



ALMA MATER STUDIORUM - UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
SCUOLA DI GIURISPRUDENZA
SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE IN STUDI SULL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

MASTER IN DIRITTO SANITARIO

42

Contenzione e responsabilità sanitaria



**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

SP.I.S.A.

Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica

C.R.I.F.S.P.

Centro di Ricerca e Formazione sul Settore Pubblico

**Master Universitario di I livello
in Diritto Sanitario
a.a. 2015-2016**

Contenzione e responsabilità sanitaria

a cura di Stefano Canestrari

Questa ricerca è stata svolta e curata dal Professor Stefano Canestrari ed è stata realizzata dagli allievi del Master Universitario di I livello in Diritto Sanitario: Luciano Barbato, Giulia De Stefano, Patrizia Gallinari, Stefania Tassara

 2017

ISSN 2464-8736

ISBN 978 88 9801 064 6

Edito da SP.I.S.A. – C.R.I.F.S.P.

www.spisa.unibo.it

SOMMARIO

INTRODUZIONE

di Stefano Canestrari

CAPITOLO I

La contenzione: definizione, impieghi, sue alternative.

di Patrizia Gallinari

1. La contenzione: definizione e impieghi
2. Metodi di contenzione
3. Evoluzione temporale della contenzione
4. La contenzione oggi
5. Strumenti alternativi alla contenzione

CAPITOLO II

Contenzione e Costituzione.

di Luciano Barbuto

1. Contenzione e Costituzione

CAPITOLO III

Posizione di garanzia del medico psichiatra nei confronti del paziente: in generale e, naturalmente, in rapporto alla contenzione.

di Giulia De Stefano

1. Reato omissivo improprio e posizione di garanzia

-Il reato omissivo improprio

-La posizione di garanzia: obbligo di protezione e di controllo

2. Posizione di garanzia in ambito sanitario

-Fonti della posizione di garanzia in ambito sanitario: norme costituzionali e della legislazione di settore, relazione terapeutica e contratto

-Il rapporto tra consenso del paziente e la posizione di garanzia del medico. In sintesi

-Il contenuto della posizione di garanzia del medico

3. La posizione di garanzia in ambito psichiatrico e il dilemma della contenzione

-Posizione di garanzia in capo allo psichiatra. Tesi dottrinali e pronunciamenti giurisprudenziali a confronto

-La contenzione meccanica nella prevenzione e nel contenimento delle condotte etero e auto lesive del paziente: strumento attuativo della posizione di garanzia in ambito psichiatrico o atto illegittimo?

CAPITOLO IV

Liceità o illiceità della contenzione in sé e in date circostanze.

di Stefania Tassara

1. La contenzione del paziente
2. Conferenza regionale sulla salute mentale e nel testo del piano attuativo salute mentale (2009-2011)

- Contenzione fisica in psichiatria, una strategia possibile di prevenzione (Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome 10/081/CR07/C7)
 - Contenzione fisica e violenza
 - Riassunto delle comunicazioni del CPT
 - Resoconto delle norme che le Regioni hanno emesso in materia di contenzione
 - Contenzione nei minorenni
 - Finalità nelle raccomandazioni
 - Condizioni e precauzioni per prevenire e risolvere i comportamenti violenti nei luoghi di cura psichiatrica
 - La questione della contenzione fisica va al di là degli ambiti in cui si esercita la psichiatria.
 - Raccomandazioni
- 3. Disciplina della contenzioni fisiche presso i servizi psichiatrici di diagnosi e cure dei DSM-
DP.**
- 4. Esempi di linee guida per l'uso corretto dei mezzi di contenzione.**
- Il coinvolgimento dei familiari
 - Profilo per identificare gli anziani ad alto rischio di caduta (Tabella)

Bibliografia

INTRODUZIONE

di Stefano Canestrari

Questo volume raccoglie gli elaborati con cui alcuni studenti hanno concluso il proprio percorso nell'ambito del Master di primo livello in Diritto sanitario attivato presso la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SP.I.S.A.) dell'Alma Mater Studiorum-Università di Bologna.

Il tema affrontato in queste pagine riveste – purtroppo, anche in virtù di alcuni tragici casi di cronaca – una grande attualità. Le questioni connesse alla contenzione dei pazienti psichiatrici, infatti, sono state oggetto di grande attenzione da parte degli studiosi del diritto penale e non solo. Come è facile intuire, si tratta anzi di argomenti che, per essere compiutamente affrontati, richiedono necessariamente lo sforzo sinergico di molte sensibilità e competenze.

È molto significativo, in questo senso, che recentemente anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, il quale raccoglie esperti di diversa formazione, abbia ritenuto di rendere un approfondito parere su *La contenzione: aspetti bioetici* (8 maggio 2015). Si tratta di un documento che, per vero, affronta il fenomeno della contenzione secondo una visuale più ampia, capace di estendersi oltre l'ambito del trattamento dei pazienti affetti da disturbi mentali. Nondimeno, è innegabile che – almeno al momento attuale – sia proprio la contenzione, in specie meccanica, cui si fa ricorso in ambito psichiatrico a costituire il nodo maggiormente approfondito: forse anche perché da questo settore è possibile ricavare indicazioni utili in altre situazioni, come quelle concernenti la contenzione dei pazienti anziani, che pure presentano le proprie non trascurabili specificità.

L'attenzione precipua per il tema della contenzione meccanica in ambito psichiatrico costituisce, comunque, il filo conduttore comune ai lavori qui pubblicati. Lo sforzo effettuato dagli studenti del Master che hanno deciso di approfondire queste problematiche si ramifica, infatti, fino a toccare una serie di aspetti, che vanno dalle problematiche definitorie all'inquadramento della contenzione meccanica alla luce dei principi costituzionali, dall'analisi della posizione di garanzia del medico alle connesse valutazioni in ordine alla (il)liceità delle pratiche contentive, fino alla ricognizione dello *status quo* emergente dalla prassi applicativa; ma ogni considerazione muove mantenendo sullo sfondo, appunto, una sensibile attenzione per il problema della contenzione meccanica del paziente psichiatrico.

Anche in questo caso, peraltro, le diverse professionalità ed i diversi percorsi formativi – in definitiva, le diverse sensibilità – degli studenti che hanno elaborato i contributi in questa sede pubblicati hanno certamente contribuito ad impreziosire il lavoro nel suo complesso. Un lavoro dunque stimolante, che ribadisce una volta di più, in consonanza con le conclusioni del Comitato Nazionale per la Bioetica ma alla luce di una riflessione autonoma ed attenta, come le pratiche di contenzione meccanica rappresentino atti non terapeutici e in sé illeciti: quindi, nell'ottica del giurista penalista, capaci di essere rese conformi all'ordinamento solamente dalla ricorrenza di cause di giustificazione (e, in particolare, dalla ricorrenza della difesa legittima o dello stato di necessità).

CAPITOLO I

La contenzione: definizione, impieghi, sue alternative.

di Patrizia Gallinari

SOMMARIO: 1. La contenzione: definizione e impieghi. 2. Metodi di contenzione. 3. Evoluzione temporale della contenzione. 4. La contenzione oggi. 5. Strumenti alternativi alla contenzione.

1. La contenzione: definizione ed impieghi

Il termine *contenzione* indica un insieme di pratiche e strumenti utilizzati per limitare le possibilità di movimento di una persona ed il normale accesso al proprio corpo. «I mezzi di contenzione sono tutti quegli strumenti o dispositivi applicati al corpo, a parti di esso o nell'ambiente circostante l'individuo, atti a limitare la libertà dei movimenti volontari dell'intero corpo o di un suo segmento»¹.

A tale pratica si ricorre solitamente in tre circostanze:

- per prevenire, ridurre o arrestare comportamenti aggressivi o agitati del paziente ove ogni altro mezzo si sia dimostrato inefficace;
- per sottoporre una persona ad atti sanitari in presenza di resistenze da parte della stessa o senza il suo consenso (ricovero, assunzione di terapie, etc.) ovvero per praticare l'alimentazione forzata di coloro che rifiutano di cibarsi;
- per finalità assistenziali (evitare cadute o vagabondaggio, etc.).

Nelle prime due ipotesi ci si trova nella fase di ricovero o nei momenti immediatamente successivi. Se tali situazioni si ripresentano nel corso del ricovero, esiste la possibilità che non sia stato fatto tutto il possibile per prevenire il problema.

L'ultimo caso, dove il sanitario ovvia con l'assunzione di responsabilità etiche e giuridiche ad una carenza di risorse/personale assistenziale, riguarda in maniera non esclusiva ma prevalente gli anziani nei cui confronti si è ricorsi alla contenzione, soprattutto in alcune strutture residenziali, per prevenire traumatismi, per evitare comportamenti disturbanti come l'aggressività o per prevenire comportamenti autolesivi, come la discesa dal letto senza aiuto, l'interruzione ingiustificata di un trattamento medico o la protezione di presidi medicali (cateteri venosi periferici e centrali, sondino nasogastrico, etc.).

2. Metodi di contenzione

E' possibile individuare cinque tipologie di contenzione:

a) *meccanica*, che si ottiene con presidi applicati alla persona o usati come barriera nell'ambiente capaci di ridurre o condizionare i movimenti. A loro volta tali strumenti si possono suddividere in mezzi di contenzione:

- per il letto come le fasce di sicurezza al letto, costituite da una fascia imbottita che circonda la vita del soggetto e si fissa la letto con cinghie, utilizzate per pazienti confusi o agitati che non sono in grado di alzarsi e deambulare autonomamente;
- per la sedia come il corsetto con bretelle, un corpetto con spallacci regolabili che si adattano alla sedia o alla carrozzina consentendo la posizione eretta del tronco, utilizzato in soggetti che tendono a sporgersi dalla carrozzina cadendo in avanti;
- per segmenti corporei come cinghie per caviglie e/o polsi, in schiuma di poliuretano con regolazione a velcro delle cinghie di tenuta e di ancoraggio, limita il raggio d'azione del paziente e sono utilizzate principalmente per coloro che non accettano trattamenti medici o che si autolesionano;
- per una postura obbligata come il tavolino per carrozzina, fissato alla carrozzina tramite rotaia scorrevole e viti poste sotto i braccioli, impedisce di sporgersi in avanti e costituisce un utile piano d'appoggio per il soggetto che, nel tentativo di alzarsi, può incorrere nel pericolo di cadute.

¹ A. Cester, G. Gumirato, *I percorsi della contenzione, dal caos al metodo*, Vega Editore, S. Lucia di Piave, 1997, p. 10.

Quelli appena descritti possono essere definiti presidi «moderni» sostitutivi di altri ora superati che un tempo venivano utilizzati in special modo per i pazienti psichiatrici come, ad esempio, il casco del silenzio, un copricapo di forma svasata per il mento, raccordato da una piccola cinghia nella parte posteriore, che veniva utilizzato per contenere i pazienti particolarmente agitati, o il fermatesta, a forma di parallelepipedo, chiuso su tre lati e alla base, rivestito di cuoio imbottito e munito ai lati di attacchi in ferro con cinghie corrispondenti, che serviva per contenere il capo del paziente immobilizzato con cinghie legate al letto, o ancora il guanto senza dita, il quale veniva infilato e fissato ad una cintura stretta alla vita del malato che in questo modo non poteva compiere atti di autolesionismo².

b) *fisica o manuale*, che consiste nell'uso della forza fisica da parte del personale sanitario al fine di bloccare il paziente o vincerne la resistenza, senza utilizzo di strumenti. Ipotizzabile nell'ambito di un rapporto di diretto confronto con il paziente, misurandosi con lui per fargli superare una situazione di crisi ma riconoscendo la sua soggettività e i suoi bisogni pur esternati in maniera convulsa e violenta. In tali situazioni, caratterizzate da una elevata aggressività, è estremamente difficoltoso o meglio, impossibile stabilire un'utile comunicazione verbale con il paziente e così abbracciarlo, trattenendolo in maniera salda ma affettiva. Quello posto in essere è dunque un comportamento di violenza minima, finalizzato solo ad evitare che il paziente si possa fare del male: crea una comunicazione extraverbale che, associata ad una specifica terapia ansiolitica, permette di superare la situazione critica instaurando un rapporto terapeutico;

c) *chimica o farmacologica*, la quale si ottiene con somministrazione di farmaci, in dosi più elevate rispetto alle normali indicazioni, che modificano il comportamento limitando o annullando la capacità motoria e di interazione dell'individuo.

