

## TITOLO

# COMPETENZE E RESPONSABILITÀ “MULTILIVELLO” NELL’ORGANIZZAZIONE DEL SPDC PER LA GESTIONE DEL PAZIENTE PSICHIATRICO AGGRESSIVO

## AUTORE

Giandomenico Dodaro (1)

(1) Professore Aggregato di Diritto Penale DSG, Scuola di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano- Bicocca [giandomenico.dodaro@unimib.it](mailto:giandomenico.dodaro@unimib.it)

### **Riassunto**

*Comportamenti auto o etero-lesivi del paziente psichiatrico di origine medica costituiscono eventi che devono essere affrontati mediante la predisposizione nei luoghi di cura di adeguati “sistemi di sicurezza” capaci di contemperare cura e controllo. L’organizzazione della sicurezza richiede la cooperazione tra soggetti destinatari di compiti differenziati secondo le competenze.*

*In caso di emergenza, quando sono in pericolo interessi primari come la vita o l’incolumità personale, gli operatori sanitari sono autorizzati a ricorrere a qualunque strumento utile a ristabilire la sicurezza. Possono fare uso della contenzione meccanica, invece, esclusivamente in situazioni di stretta necessità; fuori da queste ipotesi legare il paziente è reato.*

*La contenzione meccanica è comunque illecita in situazioni di necessità, quando si possa ritenere che il pericolo da impedire mediante la legatura del paziente sia stato provocato o accettato del personale sanitario.*

## **Abstract**

Self-harming or external-harming behaviors of medical-origin psychiatric patients are events that need to be addressed providing caring facilities with appropriate "safety systems", able to balance care and control. The organization of security requires cooperation among subjects responsible of different tasks, according to their own skills. In case of emergency, when primary interests - as life or personal safety - are in danger, healthcare professionals are authorized to use any tool to restore security. They may resort to mechanical restraint, however, only in cases of strict need; out of these hypotheses tying a patient is a crime.

The mechanical restraint is anyhow illegal in circumstances of need, when it may be considered that the danger prevented by binding the patient was caused or accepted by healthcare staff.

## **Doveri di cura degli operatori di salute mentale**

Nell'esercizio dell'attività diagnostico-terapeutica l'operatore di salute mentale, come qualsiasi esercente professioni sanitarie, è investito di *doveri di cura* ed è tenuto a non recare pregiudizio alla vita e alla salute psicofisica del paziente.

Il ruolo di garanzia di cui la legge investe gli operatori di salute mentale copre, secondo un orientamento di giurisprudenza oramai consolidato (relativo principalmente a incidenti occorsi in SPDC e comunità residenziali), anche eventi di danno per la vita o l'incolumità psico-fisica del paziente, derivanti da proprie irregolarità comportamentali.

L'intervento del personale sanitario in simili evenienze si colloca, primariamente, sul piano dei *doveri di cura quando tali agiti si rivolgano unicamente contro sé*.

Allorché *l'aggressività* si dirige, invece, *contro terze persone*, assume la dimensione di un *problema* non più solo sanitario, ma anche di *sicurezza del luogo di cura*.

## **Problemi di linguaggio: doveri e posizione di garanzia**

È il tema della posizione di garanzia, che tanto allarme ha generato tra gli operatori di salute mentale, e che ha avuto un effetto confondente sul piano della identificazione del "mandato sociale".

La portata dell'espressione "posizione di garanzia" non va sopravvalutata. "Posizione di garanzia" è l'etichetta introdotta dalla dottrina giuridica, ormai acquisita anche da linguaggio della giurisprudenza, con cui vengono identificate, dentro e fuori il diritto penale sanitario, particolari categorie di soggetti con una specifica funzione di garanzia di interessi socialmente rilevanti; soggetti che, in virtù di questo vincolo di tutela sono gravati da obblighi *giuridici* "di attivarsi" in date situazioni la cui inosservanza può essere eventualmente fonte di responsabilità per omissione in sede penale e civile.

“Posizione di garanzia” è dunque (l’espressione che indica nel linguaggio giuridico) un concetto astratto della teoria della responsabilità omissiva, che serve a fissare i *presupposti normativi* per imputare a un soggetto un evento vietato, quando tale evento sia conseguenza di un suo comportamento omissivo. *Doveri* la cui inosservanza può eventualmente essere fonte di responsabilità, non *discendono* dal (espressione/concetto) “posizione di garanzia” ma *dalla legge dello Stato* che la costruisce definendone il contenuto.

### **Sicurezza di strutture sanitarie come problema di organizzazione**

Il personale sanitario operante all’interno di strutture organizzate assume *doveri di controllo* che variano secondo il ruolo ricoperto all’interno dell’organizzazione e della fonte di pericolo da monitorare.

Nell’organizzazione dei Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura (di seguito SPDC), come in ogni altra struttura, anche non di tipo sanitario, di qualsiasi dimensione e complessità, si pongono problemi relativi alla tutela di interessi, quali la vita o l’integrità fisica o la salute in genere, di pazienti o del personale sanitario per i pericoli provenienti da cose materiali, persone o da attività che ivi vengono svolte. La gestione di tali problemi viene affrontata attraverso la costruzione di *sistemi di sicurezza* che riguardano la sicurezza lavorativa, ambientale, sanitaria, farmacologica, nonché la sicurezza collettiva.

I sistemi di sicurezza sono volti ad assicurare una tutela a tutto campo incentrata sulla responsabilità *per colpa*. La responsabilità è per colpa ai sensi dell’art. 43 del Codice Penale quando l’evento vietato, anche se previsto, non è voluto dall’agente e si verifica per inosservanza di regole di comportamento aventi funzione cautelare (di diligenza, prudenza o perizia). Si parla di *colpa specifica* in caso di inosservanza di regole cautelari scritte in leggi, regolamenti, ordini, discipline; *di colpa generica* in caso di inosservanza di regole cautelari non scritte.

Problemi di sicurezza sono aspetti dell'organizzazione che non riguardano in via immediata le modalità di svolgimento dell'attività di cura, ma che toccano in via generale *la qualità del servizio*.

Per strutture sanitarie o assistenziali, problemi di sicurezza derivano – come si diceva – anche dalla violenza o dall'aggressività di pazienti, sia quando dirette contro sé sia quando rivolte contro terze persone. Si tratta di emergenze della normale vita sociale che possono verificarsi in contesti di varie discipline mediche, che non sono necessariamente di competenza psichiatrica, e che possono essere gestiti con gli strumenti d'intervento cui normalmente si ricorre per fronteggiare incidenti pertinenti alla sfera della incolumità collettiva (es. vigilanza interna o pronto intervento delle forze dell'ordine).

Differente è, invece, il caso in cui l'irregolarità del comportamento del paziente sia di origine medica o medico-psichiatrica. Violenza o aggressività del paziente assumono un duplice significato: *clinico* quale evento espressivo di un bisogno attuale di cura; *normativo*, quale potenziale fonte di pericolo per interessi socialmente rilevanti. La duplice dimensione dell'irregolarità comportamentale del paziente psichiatrico mette in evidenza profili di disciplina *inediti* o scarsamente approfonditi a livello scientifico nell'ambito del diritto penale delle strutture sanitarie.

Quando la cura del paziente psichiatrico si svolge all'interno di strutture organizzate e la psichiatria deve in qualche modo contribuire a dare risposte a problemi di buona organizzazione aziendale, si aprono *brucianti questioni etiche* concernenti la tradizionale questione del conflittuale rapporto tra cura e controllo.

In un ordinamento ispirato al rispetto dei diritti fondamentali della persona, *la legittimità del sistema di controllo* non si misura tanto sull'adeguatezza organizzativa valutata in termini di efficacia preventiva e impeditiva delle situazioni di pericolo, quanto piuttosto – in linea con la copiosa giurisprudenza costituzionale sulla legittimità delle misure di

sicurezza per infermi di mente (es. Corte Cost. 324/1998 e 253/2003) – sulla base della *capacità di contemperare finalità di cura e controllo*, in un equilibrato bilanciamento in cui la condizione di “malato” non venga interamente assorbita dalle esigenze di sicurezza.

