

Lorenzo Brizi

Dallo psichiatra “medico-terapeuta” allo psichiatra “medico-direttore”: forme e modelli di responsabilità penale nel nuovo volto delle REMS

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Dal camice alla toga. Gli aspetti peculiari dell’attività medico-psichiatrica e gli “effetti riflessi” sul piano del giudizio di responsabilità penale – 3. La responsabilità penale del medico-psichiatra. Considerazioni introduttive – 4. La posizione di garanzia del medico-psichiatra nelle ricostruzioni proposte. La valorizzazione della disciplina normativa tra discrasie interpretative e ossimori valutativi – 4.1. Il “ruolo” del consenso del “folle reo” nella perimetrazione della posizione di garanzia del medico-psichiatra – 4.2. “Lo sguardo altrove”. La posizione di garanzia del medico-psichiatra valorizzata attraverso il richiamo alla tutela (costituzionale) della salute – 5. Dallo psichiatra “medico-terapeuta” allo psichiatra “medico-direttore”; dal giudice terapeuta allo psichiatra organo di giustizia. Eterogenesi di fini e di ruoli nel “nuovo volto” delle REMS – 5.1. Verso una responsabilità “multilivello”. La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-direttore” – 5.2. La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-terapeuta” – 6. L’omissione colposa in psichiatria. Brevi riflessioni sull’epilogo di un nuovo inizio

1. *Premessa*

Il processo di c.d. «definitivo superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari»¹ (OPG), stimolato (certamente, ma non solo) dallo «sdegno» per la scoperta delle condizioni di «autentico orrore»² e di degrado nel quale versavano

¹ Così la rubrica dell’art. 3-ter inserito nel corpo del d.l. n. 211 del 2011 dalla l. n. 9 del 2012. Sulle «luci ed ombre» della (impegnativa) terminologia adottata dal legislatore, Cfr. C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *Chiudere o... aprire? Il “superamento” degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni di “cambiare tutto per non cambiare niente”*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1340-1343.

² Queste le parole utilizzate da Giorgio Napolitano, nel 2012, in occasione del discorso al Paese di fine anno. Si tratta di una sensazione già avvertita dalla letteratura giuridica: si veda, in particolare, S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, 1095, che parla di «insopportabile dimensione antiumana degli ospedali psichiatrici giudiziari». Analogamente già V. ANDRIOLI, *Gli infermi di mente avanti la Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 1804 ss., ora in ID., *Cinquant’anni di dialoghi*

gli OPG italiani³, ed il conseguente processo di “istituzionalizzazione” delle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), impone di chiarire le possibili ripercussioni della riforma sul piano della ricostruzione della responsabilità penale del medico-psichiatra per i fatti commessi dal proprio paziente.

L’attribuzione, infatti, al personale medico della «esclusiva gestione sanitaria all’interno delle strutture»⁴ ripropone il problema, vero *leitmotiv* della letteratura giuridica *post*-Basaglia, dell’esatta perimetrazione della responsabilità (penale) del medico-psichiatra per le condotte auto ed etero-aggressive commesse dai pazienti.

Più nello specifico, si tratta di stabilire se le «funzioni terapeutico-riabilitative e socio-riabilitative»⁵ attribuite alle REMS e, soprattutto, se il potere di *imperio* che gli operatori sanitari sembrerebbero (inevitabilmente) chiamati ad esercitare all’interno delle Residenze, siano tali da impegnare il medico-psichiatra verso compiti non più (e non solo) terapeutici ma anche di tipo penitenziario-custodiale. Il trasferimento della «responsabilità della gestione interna di tali strutture»⁶ ad un medico “dirigente” psichiatra, altrimenti detto, impone di saggiare se dietro l’etichetta di un processo di sanitarizzazione perseguito attraverso l’istituzione delle REMS⁷, si celino,

con la giurisprudenza, II, Milano, 2007, 952.

³ Cfr. la *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, della Commissione parlamentare di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del Servizio sanitario nazionale, in www.senato.it (ultimo accesso 12.04.2017); l’*Indagine conoscitiva sulla situazione sanitaria nelle carceri*, della Commissione permanente Igiene e Sanità istituita presso il Senato della Repubblica, *ivi*, e, ancora prima, l’ispezione del Comitato per la prevenzione della tortura, consultabile in www.cpt.coe.int. Sottolinea come le due inchieste abbiano aperto un «enorme e terrificante vaso di Pandora», F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un “fossile vivente” quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, 83.

⁴ Così, il terzo comma dell’art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011. Sulla genesi e sullo sviluppo di tale disposizione, Cfr. F. SCHIAFFO, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell’art. 3-ter del d.l. n. 211/2011*, in *Crit. dir.*, 1/2013, 1 ss.

⁵ Cfr. l’Allegato A del decreto del Ministero della Salute del 1 ottobre 2012, attraverso il quale vengono fissati, come indicato nell’intestazione, i «*Requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e custodia*».

⁶ *Ibidem*.

⁷ Per l’esigenza di affiancare al processo di sanitarizzazione delle strutture deputate ad accogliere i c.d. malati mentali *anche* una riforma complessiva degli istituti della imputabilità, della pericolosità sociale e delle misure di sicurezza, si veda, di recente, D. D’AURIA, *Un primo passo verso la sanitarizzazione del trattamento sanzionatorio dei non imputabili in*

piuttosto, dei veri e propri obblighi custodiali anche in considerazione delle caratteristiche organizzative di tali strutture.

2. *Dal camice alla toga. Gli aspetti peculiari dell'attività medico-psichiatrica e gli “effetti riflessi” sul piano del giudizio di responsabilità penale*

L'indagine volta a delineare il perimetro della responsabilità penale del medico-psichiatra, sembrerebbe risultare arricchita dalle peculiarità “operative” che caratterizzano questa scienza medica.

Se è vero, infatti, che la psichiatria costituisce una branca specialistica della più ampia attività medica⁸, dovendosi dunque ricondurre ai canoni di questa particolare forma di responsabilità le ipotesi di *malpractice* nella gestione della malattia mentale⁹, è altrettanto vero come tale professione presenti degli ulteriori profili di complessità e di criticità che manifestano, inevitabilmente, la loro eco nella ricostruzione delle fattispecie penali che vengono in rilievo¹⁰.

Un primo fattore di instabilità e incertezza deriva, anzitutto, dalla difficoltà di procedere alla “valutazione” dello stadio clinico nel quale versa il paziente: l'«imprevedibilità di condotta che caratterizza talune sindromi psichiatriche»¹¹ connessa alla difficoltà di individuare degli schemi operativi precostituiti¹², rendono particolarmente labile, infatti, «il confine tra

attesa di una riforma complessiva dell'imputabilità, in *Cass. pen.*, 2/2014, 718 ss.

⁸ Così, G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1983, 19 ss., che, efficacemente, afferma come lo psichiatra abbia del medico «doveri, poteri e diritti». Analogamente, R. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2014, 231.

⁹ R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra e dello psicologo*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da G. Giusti, V, *Tossicologia, errori professionali, opinioni*, Padova, 2009, 1083.

¹⁰ In questi termini, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 181 ss.

¹¹ F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici suscitati dalla legge sui trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1980, 15.

¹² A. FIORI, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, in *La psichiatria forense in diritto civile. Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1988, 51, rileva come tale difficoltà sia, almeno in parte, ascrivibile alla circostanza per cui determinate patologie psicotiche presentino dei connotati sintomatici simili ma per le quali, tuttavia, sembrerebbe doversi procedere a moduli operativi dissimili. La debolezza del procedimento diagnostico in psichiatria è sottolineata con

diagnosi corretta e diagnosi errata, trattamento indovinato e trattamento sbagliato»¹³, suggerendo l'idea per cui il medico-psichiatra sia sempre più spesso chiamato ad emettere un «giudizio divinatorio»¹⁴ piuttosto che una diagnosi sullo stato psicopatologico del paziente¹⁵.

Alla «estrema conflittualità nosografica»¹⁶, si affiancano poi le problematiche insite all'attività «più strettamente “modale” e operativa della scelta del percorso terapeutico»¹⁷ da seguire nel caso di specie. La difficoltà di segnare una linea di confine tra condotte di tipo auto ed etero-aggressive¹⁸, nonché la problematica relativa ai mezzi da utilizzare per la cura del paziente¹⁹,

particolare efficacia anche da L. PONTI, G. BOVIO, *Un nuovo diritto per il malato di mente o una nuova percezione della malattia mentale?*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1986, 1062 ss., spec. 1064 e, più recentemente, da R. CATANESI, V. MARTINO, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, ivi, 6/2006, 1011.

¹³ G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: i reati omissivi*, in *La tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, a cura di A. Manacorda, Perugia, 1989, 212. Un minor grado di certezza scientifica, dunque, che si riverbera, poi, sulla maggiore opinabilità delle decisioni adottate e da adottarsi. In tal senso, M. BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 12/2008, 4638 ss.

¹⁴ Così A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi “esemplari” di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2004, 1402.

¹⁵ Per una esaustiva ed articolata analisi del (complesso) rapporto tra diritto penale e psicopatologia forense, sotto il duplice angolo prospettico del “ruolo” della scienza psichiatrica nell'accertamento (processuale) del vizio di mente e della “solidità” teorico-pratica dei criteri da questa elaborati, si veda, per tutti, M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, 539 ss.

¹⁶ A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica e la responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/1982, 537, sottolinea come le difficoltà definitorie abbiano aperto la strada verso «l'epoca della massima discrezionalità, dove qualsiasi disturbo (...) può divenire vizio di mente rilevante per l'imputabilità». Si veda pure, al riguardo, G. PONTI, *Il dibattito sull'imputabilità*, in *Questioni sull'imputabilità*, a cura di A. Ceretti, I. Merzagora, Padova, 1994, 10.

¹⁷ G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2012, 970, il quale, più specificamente, rileva come in tale ambito le regole cautelari siano caratterizzate da una «strumentalità alternativa» in considerazione dell'impossibilità di ricondurre le soluzioni (astrattamente) prospettabili ad un'unica (concreta) opzione applicativa.

¹⁸ Sull'adattabilità di tale distinzione alla “realtà” della malattia psichiatrica, si veda, in senso particolarmente critico, A. REALDON, *Malati di mente e ricovero coatto*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1980, 916, nonché M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2013, 160.

¹⁹ La difficoltà di individuare mezzi terapeutici adeguati al caso specifico, è ben evidenziata da A. FIORI, F. BUZZI, *Problemi vecchi e nuovi della professione psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2008, 1445 ss.

rendono particolarmente complessa non solo la stessa individuazione degli obblighi (penalmente rilevanti) di cui è titolare il medico-psichiatra ma la stessa possibilità di ripercorrere, in sede giudiziale, il percorso clinico da questi seguito e, dunque, l'idoneità, o meno, delle terapie intraprese²⁰.