Vengono utilizzati sedativi o psicofarmaci, in particolare i «neurolettici», sia tipici (di vecchia generazione), che atipici (più recenti e con minori effetti collaterali). Poiché tali farmaci, se assunti in dosi eccessive, hanno notevoli effetti collaterali (sopore, confusione, agitazione)³ e ritardano l'inizio della terapia, questa metodica è ammissibile solo quando l'iniziativa abbia natura di intervento sanitario e sia parte essenziale della terapia, viceversa non è praticabile al solo fine di riportare l'ordine in un reparto o per gestire meglio l'infermo. Nella pratica è tuttavia poco chiaro quando la somministrazione di certi farmaci debba qualificarsi come contenzione chimica e quando costituisca metodo di cura. Dall'esame della stessa giurisprudenza in materia emerge una certa resistenza a definire contenzione chimica la somministrazione di farmaci sedanti e ciò a riprova della sussistente complessità a distinguere nettamente tra ciò che è terapia e ciò che è coercizione⁴;

d) *ambientale*, che comprende i cambiamenti apportati all'ambiente in cui vive un soggetto per limitarne o controllarne i movimenti. A titolo esemplificativo si può pensare alla limitazione delle uscite dal reparto di degenza in predeterminate fasce orarie, al tenere chiuse a chiave le porte di accesso al reparto, al divieto di uscire dal reparto soli o accompagnati che sia, alla limitazione dei contatti con l'esterno fino all'isolamento in apposite stanze di degenza. Trattasi di pratica alquanto diffusa.

e) *psicologica o relazionale*, con la quale ascolto e osservazione empatica riducono l'aggressività del soggetto perché questi si sente rassicurato. Trattasi di interventi di desensibilizzazione praticati con tecniche di comunicazione.

Le persone più colpite dall'applicazione delle anzidette misure sono i pazienti psichiatrici e gli anziani. Nei confronti di questi ultimi il fenomeno è più recente ma in crescita per una concomitante serie di fattori: aumento della popolazione anziana, perdita del valore sociale degli anziani, nonché

² C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, Tesi di dottorato di ricerca in Diritto ed Economica dei Sistemi Produttivi, (XXV ciclo), Università degli Studi di Sassari.

³ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, 8 maggio 2015.

⁴ Cass. Pen., sez. IV, 22 settembre 2009, n. 36852, in F. Giunta, G. Lubinu, D. Micheletti, P. Piccialli, P. Piras, C. Sale, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Napoli, 2011, p. 18. In questa sentenza non compare mai la parola «contenzone» ma si utilizza il termine «trattamento con sedativi», definizione che non chiarisce se nel caso di specie si trattasse di terapia o di contenzione farmacologica.

preoccupazioni per vertenze legali derivanti dalla responsabilità delle istituzioni per la protezione dell'ospite⁵.

Per quanto riguarda in particolare la contenzione meccanica di persone affette da condizioni psicopatologiche, l'argomento tocca non solo i luoghi della psichiatria ma può essere esteso anche a situazioni esterne come il trasporto in ambulanza, il pronto soccorso o i luoghi di reclusione dove vi è anche un rischio di commistione tra motivazioni di carattere sanitario e motivazioni di carattere disciplinare⁶.

Chiaramente i mezzi di contenzione appena descritti, tutti idonei a ledere - seppur in varia misura - la dignità personale, possono avere ripercussioni sia sul piano psicologico (del soggetto sottoposto a contenzione e/o dei suoi parenti) sia sul piano fisico nonché sulla qualità della vita dei soggetti contenuti.

In particolare, tali conseguenze si possono classificare come segue⁷:

- danni diretti, causati dalla pressione esercitata dal mezzo di contenzione (lesioni, strangolamento, etc.);
- danni indiretti, come cadute o altre conseguenze dell'immobilità forzata, potenzialmente atte a causare un prolungamento dell'ospedalizzazione (come, ad esempio, infezioni);
- danni psicologici, come senso di impotenza, umiliazione, aumento dell'insicurezza, aumento dello stato di agitazione, rabbia.

La contenzione in certi casi è stata ed è anche causa diretta di decesso; sembra inoltre che tra la durata della contenzione e la comparsa di conseguenze indirettamente dannose vi sia una correlazione (i soggetti contenuti per un periodo di tempo superiore a quattro giorni hanno un'alta incidenza di infezioni ospedaliere e di lesioni da decubito).

Esistono inoltre evidenze circa la nocività delle pratiche di contenzione a lungo termine: i pazienti che vi sono sottoposti soffrono di perdita di autonomia, riduzione dell'attività, di aumento di morbilità e mortalità. Conseguenze negative si riflettono inoltre non solo su coloro ai quali vengono applicate le misure contenitive, ma anche sul clima generale della struttura in cui gli stessi si trovano ricoverati, per la paura e lo sgomento degli altri assistiti che si immaginano possa succedere anche a loro.

Fatta questa panoramica sulle tipologie contenitive e relative conseguenze, nel seguito di questo lavoro ci si concentrerà sulla contenzione c.d. meccanica, che più delle altre anima il dibattito giuridico e suscita riserve dal punto di vista etico. Tale metodica di contenzione può avere come diretti destinatari sia gli anziani che i disabili e i pazienti psichiatrici. Su questi ultimi si indirizzerà il *focus* della presente trattazione.

3. Evoluzione temporale della contenzione

La contenzione è un fenomeno da sempre presente nell'ambito medico e assistenziale, comune a diverse civiltà e tradizioni mediche⁸. In particolare esso affonda le sue radici nella psichiatria, nell'ambito della quale in passato si dava per scontato, ritenendolo lecito, che gli infermi di mente dovessero essere così immobilizzati.

Nonostante l'assenza di una norma specifica ed esplicita, vi si faceva spesso ricorso. E' solo nel 1794 che nasce una nuova visione della scienza psichiatrica ad opera di Philippe Pinel, un medico psichiatra francese che fornisce una nuova concezione del malato di mente, separandolo dagli emarginati sociali e dai delinquenti (ai quali veniva comunemente affiancato) e introducendo l'analisi fisiologica della malattia mentale, facendola così emergere dal clima di mistero e superstizione che sino ad allora l'aveva contraddistinta. Il cosiddetto «atto di Pinel» intende liberare i «folli da ceppi e catene» convogliandoli in un nuovo spazio favorevole allo sviluppo degli studi e

⁵ G. Tubaro, *Il trattamento farmacologico dei disturbi psicotici nei pazienti affetti da demenza – aggiornamento*, «Medicina e Sanità», n. 4, <http://ceformed.it/medicina-e-sanita.html>, 2009.

⁶ *Raccomandazioni inerenti la contenzione fisica*, gruppo coordinato da P.F. Peloso.

⁷ Secondo la classificazione di D. Evans et al., *Physical Restraint in Acute and Residential Care: a systematic review*, n. 22 The Joanna Briggs Institute, Adelaide (South Australia), 2002.

⁸ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, «Diritto Penale Contemporaneo» (online), 27 aprile 2014, p. 2.

alla cura della follia: inizia qui l'era manicomiale, oggi conclusasi, ma per tantissimi anni emblema della psichiatria.

I manicomi solo apparentemente liberano i pazienti psichiatrici dalla contenzione poiché questi vengono confinati in un altro spazio dove la «cura» coincideva con l'obiettivo del controllo dei malati⁹ e dove le catene vennero sostituite da nuovi strumenti come sedie e letti di contenzione, cinghie, manette, camicie di forza, etc.

Questi istituti erano luoghi di isolamento, fundamentalmente orientati alla protezione del mondo esterno dalla pericolosità comunemente associata al malato mentale. I ricoverati erano di bassa estrazione sociale e la società li scartava, li cancellava ed insieme ad essi annullava anche i loro bisogni primari.

Nel corso dell'800 si assiste ad un altro sforzo teso ad abolire i mezzi di contenzione. Il protagonista è lo psichiatra inglese John Conolly, direttore di un ospedale psichiatrico. Egli descrive gli infermieri dell'ospedale psichiatrico come «infermieri terribili armati di staffile, talvolta accompagnati da cani feroci e liberi di imporre manette, catene e legacci a seconda del loro arbitrio brutale [...] i guardiani erano per lo più delinquenti reclutati nelle prigioni e non certo per le loro virtù. I pazienti erano incatenati e senza difesa contro la violenza dei sorveglianti».

Conolly in pochi anni cambia il criterio di scelta del personale infermieristico reclutando soggetti «attivi, sereni, scelti con cura» affermando che «molti ammalati prendono il carattere dell'infermiere che hanno vicino»¹⁰.

Questo tentativo resta però limitato all'istituto psichiatrico che il medico dirige e l'uso delle misure di contenzione non viene abolito.

Nel '900 la pratica di internamento degli alienati aumenta e nasce in Italia la legislazione psichiatrica con la promulgazione della legge 14.02.1904 n. 36 e l'adozione del suo regolamento attuativo emanato con R.D. 16 agosto 1909 n. 615. Il quadro normativo si basava su fondamenta custodialistiche-repressive, quindi sull'idea che la malattia mentale costituisse di per sé una situazione di pericolosità sociale e che il paziente psichiatrico fosse un soggetto socialmente pericoloso. I punti fondamentali erano:

- malattia mentale come devianza, nella quale è insita la pericolosità per se stessi e per gli altri;
- il ricovero coattivo e la non previsione di quello volontario;
- la funzione di custodia prevalente su quella di cura e riabilitazione.

La ratio della legge era la difesa della società dal difforme e prevedeva l'internamento in ospedali psichiatrici di soggetti, disturbati mentalmente, che non avevano mai manifestato atteggiamenti antisociali¹¹. Gli stessi, oltre al ricovero in manicomio, venivano iscritti nel casellario giudiziario.

Il fine di protezione della società emergeva in maniera preponderante sulla dimensione terapeutica e sulla volontà e bisogni dell'ammalato, al punto che di malattia mentale si parlava non nel testo di sanità ma in quello di pubblica sicurezza, il quale richiedeva agli esercenti la professione sanitaria di denunciare obbligatoriamente, entro due giorni, all'autorità di pubblica sicurezza, tutte «le persone da loro assistite o esaminate affette da malattia mentale o da grave infermità psichica, le quali dimostrino o diano sospetto di essere pericolose per sé e per gli altri»¹². Anche il codice penale, agli artt. 714 e ss., prevedeva diverse fattispecie contravvenzionali come l'omessa custodia dell'alienato mentale, l'omessa denuncia della sua fuga, l'omessa denuncia del soggetto affetto da infermità psichica pericolosa.

La legge disciplinava quindi per la prima volta l'uso dei mezzi di contenzione prevedendo che il suo utilizzo dovesse avvenire eccezionalmente e nel rispetto di alcuni presupposti. L'art. 60 del regolamento manicomiale di cui al R.D. 615/09 disponeva che «nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'istituto. Tale autorizzazione deve indicare la natura e la durata del mezzo di coercizione. L'autorizzazione

⁹ M. Foucault, *Il potere psichiatrico*, Feltrinelli, Milano, 2004.

