

Adelmo Manna

La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti auto- ed etero-lesivi dei pazienti in Italia*

1. La legge n. 180 del 1978 ha, dopo un lungo travaglio, abolito in Italia i c.d. manicomi comuni, che erano stati disciplinati a loro volta dalla legge 14 febbraio 1904, n. 36¹, ed il cui presupposto per l'internamento era costituito da un concetto, peraltro assai vago e quindi chiaramente “manipolabile”², cioè a dire la “pericolosità per sé o per altri” che poi costituirà, debitamente modificato, il concetto di pericolosità sociale, come presupposto, assieme ad un fatto di reato, per l'internamento negli ospedali psichiatrici giudiziari, nel 2015 anch'essi aboliti e sostituiti dalle R.E.M.S. cioè le strutture sanitarie a base regionale³.

In particolare, per quanto riguarda la legge Basaglia, si è sostituito l'internamento obbligatorio, in base al presupposto dianzi indicato, che poteva addirittura durare l'intera vita del paziente, con il trattamento sanitario obbligatorio, che può durare un ristretto lasso di tempo, cioè all'incirca 10 giorni, oltre il quale la terapia è subordinata al consenso del paziente psichiatrico.

Sotto questo profilo, si sono verificati notevoli cambiamenti anche in rapporto alla responsabilità penale dello psichiatra per atti auto o etero-lesivi del paziente, in quanto è naturalmente cambiato l'approccio in ordine al presupposto fondamentale per la costruzione di una responsabilità, ovviamente *per omisso-*

* Testo, con note, che dovrà essere integrato con gli apporti del Prof. Catanesi e del Dott. Antonio Ventriglio, nonché tradotto in lingua inglese, per essere successivamente pubblicato su: *International Journal of Social Psychiatry*, edito dal Prof. Dinesh Bhugra.

1. In argomento, FRANCHI, *La nuova legge sui manicomi e i rapporti giuridici*, in *Sc. pos.*, 1904, 193 ss.; MARAZIO, *Ancora la legge sui manicomi*, in *Riv. della beneficenza pubblica*, 1904, 342 ss.

2. Così, seppure con riferimento al concetto, dal primo derivato, di pericolosità sociale, autorevolmente, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 662 ss.

3. Più esattamente la riforma è rappresentata dall'art. 3-ter l. 17 febbraio 2012, n. 9, di conversione del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, (c.d. svuota-carceri), che ha appunto previsto il definitivo superamento degli o.p.g. e della case di cura e custodia, che però, dopo numerosi rinvii, è appunto entrata in vigore nel 2015: in argomento, cfr. in particolare PELISSERO, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1273; dello stesso v. anche, in chiave comparatistica, Id., *La disciplina delle misure di sicurezza: dal garantismo al potenziamento delle istanze prescrittive. Il securitarismo moderato del progetto di riforma del codice penale spagnolo*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2015, 235 ss. e spec. 243 ss.

nem, dello psichiatra medesimo, cioè l'interpretazione dell'art. 40, cpv, del codice penale che, com'è noto, stabilisce: «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

Orbene, è altrettanto noto come, abbandonata da tempo la teoria formale dell'obbligo, cioè la *Rechtspflicht Theorie*, costituisca ormai *ius receptum* l'accoglimento della teoria sostanziale e, ovviamente, più restrittiva, della "posizione di garanzia", nel senso che il soggetto sarà penalmente responsabile per omissione se a sua volta rivestiva, appunto, una posizione di garanzia nei confronti del bene giuridico leso. La posizione di garanzia, a sua volta, si distingue in "posizione di protezione" e "posizione di controllo", nel senso che la prima si riferisce a soggetti incapaci di badare a se stessi, mentre la seconda attiene alla c.d. fonti di pericolo⁴.

Orbene, applicando l'art. 40 cpv del codice penale allo psichiatra, appare a nostro avviso fondata la distinzione, di recente operata, tra il paziente in trattamento sanitario obbligatorio e, dunque, incapace di badare a se stesso, ed il paziente, viceversa, che, al di fuori del t.s.o., decida autonomamente e quindi acconsenta ad un trattamento terapeutico da parte dello psichiatra medesimo⁵.

