

**LA COLPA DELLO PSICHIATRA.
RISCHI E RESPONSABILITÀ TRA POTERI IMPEDITIVI, REGOLE
CAUTELARI E LINEE GUIDA***

di Cristiano Cupelli

Abstract. *La responsabilità colposa dello psichiatra si inquadra fra i settori di particolare complessità del diritto penale della medicina sia per il medico, sia per il giudice chiamato a valutarne l'operato. Rispetto al passato, è oggi differente il modello culturale di riferimento e la ricostruzione dei compiti dello psichiatra se da un lato consente di rigettare le pretese di residui obblighi custodiali, valorizzando il ruolo partecipativo anche del paziente psichiatrico, dall'altro porta alla luce il collegamento tra cornice della posizione di garanzia e rischio consentito: è proprio l'esigenza di contrastare e frenare un determinato rischio per il paziente che individua e circoscrive, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari. Si profila per tale via il legame tra posizione di garanzia, obblighi impeditivi e regole cautelari: le regole di condotta a contenuto precauzionale rilevanti ai fini dell'imputazione colposa hanno sempre come presupposto e limite i doveri del medico, al quale non si può chiedere in misura di diligenza, prudenza e perizia più di quanto egli sia tenuto a fare in posizione di garante. In questo scenario, va indagato il ruolo effettivamente svolto da linee guida e buone pratiche mediche accreditate dalla comunità scientifica al cospetto di gesti autolesivi del paziente psichiatrico (in primis il suicidio), connotati da un fisiologico e ineliminabile tasso di imprevedibilità e ingovernabilità del rischio.*

SOMMARIO: Il tema. - 1. Le incertezze della psichiatria. - 2. Gli obblighi dello psichiatra: dal passato al presente (e ritorno?). - 2.1. Il timore di un *passo indietro*. Cenni sulla sanitarizzazione delle nuove REMS. - 2.2. L'instabilità del contesto. - 3. Le intersezioni tra posizione di garanzia e regola cautelare. - 4. L'intreccio tra volontà del paziente e rimproverabilità. - 5. Psichiatria e *evidenced based medicine* o psichiatria *vs. evidenced based medicine*? - 6. La fisiologica imprevedibilità del paziente psichiatrico e il paradosso del rischio suicidario. - 7. Un tentativo di composizione finale.

Il tema.

I confini della colpa dello psichiatra rappresentano un terreno scivoloso non solo per i medici che operano nel magma della malattia mentale, ma anche per i giudici, chiamati a valutarne l'operato. Non a caso, al di là dei drammatici episodi di

* Testo scritto, ampliato e corredato con le note, dell'intervento alla Tavola rotonda su "La responsabilità penale dello psichiatra" svoltasi presso l'Aula della Corte di Assise del Tribunale di Viterbo il 25 febbraio 2016.

cronaca che lo ripropongono all'attenzione generale, il tema è da tempo, almeno in Italia, indagato dalla dottrina penalistica; ciò non solo in quanto l'accertamento di questa peculiare ipotesi di responsabilità passa per l'esame di taluni degli snodi più rilevanti del diritto penale della medicina, ma anche perché, dato ormai per acquisito che lo psichiatra rivesta una posizione di garanzia (a carattere terapeutico) penalmente rilevante nei confronti del *suo* paziente, l'applicazione giurisprudenziale lascia trasparire non poche incertezze sugli esatti limiti dei relativi obblighi, per via del sovrapporsi di vincoli protettivi e pretese di controllo e della particolare complessità della situazione rischiosa che lo psichiatra è chiamato a governare.

Appare allora utile provare a dissipare taluni di questi dubbi, attraverso uno sforzo delimitativo del contenuto della stessa posizione di garanzia; il terreno nel quale il delicato equilibrio tra esigenze del paziente e istanze della professione medica va approfondito, nella ricerca del punto che segna il passaggio dal lecito all'illecito, non può che essere quello delle regole cautelari applicabili al caso, con le annesse difficoltà di definizione contenutistica.

Già da queste prime battute, dunque, si fa strada l'idea che – in materia di responsabilità medica per omissione e in specie in quella dello psichiatra – posizione di garanzia e colpa appaiano così intimamente connesse da sembrare anche concettualmente quasi inscindibili. La posizione di garanzia rappresenta un elemento centrale nel discorso, anche alla luce del ruolo decisivo assunto dalla volontà del paziente, enucleando i *doveri di agire* del medico, sui quali esercitano un'influenza decisiva tanto il consenso del paziente (come limite al *potere/dovere* di agire), quanto le regole cautelari (quali indici di *come* deve agire).

1. Le incertezze della psichiatria.

La posizione di garanzia che grava sullo psichiatra – per lo più nella prassi in capo a direttori sanitari di comunità terapeutiche, per legge necessariamente medici – risulta astrattamente qualificabile al contempo come obbligo di *controllo*, equiparando il paziente ad una fonte di pericolo, rispetto alla quale il garante avrebbe il dovere di neutralizzarne gli effetti lesivi verso terzi, e di *protezione* del paziente medesimo, soggetto debole, da comportamenti pregiudizievole per sé, che possono giungere sino al suicidio¹.

¹ Senza alcuna pretesa di esaustività, tra i contributi sul tema si possono ricordare M. ROMANO - F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente; aspetti penalistici e costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 388 ss.; F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 13 ss.; ID., *I diritti del malato di mente; ovvero il malato di mente nel diritto*, ivi, 1993, p. 23 ss.; A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, ivi, 1982, p. 542 ss.; A. REALDON, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, ivi, 1980, p. 10 ss.; ID., *Responsabilità e libertà in psichiatria*, ivi, 1988, p. 159 ss.; U. FORNARI, *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 332 ss.; ID., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2013, p. 1011 ss.; G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della*

Vi è altresì sostanziale concordia nel ritenere che lo psichiatra sia “tenuto a realizzare tutti gli interventi terapeutici di volta in volta necessari o utili in vista del miglioramento delle condizioni psichiche del paziente, come pure dell’eventuale impedimento di eventi capaci di arrecargli ulteriore pregiudizio”². Non mancano tuttavia dubbi sul fatto che questi sia garante, oltre che della salute (mentale) del paziente, anche (e, nel caso, *sino a che punto*) della sua incolumità fisica e della sua vita, nonché di quella di eventuali terzi che possano essere offesi dalla sua condotta.

Di nuovo, riemerge il collegamento tra perimetro della posizione di garanzia e rischio consentito: l’esigenza di contrastare e frenare un *determinato* rischio (per il paziente *in primis*, ma anche per i terzi) individua e circoscrive, sul versante della responsabilità colposa, le regole cautelari del medico³. Ed entra qui in gioco l’elevato tasso di complessità delle regole cautelari dell’attività medica: non solo “nella fase

responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 19 ss.; G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, c. 107 ss.; ID., *Responsabilità penale dell’operatore di salute mentale: i reati omissivi*, in *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, a cura di A. Manacorda, Perugia, 1989, p. 195 ss.; A. MANACORDA, *Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, in *Foro it.*, 1988, p. 118 ss.; F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell’operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, cit., p. 137 ss.; G. INSOLERA, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, 1990, p. 775 ss.; P. GIROLAMI - S. JOURDAN, *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle "obligations de sécurité" e degli "obblighi di protezione"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 60 ss.; M. MASPERO, *Mancata previsione di evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un "Fuzzy set" o rilevazione di un ossimoro?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 913 ss.; ID., *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, *ivi*, 2005, p. 777 ss.; 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.*, 2004, p. 2859 ss.; A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1395 ss.; G. MARRA - S. PEZZETTO, *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla legge n. 180 del 1978*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3429 ss.; G. MARRA, *Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l’omicidio commesso dal suo paziente*, *ivi*, 2008, p. 2609 ss.; A. FIORI - F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1438 ss.; F. CINGARI, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero - aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 440 ss.; P. PIRAS - C. SALE, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1471 ss.; G. MONTANARI VERGALLO - P. FRATI - M. GULINO - N. M. DI LUCA, *La responsabilità dello psichiatra per le condotte auto ed etero aggressive del paziente: tra il non ancora e il non più*, in *Giut. pen.*, 2011, II, c. 79 ss.; C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013, M. PELLISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, in “Dibattito a più voci intorno alla colpa medica, con specifico riferimento alla responsabilità del medico psichiatra”, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 540 ss.; A. MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti auto-ed etero-lesivi dei pazienti in Italia*, in *Arch. pen.*, fasc. 1/2016; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l’eterna dialettica tra “cura” e “custodia” nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1357 ss.

² Per tutti, v. G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 109.