¹⁰ J. Conolly, *Trattamento del malato di mente senza metodi costrittivi (1856)*, Einaudi, Torino, 1976.

¹¹ v. C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit., p. 11.

¹² Art. 153, R.D. 18 giugno 1931, n. 773.

indebita dell'uso di detti mezzi rende passibili coloro che ne sono responsabili di una sanzione amministrativa da lire 60.000 a lire 200.000, senza pregiudizio delle maggiori pene comminate dal Codice Penale».

Fino agli anni cinquanta i malati continuavano dunque ad essere immobilizzati per contenerne la pericolosità e, quando gli strumenti utilizzati si dimostravano inefficaci, i pazienti venivano denudati per evitare che con gli indumenti si potessero fare del male e in seguito rinchiusi in locali dalle pareti imbottite, privi di arredo. Essi venivano posti in condizione di isolamento.

Solo negli anni successivi, soprattutto nei Paesi più avanzati dal punto di vista economico, si cominciano a percepire limiti e rigidità della concezione psichiatrica ottocentesca e delle relative istituzioni manicomiali. I pazienti psichiatrici, al pari delle altre persone, vengono riconosciuti come persone con loro dignità e soggettività, uomini come gli altri, con i quali poter entrare in relazione.

In siffatto contesto, all'inizio degli anni sessanta, nascono movimenti antipsichiatrici italiani ed europei uno dei cui manifesti può individuarsi nella «Lettera ai direttori dei manicomi» scritta da Antonin Artaud e pubblicata sulla rivista «La Révolution surréaliste» nel 1925: «Il mio corpo è mio, non voglio che se ne disponga [...] non voglio che lo prendano per metterlo in cella, per mettergli la camicia di forza, per attaccargli i piedi al letto, rinchiuderlo in un reparto di manicomio, proibirgli sempre di uscire, avvelenarlo, pestarlo di santa ragione, privarlo di cibo, addormentarlo con l'elettricità».

E' in questo scenario che si colloca il movimento italiano di contestazione istituzionale il quale ebbe il pregio di giungere all'approvazione della legge 180 del 13 maggio 1978 (c.d. legge Basaglia) che pare abrogare tacitamente la precedente legislazione in materia di assistenza manicomiale.

Franco Basaglia, psichiatra italiano, portò avanti una battaglia medica ma anche e soprattutto sociale, culturale e politica che funse da ispirazione del processo sfociato nell'approvazione della legge che prese il suo nome. La sua idea era di aprire i manicomi ed i relativi cancelli, non tenervi più segregate le persone ed eliminare trattamenti violenti e disumani. Dopo avere definito le proprie teorie coinvolgendo gli operatori, medici e non, più sensibili al problema e alle innovazioni, cominciò il processo che doveva portare all'eliminazione di ogni tipo di contenzione e delle terapie elettroconvulsivanti. La sua fu una vera e propria rivoluzione i cui punti cardine erano la «libertà come terapia» e il rispetto dei diritti dei pazienti mentali.

Egli riteneva che affrancare queste persone dai manicomi, aumentando quanto più possibile il loro margine di libertà o fargli prendere decisioni autonome accrescesse le loro possibilità di «guarire» e di tornare a svolgere un ruolo attivo nella propria vita e nella società. I cancelli dovevano aprirsi e il trattamento farmacologico essere affiancato dalla psicoterapia, i pazienti dovevano essere considerati degli uomini non malati, non diversi o inferiori ma uomini in preda ad una crisi esistenziale, familiare e sociale.

Alla riforma Basaglia si deve il passaggio dal custodialismo alla cura, fine per cui si viene ricoverati. Il paziente psichiatrico non è pericoloso, ma è una persona da trattare terapeutamente come qualsiasi altro paziente al fine di recuperarlo.

E' scientificamente provato, infatti, che non esiste alcun nesso deterministico tra disturbo psichico e comportamenti violenti. Le cause di tali comportamenti sono da ravvisarsi spesso, come per chiunque, in fattori sociali, culturali, condizioni di dipendenza. La malattia mentale, d'altronde, non sempre pregiudica la capacità di intendere e volere e la persona che ne è affetta può assumere condotte violente come chiunque altro¹³.

Le disposizioni della legge 180/78, la quale sanciva la chiusura di tutti gli ospedali psichiatrici a favore di nuove strutture e servizi territoriali che permettessero a chiunque soffrisse di disturbi psichiatrici di vivere la propria esperienza conservando un contatto con l'ambiente di provenienza, sono state integralmente trasfuse nella legge 833 del 23 dicembre 1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. Negli artt. 33 e ss. di questa è contenuta infatti la previsione della presenza sul territorio dell'offerta di cura per i pazienti psichiatrici, di strutture con finalità di prevenzione, cura e riabilitazione al cui interno non operano i gestori della custodia del paziente ma operatori medici e sanitari che pongono in essere le necessarie iniziative terapeutiche. Gli ospedali psichiatrici non

¹³ L. Grassi, F. Ramaciotti, *La contenzione dell'infermo di mente e del tossicodipendente*.

possono più essere istituiti e i trattamenti eventualmente necessari, coatti o volontari, vanno erogati in specifici reparti, adeguati per ospitare un numero non elevato di pazienti, all'interno degli ospedali generali a loro volta collegati con i servizi territoriali.

La riforma ha effetti anche sul piano penalistico con l'abrogazione dei reati di omessa custodia e omessa denuncia riferita ai malati mentali, delitti in precedenza previsti e puniti dagli artt. 714 e ss. del codice penale.

4. La contenzione oggi

Pur avendo inteso «archiviare» la contenzione, la riforma Basaglia non è tuttavia stata sufficiente per determinarne il completo abbandono. Infatti, pur non essendoci nel nostro ordinamento giuridico generale alcuna disposizione di legge che autorizzi implicitamente od esplicitamente l'uso dei mezzi di contenzione - sì da potersi sostenere che si tratti di una pratica di per sé illecita stante il mancato rispetto della riserva di legge di cui agli artt. 13 e 32 Cost. (rilevanti a seconda che si voglia intendere la contenzione quale strumento non terapeutico o terapeutico) - si deve prendere atto che di fatto, nonostante anche molti pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica siano stati sviluppati invitando al superamento della contenzione, questa in certa misura sopravviva ancora oggi, pur dovendosi ritenere giustificata solo nella ricorrenza di una scriminante quali la difesa legittima o lo stato di necessità. Deve trattarsi quindi di un intervento eccezionale, di *extrema ratio* e necessario, da attuare con strategie atte a minimizzarne il ricorso come¹⁴:

- procedure di monitoraggio e di audit;
- utilizzo di linee guida e protocolli;
- interventi ambientali;
- formazione del personale volta a favorire interventi comportamentali (quali tecniche da adottare per gestire il rapporto con il paziente violento/aggressivo tendendo a recuperare la relazione con lo stesso), come riconoscere le situazioni a rischio al fine di prevenire il ricorso alla contenzione.

Fuori da tali confini si tratterebbe di una pratica ingiustificata, in quanto tale non ammissibile.

E' tuttora attuale la stesura di protocolli disciplinanti l'uso della contenzione ai cui strumenti si fa ancora ricorso nei Dipartimenti di salute mentale (DSM), nei reparti ospedalieri per acuti e nelle residenze sanitarie assistenziali (RSA) a fronte però di rigorosi presupposti:

- persona affetta da gravi alterazioni psichiche;
- sussistenza di un pericolo concreto di danno grave alla persona;
- assenza di condizioni che consentano di adottare terapie alternative;
- finalità di prevenire un danno grave alla persona e non alle cose.

Siffatta metodica deve essere prescritta da un medico o, in casi di emergenza e in assenza del medico, da un infermiere con successiva convalida, nel più breve tempo possibile, da parte del primo. La prescrizione deve essere scritta e riportare analiticamente informazioni relative all'episodio che ne ha originato l'esigenza, il tipo di contenzione utilizzato, il tempo iniziale e finale.

Durante la contenzione la persona va poi osservata almeno ogni mezz'ora e la misura deve essere revocata qualora venga meno la ragione per la quale vi si è fatto ricorso.

Naturalmente la contenzione deve essere anche gestita correttamente sia per quanto riguarda la scelta della tipologia da applicare, della quale si deve conoscere la corretta tecnica, sia dal punto di vista dell'informazione ai famigliari nei quali si potrebbero indurre sentimenti negativi.

Una espressa traccia è tutt'ora presente nell'art. 41 della legge 26 luglio 1975 n. 354 di riforma dell'ordinamento penitenziario ai sensi del quale: «Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti.

¹⁴ R.E. Mc Cue et al., *Reducing restraint use in a public psychiatric inpatient service*, «The Journal of Behavioral Health Services & Research», 2004, p. 217-224.

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

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

Anche i codici deontologici affrontano il tema della contenzione. L'art. 18 del codice di deontologia medica stabilisce che «I trattamenti che incidono sull'integrità psico-fisica sono attuati al fine esclusivo di procurare un concreto beneficio clinico alla persona» così come gli artt. 30 e 33 del *Codice di Deontologia Infermieristica* rispettivamente prevedono che «l'infermiere si adopera affinché il ricorso alla contenzione sia evento straordinario, sostenuto da prescrizione medica o da documentate valutazioni assistenziali» e «l'infermiere che rilevi maltrattamenti o privazioni a carico dell'assistito mette in opera tutti i mezzi per proteggerlo, segnalando le circostanze, ove necessario, all'autorità competente».

Infine, anche nel panorama internazionale si può trovare un accenno alla contenzione nell'art. 5 della CEDU il quale tutela il diritto di libertà censurando la sua privazione se non nei limiti previsti dalla legge ed in presenza di una delle circostanze contenute nell'elencazione presente nello stesso provvedimento. In particolare alla lettera e) è prevista «la detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo»¹⁵.

5. Strumenti alternativi alla contenzione

Numerose prese di posizione di organismi internazionali e dello stesso Comitato Nazionale per la Bioetica in diversi pareri, hanno indicato con chiarezza l'obiettivo del superamento della contenzione, ritenuta un residuo della cultura manicomiale¹⁶.

Ciò che porta alla contenzione non è tanto lo stato psicopatologico del paziente ma elementi quali la cultura, l'organizzazione dei servizi e l'atteggiamento degli operatori. E' agendo su questi ultimi fattori che si può ridurre il ricorso alle pratiche contenitive.

Nel tempo vi sono stati progetti che hanno infatti dimostrato quanto una diversa organizzazione dei servizi ed un mutamento culturale influiscano sulla contenzione riducendola. Uno di questi è stato il progetto danese *National Breakthrough Project on Coercion in Psychiatry*, adottato in 27 reparti di degenza psichiatrica in totale, dall'agosto 2004 al giugno 2005. Nella relazione finale di tale progetto viene evidenziato l'inizio di un cambiamento, coincidente con un crescente coinvolgimento dei pazienti ed un aumento del loro dialogo con gli operatori. Gli episodi coercitivi erano diminuiti del 20% nel 33% dei reparti partecipanti al progetto, mentre l'8% dei servizi era arrivato a oltre il 50% di pratiche coercitive in meno¹⁷.

Quanto sopra comprova che programmi dedicati nonché un attento monitoraggio degli episodi di contenzione, accompagnati dalla presa di coscienza che il paziente è prima di tutto una persona con dei diritti, permettono di accrescere la consapevolezza del personale circa la contenzione come violenza e violazione dei diritti umani, portando quindi ad esiti positivi.