Nondimeno, la circostanza secondo cui egli, nello specifico contesto di rischio nel quale esercita la propria attività, è l'unico che “può” intervenire, rappresenterebbe un elemento di non trascurabile rilevanza in ordine alla possibilità di configurare una posizione di garanzia per il sol fatto che si trovi a “gestire” la malattia mentale del paziente. La «fiducia “irrealistica” nella funzione “taumaturgica” svolta dallo stesso medico»²¹ sembrerebbe, poi, alimentare quel *trend* giurisprudenziale che tende ad attribuire all'operatore sanitario il ruolo di vero e proprio “custode” (*id est*: di garante) del malato. Con la conseguenza per cui si finisce con il costruire una responsabilità che si cristallizza sulla “funzione” e sul “ruolo” ricoperto²² piuttosto che sul fatto in concreto verificatosi²³.

3. La responsabilità penale del medico-psichiatra. Considerazioni introduttive

Tralasciando le forme di responsabilità dolosa che costituiscono delle ipotesi di difficile verifica in questo ambito²⁴, lo schema entro cui

²⁰ Il problema finisce con l'aumentare laddove si tenga a mente come, rispetto allo studio delle malattie mentali, non si possa parlare di una scienza psichiatrica, ma di tante scienze psichiatriche, ognuna delle quali, poi, caratterizzata da suoi autonomi peculiari profili. In questi termini P. GIROLAMI, *Il “contratto di cura”: considerazioni generali*, in *La responsabilità professionale dello psichiatra*, a cura di S. Jourdan e U. Fornari, Torino, 2006, 5.

²¹ C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa “non lieve”: un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, 311.

²² Cfr., sul “fascino” esercitato dalle qualifiche pubblicistiche nella ricostruzione della responsabilità *per omissionem*, G. SALCUNI, *I “circuiti” ed i “cortocircuiti” nelle scelte dei modelli di tutela fra pubblico e privato. Le qualifiche pubblicistiche e le posizioni di garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014, 875.

²³ Sottolineano efficacemente la connessione tra “allarme sociale” e “risposta giudiziaria” quale “concausa” in vista della costruzione di una responsabilità omissiva a carico dello psichiatra, F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *La tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, cit., 138 e, nello stesso volume, G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 195. In termini analoghi, già G. FORNARI, *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1984, 333, il quale, non a caso, parlava di «*criminalizzazione dello psichiatra*».

²⁴ Per un'ampia e ragionata casistica, cfr. R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra*,

viene ricondotta²⁵ la responsabilità dello psichiatra è essenzialmente quello del c.d. reato omissivo improprio²⁶.

Senza entrare nel merito di quel processo di «criminalizzazione di secondo grado»²⁷ che si realizza attraverso il ricorso alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma c.p., è opportuno rilevare come, dal punto di vista della tipizzazione della fattispecie, il reato omissivo improprio prima ancora che un problema di causalità pone un problema di individuazione del soggetto «attivo» del reato²⁸, titolare del relativo obbligo giuridico di impedimento dell'evento.

La dialettica tra formalismo²⁹ e sostanzialismo³⁰ nella ricostruzione della

cit., 1096-1097; G. MARRA, S. PEZZETTO, *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla legge n. 180 del 1978*, in *Cass. pen.*, 10/2006, 3429.

²⁵ Isolata sembrerebbe essere la pronuncia con la quale Cass., Sez. IV pen., 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi, annotata, *ex plurimis*, da F. CINGARI, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2009, 440 ss., dove la Suprema Corte ha escluso la possibilità di muovere un rimprovero nei confronti del medico a titolo di omesso impedimento dell'evento, riqualificando la condotta come di natura commissiva. Sul punto, si vedano pure le osservazioni di C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013, 28 ss.

²⁶ Come rileva A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 127-128, la tendenza che, specie in passato, si registrava proprio nell'attività medico-chirurgica, era quella di qualificare come omissiva la condotta del sanitario e ciò «non solo per «ragioni sistematiche», ma anche per «ragioni probatorie»» in considerazione della possibilità «di avvalersi di regole meno rigorose nell'accertamento del nesso eziologico».

²⁷ L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1995, 1268; EAD., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

²⁸ Sull'importanza che la soggettività omissiva riveste nell'economia applicativa dell'art. 40, secondo comma c.p., si vedano, *ex multis*, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 23-24; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 236-237; M. ROMANO, *Sub Art. 40*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 378; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 37; D.P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1998, 846 ss.; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2/2000, 582. Nella manualistica si vedano, per tutti, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 264.

²⁹ Aderiscono all'indirizzo formale nella ricostruzione delle posizioni di garanzia, sia pur con sfumature alquanto differenti con riferimento alle fonti legittimate a fondare obblighi giuridici di impedimento dell'evento, F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1/1936, 121 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, 54 ss.; I. CARACCIOLI, voce *Omissione (Diritto penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965, 895.

³⁰ Cfr., pur nella eterogeneità delle posizioni espresse, F. SGUBBI, *La responsabilità penale*

c.d. *Garantenstellung*, sembrerebbe oggi trovare il proprio punto di sintesi nella concezione “mista”, formale-funzionale³¹. La posizione di garanzia, in quest’ottica, sarebbe qualificata dalla presenza di un obbligo impeditivo (cristallizzato in fonti formali)³² posto a carico di alcune categorie di soggetti, in vista della necessità di attribuire una tutela rafforzata a determinati beni giuridici stante l’incapacità del titolare di apprestarvi una tutela adeguata³³. L’obbligo giuridico in questione può ritenersi operante in quanto la “doverosità” d’intervento “preesista”, sulla base di una fonte giuridica, rispetto alla situazione di pericolo che il *Garant* è chiamato a neutralizzare³⁴.

L’esistenza di una posizione di garanzia in capo al medico-psichiatra non sembrerebbe scontare incertezze di sorta tanto in dottrina che in giurisprudenza³⁵.

Il combinato disposto degli artt. 2 e 32 della Costituzione³⁶ e la normativa di settore³⁷ rappresenterebbero, infatti, una traccia particolarmente significativa in vista dell’attribuzione al medico-psichiatra di una posizione “di protezione” rispetto alla tutela dei propri pazienti³⁸. Maggiori problemi, tuttavia, si incontrano nel momento in cui si debba procedere

per omesso impedimento dell’evento, Padova, 1975, 130; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 227 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 277.

³¹ *Ex multis*, F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, 337 ss. Analogamente, anche N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 50 ss.

³² A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 586.

³³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 644-645; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 158.

³⁴ Da ultimo, A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 262-263.

³⁵ Nelle sentenze pronunciate nei casi di responsabilità psichiatrica, la circostanza secondo cui il medico-psichiatra sia titolare di una posizione di garanzia, sembrerebbe, in effetti, essere una circostanza mai messa in discussione. Anzi, l’assunto secondo il quale il medico sia garante della salute del paziente, è stato ribadito dalla giurisprudenza anche nelle ipotesi di sentenze assolutorie. Cfr., ad esempio, Trib. Bologna, 9 giugno 1993, Frank, in *Crit. pen.*, 1993, 57, che, dopo aver ammesso l’obbligo a carico del medico-psichiatra di tutelare la salute del paziente, ne esclude la responsabilità per omicidio colposo per la «concreta imprevedibilità dell’evento».

³⁶ Al riguardo, si veda, per tutti, E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari [et. al], Napoli, 2009, 117.

³⁷ Per una esaustiva e compiuta individuazione degli indici normativi valorizzabili in tal senso, per tutti, G. DODARO, *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza penale (1978-2010)*, in *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, a cura di G. Dodaro, Milano, 2011, 51.

³⁸ *Ex multis*, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 82 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 169-170.

all'individuazione della "sfera di signoria" che grava sull'operatore di salute mentale: in particolare si tratterà di stabilire *in che modo* ma, soprattutto, *in che limiti* possa riconoscersi in capo a questi un dovere di intervento finalizzato all'impedimento di eventi lesivi dell'integrità personale del malato (es. suicidio) o di terzi (es. omicidio).

Come ampiamente noto, il problema relativo all'esatta perimetrazione del contenuto della posizione di garanzia dello psichiatra ha trovato il proprio atto di genesi nella disciplina introdotta dalla l. 13 maggio 1978, n. 180 (c.d. legge Basaglia).

Il passaggio da un modello "istituzionalizzante" ad un modello "personalistico" nella cura della malattia mentale, non ha infatti mancato di suscitare perplessità in ordine alla ricostruzione degli obblighi, penalmente rilevanti, da attribuire al medico-psichiatra. Più nello specifico, si tratta di stabilire se l'abbandono di un sistema «staticamente custodialistico nella cura della malattia mentale»³⁹ in cui il folle reo veniva considerato come «oggetto di custodia e di coercizione intramurale»⁴⁰, sia tale da attribuire al medico competenze esclusivamente di carattere terapeutico-sanitario. Ovvero se, nonostante il *novum* normativo, caratterizzato dall'abbandono (parziale) del regime manicomiale in vista di una più compiuta valorizzazione della volontà del "folle-reo"⁴¹, permangano doveri di custodia in capo all'operatore di salute mentale⁴².

Inevitabili le conseguenze che ne derivano sul piano della ricostruzione della responsabilità penale dell'operatore medesimo. Ritenere, come tradizionalmente afferma la dottrina penalistica, che lo psichiatra sia titolare di un solo compito terapeutico, vorrebbe dire creare «una specie di autorizzazione

³⁹ A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica*, cit., 535.

⁴⁰ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2015, 648

⁴¹ *Infra*, par. 4.2.

⁴² La visione per cui alla "cura" dovesse necessariamente affiancarsi (se non anteporsi) la "custodia" del "folle-reo", era strutturalmente radicata nelle fondamenta del sistema tracciato dalla l. 14 febbraio 1904 («Disposizioni sui manicomi e sugli alienati»). Una volta edificato il sistema manicomiale sul principio di «pericolosità a sé o agli altri» connesso alla previsione di una fitta serie di fattispecie penali dettate dall'«esigenza di evitare la libera circolazione di persone pericolose», *sub specie*, i malati di mente, in capo agli operatori di salute mentale derivavano prima ancora che degli obblighi terapeutici, degli obblighi di natura squisitamente custodiale. Per una compiuta ed esaustiva analisi della normativa previgente, per tutti, M. ROMANO, F. STELLA, *Ricoveri, dimissioni e trattamento terapeutico dei malati di mente: aspetti penalistici e costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1973, 388 ss. Sulle ragioni e conseguenti problematiche interpretative di un modello di marca squisitamente custodiale, Cfr., A. BREGOLI, *Figure di sorveglianti dell'incapace dopo la legge 180*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988, 827; A. QUARANTA, *Il sistema di assistenza sanitaria*, Milano, 1985, 166.

all'impunità⁴³ rispetto alle condotte (certamente) etero-aggressive e (forse anche) auto-lesive commesse dal proprio paziente⁴⁴. Viceversa, ritenere, come sostenuto dalla letteratura medico-legale, che lo psichiatra abbia anche un dovere di controllo, lo esporrebbe a una dichiarazione di responsabilità rispetto agli eventi di danno cagionati dal proprio paziente e diretti contro la propria persona o contro l'altrui incolumità⁴⁵.

