrerebbe che vi sia una differenza, con conseguenti ricadute sul piano pratico: la terapia sarebbe consentita e quindi lecita, poiché atto medico; la contenzione, invece, quale misura coercitiva, espressiva in quanto tale dell'uso della forza, sarebbe illecita e, perciò, non riceverebbe diritto di cittadinanza nel territorio terapeutico.

Invero pare privo di rilevanza porsi tali quesiti, poiché tra terapia e contenzione farmacologica non vi sarebbe alcuna differenza, se ovviamente si ritiene che ogni misura contenitiva, sia essa chimica o di qualsiasi altra tipologia, faccia parte dell'insieme di obblighi che compongono la posizione di garanzia dell'operatore psichiatrico, sia cioè parte integrante di un atto terapeutico, finalizzato alla tutela della salute e della vita del paziente.

Ogni atto praticato dal sanitario deve quindi passare al setaccio delle esigenze curative del malato, per stabilire se nel caso concreto l'atto stesso risponda agli scopi precipui dell'attività medica, che non si identificano certo nell'uso di strumenti coercitivi fini a se stessi o, peggio ancora, per sopperire alle carenze strutturali spesso presenti nelle diverse realtà ospedaliere, ma nella cura del paziente avvalendosi di ogni mezzo a disposizione. Ciò comporta un'ulteriore conseguenza: è emersa l'esistenza di molteplici tipologie di contenzione e, si è visto, che tale varietà può essere praticata nei

⁷⁶ Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 6581, cit., p. 1 ss.

⁷⁷ Cass. pen., sez. IV, 22 settembre 2009, n. 36852, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 18.

confronti di uno stesso paziente, ad esempio in un primo momento si attua la contenzione fisica e in un secondo quella farmacologica, o viceversa. In questi casi, occorrerà valutare la liceità della pratica contenitiva non come unico atto, ma distinguendo le varie tipologie poste in essere poiché, a seconda del quadro clinico di riferimento, potrebbero sussistere i presupposti per la somministrazione di determinati farmaci, mentre potrebbero essere ad esempio assenti quelli per la contenzione fisica, con conseguente frammentazione della responsabilità penale in capo allo stesso imputato e nei confronti di un medesimo caso concreto.

10. Chi può disporre la contenzione?

Più volte è stato ribadito che la contenzione, se strumento finalizzato alla tutela della salute del paziente, è da considerarsi atto medico. La stessa, pertanto, deve essere praticata soltanto previa prescrizione medica, con l'indicazione in cartella clinica delle motivazioni che la sorreggono, della durata del trattamento e delle modalità di intervento. Talvolta, però, l'indifferibile urgenza richiede il pronto intervento del personale infermieristico, che si trova così a disporre da sé l'applicazione di mezzi contenitivi, salvo successiva sottoposizione a verifica medica⁷⁸. In materia, inoltre, le linee guida statunitensi del *Department of Health and Human Services* stabiliscono che l'uso di tali pratiche non possa superare le dodici ore consecutive, salvo lo richiedano specifiche condizioni del paziente; una sorveglianza almeno ogni trenta minuti e una valutazione ogni tre-quattro ore dall'eventuale insorgenza di eventi dannosi; la garanzia della libertà di movimento per almeno dieci minuti ogni due ore, con esclusione della notte; l'impiego di una scheda ove registrare gli esiti delle operazioni effettuate e gli interventi eventualmente adottati⁷⁹.

Del resto, già nel R.D. n. 615/1909 erano previste ben precise indicazioni sul quando, sul come e sul chi praticare la contenzione, a dimostrazione della necessità di guidare le condotte di ogni operatore psichiatrico e non soltanto quelle dei medici, a fronte di interventi particolarmente complessi da un punto di vista tecnico e deontologico. La legislazione attuale – come già ricordato – invece è sprovvista di qualsiasi indicazione al riguardo e ciò ha indotto il personale infermieristico ad adottare linee guida per l'uso della contenzione fisica, considerata l'elevata esposizione al rischio di una responsabilità professionale. E ancora, risulta singolare la circostanza che nel Codice deontologico degli infermieri vi sia una disposizione che si occupa della contenzione fisica e farmacologica, dalla quale si arguisce la necessità di praticarla solo

⁷⁸ S. CACACE, *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi d'autodeterminazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2013, p. 220. Cfr. inoltre V. FASCIO, *La contenzione fisica in psichiatria: reclusione o nursing?*, in atti della *Giornata di studio sulla contenzione fisica e farmacologica per il Collegio IPASVI di Pistoia*, 19 aprile 2004, pubblicato in www.infermieronline.net, 30 aprile 2004.