Partendo da questi presupposti, anche in Italia, è nato un movimento chiamato *Club s.p.d.c. aperti no restraint* e costituito da un insieme di strutture psichiatriche di diagnosi e cura, definite appunto *no restraint*, operanti sia in realtà di piccole dimensioni che in città di media-grande estensione, che rifiutano la contenzione per principio terapeutico e ciò anche con riferimento a quelle situazioni nelle quali di solito viene applicata e giustificata¹⁸.

¹⁵ G. Dodaro, L. Ferrarini, *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione a focus*, «Rivista italiana di medicina legale», 1, 2013, p. 190 ss.

¹⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit.

¹⁷ *The Danish Council of Ethics statement on coercion in psychiatry*, p. 7

¹⁸ C. Sale, *La responsabilità penale in psichiatria*, cit., p. 61

Il paziente è quindi portatore di diritti e al tempo stesso, a causa della sua malattia, persona vulnerabile e in quanto tale bisognevole di attenzione e tutela contro tutto ciò che può calpestare la sua dignità. Ha diritto di accedere a tutti gli interventi di cui necessita.

Le basi della cultura *no restraint* poggiano sui seguenti capisaldi:

- non legare mai, per nessun motivo, il paziente al letto;
- tenere la porta della struttura aperta.

Varie sono poi le motivazioni per le quali in siffatte strutture si respinge il ricorso alla contenzione¹⁹:

- ragioni di carattere terapeutico: il rifiuto di leggere la contenzione come atto medico idoneo a migliorare le condizioni di salute del paziente. E' impossibile sostenere che legare una persona al letto sia una misura terapeutica. Essa può tutt'al più essere uno strumento di mantenimento dell'ordine pubblico nel reparto o nell'ospedale, ma di certo non favorisce la cura della patologia del paziente che vi viene sottoposto;
- assicurare il buon governo dell'istituzione. La violenza crea violenza, per cui fare a meno di utilizzarla legando gli ammalati, contribuisce ad evitare che si ingeneri un clima di terrore che porta i pazienti a reagire a loro volta in maniera violenta. Contenere ingenera nella persona che vi è sottoposta messaggi di pericolosità e spersonalizzazione, fattori che non facilitano la possibilità di reazioni evolutive;
- sicurezza dell'ambiente di lavoro per gli operatori sanitari medici e non, esposti al rischio di aggressioni fisiche ad opera dei pazienti. L'evidenza dimostra che nei reparti «aperti» la possibilità che si verificano episodi simili, è di molto inferiore a quanto accade nei luoghi in cui di norma si applica la contenzione.

Dove ancora si impiega la contenzione vi è un'offerta sociosanitaria debole: servizi territoriali aperti per un numero limitato di ore, carenze di personale, scarsi collegamenti con altri centri e servizi della rete sociosanitaria territoriale.

Al contrario, negli SPDC *no restraint* vi sono servizi aperti 24 ore su 24 e sette giorni su sette, ben collegati con il territorio e con una buona capacità di filtro delle emergenze. Spesso le persone che vi arrivano in stato di crisi, sono note e ciò facilita l'intervento terapeutico poiché, se all'accoglienza vi è personale già conosciuto, lo stesso paziente è meno impaurito²⁰.

Superare la contenzione è quindi possibile ma, come detto, ci vuole un notevole investimento in termini di organizzazione e formazione del personale.

Il metodo *no restraint* è un *modus operandi*, un fenomeno culturale che coinvolge l'intero servizio in cui esso è applicato e che costituisce obiettivo centrale nella propria offerta di cura. Ma come funziona nella pratica questo tipo di sistema?

Si è detto che la porta deve restare aperta, allo stesso tempo però questa non deve poter essere oltrepassata da chiunque in qualsiasi momento: un operatore quindi sta nei paraggi della soglia. Ciò se da un lato riconferma il ruolo di «guardiano» dell'operatore sanitario, dall'altro per i pazienti e per gli operatori è un percorso individualizzante. Per i primi perché capiscono che la porta non è del tutto valicabile. Per i secondi perché non si limitano alla sola sorveglianza ma si relazionano e comunicano con i pazienti, dei quali devono conoscere la storia che ognuno di loro ha in quanto individuo con un vissuto di eventi, passioni ed emozioni.

Il raggiungimento di questo risultato è imprescindibilmente collegato ad una corretta organizzazione del Dipartimento di Salute Mentale (DSM). Un buon collegamento tra la struttura ed il territorio di riferimento, efficienza dei servizi territoriali e loro facile accessibilità, collaborazione tra gli operatori (possibilmente un'unica équipe fra ospedale e territorio) ed un saldo collegamento con i medici di medicina generale.

E' importante anche che la struttura sia di piccole dimensioni con pochi posti letto. In questo senso dispone anche la L. 180/78 prevedendo un numero massimo di posti per reparto (15 p.l.). Solo così il controllo da esercitare sul paziente, che non può essere lasciato solo a se stesso, si trasformerà nella relazione che con il medesimo si instaura.

¹⁹ L. Toresini, *L'SPDC no restraint. La sfida della cura*, www.centrobasaglia.provincia.arezzo.it

²⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit.

Elemento di notevole rilievo è anche l'atmosfera, il clima che si viene ad instaurare nell'ambiente, tanto più favorevole quanto più è forte la fiducia tra medici e personale infermieristico e la capacità di creare un clima sereno, gentile e non privo di legami verso il mondo esterno. Infatti anche i familiari possono contribuire a tranquillizzare i loro congiunti, aiutandoli a distrarsi e rilassarsi, proponendo loro attività diversive o ascoltandoli, facendogli compagnia e dando loro conforto.

Ciò che conta è che alla fine queste persone percepiscano che nel reparto che frequentano o nella struttura che li ospita, ci sia interesse per loro, sviluppato anche con la conoscenza loro e delle loro problematiche per cui, al di là di quel che sembra, nonostante la porta aperta, fuggire non è poi così semplice e soprattutto non sensato.

Un'offerta psichiatrica di elevata qualità tecnica e scientifica, capace di un'attività e continua formazione sui temi dei diritti dei pazienti, dell'ascolto della voce loro e dei familiari, della gestione del rischio, della gestione in particolare della crisi e della capacità di padroneggiare le proprie emozioni e i propri impulsi²¹.

Nonostante tutto ciò che si è appena descritto, anche questa tipologia di strutture non è esente dall'aver ospiti in stato di agitazione. Cosa fare allora se una persona è inquieta o tenta la fuga? Anche qui si può ricorrere alla forza fisica ma non intesa quale prevaricazione di una parte superiore su una in condizione di inferiorità, bensì nel senso di contatto fisico deciso ma tranquillizzante e comunicativo come la *holding*. Termine, quest'ultimo, coniato da Donald Winnicott, medico pediatra e psicoanalista inglese, con il quale indicava la contenzione fisica dei bambini autistici da parte dei genitori. La *holding* è una relazione umana espressa attraverso un abbraccio il cui scopo è quello di far comprendere al paziente che c'è attenzione nei suoi confronti, proprio come si fa con i bambini.

L'esperienza del *no restraint*, unica dimensione che permette di superare nella stragrande maggioranza dei casi la contenzione, deve essere fortemente voluta poiché, come si è visto, richiede uno sforzo organizzativo notevole ma non impossibile, come insegna l'esperienza dei primi manicomi in cui si operava a porte aperte, superando la contenzione anche in reparti con settanta posti letto²².

²¹ Raccomandazioni inerenti la contenzione fisica, cit.

²² L. Toresini, *L'SPDC no restraint, La sfida della cura*, cit.

CAPITOLO II

Contenzione e Costituzione.

di Luciano Barbuto

SOMMARIO: 1. Contenzione e Costituzione.

1. Contenzione e Costituzione

Come si è visto più diffusamente nel capitolo precedente, in ambito sanitario si parla di «contenzione meccanica» per indicare «l'immobilizzazione parziale o totale di una persona in cura attraverso l'uso di cinghie, lacci, fascette, polsini, cinture, corpetti, bretelle, sedie e letti di contenzione o altri mezzi più o meno sofisticati». In altri termini il paziente «contenuto meccanicamente» viene legato²³.

Non pare necessario aggiungere altro per intuire che la contenzione meccanica coinvolge i diritti inviolabili della persona, riconosciuti e tutelati sia dalle norme di diritto nazionale sia dalle normative sovranazionali, e che, pertanto, tale pratica possa sopravvivere nell'ordinamento solo in quanto compatibile con le garanzie poste a presidio di tali libertà fondamentali.

Prima di analizzare le norme di diritto interno, contenute nella Carta costituzionale e nella legislazione ordinaria, sembra opportuno operare una ricognizione della normativa internazionale applicabile al tema che ci occupa, in considerazione della crescente importanza assunta nel più recente periodo dalle fonti sovranazionali del diritto.

Allargando lo sguardo al resto del mondo, devono ricordarsi in primo luogo le previsioni della *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, adottata dall'Assemblea Generali delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, in base alle quali «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti [...]» ed ogni individuo «ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona», sicché nessuno può essere mai sottoposto a «trattamento o punizioni crudeli, inumani o degradanti» o «essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato». Inoltre deve essere garantita ad ogni individuo «un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge».

Particolare importanza riveste, poi, la *Convenzione delle Nazioni Unite per la tutela dei diritti delle persone con disabilità* (CRPD). Rileva, innanzitutto, l'art. 3 della Convenzione, il quale richiede «il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone»; l'art. 14 vieta che le persone con disabilità «siano private della loro libertà illegalmente o arbitrariamente» imponendo che «qualsiasi privazione della libertà sia conforme alla legge e che l'esistenza di una disabilità non giustifichi in nessun caso una privazione della libertà»; ai sensi dell'art. 15 «nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. [...]»; ai sensi dell'art. 16 gli Stati sono tenuti ad adottare «tutte le misure legislative, amministrative, sociali, educative e di altra natura adeguate a proteggere le persone con disabilità [...] contro ogni forma di sfruttamento, di violenza e di abuso, compresi gli aspetti di genere [...] e di maltrattamento [...]»; infine, l'art. 17 garantisce ad ogni persona con disabilità il «diritto al rispetto della propria integrità fisica e mentale su base di uguaglianza con gli altri».

A livello europeo previsioni in tema di trattamento delle persone affette da disturbo mentale sono contenute, innanzitutto, nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina), sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997. Ai sensi dell'art. 7 della Convenzione «la persona che soffre di un disturbo mentale grave non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento avente per oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l'assenza di un tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole alla sua salute e sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge

²³ G. Del Giudice, *e tu slegalo subito. Sulla contenzione in psichiatria*, Edizioni Alpha Beta Verlag, Merano, 2015, p. 193. L'autrice sottolinea come «i professionisti che legano utilizzano la parola contenzione cercando di trasformare la pratica inumana e degradante, per chi la fa e chi la subisce, del legare l'altro in un atto tecnico e professionale, in modo da attenuare l'infamia di tale gesto e non suscitare indignazione critica, né in sé né negli altri [...]».

comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso». In base al successivo art. 8, con riferimento alle situazioni di urgenza, in cui «il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata». Infine, l'art. 26 fa salve le restrizioni «che, previste dalla legge, costituiscono delle misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute pubblica o alla protezione dei diritti e libertà altrui».

Sempre in ambito europeo, deve farsi menzione della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU). Rilevano ai fini della presente trattazione l'art. 3, che proibisce la tortura e la sottoposizione a pene o trattamenti inumani o degradanti, e l'art. 5, per il quale nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi individuati dal medesimo articolo e nei modi previsti dalla legge. Tra le ipotesi di privazione della libertà personale consentite rientra, secondo quanto previsto dalla lett. e) dell'art. 5, la «detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo»²⁴.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza, siglata nel 2000, quindi riproclamata a Strasburgo nel 2007) prevede principi dal contenuto analogo a quelli già esaminati. In particolare, ai sensi dell'art. 1 «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»; per l'art. 4 «nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; l'art. 6 garantisce ad ogni persona il diritto alla libertà e alla sicurezza.