4. *La posizione di garanzia del medico-psichiatra nelle ricostruzioni proposte. La valorizzazione della disciplina normativa tra discrasie interpretative e ossimori valutativi*

Quando dal piano degli intenti si volge lo sguardo alle ricostruzioni fornite dalla letteratura giuridica e dalla giurisprudenza, il senso di vertigine finisce inevitabilmente con l'aumentare. Una prima lettura, valorizzando, come già precisato, la “svolta epocale” determinata dalla legge Basaglia arriva alla conclusione secondo cui non sia «assolutamente costruibile oggi un obbligo giuridico di custodia, un obbligo di sorveglianza che arrivi a garantire la non commissione di un reato da parte di terzi»⁴⁶. Eliminati, infatti, i profili più “aspri” dell'assetto manicomiale del 1904, la soluzione diretta a rendere il medico psichiatra “custode” di ogni condotta tenuta dal folle-reo, comporterebbe un indebito “ritorno al passato” attraverso il surrettizio reinserimento di competenze di difesa sociale, estranee alla rimodellata normativa⁴⁷.

Preso di posizione che troverebbe conferma anzitutto nell'abrogazione delle fattispecie contravvenzionali di cui agli artt. 714 e ss. c.p.

La rinuncia a «prevenire “in forma mediata” eventuali delitti contro la vita e l'incolumità individuale degli alienati, nonché contro la vita e l'incolumità di terzi»⁴⁸, avrebbe infatti determinato uno «svuotamento

⁴³ Circostanza icasticamente sottolineata da G. CANEPA, *op. cit.*, 24.

⁴⁴ Sia sufficiente, a testimonianza di questa opinione, il rinvio a G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, II, 1988, c. 112; ID., *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 206 ss.

⁴⁵ Valga, per il momento, il rinvio a U. FURNARI, *op. cit.*, 615 ss.

⁴⁶ F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 144.

⁴⁷ In questi termini, sia pure con sfumature differenti, G. INSOLERA, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale omissiva dello psichiatra*, in *Ind. pen.*, 3/1990, 775; 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.*, 1/2001, 60.

⁴⁸ F. BRICOLA, voce *Custodia di minori, alienati di mente o persone detenute (Contravvenzioni*

del contenuto della posizione di garanzia»⁴⁹ dello psichiatra. Questi, in particolare, non sarebbe più gravato da alcun obbligo di sorveglianza stante l' (acquisita consapevolezza della) inidoneità di far fronte, mediante custodia, alle esigenze preventive che, in concreto, possono caratterizzare la patologia psichica della quale è affetto il paziente⁵⁰.

Ulteriore conferma viene poi tratta dalla "rimodulazione" della disciplina del trattamento sanitario obbligatorio.

La circostanza per cui, in tali ipotesi, sussistano in capo al paziente delle "alterazioni di particolare gravità", unitamente ad una condotta non partecipativa dello stesso⁵¹, imporrebbe di ritenere come nella posizione di garanzia del medico rientrino *anche* obblighi di natura custodiale⁵². Trovandosi di fronte a un paziente non in grado di "badare a sé stesso", gli atti auto ed etero-aggressivi non potrebbero essere a questo ascrivibili, dovendone piuttosto rispondere *per omissionem* il medico psichiatra⁵³. Segnatamente, dovrebbe escludersi la responsabilità ai sensi dell'art. 40, secondo comma c.p., nelle ipotesi di ricovero volontario da parte del paziente⁵⁴, quantomeno per le condotte etero-aggressive⁵⁵.

concernenti la), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 583.

⁴⁹ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale – Parte speciale*, III, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, II, *I delitti colposi*, Padova, 2009, 347.

⁵⁰ Si tratta di un dato valorizzato dalla letteratura prevalente. Si vedano, al riguardo, P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 345; R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit. 1087; A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1399; G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, cit., 205.

⁵¹ Cfr. i presupposti fissati dall'art. 34, comma 4 della l. n. 833 del 1978.

⁵² R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 1087, secondo il quale di fronte alla sottoposizione a t.s.o. di un disturbato mentale, «il contenuto della posizione di garanzia del sanitario si estende (eccezionalmente) fino a ricomprendere anche l'obbligo di custodia, in quanto può affermarsi che in tal caso la custodia non costituisce altro che un ulteriore risvolto del generico obbligo di cura». Analogamente anche D. CHINDEMI, V. CARDILE, *Violenza psichica endo-familiare, plagio della vittima e rimedi terapeutici*, in *Resp. civ. prev.*, 5/2007, 1201.

⁵³ Così, quasi testualmente, A. MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti auto- ed etero-lesivi dei pazienti in Italia*, in *Arch. pen. web*, 2016, 2.

⁵⁴ *Contra*, in giurisprudenza, Cass., Sez. IV pen., 12 febbraio 2013, n. 16975, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1441, con nota di C. SALE, *Causalità omissiva e suicidio del paziente*; Cass., Sez. IV pen., 27 novembre 2008, n. 48292, in *Cass. pen.*, 4/2010, 1462, con nota di P. PIRAS, C. SALE, *Atti auto ed etero lesivi e responsabilità dello psichiatra*.

⁵⁵ La ricostruzione (già proposta da F. STELLA, *La responsabilità dello psichiatra nel trattamento open-door*, in *Problemi giuridici attuali della istituzione psichiatrica*, Roma, 1974, 7, nonché da G.M. FLICK, *Cura elo custodia. Aspetti penalistici e costituzionalistici*, ivi, 46) è fatta propria, tra gli altri, anche da M. ZANCHETTI, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello*

I dati normativi qui rapidamente passati in rassegna non sembrerebbero, tuttavia, fornire soluzioni univoche prestandosi anzi ad interpretazioni antitetiche. Così, mentre per l'indirizzo interpretativo testé menzionato la riforma del 1978, nelle sue articolazioni, costituirebbe puntuale conferma della esclusiva titolarità, in capo al medico-psichiatra, di funzioni terapeutiche⁵⁶, altra parte della dottrina, al contrario, giunge a ribadire che questi sia ancora oggi gravato da obblighi generali di sorveglianza.

Muovendo da una concezione, per così dire, “realistica” della malattia mentale, si è ritenuto come nonostante l'intervento riformatore sia stato mosso dal lodevole intento di eliminare l'equazione “malattia mentale – (dunque) – pericolosità sociale”, resterebbe un incrollabile dato di fatto: quello per cui «taluni malati di mente continuano ad essere “pericolosi” pure dopo l'emanazione delle nuove norme»⁵⁷. Anzi, il riferimento, tra i presupposti applicativi del t.s.o., alle «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici» coinciderebbe nella realtà vivente della malattia psichica con il concetto di «pericolosità a sé o ad altri» caratterizzante la normativa del 1904⁵⁸.

La riforma Basaglia, in quest'ottica, pur avendo realizzato quella “svolta” (agognata) nella “gestione” e cura della malattia mentale, poco o nulla avrebbe mutato in ordine alla perimetrazione della responsabilità penale del medico-psichiatra: l'obbligo di cura posto a suo carico, ricomprenderebbe in sé anche un dovere di sorveglianza finalizzato all'adozione di una serie di interventi atti a scongiurare la possibile causazione di eventi

psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione, in *Cass. pen.*, 9/2014, 2862; 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.*, 3/2002, 913 ss., e ribadita in *Id.*, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, *ivi*, 4-5/2005, 785.

⁵⁶ C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, *cit.*, 50 ss.

⁵⁷ Così, F. INTRONA, *Problemi interpretativi, pratici e burocratici*, *cit.*, 13; G. CANEPA, *op. cit.*, 23; A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica*, *cit.*, 554-555.

⁵⁸ Sulla impossibilità di mantenere, nei confronti del malato di mente, il concetto di “pericolosità”, si veda G. FIANDACA, *Responsabilità penale dell'operatore di salute mentale*, *cit.*, 208. In senso analogo anche A. MANNA, *Sull'“abolizione” degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2013, 1332, il quale, dopo aver rilevato l'aporia di un sistema che intende mettere al bando la categoria della pericolosità per poi utilizzarla, surrettiziamente, quale presupposto applicativo delle misure di sicurezza, ritiene come il presupposto applicativo di queste «non potrà più consistere nella “pericolosità sociale”, bensì nel c.d. “bisogno di terapia”, oltre, ben inteso, la commissione di un fatto di reato». *Contra*, di recente, 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.*, 4/2015, 1369.

dannosi contro terzi o contro la stessa persona del “folle-reo”.

4.1. *Il “ruolo” del consenso del “folle reo” nella perimetrazione della posizione di garanzia del medico-psichiatra*

La ricerca di un appiglio normativo, sia pur mosso dall'intento di rimediare all'indeterminatezza⁵⁹ dell'art. 40, secondo comma c.p., non sembrerebbe risultare probante. Fuori, infatti, dalle apodittiche affermazioni secondo cui il medico risulterebbe titolare di una posizione di garanzia a scopo terapeutico⁶⁰, rimane intatto il problema di stabilire se al fianco (o all'interno) dello stesso obbligo possano essere individuati anche doveri di natura custodiale⁶¹.

Un ulteriore percorso interpretativo astrattamente percorribile potrebbe essere quello di indagare sul “ruolo” giocato dal consenso del paziente.

Senza entrare nel merito di analisi che richiederebbero ben altro approfondimento, si deve rilevare come la “costituzionalizzazione” del consenso informato⁶², connessa ad una progressiva “soggettivizzazione”

⁵⁹ Sulla difficoltà di delimitare i confini della tipicità del reato omissivo improprio, con conseguente trasfigurazione dell'art. 40, secondo comma c.p. in una fattispecie «a formazione giudiziaria», Cfr., per tutti, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 2/1999, 535 ss. Sui problemi, viceversa, sollevati con riferimento alla compatibilità della disposizione con il principio della riserva di legge, F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1993, 354.