³ D. CASTRINUOVO - L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 947.

della verifica e della «valutazione», ma anche in quella, più strettamente «modale» e operativa, della scelta del percorso terapeutico”⁴.

Si tratta di difficoltà che nell’ambito della scienza psichiatrica si ampliano ulteriormente. Basti pensare alla maggiore oscurità che connota la prognosi, a fronte della “imprevedibilità di condotta che caratterizza talune sindromi psichiatriche e taluni singoli casi”⁵, giacché “le manifestazioni morbose a carico della psiche sono tendenzialmente meno evidenti e afferrabili delle malattie fisiche, per cui il confine tra diagnosi corretta e diagnosi errata, trattamento indovinato e trattamento sbagliato può almeno in certi casi diventare ancora più incerto che non nell’ambito della generica attività medica”⁶; o ancora alla problematicità di circoscrivere l’area dei mezzi terapeutici di cui può disporre realmente lo psichiatra, tra la variabile efficacia dei farmaci e la controversa ammissibilità di trattamenti di contenzione fisica, nel complesso bilanciamento tra obiettivo di curare e proteggere il paziente e necessità di tutelarne al contempo libertà, dignità e autonomia (anche a fini terapeutici). Senza trascurare, poi, l’oggettiva incertezza di una demarcazione netta sul piano fenomenologico e diagnostico - che si traduce sul *livello di prevedibilità* - tra atteggiamento auto ed eteroaggressivo, trattandosi, secondo gli esperti, di distinzione artificiosa e priva di sufficienti riscontri a livello nosografico e clinico, soprattutto perché auto ed eteroaggressività possono rappresentare, in fondo, manifestazioni di una *medesima realtà psicologica*.

Tutto ciò, inevitabilmente, estende i margini di rischio collegati a condotte inconsulte provenienti dallo stesso paziente; ne risente anche la fisionomia della responsabilità penale dello psichiatra, quale *species* del più ampio *genus* responsabilità medica, caratterizzata - a differenza di quest’ultima - dalla subordinazione al *fatto di un’altra persona*, e cioè del paziente che, anche a seguito della terapia e dei trattamenti prescelti, agisca in modo auto e/o eterolesivo. Di talché, nel già complesso giudizio di bilanciamento tra costi e benefici nelle *scelte di cura* che il medico deve effettuare, finiscono per assumere un ruolo non secondario, rispetto alla tutela e al miglioramento della salute del paziente, anche gli interessi dei terzi a non essere danneggiati o esposti a pericoli da possibili condotte del malato⁷.

2. Gli obblighi dello psichiatra: dal passato al presente (e ritorno?).

⁴ G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 970.

⁵ F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, cit., p. 15.

⁶ G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, cit., p. 212.

⁷ F. CINGARI, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero - aggressivi del paziente*, cit., p. 441.

Il quadro normativo di riferimento – tra i *buoni propositi* del legislatore del 1978⁸ e i *residui* della legislazione di inizio Novecento⁹ - non tacita il dibattito sull'ampiezza della posizione di garanzia del medico psichiatra, né evita il riproporsi, nell'oscillante intercedere della giurisprudenza, del quesito di fondo: persistono ancora, a carico dello psichiatra, compiti di sorveglianza e custodia nei confronti del malato di mente, tali da ricomprendere anche obblighi volti all'impedimento di condotte auto o eteroaggressive¹⁰?

Schematizzando al massimo le posizioni, una prima lettura, ponendo l'accento sul cambio di paradigma segnato dalla riforma del 1978 e muovendosi sui corretti binari di una funzione esclusivamente terapeutica assegnata allo psichiatra, giunge ad escludere il residuo a suo carico di obblighi di mero controllo¹¹ e a ribadire che questi è gravato esclusivamente da compiti di *protezione e cura*. In pratica, con la legge n. 180 del 1978, trasformando la persona affetta da disturbo psichico da *soggetto in sé pericoloso*, da neutralizzare, in *paziente*, bisognoso di protezione e cura e co-protagonista di un vero e proprio rapporto terapeutico, sarebbe stata rimodellata la natura degli obblighi e delimitato il confine della posizione di garanzia, non più dilatabile sino a ricomprendere la prevenzione dei reati da parte del proprio paziente, restando inequivocabilmente fuori dallo spettro applicativo dell'art. 32 Cost. funzioni di tutela dell'ordine pubblico.

Il ridimensionamento degli obblighi troverebbe la sua matrice anche nella netta cesura operata rispetto alla funzione di neutralizzare la pericolosità del malato di mente propria della precedente figura del ricovero coatto, con la "sostanziale impossibilità di far fronte (mediante custodia) ad esigenze preventive che pur dovessero in concreto emergere, per l'inidoneità a tale scopo degli strumenti legali attualmente a disposizione del sanitario"¹², concepiti e strutturati per fronteggiare

⁸ Un'indagine sulle interrelazioni tra sistema istituzionale psichiatrico e diritti costituzionali di libertà nell'ordinamento italiano, enucleata dalla lettura degli scritti di Franco Basaglia, ispiratore della riforma, in D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Merano, 2013, p. 57 ss., nonché, da ultimo, in S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, p. 202 ss.

⁹ Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa, nel passaggio dalla legge 14 febbraio 1904, n. 36 (modificata dal R.D. 16 agosto 1909, n. 15 e dal R.D. 6 marzo 1913, n. 221) alla legge 13 maggio 1978, n. 180, per tutti e di recente, v. M. MORELLI, *I malati di mente dalla legislazione preunitaria alla legge Basaglia*, Fano, 2012, p. 25 ss.; sui riflessi penalistici, in particolare, C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., p. 43 ss. e, ancor più di recente, A. MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti auto-ed etero-lesivi dei pazienti in Italia*, cit., p. 1 ss. e A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, cit., p. 1367 ss.

¹⁰ Esemplari in tal senso sia la sentenza della C. App. Perugia, 9 novembre 1984 sia quella della Cass., Sez. IV penale, 5 maggio 1987, imp. Bondioli, entrambe pubblicate in *Foro it.*, II, c. 108 ss., con nota di G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 108 ss.

¹¹ In questa prospettiva, G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 108 ss.; M. ZANCHETTI, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, cit., p. 2860 ss.; M. MASPERO, *Mancata previsione di evento suicidario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un "Fuzzy set" o rilevazione di un ossimoro?*, cit., p. 913 ss.; F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, cit., p. 137 ss.

¹² P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. II. I delitti colposi*, Padova, 2003, p. 346.

esigenze diverse da quella di impedire che il malato di mente uccida o arrechi lesioni a terzi.

Di conseguenza, una posizione di protezione, per quanto dilatata, potrebbe giustificare un percorso terapeutico volto a contenere prodromi aggressivi o violenti del paziente, sul solo presupposto che l'atto eteroaggressivo assuma rilievo quale *specificata manifestazione della malattia* per cui il paziente ha chiesto di essere aiutato o comunque è in cura¹³. Esclusivamente in questi termini, dunque, si potrebbe ipotizzare una responsabilità a titolo omissivo in capo al medico per essere venuto meno ai suoi doveri di cura; non già, quindi, con riferimento ad ogni comportamento aggressivo del paziente *in sé* (pur se indirettamente tale comportamento potrebbe essere foriero di conseguenze negative anche per questi), ma solo se e nella misura in cui le conseguenze negative prodotte dal gesto inconsulto possano ricadere in via diretta – pregiudicandole - sulla salute e sul benessere psico-fisico del paziente stesso. Ciò, peraltro, non escluderebbe la possibilità di *diversificare*, a seconda che il ricorso a misure di contenimento sia diretto a rimuovere il rischio di atti autolesivi o eteroaggressivi; solo nel primo caso potrebbe ritenersi giustificato il ricorso ad un trattamento sanitario obbligatorio in funzione di neutralizzazione del pericolo di gesti suicidari o autolesivi (e previo puntuale accertamento caso per caso dell'effettiva sussistenza del relativo rischio), ammettendo che “la tutela della salute di un malato di mente incapace di autodeterminazione implichi, *a fortiori*, la tutela della sua vita e della sua incolumità”¹⁴.

Al contrario, non manca chi ritiene che il contenuto della posizione di garanzia dello psichiatra non sia nella sostanza mutato con la riforma del 1978, continuando a ricomprendere obblighi *tanto di protezione quanto di controllo*¹⁵. Questa lettura muove dalla considerazione che, se anche il concetto di pericolosità non è espressamente

¹³ R. ARIATTI – M. VERSARI – V. VOLTERRA, *Responsabilità professionale dello psichiatra operante nel servizio sanitario nazionale*, in *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, a cura di V. Volterra, Milano, 2010, p. 578.