⁷⁹ Si veda al riguardo il Protocollo infermieristico *Protezione dell'adesione al trattamento farmacologico nelle persone con alterazione dello stato di coscienza e non supportate da caregivers*. Disponibile su: www.docstoc.com/docs/37071816/Linee-guida-per-luso-della-contenzione-fisica-nellassistenza.

quando sia funzionale alla cura del paziente e non per sopperire ad eventuali carenze strutturali presenti in reparto⁸⁰.

In precedenza è stato evidenziato che la contenzione è atto di stretta competenza del medico, unico soggetto legittimato a prescriberla e a disporre la prosecuzione. Spesso, però, accade che il personale infermieristico adotti materialmente le misure coercitive, nella convinzione che nel caso concreto vi sia la necessità di contenere il paziente, pur essendo assenti i presupposti di legittimità. Dell'argomento si è occupata la più volte citata sentenza del Tribunale di Vallo della Lucania⁸¹, la quale ha assolto gli infermieri dai delitti contestati in imputazione, applicando a loro favore la scriminante di cui all'art. 51 co. 3 c.p., che esclude la responsabilità dell'esecutore di un ordine criminoso quando, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo⁸². Secondo il giudice campano, pertanto, tra medico e infermiere sussisterebbe un rapporto di soggezione di carattere pubblicistico, simile a quello previsto dal legislatore all'art. 51 c.p., seppur il d.P.R. n. 25/1974 (il c.d. Mansionario) sia stato abrogato dalla legge n. 251/2000, che ha definitivamente abolito il principio della sottoposizione del personale infermieristico a quello medico⁸³. La posizione degli operatori infermieristici è dunque, ormai, dotata di autonomia professionale, consentendo agli stessi di prescindere dalle scelte operate dal medico. L'infermiere, inoltre, ai sensi dell'art. 1 del D.M. 739/1994, è chiamato ad individuare i bisogni della salute della persona e a pianificare e gestire il più idoneo intervento assistenziale. Non gli è più consentito, perciò, farsi scudo dell'«insindacabile volere» del medico, bensì la sua posizione richiede oggi un certo spirito di iniziativa, corredato ovviamente di un'aggiornata preparazione professionale. Di conseguenza, la responsabilità potrebbe sì essere esclusa, ma valutando gli eventuali profili di colpevolezza emergenti dal contesto di specie e non richiamando l'applicazione della scriminante di cui sopra. Dalle deposizioni testimoniali, ad esempio, è risultato che le cartelle cliniche erano visionate solamente dai medici e che le stesse non venivano custodite in prossimità dei pazienti, ma in un'apposita stanza riservata al personale medico. Per di più, in sede dibattimentale, è emersa l'assoluta impreparazione professionale in materia di contenzione, dovuta però all'assenza di relativi corsi di aggiornamento.

Il caso di specie mostra quindi due tipologie di condotta assunte dal personale infermieristico e in ordine alle quali occorrerà saggiarne la penale rilevanza: attiva, consistente nell'aver concorso a realizzare una contenzione non sorretta da presupposti di legittimità, considerate le ragioni e le modalità di applicazione; omissiva, per non

⁸⁰ Art. 4 co. 10, Codice deontologico degli infermieri: «L'infermiere si adopera affinché il ricorso alla contenzione fisica e farmacologica sia evento straordinario e motivato, e non metodica abituale di accadimento. Considera la contenzione una scelta condivisibile quando si configuri l'interesse della persona e inaccettabile quando vi sia una implicita risposta alle necessità istituzionali.»