### **Normativa sulla sicurezza nei servizi psichiatrici**

La riflessione sulla sicurezza delle strutture sanitarie, avviata successivamente all’emanazione del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, ora sostituito dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ha trovato di recente attuazione normativa in una serie di atti del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, concernenti la gestione del c.d. rischio clinico. Tra i documenti più importanti, si vedano il d.p.r. 7 aprile 2006 recante “Approvazione del piano sanitario nazionale 2006-2008”, che individua nel tema del rischio clinico e della sicurezza dei pazienti una componente essenziale dell’obiettivo «La promozione del Governo clinico e la qualità nel Servizio sanitario nazionale»; e il “Protocollo per il monitoraggio degli eventi sentinella” del luglio 2009, che individua quali eventi da tener sotto controllo, tra gli altri, il suicidio del paziente e la violenza del o contro il paziente, ad opera o a danno degli operatori sanitari, di altri pazienti, dei familiari, dei visitatori. All’interno di questa cornice politico-normativa, sono stati emanati dal Ministero della Salute altri importanti provvedimenti, quali la “Raccomandazione per prevenire gli atti di violenza a danno degli operatori sanitari” n. 8 del novembre 2007, e la Raccomandazione sulla “Prevenzione del suicidio in ospedale” n. 4 del marzo 2008.

Gli ultimi due documenti, oltre ad essere accomunati dall’identificazione del SPDC come una delle aree cliniche all’interno dell’ospedale a maggior rischio per il verificarsi di eventi avversi come suicidio e violenza del paziente, perseguono il medesimo obiettivo: la messa in atto ai diversi livelli delle organizzazioni sanitarie di *strategie e meccanismi*

*efficaci di controllo e prevenzione*, che consentano la gestione al meglio delle conseguenze sociali e giuridiche dell'errore. A tal fine si dispone, oltre all'impiego di *strumenti di valutazione del paziente* e all'adozione di *percorsi clinico-assistenziali*, anche l'implementazione di strategie e soluzioni di tipo ambientale, logistico, organizzativo e/o tecnologico che consentano di controllare, eliminare o ridurre le condizioni di rischio presenti, l'acquisizione di consapevolezza da parte del personale, anche volontario, del rischio-aggressione all'interno delle strutture sanitarie, l'acquisizione di competenze da parte degli operatori nel valutare e gestire tali eventi quando accadono.

Nella prospettiva lungo la quale si muovono queste iniziative statali, la fissazione di regole tecniche e organizzative, lungi da riproporre logiche striscianti di matrice neo-istituzionalistica, viene concepita al contrario come strumento per la costruzione di un contesto sociale e professionale capace non solo di comprendere, rispettare e garantire la dignità e i diritti dei pazienti psichiatrici più gravi, ma anche di fare chiarezza sui compiti, sulle responsabilità, sulla funzione di cura dell'operatore nei servizi.

Non si tratta infatti di regole che definiscono il contenuto di compiti di custodia a partire da una presunzione di irrecuperabilità e di pericolosità sociale del paziente psichiatrico. Tali regole determinano o valorizzano – potremmo dire – le *modalità dell'ospitalità*, vista come accoglienza, interessamento e partecipazione. Regole che favoriscono l'incontro con l'altro e l'assistenza, contribuendo ad avvicinare la relazione terapeutica ad *una "presa in carico"* in senso proprio *all'interno di contesti di cura sicuri per il malato e funzionali alla realizzazione di una operatività buona ed eticamente orientata* (ad esempio, schemi organizzativi dello staff medico e di quello infermieristico e ausiliario; procedure interne di ammissione, trattamento e dimissione dei pazienti; criteri cui ispirarsi e i comportamenti da tenere in situazioni di emergenza; relazione paziente/infermiere).

Il problema dell'impedimento del *suicidio* o del *reato del paziente* viene ricondotto, appunto, *nell'ambito della tematica della responsabilità penale all'interno di organizzazioni complesse*.

*Nel mondo sanitario l'organizzazione assume un rilievo molto forte, molto più forte rispetto a quello che poteva essere anche soltanto 15-20 anni fa. Il criterio per comprendere l'evoluzione del sistema sanitario è proprio quello di avere in mente la compresenza tra momento della responsabilità professionale e momento della responsabilità dirigenziale. Centrale diventa dunque il nesso tra sicurezza del paziente e conoscenza della struttura organizzativa in cui s'inserisce il trattamento medico, in ragione del fatto che il momento organizzativo non è secondario o marginale ma strettamente collegato al profilo dei diritti e in particolare al tema dell'attuazione costituzionale dell'art. 32 della Costituzione; come peraltro riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale.*

La sottolineatura dell'importanza della "dimensione organizzativa" dei servizi psichiatrici non vuole essere un richiamo alla necessità di rafforzare misure di controllo e custodia del paziente, quanto piuttosto mira (a) ad affermare l'idea che *una buona organizzazione può contribuire a ridurre i casi di contenzione*, e (b) a richiamare l'attenzione sul fatto – inedito in letteratura – che tanto peggio il servizio è organizzato tanto più problematica sarà la possibilità di trovare valide giustificazioni alla contenzione del paziente.

### **Competenze e responsabilità nelle organizzazioni complesse**

Sistemi di sicurezza di organizzazioni complesse hanno a che fare con la *dimensione organizzativa*, ossia con la definizione di doveri relativi all'attività di organizzazione e con la costruzione di un modello di cooperazione tra soggetti destinatari di compiti secondo competenze differenziate.

Soggetti in ruoli rilevanti sono, di regola, investiti di *posizioni di garanzia* (si dice nel linguaggio dei giuristi). Il ruolo di garante è caratterizzato, secondo le discipline legali o statutarie delle diverse figure di soggetti, non solo da divieti di fare certe cose, ma anche da poteri attinenti all'organizzazione e da doveri funzionali che richiedono adempimenti positivi. A ciascuna posizione di garanzia corrispondono compiti (decisionali, di consulenza, operativi o meramente esecutivi) differenziati secondo un "modello a più stadi" che potremmo semplificare nella triade: dirigenti, medici, infermieri.

Precetti relativi alla sicurezza sono rivolti a soggetti collocati a *differenti livelli* nei diversi ambiti della struttura. Alla violazione di tali precetti corrisponde una potenziale responsabilità sia per la causazione attiva di eventi vietati, sia per il loro mancato impedimento.

Resta meno approfondita nella letteratura penalistica la tematica, di notevole interesse, del riparto di responsabilità tra operatori sanitari che qui si intende affrontare con specifico riguardo alla gestione del paziente psichiatrico aggressivo e all'uso di poteri coattivi o coercitivi.

Il sottosistema del diritto della sicurezza delle strutture sanitarie non identifica con chiarezza i destinatari di doveri di sicurezza, diversamente invece ad esempio dalla disciplina sulla sicurezza e igiene del lavoro.

La concretizzazione dei presupposti applicativi della responsabilità per omissione e della responsabilità per colpa rinviano a contesti normativi non (o non interamente) di settore per la definizione dei doveri di attivarsi, dei mezzi utilizzabili e delle regole cautelari.

## Soggetti apicali

Posizioni di garanzia più importanti sono quelle dei "soggetti apicali", cioè titolari di poteri di direzione e organizzazione al livello più elevato. Il soggetto apicale è il *garante primario del dovere di sicurezza*.

L'adempimento della garanzia da parte dell'apicale passa per la predisposizione di modelli organizzativi ed operativi in grado di assicurare le condizioni di *osservanza delle norme in materia di sicurezza* da parte dell'intera organizzazione.

Il discorso probabilmente qui rileva soprattutto per i profili di responsabilità che concernono i direttori di struttura, oltre che i direttori di dipartimento in quanto ad essi, come ai direttori-primari, fanno capo poteri di organizzazione normalmente definiti in modo puntuale. In capo ad essi la *correlazione tra imputazione delle risorse e poteri di organizzazione* è molto forte (anche se rimane da precisare il profilo che concerne l'ambito e l'ampiezza delle deleghe conferite dal direttore generale ai vari responsabili di unità operative o di strutture operative interne all'ente); così come è molto stretta la *connessione tra responsabilità professionale e responsabilità dirigenziale* in relazione all'adozione di modelli di organizzazione idonei al raggiungimento degli obiettivi.

### *a) Dovere di valutazione dei rischi*

Adempimento fondamentale, indelegabile, del soggetto apicale è la *valutazione dei rischi* (dovere che abbiamo ritrovato anche nella legislazione di settore). La valutazione deve riflettere gli esiti di tale valutazione e definire programmi e procedure per il raggiungimento degli obiettivi di sicurezza.