Tale distinzione è di fondamentale importanza in quanto giustamente si è sostenuto come una posizione di controllo e, dunque, una responsabilità *per omissionem* penalmente rilevante può sorgere solo durante il t.s.o., giacché soltanto in tale ambito il paziente psichiatrico è incapace di badare a se stesso e quindi gli eventuali atti auto- od etero-lesivi possono venire imputati allo psichiatra per omesso controllo, ma solo in tale caso, perché viceversa, nell'ipotesi in cui il paziente abbia deciso autonomamente di affidarsi ad una terapia psichiatrica e quindi abbia prestato il relativo consenso, non potrà fondarsi alcuna posizione di garanzia, in particolare, di protezione, proprio a causa della autonomia decisionale del paziente medesimo.

Questa prima distinzione ci induce pertanto ad analizzare da un punto di vista penalistico la posizione dello psichiatra soltanto in riferimento al t.s.o., perché, come in precedenza dimostrato, solo in tale ambito è possibile configurare una posizione di garanzia, nella specie di protezione, giacché l'altra possibile posizione, cioè quella di controllo, risulta di tutta evidenza come non possa riguardare lo psichiatra, perché attiene alle c.d. fonti di pericolo e, quindi, riguarda il ben diverso settore attinente al diritto penale dell'impresa ed ai c.d. *mass disasters*⁶.

4. Nella manualistica, in argomento, sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3^a, Padova, 2015, 273 ss.

5. Così, CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013, spec. 99 ss.

6. Sui rapporti tra diritto penale e processi per i c.d. disastri di massa, come, ad esempio, il *leading case* del processo di porto Marghera, ove la fuoriuscita di un gas, come il cloruro di vinile monomero, provocò la morte di numerosi operai al relativo petrolchimico, sia consentito, di nuovo, il rinvio, nella manualistica, a MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 235 ss.

2. Così delimitato il campo di indagine, ovverosia soltanto con riferimento ad ipotesi di responsabilità penale per omissione dello psichiatra nel caso di atti etero od auto-lesivi di pazienti in t.s.o., per le quali è dunque in teoria applicabile il paradigma di cui all'art 40, cpv., c.p., dobbiamo però ora fare i conti con un'altra importante legge, cioè la n. 189 del 2012 che ha stabilito quanto segue: «L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve»⁷. Posto che, ovviamente, lo psichiatra non può non rientrare *ipso iure* tra gli esercenti la professione sanitaria, bisogna domandarsi se ed in che limiti possa rilevare sul piano penale una sua condotta di carattere colposo.

Orbene, va evidenziato come il primo presupposto per l'applicazione della norma su ricordata, ovverosia che l'esercente la professione sanitaria risponde, evidentemente, a livello penale solo per *colpa grave*, è che lo stesso si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Sul punto è sorto già un contrasto a livello giurisprudenziale nell'ambito della quarta Sezione penale della Cassazione, in quanto una prima sentenza, evidentemente per rendere più facilmente applicabile il c.d. decreto sanità, le ha ritenute “mere raccomandazioni”, mentre altra sentenza le ha qualificate come regole cautelari vere e proprie, con particolare attinenza al concetto di perizia, da ultimo, sempre da parte della giurisprudenza, estese anche alla negligenza⁸.

A nostro avviso, se è comprensibile la sentenza “Cantore”, perché in tal modo evidentemente si vuole evitare una sostanziale difficoltà di applicazione della norma, già peraltro lucidamente paventata da qualificata dottrina⁹, appare tuttavia preferibile la seconda opzione giurisprudenziale, soprattutto per quanto attiene alla perizia e con particolare riferimento alle linee guida, ché, in questa prospettiva, è difficile contestarne la natura di vere e proprie regole cautelari, nel senso che, ad esempio, a livello chirurgico, ma non solo, la terapia *gold standard* è, in generale, codificata a livello sia nazionale, che internazionale.

Ciò posto, il discorso può tuttavia mutare notevolmente per quanto riguarda lo psichiatra, soprattutto per la pluralità di paradigmi a livello scientifico che

7. Sia consentito, in argomento, anche per gli opportuni ampi riferimenti sia dottrinari che giurisprudenziali, il rinvio a MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, spec. 125 ss. e 161 ss.