⁸¹ Tribunale di Vallo della Lucania, cit., p. 172 ss.

⁸² Sull'argomento v. G. DODARO, [Morire di contenzione](#), cit.

⁸³ Art. 1, l. n. 251/2000: «Gli operatori delle professioni sanitarie dell'area scienze infermieristiche e della professione sanitaria ostetrica svolgono con autonomia professionale le attività dirette alla prevenzione, alla cura ed alla salvaguardia della salute individuale e collettiva espletando le funzioni individuate nelle norme istitutive dei relativi profili professionali.»

aver praticato le cure e i controlli sanitari che il quadro clinico di riferimento avrebbe suggerito. A questo proposito sembra indispensabile individuare precisi parametri di riferimento, grazie ai quali verificare la correttezza e adeguatezza del comportamento del personale infermieristico. Nel 2001, a tale scopo, un gruppo di infermieri del Presidio Ospedaliero Cremonese (POC), ha elaborato linee guida per la gestione della contenzione fisica, in modo da garantire un percorso assistenziale efficace e rispettoso della dignità del paziente, avvalendosi di un documento formale che definisca con chiarezza i criteri per analizzare i casi clinici in cui si considera utile e appropriato praticare la contenzione; per scegliere il mezzo contenitivo più idoneo al caso concreto; per garantire un'omogeneità di comportamento nell'applicazione e nel monitoraggio della contenzione⁸⁴.

In epoca «*post-Mansionario*», che cioè libera gli infermieri dalla mera esecutività di tipo tecnico, è necessario valorizzare una competenza specifica del suddetto professionista, capace di orientare al meglio la sua condotta, onde evitare o almeno ridurre conseguenze dannose per la salute del paziente. Il consolidamento dell'autonomia professionale, invero, impone all'infermiere di adottare un articolato bagaglio tecnico e relazionale, da utilizzare sia in ambito clinico che organizzativo. Si tratta, ad esempio, di introdurre e sperimentare nuovi strumenti per orientare l'attività professionale verso l'appropriatezza, l'efficacia e l'efficienza delle prestazioni. E in particolare, organizzare l'assistenza infermieristica secondo modelli integrati e multiprofessionali, poiché la tutela della salute psichica non è privilegio di una sola categoria professionale, ma frutto della collaborazione di tutti gli operatori del settore. Occorre, cioè, procedimentalizzare, frazionare l'attività medica, poiché essa si compone di una moltitudine di discipline, dotate di una loro intrinseca specificità, di una loro storia e di una loro progressione evolutiva⁸⁵. Un approccio di questo tipo consentirebbe all'operatore psichiatrico di contestualizzare la propria attività e di frammentare e condividere il peso della responsabilità, all'interno di un sistema che vede confluire l'operato di diverse categorie di professionisti. Per raggiungere tali risultati, prima di tutto, è indispensabile basare la valutazione, la decisione e l'azione clinica sui risultati della ricerca e su adeguati indicatori e *standard*, mediante il ricorso a linee guida e protocolli, che siano però frutto della miglior scienza del settore⁸⁶. L'esistenza di tali parametri sembrerebbe garantire un maggior equilibrio fra esigenze di flessibilità da un lato e di determinatezza da un altro. Attraverso le linee guida, infatti, non si impone un comportamento, ma lo si raccomanda. Secondo la nota definizione formulata dall'*Institute of Medicine*⁸⁷, le linee guida sono «raccomandazioni» di comportamento clinico sviluppate in modo sistematico, per assistere medici e pazienti nelle decisioni

⁸⁴ N. POLI, *Linee guida per l'uso della contenzione fisica nell'assistenza infermieristica*, in *Nursing oggi*, n. 4, 2001, pp. 58 ss.

⁸⁵ In questo senso di recente cfr. C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2013, pp. 251 ss.

⁸⁶ Sulla valorizzazione della competenza specifica del personale infermieristico cfr. P. C. MOTTA, *Linee guida, clinical pathway e procedure per la pratica infermieristica: un inquadramento concettuale e metodologico*, in *Nursing oggi*, n. 4, 2001.