Il dovere del soggetto apicale – per tutte le questioni che richiedono il contributo di conoscenza, esperienza o semplicemente di puntuale lavoro – è *dovere di acquisire e*

*assicurare in continuo il contributo informativo di tutti* coloro che, ai vari livelli della organizzazione, siano in grado di darlo utilmente.

La priorità alla valutazione dei potenziali rischi è coerente con la struttura di fondo della responsabilità per colpa. La necessità della previa ricognizione e valutazione dei rischi emergenti nel contesto in cui si svolge l'attività (*risk assessment*) è presupposto razionale dell'individuazione e della adozione di misure cautelari atte a fronteggiare i rischi (*risk management*).

Per i garanti apicali la predisposizione di un idoneo sistema di discipline è fra i contenuti fondamentali della garanzia dovuta. Se il garante primario ha adempiuto ai suoi doveri con la costruzione di un idoneo modello organizzativo, il fatto di reato che si sia eventualmente verificato nella sfera di competenza di altri non potrà essere a lui ricollegato. Il fatto del delegato, per il delegante immune da colpa, è *un fatto altrui*.

La loro eventuale colpa, in relazione agli eventi concreti (morte o lesioni personali causate dall'aggressività del paziente), potrà dipendere dalla mancata predisposizione di discipline adeguate o da *culpa in eligendo*. Ovviamente, il soggetto che ricopre posizioni di garanzia non è perciò solo responsabile in concreto di tutto ciò che accade entro l'ambito per il quale è prevista la garanzia. Come qualsiasi soggetto, egli risponderà secondo i criteri generali di attribuzione di responsabilità per i reati che abbia colpevolmente commesso.

#### *b) Doveri di vigilanza*

Della posizione di garanzia del soggetto apicale fa parte il dovere di vigilanza. A differenza di altri poteri e doveri di cui è titolare, il dovere di vigilanza è un aspetto non delegabile.

Il dovere di vigilanza si colloca, per così dire, ai confini del campo coperto dal principio di affidamento, che governa la logica stessa della ripartizione del lavoro e spiega la

rilevanza attribuita alla ripartizione di funzioni. Chi coopera a un'attività comune deve poter fare affidamento sul corretto comportamento degli altri, a meno che l'aspettativa di un comportamento corretto sia annullata da concrete circostanze di fatto. Il dovere di vigilanza non nega, anzi presuppone il principio di affidamento. La vigilanza ha ad oggetto, per l'appunto, *la persistenza delle condizioni in cui l'affidamento possa essere mantenuto nel tempo.*

Il modo normale di adempiere il dovere di vigilanza consiste nell'apprestamento e nel concreto funzionamento di un *sistema informativo* interno all'organizzazione, che garantisca la *trasmissione* agli organi competenti, ai diversi livelli, *delle informazioni* rilevanti per l'espletamento dei loro compiti.

È questa la funzione del dovere di vigilanza del soggetto apicale, così come oggi delineato nella disciplina della sicurezza del lavoro. Per il delegante apicale sarebbe *impensabile un obbligo di vigilanza su fatti specifici* entro sfere di competenza delegati, magari con verifiche personali saltuarie a campione su tutto e su tutti (ma dipende dalle dimensioni della struttura).

Attività mirate di vigilanza dovranno essere attivate qualora particolari circostanze funzionino, per così dire, come segnali d'allarme, rispetto al verificarsi di situazioni irregolari. Quando l'esistenza della situazione irregolare sia venuta a conoscenza del garante, sorge un obbligo specifico di intervenire che potrà richiedere una specifica sollecitazione del delegante verso soggetti delegati o anche, in caso di disfunzioni del sistema, l'esercizio di poteri propri del soggetto apicale.

L'inadempimento dei doveri di vigilanza può essere di per sé un presupposto di eventuali responsabilità penali per omesso impedimento di eventi illeciti. Ma non è condizione sufficiente. La responsabilità penale presuppone – ovviamente, anche in questo caso – sul piano oggettivo, la causalità tra l'omesso impedimento e l'evento; non sorge se la

vigilanza dovuta non avrebbe impedito l'evento. Sul piano dell'imputazione soggettiva occorre distinguere tra reati dolosi e colposi.

L'inadempimento di doveri di vigilanza comporta la mancata conoscenza di fatti che si sarebbe potuto o dovuto conoscere. La sua specifica rilevanza si colloca sul terreno dell'eventuale responsabilità per colpa (c.d. *culpa in vigilando*). Di regola, il mancato adempimento di doveri di adeguata organizzazione o la mancata vigilanza non valgono a fondare di per sé una responsabilità dolosa per concorso nella commissione di un reato materialmente commesso da altri.

### **Soggetti sotto-ordinati**

Nella costruzione di un idoneo sistema di prevenzione e gestione dei rischi correlati alla cura di pazienti psichiatrici acuti, anche il personale medico e paramedico non di alto livello, ossia privo di poteri di direzione e organizzazione, viene investito di compiti di sicurezza dai succitati provvedimenti normativi. All'interno delle strutture sanitarie è, infatti, di fondamentale importanza la costruzione di un *modello di cooperazione che coinvolga l'intera struttura*, e in particolare tutti i soggetti, come il terapeuta o l'infermiere, che lavorano quotidianamente a diretto contatto con i pazienti a rischio. Per il corretto ed efficace funzionamento della rete di sicurezza, *il coinvolgimento degli operatori appare imprescindibile* sia dal punto di vista del contributo di conoscenza situazionale (ad esempio, individuazione e messa in evidenza delle criticità del paziente, del contesto di cura e del contesto sociale e relazione del malato), sia dal punto di vista dalla possibilità di individuare e attuare le misure appropriate di intervento, adeguandole alle particolarità dei casi.

Per i garanti sotto-ordinati e per gli altri soggetti "non garanti" che agiscono nel settore oggetto di disciplina, errori, carenze o omissioni nell'osservanza delle regole cautelari stabilite dalle diverse discipline della sicurezza potranno essere fonte di responsabilità

per colpa in relazione ad eventi vietati che ne siano derivati. Le regole cautelari, formalizzate (es. linee guida) o non formalizzate per iscritto, vengono in rilievo ai fini del giudizio di colpa in relazione a eventi lesivi che si siano verificati nell'esercizio dell'attività disciplinata.

Ad esempio, per questioni che richiedono il doveroso contributo di conoscenza o esperienza di altri soggetti sui quali la struttura faccia affidamento, il mancato apporto di una sapere necessario può essere causa della mancata adozione della misura impeditiva e quindi fonte di responsabilità colposa del soggetto.

Anche per i garanti sottoordinati, dal piano dei doveri legali in cui si articola la posizione di garanzia occorre distinguere il piano delle eventuali responsabilità in concreto in cui può incorrere l'operatore psichiatrico.

L'attività prestata dal personale sanitario per scongiurare danni da agiti auto o etero-aggressivi del paziente può, purtroppo, non produrre i risultati sperati. Per l'affermazione dell'eventuale responsabilità penale del personale sanitario per la morte o le lesioni personali del paziente o delle persone da questi aggredite vengono in rilievo i criteri generali della causalità e della colpevolezza.

### **Modalità di adempimento dei doveri di cura e controllo, tra sapere scientifico, discrezionalità tecnico-professionale e limiti del diritto**

La formulazione di convincenti modelli di organizzazione dei servizi esige la determinazione di regole di buona pratica professionale e conoscenze corroborate e condivise dalla comunità scientifica. L'individuazione (e l'aggiornamento) delle misure cautelari e dei mezzi per soddisfare il dovere di garanzia, pertinenti alle situazioni di rischio rilevate, è, innanzitutto, di competenza del sapere medico-psichiatrico e tecnico pertinente, che deve dire quali comportamenti sono congrui o adeguati allo scopo.

Il garante degli interessi legalmente protetti – è stato detto in dottrina a proposito del problema causale e delle leggi di copertura – è *un consumatore e non un creatore di regole cautelari a suo arbitrio*. Potrà trattarsi di regole cautelari codificate per tipi di rischio analizzati in un sistema di discipline (es. linee guida), o di regole non codificate da concretizzare secondo i criteri della prevedibilità ed evitabilità di eventi di un dato tipo.