Deve, poi, darsi conto in questa sede anche delle numerose decisioni assunte dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo in applicazione dei diritti di libertà summenzionati.

La Corte ha ribadito in più occasioni l'importanza del principio affermato all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, definendolo quale valore fondamentale delle società democratiche, insuscettibile di subire deroghe e restrizioni, che deve essere assicurato in ogni circostanza alla persona umana, indipendentemente dagli atti che questa possa aver commesso²⁵. Costituisce così violazione della Convenzione l'internamento psichiatrico senza previo parere di un medico esperto in assenza di ragioni di urgenza²⁶. Viola l'art. 5 della CEDU la prolungata detenzione del soggetto in un centro di detenzione ordinario in attesa di essere ammesso in un ospedale psichiatrico²⁷.

La Corte si è pronunciata sullo specifico problema della contenzione, innanzitutto, nella sentenza del 24 settembre 1992, resa nella causa *Herczegfalvy c. Austria*. Nel caso di specie venivano in rilievo talune condotte, quali: isolamento, contenzione fisica, somministrazione forzata di psicofarmaci e alimenti, che la Corte ha giudicata non in contrasto con l'art. 3 della CEDU in considerazione del loro carattere terapeutico²⁸.

Nella pronuncia n. 34806 del 2004, resa nella causa *X c. Finlandia*, in cui era discusso il caso della somministrazione con la forza di psicofarmaci, la Corte ha affermato che l'art. 8 della CEDU è violato se il provvedimento di ricovero coattivo autorizza di diritto i medici a procedere a qualsiasi

²⁴ La lettera e) dell'art. 5 della CEDU è stata richiamata da alcuni per fondare la legittimità dei trattamenti contentivi: cfr. la ricostruzione di C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 14. *Contra*, M. Massa, *Contenzione*, Digesto delle discipline privatistiche, X, Utet Giuridica, Torino, 2015, il quale sottolinea la necessità della previa mediazione legislativa nazionale che precisi presupposti e garanzie delle restrizioni alla libertà personale.

²⁵ Ribisch c. Austria, 4 dicembre 1995; Assenov e altri c. Bulgaria, 2 ottobre 1998; Selmouni c. Francia, 28 luglio 1999; Dakratas c. Lituania, 10 ottobre 2000; Labita c. Italia, 4 aprile 2000; Indelicato c. Italia, 18 ottobre 2001; V. e T. c. Regno Unito, 16 dicembre 1999. Nel caso Keenan c. Regno Unito, 3 aprile 2001, la Corte ha ritenuto che sette giorni di isolamento e ventotto giorni di detenzione supplementare, comminati ad un detenuto sofferente mentale, due settimane dopo i fatti e nove giorni prima della fine della pena, costituiscono misure non compatibili con gli artt. 2 e 3 della CEDU, rappresentando trattamenti inumani e degradanti.

²⁶ *Filip c. Romania*, 14 marzo 2007.

²⁷ *Mocarska c. Polonia*, 6 dicembre 2007.

²⁸ Nella giurisprudenza della Corte, i criteri ai quali l'uso della forza deve conformarsi perché possa definirsi orientato a finalità terapeutiche sono dati dagli standard fissati dal Comitato di prevenzione della tortura (CPT) e la raccomandazione del 22 settembre 2004 dell'Assemblea Parlamentare.

trattamento terapeutico e se il paziente non dispone di mezzi efficaci per ottenerne il riesame giurisdizionale immediato²⁹.

Nella sentenza *Witorko c. Polonia*, n. 14612/02, la Corte ha dapprima ammesso che «il comportamento aggressivo di un individuo intossicato possa richiedere il ricorso a cinghie di contenzione, certo a condizione che si eseguano verifiche periodiche sul benessere della persona così immobilizzata», per quindi censurare l'applicazione della misura di contenzione meccanica protrattasi per ben dieci ore senza ulteriori ragioni diverse dal «medio stato di intossicazione».

Infine, nel caso *Bures c. Repubblica Ceca*, la Corte, pur ribadendo il principio già sancito nella vicenda *Herczegfalvy* sull'applicazione della forza a fini terapeutici, ha considerato insufficiente a giustificare l'applicazione di misure di contenzione (nel caso di specie si era trattato di tre episodi contentivi nell'arco di circa dodici ore) una generica irrequietezza dell'interessato, anche in considerazione del fatto che non si fossero tentati interventi diversi dall'uso della forza.

Così delineato il quadro normativo sovranazionale che, pur non disconoscendo la pratica della contenzione, afferma il valore supremo della libertà di autodeterminazione del paziente psichiatrico con riferimento alla decisione di sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario e l'intangibilità della libertà personale dell'individuo, imponendo la rigorosa osservanza dei limiti imposti dal rispetto dei principi di legalità, necessità, proporzionalità ogni qualvolta si debba ricorrere all'uso della forza nei confronti del sofferente psichico, è ora possibile passare all'analisi della normativa nazionale.

Sotto tale profilo, viene in rilievo, innanzitutto, l'art. 2 della Costituzione, in forza del quale «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità [...]». Alla generica formulazione di detto principio la Costituzione fa seguire, agli artt. 13 e ss., una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili, catalogo negli anni ampliatosi per effetto della giurisprudenza della Corte costituzionale. Ciò che preme in questa sede sottolineare è che i diritti inviolabili «formano il patrimonio irretrattabile della persona umana» e «appartengono all'uomo inteso come essere libero»³⁰: stante il loro «carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente»³¹, non possono «essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»³².

Tra i diritti inviolabili vi è quello alla libertà personale sancito dall'art. 13 della Costituzione.

L'art. 13 Cost., enunciato il principio della inviolabilità della libertà personale, al comma 2 stabilisce che «non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione, o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». La norma prevede, inoltre, che «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

La garanzia offerta dall'art. 13 della Carta costituzionale è, innanzitutto, tutela avverso le forme di restrizione della libertà che si esplicano nell'uso della forza da parte dell'autorità. Come chiarito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 11 del 1956, si tratta del diritto a che il «potere di coazione personale, di cui lo Stato è titolare, non sia esercitato se non in determinate circostanze e con il rispetto di talune forme», assicurandosi per questa via il necessario «contemperamento tra le due fondamentali esigenze, di non frapporre ostacoli all'esercizio di attività di prevenzione dei reati

²⁹ Osserva M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, «Rivista italiana di medicina legale», 2013, p. 1, che «se tale nuovo indirizzo si stabilizzasse, il legislatore sarebbe caricato dell'onere di prevedere in modo più dettagliato non solo quando è possibile limitare, per motivi sanitari, la libertà personale, ma anche quale tipo di interventi possono essere praticati nell'esecuzione di provvedimenti restrittivi. Attraverso l'art. 8 CEDU, una declinazione più stringente del principio di legalità investirebbe quindi anche la contenzione – meccanica e farmacologica – applicata nel contesto di trattamenti sanitari coattivi. Presumibilmente, ciò dovrebbe valere anche con riguardo ai trattamenti coattivi applicati in situazioni d'emergenza, anche se è facile supporre che l'urgenza non resterebbe senza rilievo in eventuali giudizi sull'adeguatezza dei sistemi di disciplina e controllo».

³⁰ C. cost., sent. 3 luglio 1956, n. 11, in www.cortecostituzionale.it.

³¹ C. cost. sent. 23 luglio 1991, n. 366, in www.cortecostituzionale.it.

³² C. cost. sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in www.cortecostituzionale.it.

e di garantire il rispetto degli inviolabili diritti della personalità umana, [...] attraverso il riconoscimento dei tradizionali diritti di habeas corpus nell'ambito del principio di stretta legalità». L'evoluzione nell'interpretazione della norma ha condotto, tuttavia, a ritenere che «sia possibile estendere le garanzie di cui all'art. 13 Cost. anche alle forme di coercizione morale, nell'ipotesi in cui le stesse si traducano in una limitazione tale da vincolare o addirittura obliterare la stessa facoltà di autodeterminazione del singolo rispetto al proprio essere fisico»³³. In questo senso, la Corte Costituzionale ha precisato che si ha violazione dell'art. 13 Cost. ogniquale volta si verifichi una «degradazione giuridica dell'individuo nel senso dell'avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*»³⁴. Peraltro, nessuna rilevanza può assumere in questo giudizio la finalità perseguita dal provvedimento restrittivo, atteso che «anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza" si verifica "quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni assoggettamento fisico all'altrui potere e che è invece indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»³⁵.

Contro i provvedimenti in grado di incidere sulla sfera psico-fisica dell'individuo nel modo appena visto, l'art. 13 appronta le garanzie della duplice riserva di legge e di giurisdizione. Le misure restrittive della libertà personale pertanto devono essere previste e disciplinate esclusivamente dalla legge o atti ad essa equiparati (riserva assoluta di legge) e devono essere disposte dall'autorità giudiziaria con provvedimento motivato, pena la loro illegittimità³⁶.

L'art. 13, dunque, implicitamente e in via di principio, riconosce la possibilità di restrizioni alla libertà personale, ma esige la regolamentazione preventiva dei casi e dei modi in cui la restrizione è ammessa, regolamentazione rimessa, secondo l'interpretazione prevalente, esclusivamente allo strumento della legge (o degli altri atti aventi forza di legge), vertendosi in una ipotesi di riserva assoluta di legge.

Non solo. Per ogni forma di restrizione della libertà è indispensabile un ulteriore requisito, rappresentato dall'atto motivato dell'autorità giudiziaria: provvedimenti limitativi potranno essere assunti dall'autorità di pubblica sicurezza solo in casi assolutamente eccezionali «mediante l'adozione di un meccanismo procedurale rigorosamente scandito nei tempi e nelle competenze, meccanismo incentrato sul carattere provvisorio del provvedimento dell'autorità di pubblica sicurezza, sulla sua comunicazione entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e sull'intervento di tale autorità nelle successive quarantotto ore ai fini della convalida dei suoi effetti»³⁷.

Sul tema della contenzione può incidere, qualora si ritenesse di riconoscere ad essa natura terapeutica, anche il disposto dell'art. 32, comma 2, Cost., per il quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». La norma afferma, dunque, il principio per cui di norma gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari, e solo in casi eccezionali individuati dalla legge³⁸ è possibile aversi atti medici obbligatori.

³³ S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015, p. 248.

³⁴ C. cost. 7 dicembre 1994, n. 419; C. cost., 31 maggio 1995, n. 210; C. cost. 30 giugno 1964, n. 68. Si legge nella sentenza 27 marzo 1962, n. 30: «la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere». Per A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Torino, 1967, p. 120, «il valore tutelato dalla fattispecie ex art. 13 Cost. va individuato nel libero sviluppo della persona attraverso il godimento della libertà fisica" e "la pretesa alla libertà personale va definita come pretesa a che non vengano posti limiti [...] alla libertà fisica, se non con le garanzie ex artt. 13 e 111 Cost., che abbiano come presupposto una valutazione negativa della personalità morale del colpito o, comunque, come effetto un'incidenza sulla dignità sociale del colpito».

³⁵ C. cost., 10 aprile 2001, n. 105 in www.cortecostituzionale.it.

³⁶ Per C. cost., sent. n. 1 del 1956: «in nessun caso l'uomo potrà essere privato o limitato nella sua libertà se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni».

³⁷ C. Cost., sent. n. 515 del 1990.