¹⁴ G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 112, pur richiamando la già ricordata difficoltà di tracciare con nettezza il *discrimen* tra atteggiamenti auto ed eteroaggressivi, e A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., p. 1401; in giurisprudenza, sembra orientata in questa direzione, di recente, Cass., Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 16975 (in *Guida dir.*, n. 24/2013, p. 84), la quale, nel procedimento a carico dei medici e del dirigente del centro ove una paziente poi suicidatasi era ricoverata, nel ritenere congruamente motivata la sentenza liberatoria pronunciata in sede di merito (che aveva escluso profili di colpa con riferimento sia al momento curativo che a quello della vigilanza), ha qualificato il medico psichiatra “titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, anche se questi non sia sottoposto a ricovero coatto”, e come tale gravato dell'obbligo “quando sussista il concreto rischio di condotte autolesive, anche suicidarie, di apprestare specifiche cautele”.

¹⁵ Tesi sostenuta soprattutto nella letteratura medico-legale a ridosso dell'entrata in vigore della riforma operata con le leggi 180 e 833 del 1978; tra i contributi più significativi, v. F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, cit., p. 13 ss.; A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., p. 542 ss.; G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, cit., p. 24 ss.; U. FORNARI, *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, cit., p. 961 ss. e ID., *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 971 ss.

richiamato dalla nuova disciplina, il paziente *nella realtà* potrebbe continuare ad essere pericoloso, rientrando le situazioni che di fatto danno luogo a pericolosità sia per sé che per gli altri in quelle "alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici", cui l'art. 34 della legge n. 833 del 1978 fa riferimento, in collegamento con il diritto alla salute quale interesse *anche* della collettività (ex artt. 2 e 32 Cost.)¹⁶. La responsabilità scaturirebbe così dalla violazione di un ampio obbligo di cura, tale da ricomprendere anche un'attività di *assistenza-sorveglianza*, nell'ambito della quale rientrerebbero tutti quegli interventi finalizzati ad impedire che il malato possa arrecare danno a sé e/o agli altri¹⁷.

Per quanto riguarda l'atteggiamento della giurisprudenza, se una parte di essa appare persuasa dell'illegittimità di una richiesta di trattamento sanitario obbligatorio al solo fine di neutralizzare la ritenuta pericolosità sociale del malato in assenza di necessità terapeutica¹⁸, non mancano pronunce che, dietro l'apparente presa d'atto del superamento del modello custodialistico, finiscono per riproporne surrettiziamente la sostanza. Si assiste cioè ad una dilatazione del concetto di 'protezione', sino al punto di far gravare sullo psichiatra l'obbligo giuridico di impedire il verificarsi di *tutte le conseguenze negative* che la sofferenza psichica può cagionare al paziente, tra le quali, evidentemente, anche le gravi ripercussioni personali a cui la violazione della legge penale lo esporrebbe sul piano giudiziario¹⁹.

2.1. Il timore di un passo indietro. Cenni sulla sanitarizzazione delle nuove REMS.

In questo scenario, vi è oggi da prendere in considerazione un nuovo fattore *destabilizzante*, collegato ai risvolti applicativi del superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari²⁰ e alle potenziali ricadute sul ruolo degli operatori psichiatrici.

¹⁶ M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010, p. 138.

¹⁷ A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., p. 542 ss.; G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, cit., p. 24 ss.

¹⁸ Ad esempio, Cass., Sez. VI, sent. 15 maggio 2012, n. 18504, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1707 ss.

¹⁹ È ciò che accade, ad esempio, in Cass., Sez. IV, sent. 11 marzo 2008, n. 10795, Pozzi, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1426 ss., ove si ritiene "vero che lo scopo primario delle cure psichiatriche è quello di eliminare, o contenere la sofferenza psichica del paziente, ma quando la situazione di questi sia idonea a degenerare – anche con atti di auto- o etero-aggressività – il trattamento obbligatorio presso strutture ospedaliere è diretto ad evitare tutte le conseguenze negative che la sofferenza psichica cagiona", nella convinzione che appare "illusorio separare le conseguenze personali (che sole giustificerebbero il trattamento) da quelle verso terzi: la manifestazione di violenza ed aggressività non reca danno solo al terzo aggredito, ma anche all'aggressore" ed in Cass., Sez. IV, sent. 27 novembre 2008, n. 48292, Desana, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1462 ss., ove si afferma che "anche fuori dalle ipotesi di ricovero coatto lo psichiatra è titolare di una posizione di garanzia, sullo stesso gravando doveri di protezione e di sorveglianza del paziente in relazione al pericolo di condotte autolesive (e, naturalmente, eterolesive)" (corsivo nostro).

²⁰ Sul significato e la portata della riforma, v. in particolare F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2014.

Da un'attenta lettura della trama normativa disegnata dalla legge 30 maggio 2014, n. 81 e, prima ancora, dal decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, emerge infatti, per gli operatori sanitari chiamati a 'governare' le nuove strutture residenziali territoriali ove saranno eseguite le misure di sicurezza (le c.d. REMS), il rischio di un *ritorno al passato*.

Il timore prende corpo osservando come all'interno delle strutture, destinate a soppiantare i vetusti e indegni OPG²¹, continuano a convivere compiti *sanitari* (indirizzati al trattamento ed al recupero dei *malati* di mente) e funzioni *penitenziarie* (improntate al controllo e alla custodia degli *internati*); con la differenza che mentre in passato la netta separazione tra amministrazione *penitenziaria* e amministrazione *sanitaria* (peraltro accentuata da latenti conflittualità e reciproca *diffidenza*) consentiva di marcare la distinzione tra compiti esclusivamente terapeutici, demandati agli operatori psichiatrici, ed aspetti custodiali e securitari, rimessi ai soli rappresentanti dell'amministrazione penitenziaria, l'odierna attribuzione in via esclusiva della gestione interna delle strutture alla componente medica finisce per riservare a questa anche i relativi compiti di *gestione della sicurezza*.

L'effetto è che, a sanitarizzazione avvenuta, i due profili, cura e custodia, appaiono destinati a sovrapporsi, cosicché lo psichiatra sarà nuovamente chiamato a *garantire*, in via primaria, l'ordine pubblico e la tutela della collettività, con le annesse ricadute sul piano delle responsabilità penali che, proprio alla luce del segnalato *trend* giurisprudenziale, ne potranno derivare²².

2.2. *L'instabilità del contesto.*

Questo è dunque l'ambito, profondamente instabile ed intrinsecamente contraddittorio, nel quale lo psichiatra da sempre si trova ad operare, stretto tra varie difficoltà che incontra già nello stadio diagnostico e destinate ad amplificarsi allorquando – nelle valutazioni terapeutiche – è chiamato a calibrare i rischi non solo per il paziente, ma anche per la collettività. E ciò lo colloca, come è stato efficacemente rappresentato, "fra l'incudine e il martello"²³, o meglio "stretto tra due fuochi"²⁴: dalla

²¹ Già con il D.P.C.M. 1 aprile 2008 (in particolare all'allegato C) ha preso avvio la c.d. *sanitarizzazione* degli OPG, col trasferimento, dal sapore simbolico, della medicina penitenziaria al Servizio Sanitario Nazionale, con residue funzioni organizzative e di raccordo in capo all'Amministrazione penitenziaria; il D.P.C.M., recante "Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria", ha infatti espressamente previsto il trasferimento delle funzioni sanitarie svolte in tutti gli istituti penitenziari (OPG compresi) dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale, pur restando la struttura un'istituzione penitenziaria, governata quindi dal Ministero della Giustizia.

²² Accenna alla questione A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, cit., p. 1372 ss.

²³ Richiamando il lavoro di M. ZANCHETTI, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, cit., p. 2859.

pressione sociale, che tende “ad imporgli un più o meno sistematico atteggiamento di repressione preventiva nei confronti di iniziative del suo paziente potenzialmente lesive di beni giuridicamente protetti, a scapito di un’azione realmente terapeutica, imponendogli così un tipico compito di controllo disciplinare”²⁵; e da una speculare contropinta, di matrice normativa e deontologica, che gli impone di rivendicare la finalità esclusivamente terapeutica del suo agire, richiamandolo ai doveri tipici di prevenzione, cura e riabilitazione dei disturbi psichici.