*L'indicazione di quali siano le tecniche utilizzabili è oggetto, però, di una valutazione che non può ritenersi interamente riservata alla scienza medica e che possa essere risolta semplicemente in base a una valutazione dei costi/benefici (come si fa sovente nelle analisi psichiatrica o medico-legale relativamente alla contenzione meccanica).*

Per l'attività sanitaria, così come per tutte le attività umane che comportano esercizio di *poteri coattivi o coercitivi* incidenti, sia pure a fin di bene, su *libertà costituzionalmente tutelate*, si pone il problema di verificare se ed eventualmente a quali condizioni ed entro quali limiti essa sia compatibile con i vincoli che l'ordinamento giuridico pone a tutela dei diritti fondamentali della persona.

Come è stato precisato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 282 del 2002 in materia di terapia elettroconvulsione, "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non dovrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite". Al legislatore è data la possibilità di intervenire, ad esempio, dettando "regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici a rischio, onde meglio garantire ... l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie". *Al legislatore compete, altresì, il potere di proibire l'impiego di pratiche sanitarie che si pongano in palese*

*contrasto con i diritti fondamentali dell'individuo, primo fra tutti il diritto "ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica".*

*I diritti fondamentali e la dignità umana costituiscono "bastioni di resistenza" di fronte all'intervento medico.*

### **Classificazione delle forme di restrittività e "giustificazione"**

Per l'attività sanitaria, come in genere per le attività legittime e doverose, si pone il problema delle condizioni di legittimità dell'esercizio nei casi concreti. Nei normali contesti di vita, tutte le attività che incidono sulla libertà o sul corpo di altri presuppongono il libero consenso di chi vi sia coinvolto. Ciò vale per le attività più diverse, e vale in via di principio anche per l'attività medica, la quale *non* implica un *generale* diritto di intervenire su altri a propria discrezione.

L'esercizio di *attività terapeutica* nei confronti di una persona, in quanto incidente *sul corpo* di altri, presuppone il consenso di questa, se in grado di esprimerlo.

Costringere altri, con violenza o minaccia, a fare o a omettere o a tollerare qualcosa, integra il delitto di *violenza privata* (art.610 Codice Penale), ad esempio in ipotesi di somministrazione coatta di farmaci al di fuori di una situazione d'urgenza.

Il delitto di violenza privata è, invece, da escludere con riferimento a pratiche non consentite, ma in cui la coazione non è realizzata con violenza o minaccia: ad esempio, una somministrazione occulta di farmaci disciolti in cibi o bevande. La indubbia scorrettezza di pratiche del genere, rilevante sul piano della deontologia professionale, resta fuori dall'area del penalmente vietato, anche quando costituisca espediente per assicurare una gestione tranquilla del reparto. Se reiterata, potrebbe integrare gli estremi del delitto di "abuso dei mezzi di correzione" (art. 571 Codice Penale) o piuttosto il delitto di "maltrattamento" (art. 572 Codice Penale). Nel dire ciò, si

descrivono le soluzioni rinvenibili all'interno dell'ordinamento giuridico, non si intende suggerire alcuno specifico comportamento.

Nelle attività di soccorso e cura sono in gioco interessi, come l'integrità fisica o la vita stessa, che possono trovarsi in pericolo in situazioni in cui il titolare non sia però in condizioni di esprimersi, perché in stato di incoscienza. Da ciò l'esigenza di legittimare, e di imporre come doverosi, interventi di soccorso e di cura in casi d'urgenza su persone che non fossero in grado di esprimere il consenso in tempo utile. A ciò l'ordinamento provvede (non semplicemente autorizzando - come talvolta viene indicato dagli interpreti - l'operatore sanitario a un intervento giustificato dallo stato di necessità, bensì) con la costruzione di "posizioni di garanzia" in capo agli esercenti professioni sanitarie, che fondano un dovere di intervento in situazioni d'urgenza.

In caso di agitazione psicomotoria il medico potrà prescrivere la somministrazione di farmaci sedativi, nelle dosi giustificate esclusivamente dalle esigenze cliniche del paziente. L'intervento sanitario si colloca nell'ambito dei doveri di cura (e di controllo in caso di aggressione di terzi). Se necessario, il dovere giuridico giustifica anche l'uso di una certa qual misura di forza fisica indispensabile per eseguire la cura.

Diverse dall'attività terapeutica sono quelle condotte finalizzate al controllo del paziente in contesti di cura come ad esempio un SPDC e che consistono in forme di restrittività o di coercizione nei confronti del paziente. Si tratta di interventi che incidono sulla *libertà personale* del paziente, *senza il consenso* del paziente, talvolta attraverso il corpo del paziente.

La questione è se il personale sanitario abbia il potere di limitare la libertà personale del paziente, eventualmente in quali casi, e quale sia la giustificazione di un simile potere.

La latitanza dei giuristi da questo intricato campo di problemi ha contribuito al consolidamento di convinzioni errate nel "diritto creato" dagli psichiatri e dai medici-legali. Qui siamo fuori dal campo degli atti sanitari – lo riconoscono anche gli autori che

hanno posizioni più aperturiste nei confronti della contenzione – per cui il problema della giustificazione si pone in termini differenti. In gioco non vi è più solo la salute del paziente ma anche la sua *libertà personale*.

### **Restrittività e contenimento *soft* del paziente**

Occorre distinguere tra comportamenti previsti da “misure cautelari” ed esercizio di poteri coattivi o coercitivi.

Di regola, misure cautelari non necessitano di una particolare copertura, in quanto costituiscono modalità legittime di adempiere al dovere di protezione/controllo. Questo è vero tanto più quando si tratti di regole cautelari “elastiche”, là dove la norma, nell’indicare il proprio campo di applicazione fa riferimento alla pericolosità di date situazioni o nell’indicare il comportamento prescritto fa riferimento ai requisiti di idoneità rispetto a un determinato risultato. In casi del genere la regola cautelare deve essere concretizzata alla stregua di parametri aperti all’evoluzione del sapere scientifico e tecnico.

Diverso è invece il caso delle regole cautelari “rigide”, là dove i presupposti e il contenuto del dovere sono oggetto di puntuale descrizione nella loro materialità. Rispetto a questo genere di norma giuridica potrebbe porsi il problema della giustificazione del comportamento doveroso.

Interventi sul paziente ricoverato o accorgimenti organizzativi del reparto per ragioni di sicurezza costituiscono modalità ordinarie di adempimento del dovere di protezione e controllo in cui consiste la posizione di garanzia del professionista sanitario. Rientra nel dovere giuridico del medico l’adozione delle più opportune misure atte a prevenire comportamenti violenti del paziente diretti contro sé o altri.

*Tale dovere può esplicarsi nella stessa maniera nei confronti del paziente in ricovero coatto o in ricovero volontario*, posto che il consenso alle cure in sé non costituisce un indice significativo su cui misurare l'aggressività o il rischio suicida di un paziente.

È per assolvere a tale dovere che il responsabile del servizio o l'operatore psichiatrico che ha preso in carico il paziente, ad esempio in caso di ricovero di una persona depressa con ideazioni suicidarie, è tenuto oltre che a impostare la più idonea terapia farmacologica ad adottare una serie di piccole misure dall'evidente carattere preventivo, come il farsi consegnare oggetti metallici e quant'altro possa essere usato a scopo suicidario o contro terze persone, così come a dare indicazioni al personale infermieristico per una vigilanza più serrata del ricoverato.

Forme di "contenzione relazionale" sono legittime nella misura in cui sono tese a impedire allontanamenti non autorizzati del paziente dalla struttura di ricovero (es. destinare un infermiere al controllo della porta d'uscita o quant'altro sia idoneo ad ottenere il consenso alla permanenza in reparto).

La legittimità della decisione di tenere le *porte chiuse* a chiave è una questione più complessa. Una legge che obblighi a tenere la porta chiusa non esiste. Si tratta di una *misura cautelare discrezionalmente adottabile* alla luce anche delle risorse del reparto.