³⁸ Per la dottrina maggioritaria si tratta di una riserva relativa di legge e, pertanto, la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori può essere recata quanto ai principi e criteri direttivi da una legge o atto avente forza di legge, mentre le

I TSO vanno distinti dai trattamenti sanitari coattivi, che comportano il ricorso all'uso della forza. La distinzione in parola non sempre è agevole, come dimostra la giurisprudenza della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi ad esempio sui rilievi segnaletici previsti dalle norme di pubblica sicurezza³⁹ o sul tema dei prelievi ematici su persona non consenziente⁴⁰. A questi casi può aggiungersi quello della contenzione del paziente psichiatrico, che, come vedremo a breve, ha ricevuto differenti inquadramenti in dottrina.

Soffermandosi, però, ancora un attimo sull'art. 32 della Costituzione, appare opportuno riassumere le condizioni di legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori, come individuate nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Ad avviso della Consulta, il TSO è legittimo «a) se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale (cfr. sentenza 1990 n. 307)⁴¹; b) se vi sia la previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili (ivi); c) se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - sia prevista comunque la corresponsione di una 'equa indennità' in favore del danneggiato (cfr. sentenza 307 cit. e v. ora legge n. 210/1992). E ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria, la quale trova applicazione tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura (sulla base dei titoli soggettivi di imputazione e con gli effetti risarcitori pieni previsti dall'art. 2043 c.c.: sentenza n. 307/1990 cit.)»⁴².

Si diceva poco sopra dei differenti inquadramenti proposti dalla dottrina con riferimento alla pratica della contenzione meccanica. Le differenti opzioni interpretative sono strettamente legate al significato attribuito al legare, se cioè tale pratica possa o meno rientrare nel concetto di trattamento sanitario.

In proposito si può ricordare che, nell'evoluzione della nozione di atto medico si sono progressivamente inclusi l'atto terapeutico ma anche quello diagnostico, la profilassi e la somministrazione di farmaci e anche interventi non propriamente curativi (inseminazione artificiale, trattamenti cosmetici e plastici, etc.)⁴³. Nel contesto di una nozione allargata di atto medico, dunque, anche un'attività volta a ridurre le sofferenze fisiche o psichiche del paziente, a prevenire un danno alla salute individuale o collettiva, o consentire una successiva attività diagnostica o terapeutica, è suscettibile di costituire trattamento sanitario. Con particolare riferimento al paziente psichiatrico, si è per questa via arrivato a sostenere che «le peculiarità della malattia psichiatrica impongono il ricorso a speciali interventi, mezzi, terapie, anche non prettamente sanitari ma al contempo necessari, di carattere propedeutico e ancillare all'atto medico vero e proprio, che calato

norme di dettaglio sono integrate da fonti di rango subordinato. Si tratta, in ogni caso, di una riserva di legge rinforzata, atteso il limite del rispetto della persona umana espressamente posto dalla norma in esame.

³⁹ Corte cost. sent. n. 30/1962.

⁴⁰ Corte cost. sentt. nn. 64/1986 e 238/1996.

⁴¹ S. Rossi, *La salute mentale, tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, cit., p. 259, sottolinea che, nel delicato bilanciamento fra libertà del singolo e interesse della collettività, «la finalità di carattere generale perseguita dal trattamento può essere, come si desume anche dalla lettera del disposto, esclusivamente il perseguimento della salute o di scopi di carattere strettamente sanitario», e non altre finalità come ad esempio la sicurezza pubblica o le esigenze di giustizia

⁴² C. cost., sentenza n. 258/1994, in www.cortecostituzionale.it.

⁴³ P. G. Monateri, *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 7 ss., che riporta l'elencazione delle attività che costituiscono trattamento sanitario secondo Albamonte, Calcagno, Cuttica, Ledda, *Cittadino Salute e Ambiente*, Istituto Internazionale della Medicina, Roma, 1980, p. 63 ss.

in questo particolare contesto patologico tende a dilatarsi»⁴⁴. In tal senso, si è affermato che, seppure la contenzione non possa definirsi atto propriamente terapeutico poiché non finalizzato alla cura, esso non dimeno deve essere fatto rientrare fra i doveri di protezione del medico. Ne consegue che ogni procedura di contenzione deve essere annotata in cartella clinica, deve essere soggetta a protocolli e linee guida, necessita di prescrizione medica, ecc.⁴⁵ A tale tesi si obiettato che l'uso della forza, anche laddove si riveli assolutamente necessario, non può mai considerarsi trattamento sanitario solo per lo scopo terapeutico che mira ad assicurare in ultima analisi o per avere come destinatario un malato o per il fatto che si svolga in un luogo di cura⁴⁶.

Chi nega natura di trattamento sanitario ritiene, dunque, applicabile l'art. 13 Cost. e le garanzie da esso apprestate (riserva assoluta di legge, che preveda in modo specifico i casi in cui è possibile ricorrere alla contenzione e le relative modalità, e riserva di giurisdizione). In proposito, ci si è chiesto come possa operare nel caso concreto la riserva di giurisdizione, alla luce delle indicazioni espresse dalla Corte costituzionale, anche con riferimento ad ipotesi simili. Per quanto riguarda i soggetti in stato di detenzione, si è fatto riferimento a quella giurisprudenza della Consulta in forza della quale, se da un lato «è certamente vero che [...] lo stato di detenzione lascia sopravvivere in capo al detenuto diritti costituzionalmente protetti, e in particolare un “residuo” di libertà personale», tuttavia «in realtà, la restrizione della libertà personale in cui si sostanzia lo stato di detenzione dà luogo all'applicazione di un regime al quale sono intrinseche le ragioni di ordine e di sicurezza che consentono o impongono un controllo della persona da parte degli agenti amministrativi», sicché «deve concludersi che le perquisizioni personali disposte nei confronti dei detenuti, nei casi previsti dai regolamenti, sono comprese fra le “misure di trattamento, rientranti nella competenza dell'amministrazione penitenziaria, attinenti alle modalità concrete (...) di attuazione del regime carcerario in quanto tale (sentenza n. 351 del 1996)” e “esse non incidono, di per sé, sul “residuo” di libertà personale di cui sono titolari i detenuti, bensì rientrano nell'ambito delle restrizioni alla libertà personale implicate dallo stato di detenzione»⁴⁷. Con riguardo, invece, alle persone soggette a trattamenti psichiatrici obbligatori, la Corte ha ritenuto sufficiente il controllo giudiziario sul provvedimento iniziale del ricovero coattivo, senza richiedere il controllo sui singoli atti⁴⁸.

Alla tesi che, all'opposto, ritiene che la pratica contentiva sia atto terapeutico (o a questo ancillare), così riconducendo la contenzione entro la copertura costituzionale offerta dall'art. 32 Cost., si affianca l'opinione intermedia di chi parla piuttosto di trattamento sanitario coattivo che richiede, quindi, l'osservanza di tutte le garanzie previste dagli art. 13 e 32 della Costituzione.

⁴⁴ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 6.

⁴⁵ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 7. L'autrice sottolinea che la contenzione è suscettibile di essere qualificata quale trattamento sanitario solo se «l'aggressività del paziente rappresenti un epifenomeno, una manifestazione, un sintomo della malattia mentale», solo in presenza di condizioni cliniche del tutto particolari, solo se usata quale strumento di carattere eccezionale e comunque per procurare benefici clinici al paziente. Ne consegue anche la necessità di una compiuta annotazione nella documentazione sanitaria, e, in particolare, nella cartella clinica (Trib. Vallo della Lucania, 27 aprile 2013).

⁴⁶ D. Piccione, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, www.personaedanno.it, 2012, il quale riporta la definizione di atto medico elaborata dall'Unione dei medici Specialisti Europei nel 2006:, che consiste nel «novero delle attività scientifiche didattiche, formative ed educative, cliniche, medico tecniche compiute al fine di promuovere la salute e il buon funzionamento, prevenire le malattie, fornire assistenza diagnostica o terapeutica e riabilitativa a pazienti gruppi o comunità nel quadro del rispetto dei valori etici e deontologici»; per M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, cit., «rivestono ancora qualche interesse, al riguardo, le perplessità destinate nel 1980 da un parere dell'Avvocatura dello Stato, seguito poi da una sentenza del Pretore di Monfalcone, nel quale si affermava che, durante l'attuazione del trattamento sanitario obbligatorio (TSO) di cui agli artt. 33-35, l. 23-12-1978, n. 833, in linea di principio l'uso della forza è di competenza del personale sanitario già nella fase di apprensione e trasporto del malato».

⁴⁷ C. cost., sentenza 22 novembre 2000, n. 526. Ne ipotizza l'applicazione M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione*, cit.

⁴⁸ Il riferimento è alla sentenza della Corte cost., n. 74 del 1968. v. M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, cit., il quale sottolinea come le limitazioni della libertà di breve durata tendono a sfuggire al meccanismo della convalida giudiziaria, atteso l'indirizzo della Consulta, per cui la convalida non è sempre necessaria ma solo «quando si tratti di protrarre nel tempo, oltre i termini tassativamente indicati nell'art. 13, terzo comma, Cost., gli effetti del provvedimento restrittivo» (C. cost., 2 novembre 1990, n. 515).

In realtà, è stato fatto notare come «invece di accettare o respingere in blocco la qualificazione della contenzione come atto medico, conviene distinguere le varie questioni sottese, e risolvere ciascuna di esse alla luce dei pertinenti principi»⁴⁹. Questo perché l'atto medico presuppone «che si sia in presenza di atti e procedure lecite e legittime»⁵⁰ e, quindi, prima di tutto occorre verificare la conformità di tale prassi all'ordinamento, a partire dalle norme costituzionali.

Si è detto sopra che tanto l'art. 13 quanto l'art. 32 della Costituzione prevedono una riserva di legge per i casi di limitazione della libertà personale o della libertà del singolo di autodeterminarsi alle cure. Ciò conduce ad esaminare ora la questione dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di una previsione di legge in grado di soddisfare tale riserva di legge.

Occorre, in primo luogo, sgombrare il campo da ogni dubbio circa la possibilità di richiamare l'art. 60 del R.D. 16 agosto 1909, n. 615, di esecuzione della legge manicomiale 14 febbraio 1904, n. 36. La norma prevedeva che «nei manicomi debbono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di contenzione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'istituto [...]». Tale disposizione non è stata espressamente abrogata dall'art. 11 della l. 13 maggio 1978, n. 180 (nota con il nome di «legge Basaglia») e, pertanto, secondo alcuni, sarebbe ancora attualmente in vigore. È stato in realtà evidenziato come la disposizione debba ritenersi tacitamente abrogata o sia di fatto quanto meno inapplicabile, atteso il radicale mutamento del suo stesso contesto di applicazione⁵¹.

Taluni si rifanno all'art. 82 del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 (contenente il regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario), il quale prevede per la contenzione nei penitenziari «l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche»⁵². La norma, pur dando per presupposto che presso gli ospedali civili possa essere praticata la contenzione, non è idonea a legittimare di per sé tale pratica o estenderla oltre i limiti e i casi di trattamento sanitario obbligatorio⁵³.

L'obbligo di contenere il paziente psichiatrico è stato fatto discendere anche da un atto di autonomia privata: in tal caso non si verificherebbe alcuna violazione del principio di legalità, atteso che per espressa disposizione dell'art. 1372 c.c. il contratto ha forza di legge tra le parti⁵⁴.

Un ulteriore aggancio è stato rinvenuto nell'art. 2047 c.c., che afferma la responsabilità del sorvegliante dell'incapace naturale per i danni da questo cagionati e che, dunque, autorizzerebbe il ricorso ad ogni misura necessaria ad impedire il danno.

Neppure può costituire fondamento della legittimità della contenzione l'art. 54 c.p. È stato in proposito osservato che «la contenzione non ha nulla a che fare con l'abbandono del paziente». Ritenere il contrario porta all'assurdo risultato che «l'unica soluzione per non incorrere nella responsabilità penale [...] sia quella di costringere *in vinculis* il paziente di cui ci deve prendere

⁴⁹ M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, cit.