⁶⁰ L'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, che ha definitivamente inquadrato il servizio di igiene mentale nell'ambito di un servizio pubblico, costituirebbe prova sin troppo evidente del principio secondo cui il medico-psichiatra sia destinatario di un dovere terapeutico che lo renda titolare «di obblighi di intervento finalizzati alla tutela della salute individuale». Così, G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 109, alla cui lettura fa eco, sia pure attraverso l'utilizzo di impostazioni teoriche e conclusioni differenti, A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1400; I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2013, 26; C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2016, 8.

⁶¹ Un (sia pur) “flebile” dovere di sorveglianza, viene ravvisato da R. ZANNOTTI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 1087-1088, nei casi in cui il paziente si trovi ricoverato in regime di t.s.o.

⁶² F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 314; M. RUOTOLO, sub *Art. 13 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, 2006, 325. Nella letteratura penalistica, si veda, per tutti, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 37 ss.

della nozione di salute⁶³, abbia determinato un rovesciamento della tradizionale visione del rapporto medico-paziente. Quest’ultimo, infatti, non sarebbe più mero spettatore delle scelte prese (ed imposte) dal medico, ma la consapevolezza sull’*an* e sul *quomodo* della terapia lo renderebbero «protagonista delle sue scelte di vita»⁶⁴, consentendogli di concorrere, in via partecipata, all’adozione della decisione maggiormente aderente alle proprie aspettative ed esigenze⁶⁵.

Il consenso informato, in quest’ottica, avrebbe non solo permesso di «far uscire il malato dal cono d’ombra della soggezione al medico»⁶⁶, ma anche di modificare gli obblighi, penalmente rilevanti, da addossare a quest’ultimo. Di fronte, infatti, al dissenso alle cure manifestato dal paziente, la posizione di garanzia del medico dal generico e pervasivo obbligo di cura⁶⁷ si trasformerebbe in un dovere di “assecondarne la volontà”⁶⁸ al fine di garantirne la libertà morale⁶⁹.

⁶³ Sulle coordinate di un diritto alla salute soggettivo, in cui viene posto al centro del dialogo non già la malattia da curare ma lo stesso soggetto portatore della patologia clinica, attraverso una più spiccata valorizzazione dei profili del suo consenso (al trattamento) e della sua autodeterminazione (alle cure), Cfr., *ex plurimis*, M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla “salute”, applicabilità diretta dell’art. 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, 766 ss.; M.C. D’ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, agg. V, Milano, 2001, 1009 ss. Un recente ed efficace quadro di sintesi è fornito da A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2011, 127 ss. Sulle ricadute di simili concezioni nell’ambito penalistico, Cfr., A. GARGANI, *Jus imperfectum? L’esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2014, 505 ss.; L. EUSEBI, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, 428.

⁶⁴ L. D’AVACK, *Sul consenso informato all’atto medico*, in *Dir. fam.*, 2/2008, 759.

⁶⁵ Particolarmente efficace, al riguardo, F. GIUNTA, *Il consenso informato all’atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2001, 378, il quale evidenzia come sia la persona bisognosa di cure e non la malattia a dover essere oggetto di attenzione da parte del medico.

⁶⁶ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 87.

⁶⁷ F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 427; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2007, 1197. Accolgono tale soluzione, sia pur limitatamente al consenso manifestato dal paziente capace di intendere e di volere, F.D. BUSNELLI, E. PALMERINI, voce *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, 149.

⁶⁸ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, 91. *Contra*, tuttavia, G. IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente. (In tema di omessa trasfusione di sangue «salvavita» rifiutata dal malato)*, in *Cass. pen.*, 3/1998, 960.

⁶⁹ C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2009, 1145, al quale si rinvia, inoltre, per la descrizione della multiforme

Si tratta di premesse generali che sembrerebbero poter operare anche in ambito psichiatrico⁷⁰. Posto il generale principio della volontarietà delle cure e ritenendosi necessaria la partecipazione del degente anche qualora questi sia sottoposto ad un trattamento sanitario obbligatorio⁷¹, ben potrebbe ritenersi che l'autodeterminazione del paziente possa risultare in grado di scindere il rapporto di consequenzialità logica tra gesto auto ed etero-aggressivo dell'infermo di mente e la chiamata in causa dello psichiatra. Questi potrebbe non essere considerato penalmente responsabile nel caso in cui il paziente, dopo aver manifestato il proprio dissenso alle cure, abbia commesso un reato nei confronti di terze persone⁷², salvo che, come affermato in giurisprudenza, non sussistessero nel caso di specie i presupposti per emettere un t.s.o.⁷³

Affidare all'elemento del consenso informato il compito di fungere da "ago della bilancia" tra i due poli della cura e della custodia, sembrerebbe, tuttavia, condurre a risultati non del tutto convincenti e, soprattutto, poco confacenti alle caratteristiche specifiche del contesto nel quale il medico-psichiatra si trova ad operare.

Nonostante la riforma di cui alla legge Basaglia abbia posto al centro del dibattito politico e istituzionale l'autodeterminazione del paziente⁷⁴,

tipologia di interventi richiesti al medico per affrontare simili ipotesi.

⁷⁰ Con riferimento alle problematiche connesse al tema del consenso in ambito psichiatrico, Cfr., G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, nonché C. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 108 ss., il quale indica con particolare eshaustività la palinogenesi della posizione di garanzia del medico-psichiatra in considerazione della manifestazione di consenso/dissenso manifestato dal paziente.

⁷¹ Rilevano come le riforme degli anni '80 abbiano determinato, sotto il profilo "volontaristico", una equiparazione tra il malato di mente e qualsiasi altro soggetto in cura, G. MASOTTI, T. SARTORI, G. GUAITOLI, *Il consenso del malato di mente ai trattamenti sanitari*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1992, 305.

⁷² Sostanzialmente in questi termini A. MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 2. *Contra*, G. DODARO, *Posizione di garanzia degli operatori*, cit., 51.

⁷³ La mancata adozione di un t.s.o. al ricorrere dei suoi presupposti applicativi, secondo la giurisprudenza costituisce fonte di responsabilità per il medico psichiatra nel caso di reato commesso dal richiedente. Si veda, ad esempio, Trib. Bolzano, 9 febbraio 1989, March, in *Giur. mer.*, 2/1985, 681, dove si ravvisa la responsabilità del medico psichiatra a titolo di concorso omissivo in omicidio colposo commesso dall'infermo di mente rispetto al quale non era stata data avvio la procedura di ricovero coatto nonostante la sussistenza dei presupposti.

⁷⁴ Sottolinea efficacemente tale aspetto anche G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Follia e diritto*, a cura di G. Ferrando, G. Visentini, Torino, 2003, 127. Analogamente anche B. DE RISIO, *La responsabilità dello psichiatra*, in *La responsabilità*

l’elaborazione di un principio di autonomia decisionale così incisivo anche in ambito psichiatrico sembrerebbe correre il rischio di rappresentare una mera astrazione, una esercitazione accademica lontana dai dati sensibili della realtà⁷⁵.

La malattia mentale, infatti, proprio per la sua caratteristica di “attaccare” la psiche dell’individuo, può non solo alterare la percezione della realtà esterna ma anche rendere particolarmente ostica l’acquisizione di una consapevolezza in ordine al *tipo* nonché alle *modalità* di cura da ricevere per il superamento della stessa.

Lo stato patologico mentale, infatti, nel quale versa il paziente psichiatrico non consentirebbe un autonomo discernimento delle conseguenze derivanti dall’esercizio di un’attività terapeutica⁷⁶. Anzi, ben potrebbe accadere che la consapevolezza richiesta venga acquisita solo dopo l’inizio di un trattamento terapeutico.

Con ciò, non si vuole sostenere che il paziente psichiatrico, in conseguenza della malattia che lo affligge, perda il diritto di tutelare *ex se* la propria salute e che, segnatamente, il medico debba scegliere il percorso terapeutico “al posto” del paziente. Si intende, piuttosto, porre l’accento sulla circostanza fattuale che caratterizza la malattia psichiatrica e come la “validità” del consenso manifestato dal disturbato mentale, lungi dalla possibilità di essere ricostruita attraverso facili astrazioni, dovrà essere valutata caso per caso⁷⁷ dovendosi rifuggire da generiche classificazioni⁷⁸.

Non solo: la manifestazione di volontà del paziente, una volta prestata,

sanitaria, a cura di F. Peccenini, Bologna, 2007, 279.

⁷⁵ Cfr., M. BASSI, *Il consenso informato nei contesti operativi psichiatrici*, in *Il consenso informato in psichiatria* a cura di G. Vella, A. Siracusano, Roma, 1996, 61.

⁷⁶ L’impressione si ritrova anche in P. GIROLAMI, *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario con particolare riguardo all’ambito psichiatrico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1997, 305.

⁷⁷ Sottolinea la necessità di differenziare le risposte a seconda del tipo di intervento terapeutico di cui necessita il paziente, F. GIUNTA, *Il consenso informato all’atto medico*, cit., 395. Ritiene necessario distinguere l’ipotesi in cui il paziente si sia rivolto ad uno psichiatra *autonomamente*, sulla base di un disagio psichico dallo stesso avvertito, dall’ipotesi in cui il paziente sia stato *indotto* da altri al trattamento sanitario, P. GIROLAMI, *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario*, cit., 307. Più in generale, sulla necessità per cui il consenso informato rifletta «un equilibrio oggettivo e soggettivo», si veda V.B. MUSCATIELLO, *Il consenso dell’uomo qualunque (i diritti presi poco sul serio)*, in *Riv. it. med. leg.*, 3-4/2003, 551; G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 2/1991, 163; F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2000, 9 ss.

⁷⁸ Il dubbio circa l’esistenza di una «volontarietà *tout court*», è condiviso anche da B. DE RISIO, *op. cit.*, 279. Cfr., pure, F. INTRONA, *I diritti del malato di mente; ovvero il malato di mente nel diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1993, 15.

dovrà essere costantemente monitorata⁷⁹ per valutare se la decisione originariamente presa possa considerarsi ancora attuale soprattutto nei casi di dissenso che, come visto e in ossequio alla tradizionale lettura fornita dalla letteratura giuridica, potrebbe produrre l'effetto di esonerare il medico psichiatra da responsabilità penale.

4.2. "Lo sguardo altrove". La posizione di garanzia del medico-psichiatra valorizzata attraverso il richiamo alla tutela (costituzionale) della salute

Riguardo ad una questione così complessa e proteiforme, il distacco dai "tradizionali" percorsi interpretativi potrebbe realizzarsi moltiplicando ed integrando i diversi punti di osservazione. L'allontanamento da un esistente fatto di rigide catalogazioni (cura *vs.* custodia⁸⁰; condotta auto-lesiva *vs.* condotta etero-aggressiva⁸¹) rende necessario volgere lo sguardo lontano dal (pur vivido) materiale solitamente utilizzato per avvicinarsi alle peculiarità, per così dire, dinamiche che sembrerebbero caratterizzare l'attività terapeutico-psichiatrica.