Di regola, a fronte della richiesta di allontanarsi momentaneamente dal reparto di un paziente in ricovero volontario e capace di autodeterminarsi, il personale sanitario non è obbligato ad acconsentire. La responsabilità sul paziente derivante dalla posizione di garanzia l'autorizza a negoziare la decisione, e se il medico ritiene che l'uscita possa determinare pericoli per l'incolumità del paziente può rifiutarsi di autorizzarla. A fronte di una richiesta insistente, al medico si pone l'alternativa tra dimettere il paziente o autorizzarne l'uscita. In quest'ultimo caso, trattandosi di una paziente "non dimesso", l'uscita avviene sotto la responsabilità del medico, pertanto deve svolgersi in condizioni di sicurezza.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza penale, *non è proibito al medico autorizzare l'allontanamento temporaneo del paziente se è funzionale al suo interesse curativo*. La decisione esige un'attenta valutazione del quadro clinico e, se necessario, l'adozione di opportuni accorgimenti per una gestione oculata di una situazione che può presentare margini di rischio.

Problemi di giustificazione si pongono in caso di divieto assoluto d'uscire dal reparto (anche accompagnato). Saremmo di fronte all'esercizio di un potere coercitivo che configura una classica ipotesi di sequestro di persona, giustificabile alle condizioni e nei limiti dello stato di necessità dell'art. 54 del Codice Penale.

Anche l'uso di qualche presidio contenitivo nei confronti di pazienti che tendono a cadere dal letto procurandosi ferite può ragionevolmente ritenersi ricompreso nei doveri del medico, in quanto evitare cadute o rischi potenziali entra nel prendersi cura.

### **Restrittività e contenimento *strong* del paziente**

La posizione di garanzia dell'operatore psichiatrico all'interno dei luoghi di cura fonda un *dovere* di intervento in soccorso del paziente anche nelle emergenze psichiatriche. Nell'adempimento del dovere di cura e controllo è implicato il ricorso da parte del personale sanitario a modalità di intervento che possono eventualmente configurare fattispecie tipiche di reato.

Si tratta di comportamenti che per il privato cittadino sarebbero giustificati solo dalla legittima difesa o dallo stato di necessità e che resterebbero in ogni caso facoltativi.

Al personale sanitario non è proibito fare uso di qualche forma di pressione o coazione, eventualmente anche fisica, nei confronti del paziente, in situazioni in cui una certa energia si riveli necessaria all'adempimento dei compiti professionali, ad esempio come pratica di de-escalation per disinnescare una situazione di potenziale crisi. La coazione deve essere di breve durata, giustificata dal punto di vista clinico e di tenue entità.

Il dovere professionale del personale sanitario trova ovviamente un limite ragionevole in situazioni che metterebbero a rischio la propria incolumità come in un solitario corpo a corpo con una persona nettamente più forte. Medici e infermieri non rientrano in quelle categorie di persone che per legge abbiano il dovere istituzionale di esporsi a pericolo in situazioni difficili (come ad esempio vigili del fuoco, agenti della protezione civile, appartenenti alle forze dell'ordine). Ciò non significa che di fronte al pericolo l'operatore psichiatrico possa rimanere inerte in situazioni di emergenza. Egli potrà assolvere l'obbligo di protezione/controllo richiedendo la collaborazione di altri colleghi o invocando l'intervento della forza pubblica.

Problematica è la questione se la posizione di garanzia autorizzi il personale sanitario ad adottare qualunque mezzo a disposizione che possa ritenersi necessario per assolvere doveri di cura e controllo nelle emergenze psichiatriche, compresa la contenzione meccanica.

*Legare una persona ai quattro arti è vietato dalla legge penale* ed integra il delitto di *sequestro di persona*, punito dall'art. 605 Codice Penale con la pena della reclusione da sei mesi a otto anni. La pena è aumentata se la contenzione è compiuta da un sanitario che rivesta la qualifica di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 Codice Penale con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni. Per consolidato orientamento della giurisprudenza, ad integrare il delitto di sequestro di persona è sufficiente una privazione della libertà personale di breve durata, purché protratta per un periodo di tempo di un certo rilievo. Bastano ad esempio anche pochi minuti. Il reato è escluso, invece, nel caso di una restrizione fugace, come nel caso di chi trattenga una persona per qualche istante.

### **Tipicità e giustificazione**

La realizzazione di un fatto penalmente tipico, ossia conforme a un dato comportamento vietato da una norma, non è contrario al diritto in presenza di situazioni o condizioni

codificate dalla legge penale. Nel linguaggio teorico dei penalisti si parla di "cause di giustificazione" o di "esimenti". Si tratta di situazioni nelle quali sorge un problema di bilanciamento di interessi, fra l'interesse tutelato da una norma incriminatrice (es. la libertà personale del paziente) e un interesse esterno (es. vita o incolumità personale della vittima di un'aggressione o dello stesso paziente nel caso di atti autolesivi) cui l'ordinamento giuridico riconosce, a date condizioni, prevalenza e una conseguente efficacia scriminante.

L'incerta collocazione della giustificazione ed il diverso ambito di operatività della giustificazione medesima si rivela, comprensibilmente, per gli operatori della salute mentale un aspetto confondente.

Anche in questo caso *la portata del problema* non è da sopravvalutare. *Sta sul piano del linguaggio* e non del contenuto. La "giustificazione" è un aspetto della teoria del reato che ha a che fare con la costruzione dei presupposti della responsabilità penale.

### **Adempimento del dovere**

Secondo alcuni interpreti, il verificarsi del rischio rientrando nella posizione di garanzia renderebbe legittimo il ricorso a qualsiasi mezzo a disposizione del personale sanitario, compresi gli strumenti meccanici di contenzione. Legare il paziente al letto sarebbe, dunque, giustificato dalla scriminante dell'adempimento di un dovere giuridico (art. 51 Codice Penale), la quale esclude che ciò che è *dovere* sia nel contempo *reato*. La contenzione meccanica sarebbe non solo un modo legittimo di adempiere al ruolo di garante, ma sarebbe persino imposto dalla legge in situazioni di necessità, con la conseguenza che la sua mancata adozione potrebbe eventualmente essere fonte di responsabilità penale colposa omissiva ex art. 40 cpv. Codice Penale, secondo cui "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

La tesi appare funzionale a un allargamento della possibilità di utilizzare la contenzione nei confronti del paziente psichiatrico, dal momento che il dovere di attivarsi e contenere il paziente scatterebbe sul presupposto di una non meglio definita "necessità" al di fuori delle stringenti condizioni previste dalle situazioni di necessità codificate di "legittima difesa" e "stato di necessità".

L'ipotesi di un dovere giuridico di contenere meccanicamente il paziente psichiatrico pone seri problemi.

Sul piano del bio-diritto, ossia della bioetica applicata al diritto, la riflessione dei penalisti ha evidenziato da tempo la specifica intrusività dei comandi d'agire nella sfera di attività dei destinatari, e l'esigenza che essi abbiano uno speciale fondamento di legittimazione.

L'ipotesi di un dovere di contenzione sacrifica significativamente, senza adeguata giustificazione, da un lato la discrezionalità tecnica dell'operatore di salute mentale nella scelta del modo di intervenire nei confronti del paziente aggressivo, dall'altro chiama in causa la garanzia di *habeas corpus*, ossia il diritto del paziente a non subire intrusioni non volute nella sfera personale.

Sul piano medico-legale, la configurabilità di un dovere è peraltro esclusa dalla non prescrivibilità della contenzione.

Sul piano più strettamente penalistico, si osserva in letteratura che l'effetto scriminante di un fatto previsto dalla legge come reato, derivante dall'adempimento di un dovere giuridico, non dipende solo dalla finalità di adempiere al dovere, nemmeno quando si tratti di un dovere professionale di soccorso in situazioni di grave pericolo. Non tutto ciò che aiuta è consentito! La giustificazione di un fatto tipico di reato presuppone un *dovere giuridico* che abbia come contenuto tipico la realizzazione del fatto concreto corrispondente a un determinato tipo di reato, che derivi da una *norma giuridica* competente a porre doveri secondo i principi pertinenti al settore dell'ordinamento giuridico di appartenenza. Il limite della giustificazione è segnato, in via generale, dalla

legittimità costituzionale della fonte normativa. Quale sarebbe la norma giuridica che autorizza il medico a privare il paziente della libertà personale?

Perché la decisione di contenere meccanicamente il paziente sia legittima dal punto di vista costituzionale si richiede innanzi tutto che la norma che attribuisce al personale sanitario tale "potere" sia prevista da una *legge emanata dal Parlamento*, che ne disciplina i presupposti per la sua applicazione.