⁸⁷ *Institute of Medicine, Guidelines for clinical practice: from development to use*, Washington D.C., National Academy Press, 1992.

sulla gestione appropriata di specifiche condizioni. Trattasi, quindi, di raccomandazioni da osservare di fronte ai più svariati quadri, che vengono elaborate e poi divulgate dalle società scientifiche, che le aggiornano di regola ogni due anni⁸⁸.

Tali parametri rappresentano, pertanto, importanti strumenti di governo clinico e costituiscono indicatori di qualità, appropriatezza, efficacia ed economicità delle prestazioni sanitarie. Essi mettono a confronto la mentalità medica con quella medico legale e contengono prescrizioni, suggerimenti⁸⁹, indicazioni, collocandosi a metà strada tra regole di carattere etico, deontologico e giuridico⁹⁰. Si ispirano, inoltre, al principio dell'aggiornamento scientifico, espressivo del dovere di diligenza che si rivolge ad ogni sanitario nell'esercizio della sua professione⁹¹, 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.

L'impiego delle linee guida comporta, senza dubbio, importanti conseguenze pratiche sul piano dell'accertamento della responsabilità colposa di ogni operatore sanitario e quindi anche dell'infermiere. 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, ergendosi così a «facitore» e non a «fruitore» della stessa⁹². Diversamente, con le linee guida, il magistrato interroga l'esperto con riguardo ad una regola preesistente⁹³.

⁸⁸ 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, pp. 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, pp. 557 ss.; R. CAMINITI, *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, pp. 79 ss.; A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro It.*, II, 2011, cc. 424 ss.; P. PIRAS-A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in *Medicina e diritto penale*, ETS, Pisa, 2009, pp. 285 ss.; M. CAPUTO, «Filo d'Arianna» o «flauto magico»? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2012, pp. 875 ss.; P. PIRAS, [La colpa medica: non solo linee guida](#), in questa *Rivista*, 27 aprile 2011.

⁸⁹ Cass. pen., sez. IV, 14 luglio 2006, n. 24400, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 11: 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».

⁹⁰ M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 1996, pp. 891 ss.

⁹¹ 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.

⁹² V. Cass. pen., sez. IV, 25 agosto 2000, n. 1340, 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». In dottrina, di recente v. F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, XI, dicembre 2012, cc. 582 ss.; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, pp. 161 ss.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 90 ss. Nello stesso senso v. D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e*

Le esigenze di tipicità della fattispecie colposa possono, in tal modo, essere adeguatamente soddisfatte, impedendo così alla discrezionalità del giudice di accedere indisturbata nella motivazione della sentenza.

Sulla base degli argomenti esposti e dell'analisi delle raccomandazioni in materia, può giungersi a queste conclusioni: in quanto atto sanitario, la contenzione deve essere disposta dal medico, seppur la sua esecuzione avviene da parte dell'intero gruppo operativo, il quale è ormai dotato di un'assodata autonomia professionale. Le modalità di contenzione devono poi essere rispettose del paziente, della sua salute nonché degli aspetti emotivi e relazionali, attraverso la contestuale valutazione delle sue condizioni somatiche, quali ad esempio età, patologie concomitanti, fattori di rischio specifici, *etc.* È assolutamente necessario, altresì, indicare nella cartella clinica o infermieristica modalità, tempi e motivazione della contenzione, per isolare e individuare la responsabilità degli operatori eventualmente intervenuti, nonché monitorare periodicamente le condizioni cliniche del paziente sottoposto a tale misura coercitiva. La contenzione, infine, deve essere praticata per il tempo strettamente necessario, in quanto finalizzata alla gestione della fase acuta ed essere rimossa il prima possibile, dopo aver esperito ogni intervento necessario per il ripristino della gestibilità e tutela del paziente e di eventuali terzi.

diritto penale, ETS, Pisa, 2009, pp. 267 ss.; ID., *La colpa del medico Prima lettura di una recente ricerca sul campo*, in *Criminalia*, 2008, pp. 191 ss.

⁹³ 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 del medico*, cit., p. 298.