Esclusa la possibilità di utilizzare gli indici normativi *post*-Basaglia ed il consenso informato per gli incerti risultati cui essi portano, la costruzione della posizione di garanzia dell'operatore di salute mentale sembrerebbe possa essere validamente argomentata analizzando più approfonditamente il contenuto del "dovere terapeutico" tradizionalmente imposto nei confronti di ogni medico, quindi anche dello psichiatra.

Al riguardo, una risposta soddisfacente potrebbe proprio venire da una più attenta considerazione del contenuto del diritto alla salute, di cui agli artt. 2 e 32 Cost. Con ciò, non si vuole certo assecondare quel *trend* giurisprudenziale in forza del quale gli operatori medici vengono considerati

⁷⁹ Si è soliti, infatti, parlare del consenso informato in psichiatria non quale semplice atto, autoritariamente imposto dall'alto, ma quale processo di produzione che coinvolge, prima ancora che il malato ed il medico psichiatra, anche le persone per questi maggiormente significative. Per l'utilizzo di tale terminologia, Cfr., in particolare, P. GIROLAMI, *Alcune considerazioni in tema di consenso al trattamento sanitario*, cit., 309; A. VENCHIARUTTI, *Obbligo e consenso nel trattamento della sofferenza psichica*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Milano, 2011, 829 ss. Si veda, inoltre, O. GRECO, R. CATANESI, *La responsabilità professionale dello psichiatra*, Padova, 1990, 30.

⁸⁰ Sulla difficoltà di incasellare entro rigide strutture teoriche, prima ancora che pratiche, i concetti di "cura" e "custodia", si veda, per tutti, A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1365.

⁸¹ Cfr. *Supra*, in nota 18.

come portatori *ex lege* di una posizione di garanzia⁸². Soluzione che, per il suo eccesso di indeterminatezza nella ricostruzione della fonte dell'obbligo⁸³, finirebbe per giustificare decisioni giudiziali prese, *ex post*, dietro il *maquillage* del rispetto del principio di legalità e, quindi, di tipicità della posizione di garanzia⁸⁴.

Richiamare l'attenzione sugli artt. 2 e 32 della Costituzione⁸⁵ vuol dire rilevare come la tutela della salute del malato di mente in cura possa richiedere, di fronte a patologie che si caratterizzano per una condotta particolarmente violenta del degente, un'adeguata strategia di intervento tesa ad adottare anche strumenti di natura custodiale⁸⁶. Si pensi⁸⁷ ai disturbi psichici più gravi, come una sindrome maniaco-depressiva in ragione della quale il soggetto alterna a momenti di depressione momenti di *iper* elevazione del tono dell'umore; oppure, ancora, ai disturbi della personalità, *sub specie* di disturbi antisociali o disturbi *borderline*.

Si tratta di ipotesi, alle quali se ne potrebbero accostare molte altre, nelle quali la malattia mentale è in grado di provocare il concatenarsi di una pluralità di eventi (autolesionistici o psicotico-aggressivi) che, lungi dal poter essere ricondotti ad una modalità di realizzazione unitaria o,

⁸² In questo senso, si veda Cass., Sez. IV pen., 1 dicembre 2004, n. 9739, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 75 ss., con nota di G. IADECOLA, *Il medico è sempre garante della salute*; e in *Cass. pen.*, 6/2006, 2158 ss., con nota di A. ROIATI, *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*. Nel medesimo senso, già Cass., Sez. IV pen., 13 settembre 2000, n. 9638, in *Cass. pen.*, 2/2002, 574, con nota di A. CAVALLO, *In tema di rapporto di causalità*.

⁸³ Sull'eccessiva indeterminatezza delle disposizioni costituzionali a fondare la punibilità per il reato non impedito, Cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., 337 ss.; ID, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, ivi, 4, 2004, 984 ss. Ritene, tuttavia, come possibile fonte di una posizione di garanzia possa essere anche una disposizione costituzionale purché capace di creare un legame funzionale tra gli interessi in gioco, F. SGUBBI, *op. cit.*, 187-188.

⁸⁴ Analogamente E. SBORRA, *op. cit.*, 118; L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere, S. Riondato, Milano, 2011, 840.

⁸⁵ Rinvergono nel riferimento costituzionale della tutela della salute, quale «fondamentale diritto dell'individuo» nonché «interesse della collettività», la posizione di garanzia del medico-psichiatra, M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 157.

⁸⁶ Pur a voler ritenere superato il modello custodialistico, infatti, resta ad ogni modo l'incontrovertibile dato di fatto per cui «la misura di sicurezza detentiva dell'ospedale psichiatrico giudiziario (...) [sia] caratterizzata anche da esigenze di difesa sociale, le quali si traducono giuridicamente nella sussistenza di obblighi di custodia nei confronti degli internati». Così, A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1369.

⁸⁷ Le considerazioni di seguito svolte, sono il frutto di un ampio ed articolato confronto avuto con il dott. Cesare Caruso, al quale rivolgo il mio più sincero ringraziamento.

comunque, da poter essere automaticamente “incasellati” entro rigidi schemi nominalistici, costituiscono la risultante di un complesso di “spinte” psico-somatiche che, pur provenienti dal medesimo individuo, si sviluppano in maniera dinamica e “disordinata” nel tempo⁸⁸.

I doveri di cura e di sorveglianza del medico, in questa tipologia di casi, finiscono inevitabilmente con il sovrapporsi e con il fondersi in un amalgama comune, non potendosi segnare, con probabilità né logica né psichiatrica, una esatta linea di confine nelle diverse modalità di estrinsecazione del disturbo psichico⁸⁹.

In breve, il dovere (calmierato, in considerazione delle specificità del caso concreto) di custodia gravante nei confronti del medico psichiatra, non deve considerarsi come un qualcosa di “altro”, di “diverso” rispetto al più ampio e generale dovere di cura⁹⁰. Il dovere di sorveglianza, infatti, rappresenta una delle tante, e plurime, modalità attuative del più generale dovere terapeutico⁹¹ che caratterizza ogni settore medico-chirurgico in ambito di degenza ospedaliera⁹².

Sembrirebbe cogliere nel segno, in quest’ottica, l’affermazione secondo cui il dovere di custodia gravante sul medico-psichiatra sarebbe «specificat[o] dal dovere di cura»⁹³. Un obbligo “specialistico”, si potrebbe dire, tale da

⁸⁸ Sulla multifattorialità dei gesti aggressivi del malato psichiatrico, sia pure sotto l’esclusivo angolo prospettico delle condotte suicidarie, si vedano D. DE LEO, L. PAVAN, C. BALCONCINI, *Suicidio*, in *Trattato italiano di Psichiatria*, II, Milano 1999, 2401 ss.

⁸⁹ In questo senso, V. anche M. PELISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, in *Contr. impr.*, 3/2015, 543.

⁹⁰ Analogamente, G. IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da una sindrome depressiva*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2004, 1150; G. MARRA, *Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l’omicidio commesso dal suo paziente*, in *Cass. pen.*, 5/2008, 2608. In giurisprudenza, cfr. *Cass.*, Sez. IV pen., 27 novembre 2008, n. 48292, Desana, in *Giust. pen.*, 2/2009, 621, con nota di P. PIRAS, C. SALE, *Atti auto ed etero lesivi e responsabilità penale dello psichiatra. La posizione di garanzia dello psichiatra nei confronti del paziente*, per la quale gravano, sul medico-psichiatra, «doveri di protezione e di sorveglianza del paziente in relazione al pericolo di condotte auto lesive (e, naturalmente, eterolesive)».

⁹¹ Sarebbe proprio una più spiccata valorizzazione dei profili sostanziali di una quanto mai evanescente “funzione terapeutica” che porta M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 159, a ritenere lo psichiatra, almeno da un punto di vista astratto, responsabile delle condotte auto ed etero-aggressive commesse dal proprio paziente.

⁹² La circostanza secondo cui il dovere di sorveglianza debba essere attuato nei confronti di ogni “malato”, a prescindere dal fatto che questi sia affetto da un disturbo psichico o fisico, è ben evidenziata anche da M. PORTIGLIATTI BARBOS, *La responsabilità professionale dell’operatore di salute mentale: profili medico-legali*, in *Tutela della salute mentale*, cit., 87, nonché da A. BARALDO, *op. cit.*, 4647

⁹³ Così, efficacemente, A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1371

impegnare il medico psichiatra anche verso un'attività di controllo *stricto sensu* intesa tutte le volte in cui la psicopatologia della quale il paziente è affetto sia tale da lasciar intravedere la possibilità che la malattia si palesi secondo delle modalità psico-aggressive⁹⁴.

Ritenere che il medico-psichiatra possa rispondere anche delle condotte etero-aggressive del paziente da questi curato, non significa certo riproporre l'adagio, particolarmente crudo, per cui «quando il malato è legato lo psichiatra è libero; quando il malato è libero lo psichiatra è legato»⁹⁵; né, tanto meno e più specificamente, si intende (ri-)attribuire all'operatore di salute mentale una funzione di “difesa sociale”⁹⁶. Neppure si vuole, da un punto di vista strettamente giuridico, avallare quell'indirizzo interpretativo che ravvisa una posizione di garanzia nei confronti di chi abbia «la signoria sull'accadimento concreto»⁹⁷.

La teoria, sia pur elaborata nell'ambito del diritto penale dell'impresa per segnare il fascio di obblighi impeditivi, appunto, incombenenti sull'imprenditore, ben potrebbe, almeno nella sua matrice originaria, riferirsi anche alla posizione del medico-psichiatra. Una volta ricondotta la posizione di garanzia del medico-psichiatra nel novero delle c.d. «posizioni di controllo su fonti di pericolo»⁹⁸, in considerazione dello stato di incapacità, totale o parziale, nel quale versa l'internato, la *Garantenstellung* di questi potrebbe essere individuata, da un punto di vista funzionale,

⁹⁴ Ancora, sul punto, M. PELISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, cit., 543. In senso analogo anche G. IADECOLA, *Ipotesi particolari di colpa professionale*, in *La responsabilità penale dei medici e delle strutture sanitarie: profili penali e civili*, a cura di G. Iadecola, M. Bona, Milano, 2009, 157, il quale rileva come tali conclusioni, lungi dall'attribuire all'operatore di salute mentale l'ormai desueto ruolo di custode e controllore, si rendano necessarie tutte le volte in cui sia presumibile che il degente ponga in essere condotte pericolose per l'incolumità fisica del paziente e di terzi.