Tale affermazione è vera qualunque sia l'inquadramento preferito per gli interventi di contenzione: cioè, sia se si ritenga che rappresentino trattamenti sanitari, facendoli così ricadere nella sfera di applicazione dell'art. 13 Cost.; sia se li si assimila ai trattamenti sanitari coattivi e si ritengono questi ultimi regolati dall'art. 13 e dall'art. 32 Cost. insieme; sia, infine, se si ritiene che solo la seconda disposizione sia pertinente.

Chi sostiene la tesi che la contenzione meccanica trovi giustificazione nell'adempimento di un dovere professionale, asserisce la persistente vigenza dell'art. 60, regio decreto 16 agosto 1909, n. 605, attuativo della legge 14 febbraio 1904, n. 36. Anche assumendo questa possibilità come ipotesi, resterebbe impregiudicato il nodo se la contenzione meccanica sia subordinata, quale intervento sanitario *coattivo*, ai limiti dell'art. 32 Cost., per cui sarebbe sufficiente il rispetto di una "riserva di legge relativa", oppure se richieda invece, trattandosi di un intervento *coercitivo*, l'osservanza dei più stringenti limiti dell'articolo 13 Cost., il quale in aggiunta a una riserva di legge – questa volta – assoluta, prevede una "riserva di giurisdizione", in virtù della quale limitazione della libertà personale possono essere applicate solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria, ove quest'ultima accerti la sussistenza dei presupposti legali.

Un recente studio di un costituzionalista esclude l'idoneità della citata norma a soddisfare la riserva di legge, anche relativa. Leggi o atti equivalenti devono reggere almeno i punti essenziali fondamentali della disciplina, che per il resto può essere integrata altrimenti, ad esempio mediante fonti amministrative. I meri riferimenti agli

“infermi” e a “casi assolutamente eccezionali”, non altrimenti precisati, non bastano a soddisfare tali requisiti. Inoltre, secondo l’interpretazione prevalente e preferibile, la contenzione non è, in senso costituzionale, un trattamento sanitario, atteso che tali si considerano ai sensi dell’art. 32 Cost. gli atti di prevenzione, diagnosi e cura delle malattie. Di conseguenza essa ricade certamente nella sfera di applicazione dell’art. 13 Cost., applicabile a qualsiasi uso della forza, a prescindere dalla breve durata, e pertanto essa non può essere praticata se non in esecuzione di una decisione giurisdizionale o di un provvedimento amministrativo bisognoso di convalida nei termini di cui all’art. 13, co. 3, Cost. In ogni caso, il rispetto della persona esige la più rigorosa osservanza degli standard corrispondenti alla maturazione della coscienza, della deontologia professionale, della scienza delle tecniche mediche: standard desumibili, tra l’altro, da norme e documenti internazionali.

Dal momento che l’art. 60 del Regolamento manicomiale del 1909 non rispetta la riserva di giurisdizione, dovrebbe essere disapplicato dal giudice, con la conseguenza di escludere che i mezzi meccanici di contenzione possono considerarsi legittimi strumenti di adempimento di doveri d’ufficio.

### **Necessità, come fonte normativa del dovere giuridico di attivarsi**

Analizzando il problema della fonte normativa del dovere giuridico di contenere il paziente in una diversa prospettiva, potremmo chiederci se la necessità possa valere come criterio eccezionale di allargamento dei poteri del personale sanitario e giustificare un dovere giuridico di attivarsi in date situazioni?

La risposta negativa appare fondata sul principio di legalità, quale fondamento e limite dell’esercizio dei poteri tra privati cittadini. Se e quali interessi possono giustificare atti obiettivamente contrari alla legge penale, dipende da una specifica soluzione del

conflitto ad opera del legislatore. La necessità non può essere invocata come clausola generale che consenta deroghe al principio di legalità.

Si tenga presente anche che derivare l'effetto scriminante dall'adempimento di un dovere professionale, di cui la contenzione meccanica sarebbe contenuto tipico, significa riconoscere al personale sanitario un "potere" di privazione della libertà personale del paziente così ampio come non è riconosciuto nemmeno alle forze dell'ordine per sottoporre a fermo o arresto persone sospettate d'aver violato la legge penale.

### **Esercizio del diritto**

La contenzione del paziente, così come ogni altro atto aggressivo dell'integrità fisica di altri, non può essere giustificato da interessi di chi lo ponga in essere. Nessuno ha il *diritto* di ledere altri.

### **Legittima difesa o stato di necessità**

La contenzione meccanica può eventualmente trovare giustificazione nelle scriminanti operanti in "situazioni di necessità". La legittima difesa (art. 52 Codice Penale) opera quando si tratti di respingere un'aggressione ingiusta contro sé o contro altre persone, ad esempio in difesa di un altro paziente o di un operatore (c.d. soccorso difensivo). Lo stato di necessità (art. 54 Codice Penale) opera quando si renda necessaria una manovra di salvataggio a scapito di un terzo innocente, o comunque di interessi penalmente tutelati non pertinenti a un aggressore, ad esempio per sventare il tentativo di suicidio del paziente (c.d. soccorso di necessità).

La logica cui si ispirano le scriminanti connesse a "situazioni di necessità" è molto diversa da quella dell'adempimento del dovere giuridico. Legittima difesa e stato di necessità hanno una radice comune nella necessità di difendere o salvare dati diritti ed

operano in situazioni straordinarie per rendere eccezionalmente lecito in relazione alle esigenze specifiche del caso ciò che per legge è ordinariamente illecito. Nell'ambito di attività di soccorso, la contenzione meccanica può costituire eccezionalmente una modalità legittima di intervento in relazione a situazioni che non si verificano nel normale svolgersi dell'attività all'interno dei luoghi di cura, quando costituisca l'unico modo per "mettere in sicurezza" urgentemente interessi fondamentali, come l'incolumità fisica o la vita di una persona, contro una violenza illegale o in presenza di un pericolo determinato da uno stato di incapacità di intendere e volere del paziente.

Legittima difesa e stato di necessità risultano caratterizzate da comuni elementi strutturali: attualità del pericolo; necessità e proporzione della difesa o del salvataggio.

Pericolo attuale è, conformemente all'indirizzo di dottrina e giurisprudenza, un pericolo già in atto, radicato e riconoscibile nella condotta dell'aggressore. Tendenzialmente, il momento iniziale del pericolo può ritenersi coincidente con il passaggio dell'offesa dalla fase preparatoria alla fase esecutiva.

Proporzionata è la contenzione meccanica se, con riguardo ai beni in conflitto, non considerati in astratto ma in relazione alla concreta situazione conflittuale, l'offesa arrecata ai diritti del paziente sia paragonabile, uguale o di poco superiore, all'offesa minacciata.

La contenzione è necessaria se il ricorso ad essa costituisce il punto di arrivo di un percorso clinico graduale caratterizzato da una serie di interventi preliminari dissuasivi o impeditivi, di carattere ambientale, relazionale e farmacologico, finalizzati all'autodeterminazione del paziente, tutti messi in atto senza alcun successo. Come ha puntualizzato il Comitato Nazionale per la Bioetica, la contenzione può essere praticata "solo in casi eccezionali in mancanza di alternative".

Quanto può durare la reazione difensiva? È implicito nelle scriminante della legittima difesa e dello stato di necessità che la contenzione possa avere un impiego limitato nel

tempo e che possa protrarsi per il tempo strettamente necessario per la risoluzione delle condizioni che l'hanno motivata. Quando la contenzione non resta circoscritta a pochi momenti necessari, a una breve fase di passaggio indispensabile per calmare il paziente o somministrare un farmaco, diventa strumento illegittimo e configura un sequestro di persona. La prosecuzione nel tempo di uno strumento che assicuri l'immobilità a letto del paziente rivela l'inadeguatezza tecnica e organizzativa del servizio che fa ricadere interamente sul paziente in termini traumatici e umilianti gli effetti di responsabilità altrui.

Va osservato infine che l'azione compiuta in stato di necessità o in legittima difesa (nel caso in cui vengono superati i limiti che la giustificano) può essere impedita dal paziente, il quale ha la medesima dignità di tutela dell'agente necessitato e può quindi, concorrendone le condizioni, invocare a sua volta la legittima difesa, in questo modo ingenerando una spirale di violenza che può essere interrotta solo da chi è in possesso degli strumenti di difesa più efficaci.