Inevitabile per l’operatore psichiatrico la sensazione di trovarsi in un vicolo cieco e di *non avere comunque scampo*; esposto alle intemperie di una valutazione giudiziaria *ex post*, che può condurlo a vedere contestato, alternativamente e a seconda di ciò che poi si è concretamente verificato, di *non avere fatto abbastanza* o di *avere fatto troppo*: e cioè, o il mancato ricorso al trattamento sanitario obbligatorio (nel caso di gesti eterolesivi di un paziente *non contenuto*) o l’addebito di avere strumentalizzato quest’ultimo per esigenze diverse da quelle strettamente terapeutiche (e quindi anche di tutela dei terzi), nell’ipotesi in cui ne derivino atti autolesivi in un contesto di arbitrarietà del trattamento (ad esempio in caso di suicidio del paziente, ma anche di un suo rifiuto di alimentarsi o di curarsi che lo esponga a conseguenze letali)²⁶.

La situazione di profonda insicurezza appena descritta, che oltretutto si innesta su contesti organizzativi spesso disagiati²⁷, rischia di stimolare, da una parte, preoccupate e preoccupanti applicazioni elastiche dei requisiti terapeutici richiesti per il ricorso a forme di trattamento coattivo e, dall’altra, atteggiamenti di vero e proprio abbandono terapeutico per scansare situazioni percepite ad alto rischio: una rincorsa ad *atteggiamenti difensivi* - intesi in un’accezione spuria, nella quale si fondono istanze di *difesa sociale* (dell’incolumità di eventuali terzi potenzialmente esposti a gesti lesivi) e di *difesa personale* (dal rischio giudiziario) -, che segna il passaggio da una medicina delle scelte tecniche (a base consensualistica) ad una “medicina dell’obbedienza giurisprudenziale”²⁸, con ovvie ripercussioni negative su quello che dovrebbe essere il

²⁴ G. INSOLERA, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, cit., p. 775.

²⁵ A. MANACORDA, *Responsabilità dello psichiatra per il fatto commesso da infermo di mente*, cit., p. 122.

²⁶ Paradigmatico, in questo senso, il caso *Mastrogiovanni*, nel quale il Tribunale di Vallo della Lucania ha condannato il primario e altri cinque medici in servizio presso il reparto psichiatrico dell’Ospedale “San Luca” di Vallo della Lucania, ai sensi degli artt. 110 e 605, co 1 e 2, n. 2, c. p., per il delitto di sequestro di persona, realizzato mediante contenzione meccanica al letto di degenza e, ai sensi degli artt. 110, 586 e 605 c.p., per aver cagionato la morte del paziente, come conseguenza del delitto di sequestro di persona, essendo risultata accertata l’incidenza causale nel decesso della contenzione fisica; così Trib. Vallo della Lucania, sent. 30 ottobre 2012 (dep. 27 aprile 2013), in questa *Rivista*, 12 giugno 2013. Nella ricostruzione accusatoria, sposata dalla pronuncia, la contenzione sarebbe stata praticata, in assenza di qualsiasi giustificazione terapeutica, al solo fine di assolvere un atto d’indagine richiesto dalle forze dell’ordine.

²⁷ Utile, in proposito, la lettura – anche al di fuori di schemi specialistici - di P. CIPRIANO, *La fabbrica della cura mentale. Diario di uno psichiatra riluttante*, Milano, 2013, *passim* e ID., *Il manicomio chimico. Cronache di uno psichiatra riluttante*, Milano, 2015.

²⁸ Richiamando l’efficace formula di sintesi di A. FIORI, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell’obbedienza giurisprudenziale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 925 ss.

reale obiettivo terapeutico, e cioè la salvaguardia e la cura della salute del paziente psichiatrico²⁹.

3. Le intersezioni tra posizione di garanzia e regola cautelare.

Per provare a restituire qualche certezza sia allo psichiatra, rendendo *prevedibili* le possibili conseguenze penali del suo operato, sia al paziente, rivitalizzandone il ruolo partecipativo nella definizione dell'obiettivo terapeutico, occorre tornare a riflettere sulle intersezioni tra posizione di garanzia, regole cautelari e volontà del paziente.

Partendo da quella tra posizione di garanzia e regola cautelare³⁰, il punto centrale si coglie sul piano degli strumenti d'intervento che possono essere legittimamente utilizzati, sulla base di una valutazione di congruità o adeguatezza allo scopo dei comportamenti promanante dalla scienza psichiatrica.

Il discorso implica una riflessione sui poteri impeditivi di cui, nelle specifiche situazioni concrete, può disporre lo psichiatra; poteri che, è noto, giocano un ruolo fondamentale nella conformazione del fatto tipico omissivo improprio, visto che è la loro esistenza - ma anche la loro estensione - a condizionare portata ed efficacia dell'azione impeditiva giuridicamente imposta al garante. Non poche perplessità suscita in proposito il favore accordato dalla giurisprudenza ad una ricostruzione in termini soprattutto *fattuali* del potere, con l'effetto distorsivo di dilatare oltremodo la portata del potere impeditivo "fino al punto di inglobare al suo interno, in chiave funzionale, tutto ciò che è in grado di esplicare un'efficacia ostativa all'offesa del bene tutelato", trasfigurando "completamente il tradizionale ruolo della posizione di garanzia"³¹.

L'attenzione andrebbe invece posta sul fatto che il potere di agire del garante, alla base degli obblighi impeditivi, è influenzato dal rispetto delle regole cautelari, che (e nella misura in cui) informano una determinata attività, il cui carattere di doverosità e vincolatività finisce necessariamente per riverberarsi - delimitandoli - sugli spazi di manovra del garante stesso, circoscrivendone la condotta pretendibile, "posto che il limite del suo intervento è segnato specificamente dalla disponibilità di mezzi strumentali all'attuazione del dovere impostogli"³².

Si tocca con mano l'incidenza della cautela sul potere di agire; oggetto del giudizio diviene quindi valutare se il corretto esercizio di tale potere - così come

²⁹ In questa prospettiva, S. JOURDAN, *La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell'evento e possibilità di evitarlo*, in *La responsabilità professionale dello psichiatra*, a cura di U. Fornari - S. Jourdan, Torino, 2006, p. 115 ss.

³⁰ Per una trattazione più distesa della tematica, v. C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., p. 115 ss.

³¹ Così, di recente, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia* 2012, p. 641 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali.

³² Ancora, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., p. 642.

normativamente delineato dal consenso e dalla regola cautelare – avrebbe potuto impedire l’evento. Quanto a contenuto, infatti, pur mantenendo una distinzione concettuale, “dovere di diligenza e obbligo di impedire l’evento finiscono, nell’ipotesi concreta, con l’intersecarsi e coincidere: il garante cioè è tenuto a fare, per impedire la verifica di determinati eventi, quanto gli è imposto dall’osservanza delle regole di diligenza dettate dalla situazione particolare”³³.

Ricordando lo scopo della regola cautelare e soprattutto i suoi contenuti (auspicabilmente) modali, se ne può ricavare come essa, indicando gli strumenti ritenuti più adeguati per evitare il verificarsi dell’evento, detti in fondo al garante il *percorso* a cui dovrà attenersi, nel perseguimento del migliore e più efficace risultato sul piano impeditivo. In tal modo, la regola cautelare delinea l’area dell’obbligo di garanzia, che a sua volta individua la *condotta omissiva tipica*: quella, tra le azioni astrattamente idonee ad impedire l’evento, doverosa per il garante.

La regola cautelare, quindi, assume un ruolo di guida nelle valutazioni sulla liceità/correttezza tanto dell’assolvimento adeguato della funzione ‘generale’ di garanzia, quanto del comportamento ‘concreto’ dell’agente, che ad esse va per l’appunto parametrato. Per tale via, se è vero che la sua determinazione “non può essere rimessa alla discrezionalità giudiziale, ma deve risultare pre-definita e riconoscibile *ex ante* dall’agente quale regola comportamentale astratta”³⁴, la cautela contribuisce ad elevare l’incerto coefficiente di legalità della fattispecie omissiva impropria, tassativizzando i poteri impeditivi (che con la regola cautelare finiscono per coincidere), conferendo loro una portata selettiva e facendo assumere anche ai doveri di cura il *suo* carattere modale³⁵.

La conseguenza è che, ogni qual volta il medico si sia attenuto al dovere oggettivo di diligenza ricavato dalla regola cautelare (e quindi l’evento avverso non sia a lui rimproverabile), viene a mancare, già a monte, un’omissione penalmente rilevante, non trovandoci al cospetto di un’azione doverosa inosservata: pur potendosi ravvisare in capo al terapeuta un *potere* impeditivo fattuale, questo non può assumere rilievo ai fini dell’omesso impedimento dell’evento, mancando il relativo *obbligo giuridico di attivarsi* in tal senso, in difetto del corrispondente potere normativo di agire³⁶.

Soccorre l’esempio del suicidio di un paziente affetto da turbe mentali e dei margini di responsabilità omissiva ascrivibili al terapeuta. Qualora si arrivi a dimostrare che questi abbia applicato, nell’economia complessiva della specifica valutazione clinica, la terapia più aderente alla condizione del malato e alle regole dell’arte psichiatrica (ad esempio un trattamento a carattere domiciliare, con

³³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 662.