8. Per un esame approfondito delle sentenze su richiamate della giurisprudenza della Corte di cassazione sia di nuovo consentito il rinvio a MANNA, *Medicina difensiva*, cit., 149 ss. Ad ogni buon conto la prima di dette sentenze è Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, Cantore, in *www.penalecontemporaneo.it*, del 10 giugno 2013, con nota di CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, *ivi*, 7 ss.; la seconda è, invece, Cass., Sez. IV, 11 marzo 2013, in *Guida al dir.*, 20 aprile 2013, 17, 27 ss.

9. DAL PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3, co. 1, l. 8 novembre 2012, n. 189*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

caratterizzano la relativa disciplina, da quello organicista, a quello psicologico, sino addirittura a quello sociologico, a cui attualmente vanno aggiunte anche le c.d. neuroscienze¹⁰.

In questa prospettiva, ci sembra di poter rilevare come il valore delle linee guida e delle buone pratiche cliniche ovviamente muti per quanto riguarda la psichiatria, proprio a causa di tale pluralità di paradigmi, che non solo richiedono sovente un c.d. *multi-level approach*, ma che, conseguentemente, rendono le rispettive linee guida e buone pratiche cliniche di ben più difficile afferrabilità e soprattutto di ben più complessa generalizzazione, per cui, almeno a nostro avviso, tendono, in effetti, in questo particolare settore, ad avvicinarsi forse più al concetto di “raccomandazioni”. Comunque le si vogliano intendere le linee guida, in questo particolare ambito, non v'è però alcun dubbio che le stesse non possono che interagire in maniera davvero molto più ampia e complessa con le caratteristiche personologiche del paziente, nel senso che, trasportato il discorso in ambito penalistico, la “misura oggettiva della colpa”, rappresentata, per l'appunto, dall'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche cliniche, non può che saldarsi strettamente con la c.d. “misura soggettiva”, attualmente anzi assai rivalutata in dottrina¹¹, che si collega, per l'appunto, al criterio della prevedibilità e, conseguentemente, della evitabilità, nel caso di specie, degli atti etero- od auto-lesivi del paziente psichiatrico.

3. Siamo, quindi, qui entrati in quello che, a nostro parere, costituisce il vero *punctum dolens*, cioè di attrito, fra il concetto di colpa penale e la responsabilità dello psichiatra per gli atti auto o etero-lesivi del paziente in t.s.o. Le oscillazioni giurisprudenziali verificatesi al riguardo, che talvolta hanno riconosciuto una penale responsabilità dello psichiatra stesso¹², a nostro avviso, non hanno tenuto nel debito conto proprio la problematica relativa alla misura soggettiva della colpa. Ciò nel senso che in ambito psichiatrico appare ancor meno utilizzabile il

10. Sui diversi paradigmi in *subiecta materia*, cfr. già BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 190 ss. e, della stessa, v. anche, più in generale, ID., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990; nonché, sulle neuroscienze, con riferimento, ben inteso, al diritto penale, in particolare, DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neurotica*, Torino, 2009; nonché RONCO, *Sulla “prova” neuroscientifica*, in questa *Rivista*, 2011, 855 ss.; e più di recente, NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, spec. 42 ss.

11. Cfr. in particolare CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; nonché ID., *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 ss.

12. Cfr., in argomento, giustamente in senso critico, ZANCHETTI, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 2859 ss.; emblematica, circa l'affermazione di una responsabilità penale dello psichiatra, la nota sentenza della Cass., Sez. IV, 27 ottobre 2008, Desana, su cui CUPELLI, *La responsabilità penale*, cit., 104.

già discusso criterio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*¹³ e ciò non tanto con riferimento alla c.d. misura oggettiva della colpa, ove invece può ancora costituire un utile parametro, ma proprio con riferimento alla misura soggettiva, per la semplice, ma decisiva ragione che, come dimostrano non solo i penalisti, ma anche i criminologi, «solo ciò che è evitabile, (oltre che prevedibile) può esser richiesto come obbligo di attivarsi allo psichiatra»¹⁴.