Il discorso ci fa comprendere quanto *pochissimi* siano i casi in cui l'operatore sanitario sia autorizzato a legare il paziente.

#### **“Pericolo non volontariamente causato”**

Sarebbe conforme a giustizia un ordinamento giuridico che autorizzasse limitazioni della libertà personale del cittadino (proporzionate alla gravità del pericolo da scongiurare) in situazioni di necessità generate dal comportamento di altri?

Non si tratta di una questione marginale. Basti considerare che l'essere legato al letto d'ospedale può dipendere anche, in tutto o in parte, dal *comportamento “colpevole” degli operatori sanitari*, dei dirigenti che avrebbe dovuto organizzare meglio il servizio o dei medici e infermieri che non hanno prestato la massima attenzione per cercare di evitarla o il cui comportamento ha causato l'esplosione dell'aggressività del malato.

Immaginiamo un reparto che ha sempre praticato la contenzione e che non sia preparato a rivedere la propria prassi e in cui siano alte le resistenze a modificare assetto e distanza della relazione terapeutica, a giocare elementi più empatici e familiari, in ultima analisi a ridefinire il paradigma sul quale si è costruita la propria professionalità.

In un contesto come questo introdurre prassi *no restraint* "equivale ad esportare la democrazia in paesi che non l'hanno mai conosciuta. Può funzionare, ma a qualche generazione di distanza e con molti danni collaterali".

Dunque, di fronte a prassi illegali o inopportune sarebbe conforme alla legge (a giustizia) ammettere un'operatività generalizzata dello stato di necessità?

Affinché lo stato di necessità possa operare l'art. 54 Codice Penale richiede che il pericolo di danno grave alla persona non sia stato "volontariamente causato" da chi, ad esempio medico o infermiere, agisce in soccorso del paziente.

È questo un presupposto dello stato di necessità le cui implicazioni sono poco evidenti agli interpreti del diritto, ma che potrebbe rivelarsi decisivo in non pochi casi per escludere l'applicabilità dello stato di necessità in chiave di giustificazione della legatura del paziente. E ciò perché è alla luce della valutazione delle modalità di gestione del paziente e dalle modalità di organizzazione della struttura sanitaria che è dato stabilire se il pericolo sia stato causato con dolo.

Cosa s'intende per "pericolo", la cui volontaria causazione esclude la scusante dello stato di necessità? Pericolo è genericamente una situazione di fatto che reca in sé una potenzialità di un danno per la persona (del paziente), obiettivamente rilevabile e verificabile. Non si richiede anche che il soccorritore abbia volontariamente agito per la creazione di un pericolo talmente grave che il danno alla persona potesse venir evitato solo con la legatura del paziente.

Quando si può dire che il soccorritore abbia avuto la volontà di creare il pericolo?

Ipotizziamo ad esempio che un medico abbia disposto e confermato un TSO nella consapevolezza che non ne sussistano i presupposti di legge e che la percezione del paziente di essere stato oggetto di una ingiustizia abbia scatenato un forte sentimento di rabbia che si manifesta in aggressività verbale e agitazione motoria, senza pericolo per l'incolumità di terze persone. Si può fare anche l'esempio del sanitario che abbia nei confronti di un paziente notoriamente aggressivo un atteggiamento intenzionalmente provocatorio. Ricorrere in queste situazioni alla contenzione meccanica è al di fuori delle possibilità degli operatori sanitari, dal momento che l'aggressività del paziente è scatenata proprio dall'abuso subito, intenzionalmente perpetrato.

Contenere l'aggressività del paziente in situazioni di necessità intenzionalmente create dal soccorritore non è scusato dallo stato di necessità ed integra appieno il delitto di sequestro di persona.

Più complessa e delicata è la valutazione in merito alla sussistenza del requisito del "pericolo non volontariamente causato" quando l'aggressività del paziente sia legata a fattori di contesto del reparto o persino del DSM. Il discorso riguarda primariamente la responsabilità di soggetti apicali di strutture sanitarie, operativi o non operativi, titolari di poteri e doveri funzionali di gestione e organizzazione della struttura.

### **Salute, come "diritto finanziariamente condizionato"**

Il fatto che la garanzia della tutela della salute trovi un fondamento costituzionale non esclude la sussistenza di spazi di discrezionalità politica e amministrativa per quanto concerne il contenuto delle prestazioni e le modalità di attuazione dei servizi. Come osservato in dottrina la canonizzazione costituzionale dei diritti sociali non è riuscita a "blindare" i valori che essi incarnano. Il diritto alla salute, analogamente ad altri diritti sociali, è andato incontro ad un processo di relativizzazione che ha portato a qualificarlo come "diritto finanziariamente condizionato".

La soddisfazione di tale diritto è assoggettata ad un duplice ordine di fattori: *fattori di carattere istituzionale e fattori di natura economico-finanziaria*. Occorre pertanto distinguere tra carenze strutturali, organizzative, di personale imputabili a scelte di chi ha responsabilità dirigenziale e carenze imputabili a "scarsità di risorse".

In relazione alla possibile rilevanza della considerazione dei costi necessari all'adeguamento della struttura, il criterio indicato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 127 del 1990) può essere così sintetizzato: quando sono in gioco la tutela della salute o dell'integrità fisica, la considerazione dei costi può venire in rilievo solamente nel caso in cui siano state garantite le *condizioni minime inderogabili di tollerabilità per la salute* per la categoria di attività cui l'impresa o il servizio appartiene. Ciò significa che non sarà ovviamente esigibile che ogni presidio sanitario o ospedaliero disponga dei mezzi e dei supporti all'avanguardia, ma potrà pretendersi che venga garantito *un livello essenziale e uniforme di sicurezza*, indicato da specifiche normative cautelari, ovvero desumibile dalle indicazioni della scienza e della tecnica del momento storico. "Le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile" del diritto alla salute, "protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana".

Dentro questo limite si pone il problema dell'eventuale responsabilità del personale sanitario per contenzioni rese necessarie in forza di scelte discrezionali compiute da soggetti titolari di poteri di gestione e di organizzazione. Si tratta di una questione complessa, inedita nel dibattito penalistico, che in questa sede ci si limiterà a tematizzare per proporre spunti di riflessione senz'altro bisognevoli di ulteriore approfondimento.

### **Pericolo causato da decisioni gestionali o organizzative**

Soggetti apicali potrebbero essere chiamati a rispondere in concorso nel delitto di sequestro di persona, ad esempio, per aver omesso di disporre adeguate modifiche nell'organizzazione della struttura o del personale in presenza di segnali d'allarme – definibili con una formula introdotta di recente dalla Corte di cassazione – “perspicui e peculiari” che consentano di “vedere” la probabilità di contenere un *dato* paziente, come conseguenza prevista e accettata di proprie pregresse scelte organizzative deficitarie.

Il pericolo è “volontariamente causato” quando l'agente ha colto e compreso il segnale perspicuo, attraverso il quale ha visto come concretamente possibile il fatto delittuoso; o si è consapevolmente astenuto dall'approfondire i segnali d'allarme accettando il pericolo di danno sottostante al segnale, che ha cagionato o non ha impedito.

*Lo stato di necessità potrebbe dunque non operare per sopperire a volontarie carenze organizzative.*

Occorre infine segnalare che esistono situazioni di emergenza, suscettibili di verificarsi tanto in servizi “sgangherati” quanto in servizi diligentemente organizzati, dalle quali non appare possibile uscire se non legando il paziente a letto (come ad esempio quando sussistono controindicazioni mediche all'uso di psicofarmaci per la sedazione del paziente, quali non-rispondenza, effetto paradossale, intolleranza, controindicazione assoluta, necessità di evitare fenomeni di accumulo ed effetti collaterali pericolosi).

### **Pericolo causato per colpa**

Quando il pericolo sia stato creato per colpa non è esclusa l'operatività dello stato di necessità. La scriminante varrà come giustificazione della contenzione del paziente ed il personale sanitario che ha disposto ed eseguito la legatura non potrà essere chiamato a rispondere del delitto di sequestro di persona.

La delimitazione della scriminante attraverso la previsione del “pericolo volontariamente causato”, escludendo la possibile affermazione di responsabilità per delitti dolosi di operatori sanitari, ricollegabili a fatti non incolpevoli che possono essere anche di notevole gravità oggettiva e soggettiva, può essere sentita come un privilegio che garantisce impunità per fatti gravi a soggetti aventi responsabilità dirigenziale.