⁵⁰ D. Piccione, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, cit.

⁵¹ D. Piccione, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, cit., il quale evidenzia che la «disposizione in questione postula la sopravvivenza dell'istituto manicomiale», la cui soppressione «determina invece la totale mancanza dei presupposti di fatto e di diritto», attesa anche la «differenza siderale» tra manicomi e SPDC «in punto di organizzazione, di ratio istitutiva e di modalità terapeutica che ivi si svolge del disturbo mentale in acuzie». Propende per l'abrogazione della norma anche C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 13, la quale sottolinea come successivamente alla l. n. 10/1978 «nulla più è stato previsto sulla contenzione».

⁵² In proposito C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 13, fa notare come all'indomani della riforma dell'assistenza psichiatrica ad opera della legge Basaglia si fosse generato un paradosso: poiché solo le norme dell'ordinamento penitenziario prevedevano indicazioni circa i mezzi di contenzione, doveva concludersi che mentre era espressamente consentita la contenzione di un paziente psichiatrico detenuto, non lo era invece nel normale circuito assistenziale. Solo ritenendo che la legge Basaglia abbia implicitamente conservato le norme che disciplinano la contenzione in psichiatria.

⁵³ M. Massa, *Contenzione*, cit.

⁵⁴ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., pp. 14 e ss., la quale ammette, peraltro, che «la formazione del contratto nel settore psichiatrico incontra, tuttavia, delle difficoltà, poiché una delle parti, cioè il paziente, spesso non è in grado di esprimere validamente la propria volontà». In senso contrario, M. Massa, *Contenzione*, cit.

cura»⁵⁵. Essa, pertanto, può scriminare il comportamento di chi attua la pratica contentiva ma non può mai costituirne il fondamento di legittimità.

A nulla vale richiamare le norme deontologiche, in quanto sprovviste di forza di legge⁵⁶.

Ad oggi l'unica disposizione espressa sulla contenzione è l'art. 41 della l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), la quale stabilisce che «non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti. Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso. Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario. [...]».

Rilevano naturalmente gli artt. 33-35 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, relativi al trattamento sanitario obbligatorio in psichiatria. In essi non è menzionata la contenzione, tuttavia «poiché si riferiscono a trattamenti coattivi, è da ritenere che autorizzino l'uso della forza se necessario»⁵⁷. Più in particolare, l'art. 34 prevede che, anche nei confronti delle persone affette da malattia mentale, nei casi di cui alla medesima legge e negli altri previsti da leggi dello Stato, possano essere disposti «dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'art. 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura». Il 4° comma dell'art. 34 prevede che il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale sia effettuato in condizioni di degenza ospedaliera «solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra-ospedaliere». Le norme sopra citate (cui può aggiungersi anche il disposto del 1° comma dell'art. 33, che riconosce la volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari) sono chiare nel disporre che anche durante il TSO psichiatrico deve essere ricercato il consenso dell'interessato, «sicché, in diritto, non sussiste alcuna coincidenza biunivoca tra TSO e contenzione»⁵⁸.

Sulla base della ricognizione della normativa nazionale fin qui operata, dunque, se uno spazio per l'applicazione di misure legittime di contenzione residua, esso è da ritenersi confinato entro i limiti rappresentati dalle garanzie del TSO.

Ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., la legge, anche quando impone un trattamento sanitario, non può violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Attesa la mancanza di una compiuta definizione legislativa dei mezzi di contenzione autorizzati, tale norma rappresenta il criterio guida fondamentale per il giudizio di legittimità delle pratiche effettuate. Il principio è stato ripreso a livello di legge ordinaria dall'art. 1, comma 2, della legge Basaglia (il cui contenuto è stato trasfuso nell'art. 33, comma 2, della l. n. 833/1978), il quale esige che gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori siano effettuati nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici. In proposito, è stato sottolineato come il rispetto del principio di dignità passa attraverso l'elaborazione di protocolli operativi delle singole strutture ispirati a linee guida nazionali e standard internazionali,

⁵⁵ D. Piccione, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, cit.

⁵⁶ D. Piccione, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, cit., ritiene illegittimo per contrasto con la Costituzione l'art. 4.10 del Codice della professione infermieristica, il quale dispone che «l'infermiere si adopera affinché il ricorso alla contenzione fisica e farmacologica sia evento straordinario e motivato e non metodica abituale di accudimento. Considera la contenzione una scelta condivisibile quando vi si configuri l'interesse della persona e inaccettabile quando sia un'implicita risposta alle necessità istituzionali».

⁵⁷ M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, cit.

⁵⁸ M. Massa, *Contenzione*, cit.; D. Piccione, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, cit., avverte che «tale puntuale e garantista disciplina non viene in considerazione allorché si procede alla contenzione», costituendo la contenzione piuttosto «una condotta de-procedimentalizzata», «un fatto e non un atto giuridico».

oltre che a documenti predisposti da organizzazioni internazionali per la salvaguardia dei diritti umani.⁵⁹

Sul tema in esame è recentemente intervenuto anche il Comitato Nazionale per la Bioetica con il parere del 23 aprile 2015, intitolato «*La contenzione: problemi bioetici*».

Il Comitato parte dalla constatazione che, nonostante gli inviti al superamento della pratica della contenzione già svolti in precedenza, essa «è ancora largamente applicata senza che si intravedano sforzi decisivi alla sua risoluzione e neppure una sufficiente sensibilità alla gravità del problema». Si rende, invece, necessario procedere ad un rapido e definitivo superamento dell'approccio manicomiale, predisponendo «servizi psichiatrici che rispondano appieno ai criteri etici generalmente riconosciuti e applicati in ogni altro campo delle prestazioni di cura»⁶⁰.

Per il Comitato non si tratta di ricercare l'impossibile bilanciamento tra un principio di beneficenza, in forza del quale il sanitario può sempre intervenire, anche con misure coercitive, per effettuare il trattamento che ritiene idoneo al miglioramento dello stato di salute o della qualità della vita del paziente, e il diritto all'autonomia e alla dignità della persona, per «individuare le situazioni in cui il principio di beneficenza possa prevalere sul diritto all'autonomia»⁶¹; occorre piuttosto prendere atto del valore che l'autonomia ha nell'ambito della relazione terapeutica, in modo particolare nel trattamento della patologia psichica, sì da costituire uno dei fattori di efficacia e validità dell'intervento medico stesso.

Cade in questo modo la più forte delle giustificazioni a sostegno della pratica della contenzione meccanica, e cioè che essa possa essere, direttamente o indirettamente, funzionale alla cura, e la contenzione si rivela per ciò che è, «una violazione della persona, dagli effetti controproducenti», «indipendentemente dalle ragioni per cui la si applichi»⁶².

Sulla base di tali premesse, analizzato l'orizzonte normativo di cui si è dato conto nel corso del presente capitolo, il Comitato perviene a fissare i seguenti punti fermi. Innanzitutto non può più accettarsi «una visione del paziente portatore di un disturbo mentale quale soggetto presuntivamente ritenuto pericoloso e nei cui confronti l'intervento sanitario debba esplicarsi in forme custodialistiche»⁶³. Al contrario anche la relazione terapeutica con i pazienti affetti da disturbi mentali deve svolgersi su «direttrici paritarie, pienamente rispettose dei canoni di una relazione umana ispirata all'eguale dignità e libertà dei soggetti coinvolti»⁶⁴. In conseguenza di ciò «il ricorso alle tecniche di contenzione meccanica deve rappresentare l'*extrema ratio*»⁶⁵ e, anche nell'ambito del Trattamento Sanitario Obbligatorio, essa deve avvenire «solamente in situazioni di reale necessità ed urgenza, in modo proporzionato alle esigenze concrete, utilizzando le modalità meno invasive e solamente per il tempo necessario al superamento delle condizioni che abbiano indotto a ricorrervi»⁶⁶. Specifica il Comitato che non può, in questo senso, ritenersi sufficiente «che il paziente versi in uno stato di mera agitazione», dovendo invece ricorrere una situazione di «pericolo grave ed attuale che il malato compia atti auto-lesivi o commetta un reato contro la persona nei confronti di terzi»⁶⁷.

⁵⁹ M. Massa, *Contenzione*, cit.

⁶⁰ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit. p. 5.

⁶¹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit. p. 7.

⁶² Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit. p. 8.

⁶³ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit. p. 12.

⁶⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit. p. 12.

⁶⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit. p. 12.

⁶⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit. p. 12.

⁶⁷ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, cit. p. 12.

CAPITOLO III

Posizione di garanzia del medico psichiatra nei confronti del paziente: in generale e, naturalmente, in rapporto alla contenzione.

di Giulia De Stefano

SOMMARIO: 1. Reato omissivo improprio e posizione di garanzia. 2. Posizione di garanzia in ambito sanitario. 3. La posizione di garanzia in ambito psichiatrico e il dilemma della contenzione.

1. Reato omissivo improprio e posizione di garanzia

Il reato omissivo improprio

Il tema della legittimità o meno dell'uso della contenzione in ambito psichiatrico è strettamente connesso al tema dei doveri e responsabilità professionali degli operatori sanitari psichiatrici, tema che a sua volta prende origine dal contenuto della cosiddetta posizione di garanzia, elemento cardine della figura del reato omissivo improprio. Per proseguire nella disanima del rapporto tra posizione di garanzia e contenzione in ambito psichiatrico è d'obbligo delineare un sintetico panorama sulla figura del reato omissivo improprio, in quanto, come si è già preventivamente esplicitato, è proprio da questa fattispecie penalistica che trae origine la c.d. posizione di garanzia.

Nel nostro ordinamento, tradizionalmente, il modello tipico di illecito penale è costituito dal reato di azione il cui fatto tipico è incentrato su «un comportamento attivo, un movimento corporeo dell'uomo, oggettivamente rilevabile, destinato ad incidere nel mondo esteriore e a modificarlo, idoneo ad offendere (o ad esporre a pericolo) un interesse tutelato da una legge penale»⁶⁸.

Per buona parte dell'Ottocento, in conformità con la dominante ideologia liberale ed individualistica dell'epoca, pensiero riassumibile idealmente nell'espressione cardine del liberalismo ottocentesco *laissez faire, laissez passer* (anche se in questo caso utilizzata in ambito prettamente economico), l'ordinamento penale si focalizzava quasi esclusivamente sulla fattispecie del reato commissivo, in quanto si riconosceva il «principio della libertà d'azione del cittadino, temperato, di regola, dal sol obbligo di non aggredire le altrui posizioni di interesse»⁶⁹.

Secondo questo inquadramento culturale e normativo i reati omissivi, che s'impennano sull'obbligo non tanto di astenersi dal compiere azioni illecite bensì su quello di attivarsi ed intervenire per salvaguardare beni giuridici altrui posti in pericolo⁷⁰, erano relegati a figura di reato eccezionale e secondario.

L'interesse per la fattispecie omissiva in ambito penale si sviluppa all'interno della dottrina italiana sotto l'influenza di quella tedesca, verso l'inizio del Novecento, come riflesso dei grandi cambiamenti politici, sociali ed economici nel nostro Paese. Il crescente sviluppo industriale e tecnologico e la conseguente emersione di nuove istanze sociali solidaristiche spinsero lo Stato a farsi carico di quest'ultime sia attraverso politiche previdenziali e assistenziali sia introducendo nuove fattispecie omissive all'interno della legislazione penale speciale (basti pensare all'imposizione di obblighi di attivarsi, penalmente sanzionati, in capo ai datori di lavoro, soprattutto nell'ambito della sicurezza sul lavoro e la prevenzione degli infortuni)⁷¹. È evidente che la «tendenziale dilatazione dell'area degli obblighi di attivarsi penalmente sanzionati viene a coincidere con gli sforzi del legislatore diretti a potenziare la tutela di beni superindividuali o collettivi»⁷².