⁹⁵ F. BASAGLIA, *Conversazione: a proposito della nuova legge 180*, in *Scritti*, VII, 1981-1982, Torino, 481.

⁹⁶ Si tratterebbe, piuttosto, di attribuire al medico il compito di impedire una determinata classe di eventi proprio a presidio della garanzia della stessa cura dovuta nei confronti del malato mentale, tutte le volte in cui la patologia della quale egli è affetto sia tale da mettere a repentaglio l'incolumità di terzi e, quindi, anche la propria. *Contra*, in considerazione della tassatività dei presupposti legittimanti l'adozione di un t.s.o., B. BLASI, E. FERPOZZI, *Trattamenti sanitari obbligatori per i malati mentali*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/1991, 1061 ss.

⁹⁷ Si allude alla c.d. *Herrschaftstheorie* elaborata da B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Schwartz, 1971; ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, così come citato da A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 144, al quale si rinvia per i necessari approfondimenti della teoria.

⁹⁸ In questo senso, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 189.

attraverso il richiamo ad un ampio quanto slabbrato concetto di “dominio sull’incapace”⁹⁹. Un potere che, estrinsecandosi nella capacità di esercitare un vero e proprio potere di direzione e controllo sulla persona del folle gli imporrebbe di intervenire *anche* al fine di impedire la commissione di reati da parte di quest’ultimo.

La ricostruzione, già ampiamente criticata nei suoi profili contenutistici essenziali, mal sembrerebbe attagliarsi rispetto al medico-psichiatra. Non solo perché tale teoria rischierebbe di svuotare di contenuto la giuridicità dell’obbligo¹⁰⁰ richiesta dall’art. 40, secondo comma c.p., rimettendo all’intuito del giudice il compito di ricostruire “compiti e doveri” dello stesso¹⁰¹, ma anche perché non consentirebbe di prendere in considerazione le peculiarità del caso concreto e, in particolare, la stessa possibilità materiale di agire del medico psichiatra in considerazione dei mezzi a disposizione per la cura del paziente. Con l’ulteriore rischio di muovere da un’autentica inversione metodologica: piuttosto, infatti, che partire dalla norma per elaborare, poi, la relativa nozione, si parte, al contrario, proprio da quest’ultima piegando il risultato per tal via acquisito alla regola¹⁰².

5. *Dallo psichiatra “medico-terapeuta” allo psichiatra “medico-direttore”; dal giudice terapeuta allo psichiatra organo di giustizia. Eterogenesi di fini e di ruoli nel “nuovo volto” delle REMS*

La difficoltà di segnare, quasi fosse un dato scientificamente provabile, una chiara linea di confine attorno ai due poli della “cura” e della “custodia” nell’ambito della ripartizione dei compiti del medico-psichiatra,

⁹⁹ Il riferimento è, ancora una volta, a B. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 89, che individua nel dominio sull’impresa (*Verbandsherrschaft*), il presupposto della posizione di garanzia dell’imprenditore rispetto alle condotte dei propri dipendenti.

¹⁰⁰ L’indeterminatezza della ricostruzione viene evidenziata da K. MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *Jus*, 1981, 473-480, le cui osservazioni critiche sono ampiamente riportate da N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., 44. Per un ulteriore apparato critico alla teoria, si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 240; A. NISCO, *op. cit.*, 146; N. PISANI, voce *Obbligo di impedire l’evento*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 3859 ss.

¹⁰¹ Si vedano, al riguardo, le efficaci considerazioni di A. GARGANI, *Ubi colpa, ibi omissio*, cit., 584-585.

¹⁰² Analogamente N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., 45 ss., secondo il quale il peccato capitale di tale ricostruzione risiederebbe nella pretesa «di desumere dalla misura del potere “naturalistico” di impedimento la rilevanza dell’omesso esercizio del potere stesso».

sembrerebbe amplificarsi in conseguenza del processo di “definitivo superamento” degli Ospedali psichiatrici giudiziari.

Nelle trame di un intervento normativo attraverso il quale il legislatore, tra fini più o meno dichiarati, intende portare a compimento il percorso di riforma psichiatrica avviato dalla legge Basaglia¹⁰³, sembrerebbe annidarsi l’insidia di un “ritorno al passato”¹⁰⁴ rispetto alla gestione della malattia mentale e delle competenze della psichiatria.

L’obiettivo di rendere le Rems «la sede privilegiata per affrontare i problemi della cura e della riabilitazione psichica e sociale dei malati di mente autori di reato»¹⁰⁵, passa anzitutto attraverso una maggiore “valorizzazione” delle competenze del medico psichiatra. Le Rems, sia pur costruite attorno ad una fortezza esterna nella quale può essere garantita una «attività (...) di sicurezza e di vigilanza»¹⁰⁶, sono affidate, al loro interno, alla «esclusiva gestione sanitaria»: al «medico dirigente psichiatra» viene, infatti, attribuita «la responsabilità della gestione interna».

Lo psichiatra è così chiamato a «fare manicomio»¹⁰⁷, caricando le proprie spalle di competenze di natura prettamente dirigenziale e organizzativa. Dire, infatti, che il medico-psichiatra sarà titolare della “gestione sanitaria” degli istituti per l’esecuzione delle misure di sicurezza, vuol dire, almeno ad una prima lettura, “trasformare” nuovamente il medico-psichiatra in una *longa manus* dell’amministrazione pubblica di cui finisce per dover eseguire le “prescrizioni” dettagliatamente redatte dal Giudice dell’esecuzione.

La conseguenza più vistosa sembrerebbe quella di determinare un capovolgimento dei ruoli ad essi spettanti. Il Giudice, infatti, di fronte al “folle-reo” sarà chiamato a prescrivere il *pharmakòn* che l’ordinamento gli mette a disposizione (l’internamento in una Rems); il medico-psichiatra dovrà dare seguito alla richiesta di cure. Dovrà, cioè, dare esecuzione alla misura di sicurezza.

I profili pratico-applicativi della “pena-terapia” che il medico-psichiatra sarà chiamato ad applicare risultano essere particolarmente problematici, e ciò per almeno due profili. Anzitutto, e come non si è mancato di

¹⁰³ A. GRISPINI, G. DUCCI, *Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Considerazioni e riflessioni*, in *Rass. pen. crimin.*, 1/2013, 2.

¹⁰⁴ Questa la “preoccupazione” di C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra*, cit., 8; Id., *Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 23 dicembre 2016, p. 7.

¹⁰⁵ In questi termini L. CIMINO, *Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari: un’analisi critica*, in *Riv. crimin. vittim. e sicurezza*, 2/2014, 34.

¹⁰⁶ Cfr. Allegato A del decreto del Ministero della Salute, cit.

¹⁰⁷ E. MONTANARI, *Il nodo della pericolosità tra psichiatria e diritto in Italia*, in *Riv. sperim. fren.*, 1/2013, 81.

sottolineare¹⁰⁸, perché la “fuoriuscita” dell’ordinamento penitenziario dalle questioni attinenti alla malattia mentale, potrebbe comportare non poche conseguenze in situazioni rispetto alle quali si potrebbero porre dei profili emergenziali tali da richiedere un tempestivo intervento delle Forze dell’Ordine.

A ciò si aggiunga una ulteriore considerazione relativa alla stessa “tipologia” di soggetti ai quali si rivolgono le Rems. A tali residenze, infatti, potranno far ingresso solo una particolare categoria di disturbati psichici, ovvero coloro rispetto ai quali siano «acquisiti elementi dai quali risult[i] che ogni misura diversa non [sia] idonea ad assicurare cure adeguate a far fronte alla [loro] pericolosità sociale»¹⁰⁹.

La nuova misura, dunque, si rivolge a soggetti che non solo sono da considerarsi pericolosi, sia pur entro la particolare nozione fornita dal quarto comma dell’art. 3-ter della l. n. 211 del 2011¹¹⁰, ma che lo sono anche, in una ideale scala quantitativa, in maniera “grave”. Con la conseguenza che le Rems continueranno ad «essere il punto di drammatica ricongiunzione dei mondi della risposta al reato e della salute mentale»¹¹¹.

5.1. Verso una responsabilità “multilivello”. La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-direttore”

Le (sia pur) brevi considerazioni svolte attorno al processo di sanitarizzazione delle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza, consentono di ritenere sussistente in capo al medico-psichiatra una responsabilità, per così dire, “multilivello”.

Il ruolo di “medico-direttore”, infatti, ben potrebbe impegnare lo psichiatra verso forme di responsabilità per omesso impedimento dell’evento tutte le volte in cui la propria attività di *compliance* non sia stata in grado di “azzerare” o, quantomeno, ridurre i rischi della commissione di reati all’interno della struttura oggetto di gestione. In considerazione della «posizione di potenziale offensore di interessi (...) collegati ed “esposti”

¹⁰⁸ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1373.

¹⁰⁹ Art. 1, l. n. 81 del 2014. Sul punto, *amplius* A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del “folle reo”*, in questo Volume.

¹¹⁰ Sul punto, Cfr. A. PUGIOTTO, *La “giurisprudenza difensiva” in materia di ospedali psichiatrici giudiziari a giudizio della corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 4/2015, 1432; D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell’art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.*, 9/2015, 3322 ss.; A. MARTUFI, *Nulla periculositas sine actione? Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2015, 818 ss.

¹¹¹ C. MAZZUCATO, G. VARRASO, *op. cit.*, 1346.

alla sfera d’azione o di signoria»¹¹² rivestita, allo psichiatra potrebbe essere attribuita una responsabilità assimilabile, almeno in parte, a quella gravante sull’imprenditore in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro¹¹³ di cui al d.lgs. 81 del 2008.

La qualifica di “dirigente” attribuita allo psichiatra nel nuovo volto delle Rems potrebbe in effetti essere considerata sufficiente per desumere l’esistenza di un dovere-potere di vigilanza, *ex lege*, su tutti gli atti appartenenti alla gestione delle Residenze¹¹⁴.

Partendo, infatti, dal presupposto per cui gravi in capo al medico-psichiatra un dovere di organizzazione, gestione e controllo della struttura, questi potrebbe essere considerato responsabile per le condotte auto ed etero-aggressive commesse dai propri pazienti, prima ancora che per una “erronea terapia”, per la violazione di tali regole di comportamento. Condotte che, a prescindere dal fattore scatenante e, dunque, dell’adeguatezza, o meno, degli interventi terapeutici messi in atto, potrebbero essere in effetti considerate come il “prodotto” della “incapacità” dello psichiatra medico-direttore di dotare la struttura – sottoposta alla sua gestione – di strumenti pratico-operativi volti a prevenire reati del tipo di quelli che, in concreto, si sono verificati, fondando dunque una sua responsabilità per colpa.