Occorre, in ogni caso, tener presente che, se dalla contenzione derivano la morte o danni all'integrità psichica o fisica del paziente, non potrà essere esclusa l'affermazione di responsabilità del personale sanitario per i delitti di omicidio colposo o lesioni personali colpose, ove l'evento lesivo possa ritenersi conseguenza prevedibile della violazione di regole cautelari volte a prevenire l'insorgere di simili conseguenze.

Infine, nel caso in cui la violenza del paziente si diriga contro terze persone, la legittima difesa scusa la contenzione del paziente indipendentemente dal motivo che l'ha generata. La legittima difesa è esclusa solamente nel caso in cui la reazione del paziente sia stata programmaticamente suscitata. In tal caso la reazione apparentemente difensiva non è che uno sviluppo previsto e voluto dalla scelta di creare la situazione di pericolo.

### **Considerazioni bioetiche sulle proposte di inquadramento della “giustificazione” della contenzione**

La scelta di collocare la giustificazione all'interno della disciplina delle “situazioni di necessità” codificate o nell'ambito nell'esercizio del diritto o dell'adempimento di un dovere giuridico, sottende differenti concezioni etiche della relazione medico-paziente.

Il richiamo della scriminante dell'adempimento del dovere e, soprattutto, di quella dell'esercizio del diritto struttura il rapporto di cura in senso *disuguale*. Esso intende affermare che, a certe condizioni, privare il paziente della libertà personale contenendolo

meccanicamente sia contenuto tipico del potere e dovere del medico. Coerente a questa concezione è la qualificazione della contenzione come *atto medico*.

L'inquadramento della "giustificazione" all'interno di situazioni di necessità è coerente con una *concezione paritaria* del rapporto di cura ed esplicita il concetto che gli operatori psichiatrici non sono autorizzati a privare il paziente di porzioni, seppur minime, di un bene, la libertà personale, riconosciuto a tutte le persone dall'art. 13. co. 1, Cost., se non negli stessi limiti e alle stesse condizioni in cui ciò possa essere fatto da qualsiasi altro cittadino. Medico e paziente sono posti sullo stesso piano all'interno di una relazione umana improntata al rispetto dei valori di pari dignità e di uguale libertà delle persone. L'uso della coercizione non può che essere evenienza del tutto eccezionale cui si può fare ricorso unicamente nell'assoluta mancanza di alternative, nel rispetto del limite della proporzione tra la limitazione della libertà del paziente e il danno da scongiurare, e sempreché la condizione di pericolo che ha reso necessaria la contenzione non sia stata creata volontariamente dal soggetto chiamato a rispondere penalmente del fatto.

La contenzione, una volta ricondotta nell'ambito delle "situazioni di necessità" codificate, disvela la propria natura: non atto medico, bensì *straordinario strumento di soccorso* cui può fare ricorso sulla base di una autonoma valutazione della necessità del caso tanto il medico quanto *l'infermiere*, nonché qualsiasi altro operatore sanitario (al limite, qualsiasi cittadino che compia un soccorso di necessità).

### **Responsabilità e "giustificazione" degli infermieri per contenzioni illegittime**

Nella normalità dei casi, la contenzione meccanica del paziente viene eseguita dagli infermieri su richiesta del medico responsabile.

Nel caso in cui il medico disponga illegalmente di legare il paziente fuori dei casi in cui ciò sia autorizzato, il comportamento dell'infermiere che dà esecuzione all'ordine è scriminato? La richiesta del medico è giustificazione idonea ad escludere la responsabilità penale dell'infermiere?

La sentenza del Tribunale di Vallo della Lucania che ha concluso il primo grado di giudizio nel processo penale per la morte del signor Francesco Mastrogiovanni, ha condannato il primario e altri cinque medici in servizio presso il SPDC dell'ospedale "San Luca", ed ha assolto tutti gli infermieri per i delitti di sequestro di persona (art. 605 Codice Penale) e di morte come conseguenza di altro delitto (art. 586 Codice Penale).

L'assoluzione è stata argomentata asserendo la possibilità di far operare a favore degli infermieri la "causa di giustificazione" dell'adempimento di un dovere giuridico imposto da un ordine legittimo della pubblica autorità; ed in particolare quanto disposto dall'art. 51, co. 3, Codice Penale, il quale esclude la responsabilità dell'esecutore di un ordine criminoso (di una contenzione manifestamente illegale) quando "per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo".

Secondo la tesi del giudice lucano, tra medico e infermiere sussisterebbero rapporto di soggezione a carattere pubblicistico, analogo a quelli cui si riferisce l'art. 51 Codice Penale. Argomenta il giudice nel modo seguente: premesso che la contenzione è atto di stretta competenza del medico, che è l'unico soggetto legittimato ad autorizzarla e a disporne l'interruzione, nel contesto assistenziale in cui si sono svolti i fatti, sarebbe insorta negli infermieri *la convinzione che sussistesse la necessità di contenere il paziente, non solo perché era ricoverato in regime di TSO e perché la scelta contenitiva era stata ratificata da parte di tutti i medici di volta in volta intervenuti, ma anche perché la contenzione era strumentale a soddisfare la richiesta delle forze dell'ordine di praticare il prelievo delle urine per accertare l'eventuale presenza di sostanze stupefacenti.*

L'affidamento degli infermieri circa la doverosità dell'intervento contenitivo sarebbe derivato – secondo quanto emerge dalla sentenza – dalla loro inadeguata formazione professionale in materia di contenzione. In buona sostanza, essi praticavano la contenzione nel solo rispetto delle indicazioni impartite dal sanitario di turno e peraltro come modalità abituale di gestione dei pazienti ricoverati nel reparto per sopperire alle carenze di personale medico e infermieristico.

La tesi dell'ipotetica applicabilità della "causa di giustificazione" dell'adempimento di un dovere giuridico imposto da un ordine della pubblica autorità è priva di fondamento giuridico. La esclude la legge 10 luglio 2000, n. 251 che ha definitivamente abolito il principio di sottoposizione del personale infermieristico a quello medico. L'evoluzione legislativa mostra una crescente tendenza a valorizzare l'indipendenza degli infermieri dalla personale medico per attività rientranti nelle loro specifiche competenze. Se dapprima l'operatore paramedico rappresentava un mero esecutore di compiti da altri attribuiti, oggi il profilo professionale delineato dal decreto ministeriale 14 settembre 1994, n. 739 affida agli infermieri la responsabilità del processo assistenziale, riconosce loro autonomia decisionale, richiede competenze e capacità di lavoro interdisciplinare.

Nel caso di specie, il problema della responsabilità penale degli infermieri riguarda semmai la disciplina dell'errore sulle cause di giustificazione, in specie dell'errore sui presupposti applicativi dello stato di necessità. La disciplina dell'errore nella teoria del reato è un campo di problemi molto complessi, che qui occorre semplificare.

L'erronea opinione della legittimità dell'ordine di contenere il paziente può essere per l'infermiere ragione di scusa? La risposta non potrebbe che essere negativa. L'infermiere che ha eseguito, ritenendosi a ciò obbligato, provvedimenti coercitivi non emessi dall'autorità di polizia nelle forme dovute, versa in errore sulla disposizione scriminante, disciplinato dall'art. 5 Codice Penale, il quale non ammette la scusabilità dell'errore sulla legge penale dovuto a colpa. Nel caso di specie, l'errore non esclude la colpevolezza

dell'infermiere la quale è compatibile sia con il dolo del delitto di sequestro di persona sia con la colpa per il delitto di morte come conseguenza di altro delitto.

### **Bibliografia essenziale**

Balduzzi R et al, *La responsabilità professionale in ambito sanitario*. Bologna, Mulino, 2010.

Dodaro G, Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza penale. *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*. Milano, 2010.

Dodaro G, Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica e della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario. *Rivista Italiana di Medicina Legale*. 2011.

Filippo D, La contenzione nei Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura. *Rivista Italiana di Medicina Legale*. 2013.p. 227 ss.

Massa M, Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche. *Rivista Italiana di Medicina Legale*.2013. p. 179 ss.

Molaschi V, Rodotà S, Zatti P, Trattato di Biodiritto.

Pulitanò D, *Diritto penale*.Torino,Giappichelli.2013.

Stella F *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*. Milano, Giuffrè.