³⁴ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 90.

³⁵ Nello stesso senso, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., p. 659.

³⁶ Sulla necessaria correlazione tra dovere e potere giuridico impeditivo in capo all’obligato, che peraltro come si è già ricordato consente di distinguere l’obbligo di garanzia dall’obbligo di attivarsi e da quello di vigilanza, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001, p. 158 e I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 70 ss.

somministrazione di farmaci antidepressivi appropriati), potrà dirsi che il medico non avrebbe dovuto comportarsi diversamente da come ha fatto, disponendo una differente iniziativa (pur *fattualmente* dotata di efficacia impeditiva dell'evento), e concludersi che, non avendo errato nel non averla disposta, *non abbia omissa* una condotta doverosa.

Ecco il punto: non tutto ciò che è nei *poteri* del medico rientra anche nei suoi *doveri*, segnati – lo si ribadisce – dalle regole di diligenza medica. Se, dunque, il potere di agire che è alla base dell'obbligo impeditivo è influenzato e delimitato, in maniera decisiva, dal rispetto delle regole cautelari, con i relativi tratti di doverosità e vincolatività, diviene innegabile che la posizione di garanzia risulti condizionata e integrata, nel suo contenuto, dalla regola cautelare: sarà proprio una lettura combinata con questa allora a far ricavare quale sia *realmente* l'obbligo impeditivo.

4. L'intreccio tra volontà del paziente e rimproverabilità.

Gli spazi di manovra del garante subiscono un'altrettanto decisiva ingerenza ad opera della volontà del malato, che assume le vesti della *partecipazione terapeutica* nella determinazione del trattamento praticato. In altri termini, quanto è imposto dal dovere di agire risulta ulteriormente condizionato dallo *specifico obiettivo terapeutico* concordato tra medico e paziente, al quale pertanto andranno rapportate le cautele da adottare nel caso concreto.

Nella circolarità argomentativa che accompagna le intersezioni tra gli elementi fondanti la responsabilità medica, occorre a questo punto soffermarsi sul peso specifico delle scelte terapeutiche condivise col paziente nel complessivo bilanciamento tra benefici attesi e rischi del trattamento, alla base della ricostruzione della regola di buona pratica clinica: indagare cioè il ruolo della volontà del paziente nella definizione della condotta 'doverosa' secondo le *leges artis*.

Come è noto, l'incidenza della volontà del malato sul complesso di obblighi dello psichiatra, è imposta, sul piano normativo, dagli artt. 13 e 32 Cost., letti non solo in chiave fondativa di una responsabilità penale, ma anche di una sua limitazione e di un suo contenimento: venendo meno il consenso del paziente viene meno infatti anche il suo apporto decisivo nel fissare l'obiettivo terapeutico e le modalità per conseguirlo; si priva il rapporto di quel ragionevole affidamento che l'uno (il medico) deve poter riporre nella collaborazione dell'altro (il paziente). Lo spunto da cui muovere, sempre collegato alle interrelazioni tra posizione di garanzia e regole cautelari, è che il terapeuta che rispetti il consenso, prendendo atto dell'obiettivo condiviso, sia penalisticamente limitato nel suo potere di agire diligentemente e nei suoi doveri impeditivi. In breve: *nel modo in cui deve comportarsi* quale *agente modello* e quale *garante*.

Il tema dei poteri impeditivi, filo che unisce i vari momenti dell'interrelazione tra colpa e omissione, involge un punto nodale della relazione terapeutica in psichiatria, e cioè se oggetto del consenso è solo il *farsi curare* (rimettendo quindi al medico la scelta delle modalità – il *quomodo* – e quindi la gestione esclusiva del trattamento) ovvero – come sembrerebbe maggiormente conforme ad una piena

effettività della manifestazione di volontà del malato *capace* – anche il *come essere curati*, e cioè le linee (di massima) delle modalità curative. Ma se, come si dà ormai per scontato, per effettuare un determinato intervento terapeutico è necessario il consenso del paziente, qualora questo non vi sia stato non si potrà certo imputare al garante l'omesso impedimento dell'evento che dal mancato trattamento sia derivato, giacché il suo potere di agire era inibito da quanto (non) consentito. Può ben dirsi, così, che l'alleanza terapeutica ridefinisce gli obblighi di cura, selezionando come rilevanti – tra i vari obblighi impeditivi – solo quelli assistiti da poteri di agire *consentiti* dal paziente.

In definitiva, il contributo del paziente appare decisivo nell'esatta *delimitazione dell'obiettivo della terapia* e nella *determinazione della terapia più appropriata* dal punto di vista della buona pratica clinica, in una valutazione comparativa dei costi e dei benefici per la sua salute. Ciò porta a ritenere più che plausibile “che la volontaria assunzione di un determinato rischio da parte di un paziente capace e compiutamente informato (...) possa influire sulla valutazione di appropriatezza clinica dell'intervento: nel senso, cioè, che un tale paziente possa *lecitamente* essere sottoposto ad un rischio, al quale non potrebbe invece essere *lecitamente* sottoposto un paziente ignaro, o comunque incapace di assumersi volontariamente il rischio in questione (che resterebbe in tal caso “non consentito” e, quindi, illecito)”³⁷.

Tutto ciò risulta più chiaro riflettendo su come la natura ontologicamente ‘rischiosa’ dell'attività terapeutica non è priva di conseguenze nel processo di accertamento della eventuale responsabilità colposa per i *rischi collaterali* connessi ad ogni trattamento, sia esso diagnostico o terapeutico. Anche nella ricostruzione della regola cautelare occorre tener presente quell'area di c.d. ‘rischio consentito’ (di quel rischio, cioè, la cui eventuale concretizzazione in un evento di danno non può essere ascritta a colpa del medico) rispetto alla quale, ancora una volta, riveste un decisivo rilievo il contributo del paziente, che assume su di sé il rischio dell'opzione terapeutica³⁸.

Riepilogando: la volontà del paziente (quale portato della sua libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche) incide sul *concetto/margine di rischio* che il paziente (ma, di conseguenza, anche il medico) decide di accettare (e condividere), visto che questi – quale *arbitro della propria salute*, in virtù della percezione diretta di quello che è il proprio benessere fisiopsichico - ben potrebbe rifiutare un trattamento, privilegiare un rischio ovvero preferire il procrastinare una condizione patologica. Ma l'obiettivo terapeutico - il cui rischio è consentito, e al contempo individuato, anche dal malato – incide anche sui doveri del medico, al quale non potrà essere rimproverata l'omessa adozione di una terapia *in astratto* tecnicamente migliore, se *in concreto* rifiutata dal diretto interessato, nell'esercizio della sua libertà di autodeterminazione. Quest'ultima, dunque, influisce *direttamente* sul margine di rischio del medico e

³⁷ F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. mer.*, 2006, p. 973; ID., *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1724 ss.

³⁸ F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1236.

soprattutto, escludendola, sul giudizio di 'rimproverabilità' per non aver adottato la terapia migliore, ma non consentita; e *indirettamente* anche sulla scelta della regola cautelare, collegata alla terapia accettata, quale migliore viatico per conseguire *quell'*obiettivo terapeutico che emerge dall'alleanza medico – paziente³⁹.

Se quella che, sulla base delle acquisizioni della scienza medica, appare in linea generale e astratta la *migliore scelta terapeutica* – il trattamento ritenuto più appropriato dalla buona pratica clinica, identificabile, dunque, con la regola cautelare da applicare al caso concreto - non è accettata da un paziente capace e correttamente informato, e anzi è da questi espressamente rifiutata (in quanto, ad esempio, ritenuta eccessivamente invasiva)⁴⁰, al medico, che non può sindacare né superare il rifiuto, non potrà essere imputata l'adozione della terapia meno idonea rispetto all'obiettivo (astratto) ovvero più rischiosa, allorché questa sia l'unica consentita dal paziente. In tal caso, stante l'insindacabilità delle ragioni che inducono il paziente a rifiutare il primo trattamento, e posta anzi l'insuperabilità del suo dissenso, un addebito a titolo di colpa a carico del medico apparirebbe del tutto illogico⁴¹.

Nel nostro specifico contesto, dando corpo a quanto sin qui delineato, non potrà essere rimproverato allo psichiatra il mancato ricovero di un paziente affetto da disturbi psichici (ma in condizioni di capacità di autodeterminarsi⁴²), qualora – di fronte ad un consapevole rifiuto di ricoverarsi e in assenza dei presupposti specifici che legittimino il ricorso al trattamento sanitario obbligatorio - prescriva una terapia diversa, ad esempio a base farmacologica e in regime domiciliare, conformemente a quanto *consentito* dal malato.