Ancora, finirebbero, così ragionando, con il cristallizzarsi sulla “posizione” rivestita dal medico-psichiatra anche le condotte tenute dal personale infermieristico: se pare indubitabile che su questi incomba un dovere di controllo rispetto ai degenti, non è men vero che gli errori da questi compiuti possano essere considerati, ancora una volta, la conseguenza di una disfunzione organizzativa imputabile allo stesso medico-direttore.

Onde evitare indebite estensioni che potrebbero finire con il trasformare la responsabilità del medico-psichiatra in una forma di responsabilità oggettiva, un tentativo di ridimensionamento potrebbe essere riconosciuto

¹¹² D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza sul lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 105.

¹¹³ Un tentativo di ricondurre entro gli schemi della responsabilità per la violazione dei doveri di sicurezza in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro era stato, invero, già proposto dalla letteratura psichiatrica sotto l’impero della legge Basaglia. In questi termini G.C. NIVOLI, I. LORETTU, A. NIVOLI, L. F. NIVOLI, *La responsabilità forense dello psichiatra*, in *Studi su aggressività e suicidio*, 2008, 18 ss.; A. FIORI, *La riforma (della riforma) psichiatrica*, cit., 535 ss.

¹¹⁴ Suggerzione ricavabile non solo in alla luce delle “funzioni” attribuite al medico-psichiatra, ma anche in considerazione della nozione, particolarmente ampia, di “dirigente” fornita dall’art. 2, lett. d, del t.u. Sulla “inconsistenza” della relativa nozione dell’ambito del diritto penale del lavoro, si veda, per tutti, N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2008, 827-828.

attraverso una più ponderata valorizzazione del canone della “corretta organizzazione” di cui al d.lgs. 231 del 2001¹¹⁵.

Come ampiamente noto, tale normativa, introducendo una forma di responsabilità da reato delle persone giuridiche, individua nell’adozione di modelli di gestione, direzione e controllo, lo strumento per escludere la responsabilità dell’ente in caso di reati commessi da soggetti operanti all’interno della sua struttura organizzativa¹¹⁶. Il canone della “corretta organizzazione”, sia pur elaborato dal legislatore per garantire il rispetto del canone della colpevolezza anche rispetto agli enti¹¹⁷, secondo i più recenti orientamenti interpretativi ben potrebbe trovare applicazione anche rispetto alle ipotesi di responsabilità individuale¹¹⁸ tutte le volte

¹¹⁵ In questa sede, non è certamente possibile dar conto della copiosa bibliografia sorta a seguito dell’introduzione nel nostro ordinamento delle ipotesi di responsabilità amministrativa da reato dagli enti. Per una ricognizione delle coordinate sostanziali della normativa, Cfr. G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, 110; C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004, 23; S. VINCIGUERRA, *La struttura dell’illecito*, in *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse (D. Lgs. N. 231/2001)*, a cura di M. Ceresa-Gastaldo, A. Rossi, Padova, 2004; M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, di Francesco Antolisei, I, a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, 867; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008.

¹¹⁶ Sui profili relativi alla “colpevolezza” soggettiva dell’ente avendo riguardo, in particolare, al diverso ruolo svolto dai modelli organizzati a seconda che l’autore del reato sia un soggetto in posizione apicale ovvero subordinata, Cfr., D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2002, 415 ss.

¹¹⁷ Il profilo della “colpevolezza dell’ente” ha costituito, sin dall’entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001, uno dei temi maggiormente dibattuti dalla scienza penalistica. Nonostante il rinvio al concetto di “colpa di organizzazione”, la dottrina più recente non ha mancato di avanzare dubbi sulla compatibilità di questo modello “da reato” con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma Cost. Emblematico, al riguardo, A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1/2002, 54, il quale si chiede «se siffatta colpa di organizzazione [...] possa davvero integrare la colpevolezza penalistica» oppure si traduca in un «giudizio di *factio culpae*», cioè «una “colpa” intessuta esclusivamente di elementi oggettivi». Analogamente, anche P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, ivi, 1/2002, 191. G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell’attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2001, 1141. Per una più ampia analisi degli orientamenti in parola, si veda, recentemente, N. PISANI, *La colpevolezza dell’ente*, Roma, 2012.

¹¹⁸ Sull’“adattabilità” del criterio della “colpa di organizzazione” anche ad alcune forme

in cui la sua attività si inserisca all'interno di una struttura complessa, articolata su base piramidale¹¹⁹, rispetto alla quale il soggetto della cui responsabilità si tratti, assuma un ruolo di vertice¹²⁰.

Tali modelli, infatti, in quanto diretti a garantire la prevenzione del rischio-reato all'interno di strutture complesse¹²¹, ben potrebbero essere valorizzati al fine di circoscrivere più efficacemente i contorni del comportamento alternativo lecito richiesto allo psichiatra “medico-direttore”¹²², consentendo di superare la suggestione per cui questi sia chiamato a rispondere per una “colpa” intrisa di soli elementi oggettivi (violazione di regole cautelari) e non anche soggettivi.

In quest'ottica, le condotte precedentemente prese in considerazione potrebbero non essere considerate quale “estrinsecazione” o, se si preferisce,

di responsabilità individuale, si veda D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 53; N. PISANI, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico ed innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012, 238 ss.; ID., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1/2009, 150; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 354-355. *Contra*, tuttavia, G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2005, 96.

¹¹⁹ Si veda, ad esempio, A. MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa nell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Torino, 2013, 207, che individua nell'adempimento degli obblighi di “corretta organizzazione” una possibile strada per valutare l'effettiva responsabilità del medico in posizione apicale rispetto al fatto commesso dal subordinato. Per un ulteriore approfondimento della posizione assunta dall'Autrice, Cfr., altresì, *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. pen.*, 11/2011, 3857 ss.

¹²⁰ In questo senso, ad esempio, C.F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Milano, 1969, 135, rispetto alla responsabilità del direttore di giornale, ritiene come l'unico modo per conciliare il dovere di controllo da attuarsi personalmente con il principio stabilito dall'art. 57 c.p. – stante l'impossibilità di una vigilanza costante e capillare nei confronti di ogni singolo preposto – sarebbe quello di imporre al direttore di elaborare «un meccanismo di vigilanza efficace, adeguato alle dimensioni del periodico, e tale da ridurre al minimo i rischi di pubblicazioni criminose».

¹²¹ In termini analoghi, R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, 71 ss. Sulla finalità di “indirizzo” dei *compliance programs* si veda, per tutti, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001)*. Parte I, in *Cass. pen.*, 1/2013, 376 ss.

¹²² *Amplius*, sul punto, A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 349 ss., spec. 354. Il ruolo dei modelli di organizzazione gestionale ai fini della valutazione di responsabilità dei vertici di una struttura psichiatrica, è stata, di recente, valorizzata anche da C. SALE, *La “flessibilità” dell'evento da impedire in psichiatria*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, 1408.

una agevolazione¹²³ della *mala gestio* della REMS da parte del medico-psichiatra tutte le volte in cui questi, svolta la «fase cognitivo-rappresentativa, funzionale alla percezione del rischio e alla valutazione della sua intensità»¹²⁴, abbia adottato misure di “sicurezza procedurale” all’interno della struttura¹²⁵.

5.2. *La responsabilità penale dello psichiatra in qualità di “medico-terapeuta”*

L’ambito di responsabilità dello psichiatra nella veste di “medico-terapeuta” sembrerebbe essere più nitido ma non per questo esente da criticità.

Il trasferimento della gestione interna delle Rems all’esclusiva competenza del medico psichiatra al quale fa da *pendant* la “fuoriuscita” delle Forze dell’Ordine dalla gestione della sicurezza intramurale delle medesime, rende ancor più sfumata e labile la possibilità di segnare una linea di demarcazione tra i confini della “cura” e quelli della “custodia”. Anzi, ad una prima lettura sembrerebbe che il medico psichiatra sia (nuovamente) chiamato ad esercitare dei veri e propri compiti di “polizia” nell’ottica di favorire e garantire una maggiore difesa sociale *della società dagli internati*¹²⁶.

La medicina psichiatrica viene, in qualche modo, riportata indietro nella sua storia, al tempo della legge manicomiale del 1904 con conseguente arretramento di prospettiva rispetto alla riforma del 1978¹²⁷. Anche a voler ritenere sussistente un dovere di custodia a carico del medico

¹²³ Così, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo*, cit., 1149.

¹²⁴ Così, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001)*. Parte II, in *Cass. pen.*, 2/2013, 842.

¹²⁵ Ben potrebbe (o *dovrebbe*) lo “psichiatra-direttore” impartire le indicazioni circa le modalità di accesso nelle stanze di degenza; fornire le cautele da adottare, da parte degli infermieri, nell’approcciarsi all’internato; individuare lo *staff* necessario in considerazione del disturbo di cui è affetto il degente nonché del periodo di intrattenimento con il paziente, *et similia*. In questa direzione si pone il «Programma di utilizzo delle risorse destinate alla realizzazione di strutture sanitarie extra ospedaliere per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» approvato dalla Giunta della Regione Lombardia in attuazione dell’art. 3-ter, comma 6 l. n. 9 del 2012. Come rilevato da G. DODARO, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell’Opg in Regione Lombardia: verso l’“istituzionalizzazione ospedaliera” del malato di mente autore di reato?*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2013, 1387, il programma lombardo si segnala per il modo in cui viene affrontata la “questione sicurezza” interna alla Rems della Regione.

¹²⁶ La suggestione è condivisa anche da chi, recentemente, ha fornito le prime analisi dell’intervento riformatore sotto il particolare angolo prospettico delle “ricadute” di questo sulla perimetrazione della responsabilità penale del medico psichiatra. Si veda, al riguardo, C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra*, cit., 7-8; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1372.

¹²⁷ In questi termini A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1372.

psichiatra già sotto l'*impero* della l. Basaglia, il mutamento sembrerebbe essere incontestabile. L'obbligo di custodia gravante solo in alcuni casi a carico del medico psichiatra quale risvolto della necessità di apprestare un intervento terapeutico il più possibile confacente alle peculiarità della sintomatologia dello specifico paziente, viene adesso generalizzato e (sembrerebbe) esteso automaticamente a tutti gli internati ed a prescindere dalle “ragioni” di degenza. Sicché risulta essere estremamente difficile, nel nuovo contesto, individuare un dovere custodiale quale *pendant* di un dovere di cura o, se si preferisce, una “cura” caratterizzata anche da esigenze di “custodia”. Questa, resa necessaria per le mutate vesti del medico-psichiatra, “fuoriesce” dai compiti di gestione terapeutica di cui è (pur sempre) titolare, per rientrare in un generalizzato dovere di garantire la custodia all'interno della struttura¹²⁸.