In altri termini, siamo di fronte a quello che icasticamente è stato definito il “paradosso del rischio suicidiario”, nel senso che si tratterebbe di un rischio che, con un velo di provocatorietà, può dirsi sempre prevedibile, in termini generali ed astratti, se riferito al sofferente psichiatrico. Trattasi, tuttavia, di un rischio, caratterizzato, al contempo, da un significativo tasso di ingovernabilità, al cospetto del quale la scienza psichiatrica non può far altro che porsi l’obiettivo di una ragionevole minimizzazione, per il tramite di regole cautelari improprie, senza poter però ambire ad annullarlo del tutto, se non per il tramite di orientamenti meramente custodialistici, oggi, però, per fortuna, banditi¹⁵.

Va, infatti, rilevato, questa volta da un punto di vista squisitamente criminologico, come sia *ius receptum* fra gli addetti ai lavori che la predicibilità del comportamento violento sia prognosticabile solo nel brevissimo periodo, e non già nel breve, nel medio e, addirittura, nel lungo periodo¹⁶.

Ciò, sostanzialmente, significa che eventuali atti auto od etero-lesivi da parte del paziente psichiatrico in t.s.o. sono sostanzialmente imprevedibili e, quindi, di conseguenza, difficilmente evitabili.

4. Cerchiamo ora di trarre le fila di questo complesso ed intricato problema relativo alla responsabilità penale dello psichiatra per atti auto od etero-lesivi del paziente. In primo luogo abbiamo potuto rilevare come il paradigma relativo alla responsabilità *ex art. 40, cpv, c.p.*, può fondatamente configurarsi solo in relazione ad un paziente in trattamento sanitario obbligatorio.

In secondo luogo, la responsabilità penale dello psichiatra, al pari degli altri operatori sanitari, attualmente, a seguito della legge Balduzzi, non può che essere limitata alla c.d. colpa grave, cioè a dire ad errori grossolani, sempre che siano state osservate le linee guida e le buone pratiche cliniche, nonostante la loro en-

13. Sulla “crisi” dell’“agente modello” anche per i relativi riferimenti bibliografici, sia, di nuovo, consentito, nella manualistica, il rinvio a MANNA, *Corso*, cit., 249 ss.

14. Così, testualmente, CUPELLI, *La responsabilità penale*, cit., 194.

15. Così, quasi testualmente, CUPELLI, *La responsabilità penale*, cit., 189.

16. Nella letteratura italiana, in generale sull’argomento, cfr. PALERMO, FERRACUTI, DAL FORNO, FERRACUTI, LISKA, PALERMO, *Considerazioni sulla predicibilità sul comportamento violento*, in *Indice pen.*, 1992, 154 ss.; e, in quella anglosassone, PESKE, *Is Dangerousness an Issue for Physicians in Emergency Commitment?*, in *American Journal of Psychiatry*, 132, 1975, 825 ss., e spec. 826; COHEN, GROTH, SIEGEL, *The Clinical Prediction of Dangerousness*, in *Crime & Delinquency*, 1978, 28 ss. e, quivi, 30 ss.

demica pluralità, ricavabile dai noti paradigmi vevoli nell'ambito della scienza psichiatrica. Ciò che, tuttavia, rende, almeno a nostro avviso, assai difficilmente applicabile allo psichiatra medesimo il modello del reato colposo, ben inteso per omesso controllo, è la sostanziale e concreta imprevedibilità e, dunque, inevitabilità del comportamento auto o etero-aggressivo, proprio perché a livello empirico prognosticabile solo nel brevissimo periodo. Sotto questo particolare profilo non vale, quindi, come argomento a favore di una responsabilità penale, la sussistenza di pregressi "segnali d'allarme", giacché non è assolutamente scontato che da tali eventuali segnali possa con una "certezza oltre ogni ragionevole dubbio", che costituisce notoriamente lo *standard* probatorio richiesto nel processo penale, diagnosticarsi un comportamento auto od etero-aggressivo. Va, dunque, a nostro avviso, ripensata quella giurisprudenza, al contrario di carattere colpevolista, che però confonde la prevedibilità ed evitabilità "in astratto" del comportamento del paziente psichiatrico da quella che, invece, soltanto rileva in sede penale sotto il profilo della *culpa iuris*, ovverosia la prevedibilità ed evitabilità "in concreto" dell'evento.