5. Psichiatria e *evidenced based medicine* o psichiatria vs. *evidenced based medicine*?

Giunti a questo punto, va anche detto che le ingerenze della regola cautelare sulla posizione di garanzia assumono una portata ancor più significativa a fronte dell'attuale tendenza alla loro formalizzazione nel settore medico (un tempo sede d'elezione della colpa generica); tendenza tradottasi nell'art. 3, co. 1 della legge 8 novembre 2012 n. 189 - a tenore del quale "*l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*" – e destinata, in prospettiva di riforma, ad un ulteriore consolidamento.

³⁹ Sul punto, C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., p. 119 ss.

⁴⁰ Ciò, ovviamente, presuppone una previa adeguata e certa documentazione che attesti il dissenso del paziente rispetto alla terapia maggiormente aderente alle *leges artis*: si tratta di un problema di prova, a cui si potrebbe ovviare, ad esempio, facendo ricorso ad un apposito protocollo.

⁴¹ In giurisprudenza, significativa Cass., Sez. IV, 27 marzo 2001, Cicarelli, in *Riv. pen.*, 2002, p. 364.

⁴² Sui margini di necessaria valorizzazione dell'autodeterminazione anche in relazione al paziente psichiatrico, si rinvia ancora a C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., p. 87 ss.

Il riferimento è, in particolare, al disegno di legge Gelli, recante “*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*”, approvato lo scorso 28 gennaio dalla Camera dei deputati e attualmente all’esame del Senato (A.S. n. 2224), finalizzato non solo a risolvere i guasti interpretativi palesati sin qui dalla legge Balduzzi ma anche ad aumentare il tasso di garanzie e tutele per gli operatori delle professioni sanitarie, oltre naturalmente a contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva.

Si tratta di un provvedimento di estrema importanza, che incide sul delicato profilo della responsabilità medica, affrontando e disciplinando vari temi, tra i quali la sicurezza delle cure e del rischio sanitario, la responsabilità dell’esercente la professione sanitaria e della struttura sanitaria pubblica o privata, le modalità e caratteristiche dei procedimenti giudiziari aventi ad oggetto la responsabilità medica e l’obbligo di assicurazione e l’istituzione del Fondo di garanzia per i soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria.

Ai fini del nostro discorso, appaiono di particolare interesse: a) il riferimento esplicito alla disciplina delle *buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida*, con l’espressa previsione che gli esercenti le professioni sanitarie nell’esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative si attengano, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute (art. 5); b) l’introduzione nel codice penale del nuovo articolo 590 *ter*, disciplinante la *responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario*, ai sensi del quale l’esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagioni a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita sarà chiamato a rispondere dei reati di omicidio colposo (art. 589 c.p.) o di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) solo in caso di colpa grave, con l’esplicita esclusione di quest’ultima allorquando, fatte salve le rilevanti specificità del caso concreto, siano rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida, così come definite e pubblicate dal disegno di legge (art. 6).

Invero, regole cautelari formalizzate configurano a pieno – e molto più delle ipotesi di cautele desunte dagli usi sociali - modelli normativi preformati di prevedibilità ed evitabilità in grado di orientare (*rectius* vincolare) il garante, prescrivendogli *come (e fino a che punto) può (e quindi deve)* agire. Il discorso mantiene un’indubbia coerenza in linea astratta. Una regola cautelare precisa e tassativa semplifica, sin quasi a banalizzarne, la fase dell’accertamento; indicando al garante il percorso da seguire, questi sarà chiamato a rispondere in caso di mancato rispetto. Il che, tuttavia, non fa velo alle perplessità che la stessa scelta di codificazione delle cautele reca con sé, sia per quanto riguarda le ricadute, in termini di efficacia e di sicurezza, sul garante, sia soprattutto con riferimento al contributo che è in grado di rendere per far diminuire i pericoli al bene garantito; se una positivizzazione sembra offrire maggiori certezze al garante, non è detto che essa sortisca sempre il contestuale effetto di migliorare la tutela del bene da proteggere (e cioè la salute del paziente), potendo anzi ingenerare un paradossale effetto di depotenziamento, lasciando fuori dai poteri di agire del garante una serie di modalità di tutela rilevanti.

Ciò per molteplici ragioni, che in questa sede non possono essere affrontate, legate sia ai limiti strutturali delle fonti prescelte (linee guida e buone pratiche) e alla loro genesi, sia, in termini più generali, alla ontologica possibilità di formalizzare

cautele (che così divengono) doverose, in settori – come quello psichiatrico – che sembrano insofferenti a forme di standardizzazione⁴³.

Con specifico riferimento alla portata applicativa dell'art. 3, co. 1 della legge n. 189 del 2012, infatti, va detto che se le temperie che lo psichiatra è chiamato ad affrontare nella quotidianità dovrebbero indurre a ritenere quello della salute mentale l'archetipo dei settori complessi dell'attività medica in cui la norma può trovare applicazione, nella realtà, al cospetto di un'arte medica nella quale, come si è visto, la scelta terapeutica assume contorni sfumati e labili, ben difficilmente si potrà addivenire ad una chiara valutazione di *gravità* della colpa, nel senso di una macroscopica necessità di discostarsi da linee guida e buone pratiche trascurata dallo psichiatra, permanendo per lo più irrisolto il dubbio sulla correttezza del suo operato.

L'effetto che un'implementazione acritica e formalistica della novità sul 'terreno minato' della psichiatria rischia di ingenerare è quello di garantire maggiormente lo psichiatra di fronte al rischio penale, *a discapito* però delle esigenze di migliore cura del paziente, che richiedono, invece, un fisiologico adattamento alle caratteristiche personali, alle circostanze del caso e ad una valutazione clinica quanto più individualizzata⁴⁴.

In termini generali, va detto che linee guida e buone pratiche non possono bastare a rendere lecita una prassi medica e ad escludere l'addebito per colpa, nel caso in cui il medico avrebbe potuto (anzi, dovuto) fare di più: calare cioè nel concreto l'asettica indicazione, vagliarne l'attendibilità e la rispondenza alle esigenze della specifica situazione patologica da fronteggiare, unitamente alle ulteriori istanze personalistiche del paziente⁴⁵. Non va trascurato che il vizio genetico delle linee guida – portato di un modello di medicina basato sulle evidenze, che proviene da studi condotti su di un ampio campione della popolazione⁴⁶ - è proprio quello di "riflettere situazioni distanti dal singolo paziente e dal consulto personale, spostando l'asse valutativo-decisionale, in ambito clinico, più sul medico che sul paziente stesso", con una conseguenziale "svalutazione dell'importanza della relazione umana e del ruolo

⁴³ Sulla questione, anche nei suoi rapporti con i profili di responsabilità penale dello psichiatra, si rinvia a C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., p. 133 ss.

⁴⁴ Conseguenze segnalate, fra gli altri, anche da S. JOURDAN, *La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell'evento e possibilità di evitarlo*, cit., p. 115 ss.

⁴⁵ Approfondimenti in C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della cassazione*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2999 ss.

⁴⁶ Il programma che ispira la c.d. *Evidence-Based Medicine* (EBM), come ricostruito da A. FIORI, *Evidence-based medicine e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 3 sulla base dell'editoriale del JAMA (*the Journal of the American Association*) del 1992 che per primo la definì (*Evidence-based medicina: a new approach to teaching the practice of medicine*, JAMA, 268, 1992, p. 2420 ss.) e che può essere assunto a manifesto definitorio, "tende a che tutte le azioni cliniche sul piano diagnostico, della valutazione prognostica e delle scelte terapeutiche siano basate su solide prove quantitative derivate da una ricerca epidemiologico-clinica di buona qualità, superando così, in maniera oggettiva, la infallibilità delle intuizioni, la valutazione non sistematica delle informazioni cliniche e l'utilizzo del razionale fisiopatologico come base sufficiente per la descrizione clinica".

del *partner* insostituibile del consulto medico – il paziente”⁴⁷. Di talché, sembra ancora imprescindibile il ricorso a cautele *generiche*, che colmino ed integrino la fonte scritta, ineliminabili nella connotazione ‘aperta’ dell’*ars medica* e insuscettibili di essere cristallizzate *una volta per tutte*; ricorso peraltro non contraddetto dalla stessa possibilità di far residuare profili di colpa generica, una volta esaurita l’indagine sulla colpa specifica.