6. *L'omissione colposa in psichiatria. Brevi riflessioni sull'epilogo di un nuovo inizio*

Il riconoscimento di una posizione di garanzia del medico psichiatra *tanto* per gli atti auto-aggressivi *quanto* per le condotte etero-lesive, non consente, tuttavia, di considerare il medico psichiatra *per ciò solo* responsabile del fatto commesso dal proprio paziente¹²⁹.

La possibilità di instaurare una «colpa medica *in re ipsa*»¹³⁰ quale conseguenza di quel *trend* giurisprudenziale che tende ad “appiattare” l'accertamento della colpa nel previo riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al soggetto agente¹³¹, potrebbe in effetti essere evitato attraverso una più attenta “valutazione” delle modalità tipologiche entro

¹²⁸ La commistione dei profili della cura e della custodia viene sottolineata da C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra*, cit., 8, il quale rileva come il prioritario compito del medico psichiatra sarà quello di assolvere a «compiti di *gestione della sicurezza*», piuttosto che garantire elevati *standards* terapeutico-riabilitativi. Con l'ulteriore conseguenza, sottolineata sempre dall'Autore, per cui lo psichiatra sia chiamato a garantire l'ordine pubblico e la tutela della collettività.

¹²⁹ Chiarissimo, sul punto, G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., c. 112.

¹³⁰ La preoccupazione è avvertita in particolar modo da A. CRESPI, *I recenti orientamenti giurisprudenziali nell'accertamento della responsabilità professionale del medico-chirurgo: evoluzione o involuzione?*, in *Riv. it. med.*, 4/1992, 802.

¹³¹ In dottrina, l'impostazione secondo cui il “non fare” dell'omittente potrebbe validamente essere ricostruito quale automatica violazione di un dovere di diligenza, rinvenibile nella stessa norma che impone un obbligo giuridico di attivarsi, è proposta da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 108.

le quali si manifesta il reato omissivo improprio colposo.

Tale forma di manifestazione del reato, infatti, secondo le più recenti analisi interpretative, risulta sottoposta ad un processo di duplice qualificazione normativa¹³²: la condotta dell'omittente, infatti, è caratterizzata dapprima da un obbligo (attinente al "fatto") di impedimento, relativo all'*an* dell'intervento; poi, e parallelamente, dalle regole cautelari (attinenti alla "colpevolezza")¹³³, valevoli ad individuare il *quomodo* dello stesso.

Sarebbe proprio sul piano delle regole cautelari che la dialettica tra cura e custodia potrebbe trovare composizione: queste, infatti, concorrendo nella "descrizione" dell'obbligo di impedimento, consentirebbero di individuare *in concreto* la condotta richiesta¹³⁴ dall'art. 40, secondo comma c.p.¹³⁵

Il punto necessita di qualche ulteriore riflessione.

Stante le peculiarità della psichiatria, il ruolo delle regole cautelari in questo ambito risulta particolarmente discusso¹³⁶. La circostanza secondo cui "oggetto" dell'intervento psichiatrico sia la mente dell'uomo, cioè quanto di più imponderabile ed impalpabile possa esistere, non solo rende particolarmente ostica la loro individuazione ma anche la stessa possibilità di usare le "tradizionali" linee-guida quale (automatico) parametro di legittimità dell'operato medico psichiatrico¹³⁷.

¹³² Efficacemente, al riguardo, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1992, 828, parla di «surplus di normatività» caratterizzante il modello dell'illecito omissivo colposo. In senso analogo, anche P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1972 ss. Più in generale, sulle affinità tra omissione e colpa, e, dunque, sulla necessità di distinguere i due piani normativi, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 89 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 139 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 81.

¹³³ A. MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa*, cit., 202-203.

¹³⁴ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1371.

¹³⁵ Sottolinea efficacemente l'importanza delle regole cautelari nella descrizione dell'illecito omissivo (improprio) colposo, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2013, 641-642.

¹³⁶ M. PELISSERO, *La colpa medica nella giurisprudenza penale*, cit., 545.

¹³⁷ Per una esaustiva analisi dell'impatto delle linee-guida e delle buone pratiche in ordine all'accertamento della responsabilità della classe medica (in generale), si vedano: M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 875 ss.; C. PEZZIMENTI, *op. cit.*, 311; L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2013, 691 ss.; G. STAMPANONI BASSI, *In tema di accertamento della responsabilità medica: sulla rilevanza delle "linee guida"*, in *Arch. pen. web*, 19 settembre 2012. La possibilità di cristallizzare il sapere scientifico

Senza entrare nel merito del dibattito sul se la “codificazione” delle linee-guida compiuta dal decreto Balduzzi abbia determinato una palinogenesi della responsabilità medica dalle forme della colpa generica alle forme della colpa specifica¹³⁸, giova piuttosto rilevare i “rischi” connessi ad una valorizzazione incondizionata delle regole cautelari in ambito psichiatrico¹³⁹. Queste, infatti, lungi dal sortire l’effetto di rendere lo psichiatra responsabile “del fatto proprio” potrebbero, al contrario, esporlo al rischio (ancora una volta) per cui l’interprete si limiti, nell’accertamento del carattere colposo della condotta, a valutare la violazione della regola cautelare piuttosto che analizzare anche la stessa possibilità naturalistica, prima ancora che giuridica, di adeguarsi al modello di comportamento astrattamente richiesto.

Il recupero della c.d. componente soggettiva della colpa¹⁴⁰ potrebbe risultare, in tal senso, uno strumento operativo non meramente “descrittivo”¹⁴¹ ma valevole a valutare l’effettiva rimproverabilità per il realizzato. Consentirebbe, altrimenti detto, di evitare che il reato colposo si esponga al rischio di celare, dietro la propria struttura, forme di responsabilità oggettiva occulta¹⁴², «rischio

psichiatrico entro degli astratti modelli procedimentali valevoli per segnare il confine tra una diagnosi “giusta” ed una “sbagliata”; tra intervento terapeutico “adeguato” e “insufficiente”, è ben messa in luce da G. PONTI, *op. cit.*, 8. Per una indicazione “di massima” dei percorsi diagnostici e terapeutici da seguire in psichiatria, U. FURNARI – S. CODA, *Deontologia e responsabilità in psichiatria e psicologia forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 6/2000, 1175 ss.; T. BANDANINI – G. ROCCA, *La psichiatria forense e il “vizio di mente”: criticità attuali e prospettive metodologiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2010, 415 ss.; F. INTRONA, *Responsabilità medica per colpa: valutazione medico-legale*, in *Trattato di Medicina legale*, V, Padova, 1999, 955; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 9/2013, 2999.

¹³⁸ Particolarmente efficace, al riguardo, l’analisi svolta da O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen. web*, 2014, 1 ss.

¹³⁹ La *primauté* della regola cautelare, rispetto all’inosservanza degli obblighi di custodia o sorveglianza, viene ritenuta come la più fondata da F. STELLA, *op. cit.*, 13.

¹⁴⁰ Cfr., *ex multis*, A. MASSARO, “*Concretizzazione del rischio*” e *prevedibilità dell’evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 12/2009, 4712 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 1/2012, 21 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, 1723 ss.; G. FORTI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, cit., 954 ss., nonché, sia pure con sfumature del tutto peculiari, M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2013, 124 ss.

¹⁴¹ Per osservazioni critiche alle teorie della doppia misura della colpa, nella manualistica, DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, 432 ss.

¹⁴² Così, G. FURNARI, *Descrizione dell’evento e prevedibilità del decorso causale: “passi*

che si concretizzerebbe proprio nel caso in cui si prescindesse dall'accertamento della componente soggettiva della colpa e (...) si ritenesse di poter edificare la responsabilità penale sul mero dato oggettivo della violazione di una regola cautelare»¹⁴³. Solo «concretizzando ed individualizzando il giudizio di responsabilità»¹⁴⁴, sarebbe dunque possibile valutare se l'agente fosse effettivamente in grado di osservare la regola cautelare violata e, dunque, evitare il prodursi dell'evento dannoso o pericoloso¹⁴⁵. Analisi che dovrà avvenire prestando particolare attenzione non solo ai mezzi¹⁴⁶ a disposizione dello psichiatra, ma anche, e soprattutto, alla partecipazione del degente alle strategie cliniche impostate dallo psichiatra¹⁴⁷.

La limitazione di responsabilità compiuta attraverso le regole cautelari ai soli eventi lesivi commessi dal paziente che risultino essere un prodromo della sua malattia, potrebbe essere esclusa laddove si valorizzino, come visto, i suoi compiti gestionali ed organizzativi. Una responsabilità che, prescindendo dall'adeguatezza, o meno, degli interventi terapeutici messi in atto dal medico psichiatra, scatterebbe in conseguenza della violazione del dovere di garantire la sorveglianza nei luoghi di degenza.

Il passaggio dagli OPG alle REMS, sia pur motivato dai migliori propositi, rende dunque particolarmente complessi gli ambiti teorici entro i quali muoversi per poter inquadrare gli schemi della responsabilità colposa del medico psichiatra. Bene, allora, sarebbe un intervento legislativo (*sic!*) che, valutando i costi e i benefici della riforma, intervenga *anche* per chiarire i contorni della responsabilità psichiatrica. Una responsabilità che,

avanti” della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/1999, 725.

¹⁴³ Testualmente, A. MASSARO, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa*, cit., 196.

¹⁴⁴ D. CASTRINUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1737.

¹⁴⁵ A livello monografico, di recente, A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 195 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento*, cit., 301 ss.

¹⁴⁶ Sottolinea il punto P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 347, che estromette dall'obbligo di garanzia di cui all'art. 40, secondo comma c.p., le condotte etero-aggressive del paziente psichiatrico, in considerazione dell'«[im]possibilità di adempiere efficacemente a tale obbligo». Più in generale, sulla rilevanza dei “poteri impeditivi” quale ulteriore parametro da prendere in considerazione per valutare una responsabilità *ex art. 40*, secondo comma c.p., I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Milano, 2010, 113; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., 50; ID., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione*, cit., 129.

¹⁴⁷ Un accenno all'incidenza della “variabile” soggettiva del paziente in ordine all'accertamento del nesso di causalità, è fornito da R. CATANESI, *Valutazione della causalità in psichiatria*, in *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, a cura di V. Volterra, Milano, 2006.

costruita su di uno schema “multilivello”, finirebbe per innescare gli ormai ben noti meccanismi della medicina difensiva e svilire, in ultima analisi, quanto di buono potrebbe rinvenirsi nel “nuovo panorama” tracciato nel terreno della psichiatria.