Il sospetto di inadeguatezza di tali fonti aumenta nel settore della psichiatria, la cui prerogativa è quella di sfuggire, quasi ontologicamente, alla governabilità dei rischi connessi alle scelte terapeutiche. Qui, infatti, il richiamo a fonti e regole scritte – nei limiti e nella misura in cui si possa immaginare di predefinirle, tentando in sostanza l’impresa di rendere *prevedibile l’imprevedibile* e di uniformare la variabilità delle manifestazioni cliniche e, soprattutto, delle conseguenze dei disturbi psichici⁴⁸ - se da un lato, come si è detto, può forse utilmente assolvere alla funzione di *tranquillizzare* sul rischio penale gli operatori chiamati a scelte difficili, dall’altro si scontra con le ricordate specificità della scienza psichiatrica, visto che “la formulazione di linee guida non può che partire dall’adozione di criteri diagnostici necessari, standardizzati e condivisi che spesso però non trovano riscontro nella complessità dei quadri diagnostici che si incontrano nella pratica routinaria”⁴⁹.

Ancora, non tutti i fattori dell’intervento psichiatrico rispetto al referente - la *mente* – sono “modellizzabili o traducibili in algoritmi, o conosciuti o conoscibili”, così come difficilmente standardizzabili sono anche quei fattori complessi (relazionali, sociali, contestuali), “che interagiscono anche con altri fattori biologici (...) in modalità non sempre prevedibili né riproducibili”⁵⁰. Al di là degli effetti, dunque, residua la

⁴⁷ A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino, 2012, p. 155.

⁴⁸ Evidenza con estrema chiarezza S. JOURDAN, *La responsabilità dello psichiatra per le azioni violente compiute dal paziente: prevedibilità dell’evento e possibilità di evitarlo*, cit., p. 114 ss., tutti i problemi insiti nello sforzo di ancorare a linee guida la prova della colposità della condotta del medico “là dove il trattamento sanitario deve o può discostarsi dalle linee guida per varie ragioni, fra cui la volontà del paziente, la particolarità della situazione o anche la formazione culturale e pratica del medico stesso, in condizioni cliniche nelle quali diversi approcci terapeutici sono consentiti perché non ve n’è uno nettamente prevalente sugli altri nelle aspettative di successo secondo gli studi epidemiologici al momento disponibili”; ed ovviamente, si segnala, “la psichiatria è proprio uno di questi campi e, pur essendo in atto un notevole sforzo in sede clinica e scientifica verso una standardizzazione dei criteri diagnostici e un avvicinamento delle diverse scuole nelle impostazioni terapeutiche di base, si è ancora molto lontani da questo obiettivo e vi sono tuttora correnti di pensiero assai diverse e contrastanti su come trattare casi singoli e, in particolare, sulle cautele e sulle eventuali misure di contenzione da adottare di fronte a un rischio di suicidio o di etero-aggressività”.

⁴⁹ Come ricordano S. BORGHETTI - A. ERLICHER, *Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l’operatore in bilico tra filo d’Arianna e richiamo del pifferaio magico*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011, p. 152; sul contributo (ma anche sui limiti) delle linee guida nell’assistenza psichiatrica, v. anche A. VILLA, *Linee guida per la sicurezza all’interno dei reparti psichiatrici ospedalieri: una tematica in bilico tra specificità dei precetti e affidamento al senso del dovere degli infermieri all’interno dei limiti previsti per la tutela dei diritti dei pazienti*, in *Foro ambr.*, 2008, p. 398 ss.

⁵⁰ Sempre S. BORGHETTI - A. ERLICHER, *Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l’operatore in bilico tra filo d’Arianna e richiamo del pifferaio magico*, cit., p. 160.

perplexità se, a monte, sia possibile (oltre che utile), in chiave di tutela del bene salute, la tipizzazione delle scelte terapeutiche più adatte.

6. La fisiologica imprevedibilità del paziente psichiatrico e il paradosso del rischio suicidario.

Riguardo al profilo della *rimproverabilità* per colpa e al necessario accertamento della *prevedibilità* ed *evitabilità* dell'evento, non va trascurato un ulteriore aspetto problematico, legato al fisiologico fattore di *imprevedibilità* delle condotte imprudenti e/o inconsulte di pazienti psichiatrici⁵¹.

Soffermandoci in particolare sugli atti auto-aggressivi, è vero che la malattia psichiatrica rappresenta il più importante fattore del "rischio suicidio" ed è altrettanto vero che, comunque, lo psichiatra si trova in una posizione "privilegiata per un'attenta valutazione del rischio e per la possibilità di predisporre misure di prevenzione", visto che "il paziente che lo psichiatra tratta è un paziente selezionato, nel senso che presenta un disturbo mentale diagnosticabile e inoltre l'ambiente in cui lo psichiatra opera è il più adatto per l'assunzione di tutte le misure idonee per circoscrivere il rischio suicidario"⁵². Tuttavia, non può disconoscersi che, se già in generale il criterio della prevedibilità è estremamente sfuggente, nel caso specifico "la natura composita e multidisciplinare del substrato ideologico-culturale della psichiatria, l'assenza di precisi criteri nosografici di valutazione, il difetto di canoni fissi e di scelte codificate, finiscono per creare un evidente *deficit* di determinatezza scientifica"⁵³, potendosi convenire allora che "la valutazione del rischio è in genere un'operazione dal risultato matematicamente definito solo *a posteriori*, ovvero in fase di esecuzione della c.d. autopsia psicologica"⁵⁴.

⁵¹ L'estrema difficoltà del compito dell'operatore "chiamato a fare previsioni" è sottolineata, con riferimenti alla casistica giurisprudenziale, A. AMATULLI – T. MARANESI – G. PITTINI – E. VARRANI, *La psichiatria: confrontiamoci con indagini, procedimenti e sentenze*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici*, cit., p. 117 ss. (spec. p. 123 ss.); torna sul punto, da ultimo, A. MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti auto-ed etero-lesivi dei pazienti in Italia*, cit., p. 5.

⁵² P. GIROLAMI - S. JOURDAN, *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle "obligations de sécurité" e degli "obblighi di protezione"*, cit., p. 62.

⁵³ A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., p. 1403.

⁵⁴ P. GIROLAMI - S. JOURDAN, *Lo psichiatra e il suicidio del paziente. Viaggio attraverso le categorie giuridiche delle "obligations de sécurité" e degli "obblighi di protezione"*, cit., p. 63; sul rilievo dell'autopsia psicologica (intesa come "ricostruzione retrospettiva della vita di una persona scomparsa, ricostruzione necessaria per meglio comprendere la sua morte e le cause che l'hanno provocata"), nei casi di suicidio, v. C. BARBIERI – L. BARBERO – V. PALIERO, *La cosiddetta autopsia psicologica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 597 ss., i quali ritengono non infrequente "che il suicidio appaia come un gesto improvviso ed inspiegabile, in assenza di una storia di malattia che possa far presagire l'agito autodistruttivo, per cui solo con un'analisi particolarmente attenta e dettagliata dell'esistenza della vittima e con una minuziosa ricostruzione del suo ultimo periodo di vita si possono a volte identificare quegli indicatori di disagio che avrebbero potenzialmente permesso di prevedere siffatta eventualità"; un'intensa analisi psicologica in E. S. SHNEIDMAN, *Autopsia di una mente suicida*, Roma, 2007.

Di conseguenza, è proprio l'intrinseca difficoltà della prognosi psichiatrica a rendere inevitabilmente ostica l'interpretazione di quei "segnali d'allarme" e di quei "fattori potenzialmente premonitori del rischio di suicidio"⁵⁵, che lo avrebbero reso prevedibile, giustificando l'adozione di eventuali misure cautelari omesse⁵⁶. Si è così osservato che la prognosi rimane per sua natura esposta all'alea della imprevedibilità, "a tal punto che un certo grado di pericolo deve essere inevitabilmente tollerato dalla società"⁵⁷. Anche laddove la *prevedibilità* del suicidio dovesse essere affermata, nel dedalo di interessi che connota la scienza psichiatrica, tra istanze (residue) di difesa sociale, di terapia e di salvaguardia della libertà del paziente, appare alquanto problematico tanto il compito di enucleare regole cautelari predefinite, quanto quello di ricostruirne di adeguate per affermare che uno specifico atto terapeutico abbia violato le *leges artis*.

La questione finisce allora per spostarsi sull'accertamento dell'*evitabilità*, che non può non tenere conto dei mezzi a disposizione del garante, nel quadro della filosofia e degli indirizzi segnati dalla normativa extrapenale di riferimento. Proprio con riguardo ai mezzi terapeutici di cui dispone lo psichiatra, a prevalente base farmacologica, va sottolineata la necessità di una verifica della loro incerta e variabile efficacia, se assoluta o soltanto relativa, non solo nella cornice della prevedibilità in concreto – cioè in termini di fondatezza prognostica – di eventi auto-aggressivi, "innescati da aggravamenti della malattia psichica, i cui prodromi siano realmente percepibili e quali-quantitativamente stimabili sul piano clinico"⁵⁸, ma anche per saggiarne la capacità impeditiva, nell'interrelazione tra i mezzi stessi e i poteri di agire.

Richiamando l'incrocio da cui siamo partiti, le segnalate difficoltà strutturali degli obblighi di garanzia dello psichiatra finiscono in tal modo – e ancora una volta - per ricadere sulla individuazione di tassative *leges artis*: obblighi e regole cadono insieme e la complessità di inquadrare il contenuto e l'estensione degli obblighi incombenti su tale peculiare figura professionale si riflette problematicamente sulle cautele che debbono essere adottate nelle scelte terapeutiche, anche nel caso in cui si prospettino gravi e specifici fattori di rischio per l'incolumità del paziente.

Torniamo al rischio più grave rispetto ai gesti auto-lesivi del paziente, quello suicidario, per coglierne il paradosso. Si tratta di un rischio che, con un velo di provocatorietà, può dirsi *sempre* prevedibile, *in termini generali e astratti*, se riferito al sofferente psichiatrico. Ma è un rischio, come si è visto, caratterizzato al contempo da un significativo tasso di ingovernabilità, al cospetto del quale la scienza psichiatrica

⁵⁵ Ancora A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., p. 1403.

⁵⁶ Considerando che, come rilevano G. C. NIVOLI – L. LORETTU – L. F. NIVOLI – A. M. A. NIVOLI, *Osservazioni psichiatrico-forensi in tema di imputazioni e condanne agli psichiatri per il suicidio del paziente*, in *Journal of Psychopathology*, n. 18/2012, p. 67, "non esistono metodologie obiettive per una sicura previsione del suicidio"; cfr. anche, sui vari fattori che incidono sul gesto suicidario, rendendo così ancor più complessa la sua predizione, L. PAVAN, *Suicidio*, in *Trattato italiano di psichiatria*, Milano, 1999, p. 2395 ss. e, più di recente, ID., *Esiste il suicidio razionale?*, Roma, 2009, *passim*.

⁵⁷ Così G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., p. 114.

⁵⁸ A. FIORI – F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, cit., p. 1446.

non può fare altro che porsi l'obiettivo di una ragionevole minimizzazione, per il tramite di regole cautelari *improprie*, senza poter ambire ad annullarlo del tutto - considerato che la possibilità di un decorso che conduca al suicidio può ritenersi in astratto addirittura connaturata alla malattia mentale - se non per il tramite di orientamenti meramente custodialistici, oggi banditi. A ciò va aggiunta la possibilità che per tale via possano essere indotti i già segnalati atteggiamenti di "psichiatria difensiva", che stimolino - per il tramite di meccaniche ed acritiche applicazioni di trattamenti restrittivi - il ritorno ad eccessi di sorveglianza e ad un sistema custodialistico, seppure in versione *soft*.

Si può così ritenere che il rischio sia *talmente prevedibile in astratto*, da non poter essere *formalizzato in cautele*, nel senso che non appare possibile predisporre delle regole terapeutiche atte in generale a prevenirlo; a meno di non considerare la previsione di misure di comune prudenza, quali, ad esempio, privare il paziente psichiatrico della disponibilità di oggetti taglienti o altri strumenti atti ad offendere, non necessariamente appannaggio del solo specialista e, pertanto, al di fuori del perimetro della *perizia medica*. Rispetto a tale rischio, quindi, il passaggio della formalizzazione della perizia sul piano della colpa specifica non appare praticabile, non potendosi prescindere da un suo apprezzamento in termini di prevedibilità *in concreto*, enucleabile solo dalla conoscenza dello stato di salute del singolo paziente e del suo vissuto.

La generalizzazione dei trattamenti psichiatrici in documenti, che per forza di cose non possono che fondarsi su ciò che accomuna i vari pazienti e non su ciò che li differenzia e li caratterizza singolarmente, inclina verso una standardizzazione e, quindi, una spersonalizzazione del trattamento stesso, col progressivo distacco da quel giudizio individualizzante, libero da condizionamenti e vincoli che, tanto nel momento diagnostico - nel quale ciò che lo psichiatra deve indagare non è solo la *malattia*, ma anche la *persona sofferente* e il suo *contesto*, biologico, economico, sociale, relazionale e di personalità -, quanto in quello prognostico, rappresenta il principale fattore terapeutico.

Ecco il *paradosso*: in questo caso, la tipizzazione di regole misurate sul rischio suicidario e l'assegnazione della colpa allo statuto di quella specifica, anziché contribuire ad una sua apprezzabile minimizzazione, finiscono per determinare in un certo senso un suo possibile accrescimento, allontanando la tipicità colposa dalla valutazione della prevedibilità in concreto, che rappresenta invece in questo caso un passaggio obbligato: l'unico mezzo davvero in grado di incanalare nella giusta direzione la scelta delle cautele più adatte (eventualmente omesse).

Il tutto alimenta il dubbio, sempre latente, sull'effettiva compatibilità tra una medicina centrata sul paziente - l'unica *davvero* possibile in psichiatria - e l'*evidenced based medicine*⁵⁹, e soprattutto il sospetto di una mortificazione tanto della libertà

⁵⁹ Ancora S. BORGHETTI - A. ERLICHER, *Linee guida, vincolo normativo o supporto? Ovvero, l'operatore in bilico tra filo d'Arianna e richiamo del pifferaio magico*, cit., p. 161; segnala limiti e problemi dell'EBM, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 150 ss.; nella letteratura medico legale, in particolare, cfr. M. BARNI, *Evidence Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. it.*

terapeutica del medico - che nella psichiatria più che in altri settori della medicina assume tratti totalizzanti e insuperabili -, quanto dell'essenza di una effettiva alleanza terapeutica, vieppiù indispensabile per la piena riuscita di un percorso di guarigione del paziente che deve passare - anche in un ambito come quello psichiatrico, al di là del rispetto del diritto costituzionalmente garantito del paziente ad essere informato e a decidere liberamente in ordine alle cure proposte - per l'individualizzazione e la *condivisione* del trattamento stesso.

7. Un tentativo di composizione finale.

Per concludere, in un tentativo di composizione finale, appare possibile cogliere sul piano interpretativo più che su quello legislativo taluni filtri in grado di ridimensionare il problema della responsabilità penale dello psichiatra. Proprio lo sforzo di ricostruzione dei suoi compiti, tra tutela della salute e residue pretese di obblighi custodiali, ha messo infatti in luce il collegamento tra cornice della posizione di garanzia e rischio consentito. Si è per tale via profilato il legame tra posizione di garanzia, obblighi impeditivi e regole cautelari⁶⁰: le regole di condotta a contenuto precauzionale rilevanti ai fini dell'imputazione colposa, infatti, hanno sempre come presupposto (e limite) i doveri del medico, al quale "non si può chiedere in misura di diligenza, prudenza e perizia, più di quanto egli non sia tenuto a fare in posizione di garante"⁶¹. L'idea, va detto, non pare metabolizzata da parte della giurisprudenza, incline per lo più, come pure si è denunciato, ad abbracciare una ricostruzione *fattuale* del potere di agire, arrivando nella sostanza a ritenere il suicidio di un paziente psichiatrico sempre prevenibile previa segregazione o contenzione fisica.

Leggere la responsabilità dello psichiatra in una prospettiva integrata (tra regola cautelare e posizione di garanzia) consente invece di fissare punti utili a contenere le legittime preoccupazioni della classe medica, ristabilendo da un lato gli esatti confini degli obblighi dello psichiatra, oltre i quali non può essere addebitato l'omesso impedimento dell'evento, e dall'altro facendo confluire nella stessa posizione di garanzia gli intrecci tra regola cautelare e volontà del paziente, tanto sul versante dei poteri di agire del medico e dei relativi doveri impeditivi, quanto su quello della selezione della migliore regola cautelare del caso concreto, da rapportare all'obiettivo terapeutico condiviso, con i correlati effetti limitativi della sua rimproverabilità per colpa.

med. leg., 1998, p. 3 ss. e V. FINESCHI - P. FRATI, *Linee guida: a double edged-sword. Riflessioni medico-legali sulle esperienze statunitensi*, ivi, p. 667 ss.

⁶⁰ Da ultimo, D. PULITANÒ, *Introduzione*, cit., p. 21.

⁶¹ G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, cit., p. 212; nello stesso senso, da ultimo, G. A. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, cit., p. 974.