Da ultimo, nell'immediato dopoguerra, con la promulgazione della Costituzione il reato omissivo sembrerebbe costituire lo «strumento tecnico-legislativo privilegiato per realizzare» sia la (criticata) «funzione propulsiva»⁷³ e «pedagogica» del diritto penale⁷⁴, che l'esplicazione penalistica del

⁶⁸ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, Tesi di dottorato di ricerca in Bioetica (XXIII ciclo), Università Campus Bio-Medico Roma, 2008, p. 9-10.

⁶⁹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Zanichelli, Bologna, 2008, p. 574.

⁷⁰ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 574.

⁷¹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 574.

⁷² S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 13.

⁷³ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 576.

⁷⁴ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 25.

principio di solidarietà tra consociati espresso dall'articolo 2 Cost.⁷⁵, di cui si parlerà più avanti tra le fonti della posizione di garanzia.

Dopo questo breve *excursus* sull'evoluzione storico-giuridica della figura del reato omissivo è giunto il momento di esaminare sinteticamente la bipartizione dei reati omissivi in propri ed impropri, per poi soffermarsi maggiormente sulla struttura del reato omissivo improprio.

I reati omissivi si dividono in due categorie: reati omissivi propri (detti anche puri) e reati omissivi impropri (detti anche impuri, o commissivi mediante omissione)⁷⁶.

Nel delineare una distinzione tra queste due fattispecie sono stati adottati differenti criteri, che in questa sede verranno solo accennati per dovere di completezza espositiva.

Il criterio tradizionale si concentra sulla presenza o meno dell'evento lesivo come requisito strutturale del fatto di reato.

Se si adotta questo principio i reati omissivi sono da classificare come propri se consistono nel «mancato compimento di un'azione che la legge penale comanda di realizzare»⁷⁷, non rilevando perciò l'aver o meno impedito il verificarsi dell'evento dannoso connesso alla condotta omissiva (esempio: nel reato di omissione di soccorso *ex art. 593 c.p.* si incrimina la mancata assistenza della persona in stato di pericolo; se, a seguito alla condotta di omissione di soccorso, ne consegue l'evento morte del soggetto, l'omittente non sarà perseguibile per omicidio ma gli verrà applicata una circostanza aggravante a mente del terzo comma del medesimo articolo). Ciò che è rilevante dal punto di vista penale è il non aver eseguito un'azione determinata ed esplicitata da una legge, rimanendo del tutto o quasi (salva l'applicazione di circostanze aggravanti) indifferente il verificarsi dell'evento lesivo connesso all'omissione.

Saranno identificate invece improprie quelle condotte omissive che consistono nella «violazione dell'obbligo di impedire il verificarsi di un evento tipico ai sensi di una fattispecie commissiva-base»⁷⁸; in questo caso ciò che rileva penalmente è il verificarsi dell'evento in seguito alla condotta omissiva in quanto, come si vedrà, l'omittente aveva preventivamente assunto la posizione di garante di un determinato bene giuridico protetto e deve rispondere di conseguenza del risultato negativo connesso alla sua mancata attivazione.

Un secondo orientamento s'incentra sulla «tecnica di tipizzazione» basandosi più che sull'evento, inteso come criterio di distinzione tra reati omissivi propri ed impropri, sul fatto che il legislatore ha tipizzato la condotta omissiva incriminata nei primi, lasciando carenti di una specifica previsione normativa⁷⁹ i secondi, che verrebbero a costruirsi come una «combinazione della norma penale di parte speciale configurante una fattispecie commissiva con la clausola generale di cui all'art. 40 cpv c.p.»⁸⁰.

Secondo questo orientamento, prevalentemente seguito dalla dottrina, l'elemento discriminante tra le due sottocategorie di reato omissivo è dunque fornito dalla diversa tipizzazione legislativa della condotta omissiva⁸¹; nei reati omissivi propri la fonte legislativa dalla quale scaturisce l'obbligo di attivarsi è tipizzata dalla legge penale, in quelli impropri la fonte della sanzionabilità deriva dal combinato di clausola di equivalenza *ex art. 40* secondo comma c.p. e le fattispecie penali commissive contenute nella parte speciale del codice penale.

In questa sede si tralascerà l'analisi della struttura del reato omissivo proprio poiché non funzionale alla trattazione, soffermandosi su quella del reato omissivo improprio, in particolar modo sulle problematiche incentrate sull'autonomia di questa fattispecie nell'ordinamento penale, sul rispetto del principio di legalità e sulla sfera di operatività della clausola di equivalenza *ex art. 40* secondo comma c.p.

Tradizionalmente la dottrina inquadra la fattispecie del reato omissivo improprio sotto la lente del reato commissivo poiché l'evento che si ha l'obbligo di impedire è quello tipizzato da una norma

⁷⁵ L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 838.

⁷⁶ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 577.

⁷⁷ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 577.

⁷⁸ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 578.

⁷⁹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 578.

⁸⁰ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 17.

⁸¹ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 17.

penale commissiva, vale a dire «di una fattispecie sorta in origine per incriminare un fatto incentrato su un comportamento positivo»⁸². Seguendo questa impostazione dottrinale il reato omissivo improprio non assumerebbe una sua autonomia all'interno della legislazione penale, ma sarebbe espressione di una «mera forma di manifestazione dei reati commissivi espressamente tipizzati dal legislatore»⁸³. Per esemplificare questo concetto si ricorre generalmente alla figura del reato di omicidio *ex art. 575 c.p.*, dove il legislatore chiama a rispondere penalmente chiunque cagioni la morte di un uomo; il verbo «cagionare» allude comunemente ad una azione commissiva/attiva che va ad incidere fatalmente sul bene vita⁸⁴. Tuttavia si è storicamente ritenuto che per determinate fattispecie penali (tra le quali l'omicidio) il non impedire un evento «sostanzialmente eguali, quanto a disvalore, la corrispondente ipotesi di commissione del reato mediante azione positiva»⁸⁵. Grazie a questa ricostruzione si può ben comprendere il perché il nostro codice penale disciplini il reato omissivo improprio nella parte generale grazie alla presenza della c.d. clausola di equivalenza, contenuta all'art. 40 secondo comma c.p., la quale dichiara che «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo»⁸⁶ e può essere applicata alle norme della parte speciale del codice contenenti fattispecie di reato di tipo commissivo, le quali risultano in tal modo convertite in corrispondenti ipotesi omissive.

Una parte della dottrina⁸⁷ ritiene che questa integrazione faccia sorgere una nuova fattispecie dotata di autonomia giuridica rispetto alle norme penali commissive della parte speciale del codice penale, incentrata sul mancato impedimento dell'evento lesivo⁸⁸. La sua autonomia trae origine dalla stessa clausola di equivalenza *ex art. 40* secondo comma c.p. in quanto questa norma non servirebbe tanto ad esplicitare il rapporto di causalità (anche se è contenuta nella norma del codice a questo dedicata) né l'antigiuridicità, bensì coadiuverebbe l'interprete nella costruzione della fattispecie giuridica omissiva, affiancando ad ogni «fattispecie commissiva di parte speciale [...] una nuova fattispecie imperniata sul "mancato impedimento", della quale fornisce tutti gli elementi strutturali»⁸⁹.

È da accennare che l'inquadramento del reato omissivo improprio come fattispecie giuridica autonoma solleva numerosi dubbi sulla sua compatibilità con il principio di legalità e di sufficiente determinatezza della norma penale, poiché è affidato in larga parte al giudice l'onere di ricostruire la fattispecie omissiva impropria in base alla clausola di equivalenza e alle conseguenti norme penali di parte speciale⁹⁰. L'interprete dovrà non solo «selezionare le fattispecie di azione legalmente tipizzate da convertire in corrispondenti ipotesi omissive, ma anche individuare gli obblighi di agire, la cui violazione veramente giustifichi una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento»⁹¹.

Per quanto riguarda la sfera di operatività dell'articolo 40 cpv. c.p. e della sua clausola di equivalenza, si delinea la problematica della delimitazione dell'estensione di tale regola, vale a dire se si possa applicare la punibilità per condotte omissive improprie alla generalità delle fattispecie penali, ovvero se vada limitata solo ad alcune categorie criminose. La limitazione della sfera di operatività della clausola di equivalenza è fondamentale per evitare una dilatazione ipertrofica della punibilità, che andrebbe ad incidere sul rispetto dei principi di determinatezza e tassatività delle norme penali⁹².

Una prima delimitazione può essere dedotta dalla funzione di «conversione» che assume l'articolo 40 secondo comma c.p. per giustificare l'incriminazione di alcuni comportamenti omissivi; la quale norma, ponendo una regola di equivalenza tra l'azione omissiva del soggetto giuridicamente obbligato ad agire che ha portato l'avverarsi di un evento dannoso e il cagionare attivamente tale

⁸² G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 582.

⁸³ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 582.

⁸⁴ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 19.

⁸⁵ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 582.

⁸⁶ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 583.

⁸⁷ Di questo avviso v. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 583-584.

⁸⁸ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 20.

⁸⁹ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 20.

⁹⁰ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 20.

⁹¹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 584.

⁹² G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 585.

evento sanzionato penalmente, esclude *a fortiori* tutti quei reati a condotta omissiva detta propria⁹³, o quelle norme che accanto all'azione in senso stretto menzionano esplicitamente una condotta omissiva. Queste tipologie di reati, come si è già detto, trovano la loro fonte direttamente da una norma penale *ad hoc* che ne determina e tipizza la condotta passiva sanzionata.

Si deve escludere l'operatività della clausola di equivalenza anche per quei reati che richiedono un atto positivo necessariamente personale, i delitti c.d. di mano propria (esempio: il reato d'incesto *ex art. 564 c.p.*), poiché queste fattispecie delittuose richiedono che il reo compia attivamente il reato per mezzo della sua persona, escludendo che queste tipologie di reato possano compiersi con delle mere condotte passive⁹⁴.

Stessa sorte scontano i reati c.d. abituali, i quali «presuppongono una determinata condotta di vita risultante da una reiterazione di comportamenti positivi»⁹⁵.

Riassumendo, il limite negativo all'operatività della clausola di equivalenza e conseguentemente l'esclusione della possibilità di definire una determinata condotta omissiva impropria come generatrice della punibilità dell'omittente è riscontrabile ogni qualvolta si abbia di fronte una fattispecie di reato descritta dal legislatore come necessariamente attiva⁹⁶.

Si può operare anche una delimitazione positiva dei modelli di reato di tipo commissivo suscettibili di conversione in reati omissivi impropri mediante la clausola di equivalenza, prendendo spunto proprio dalla circostanza che l'*art. 40* secondo comma c.p. è inserito nella rubrica «rapporto di causalità», denotando che il campo di azione del reato omissivo improprio vada circoscritto ai soli casi dove si riscontri uno stretto e ontologico legame causale tra la condotta omissiva e l'evento lesivo del bene giuridico protetto, restando indifferente la tipologia di azione passiva⁹⁷.

Questo fondamentale ed imprescindibile legame si appura nei c.d. reati di evento, vale a dire quelle tipologie di reati la cui «fattispecie incriminatrice tipizza un evento esteriore come risultato concettualmente e fenomenicamente separabile dall'azione e a questa legato in base ad un nesso di causalità»⁹⁸, e più specificamente nei reati di evento a forma vincolata, i quali non specificano le modalità di produzione del risultato lesivo, contemplando il solo prodursi di tale evento.

Sintetizzando, la sfera di operatività della clausola di equivalenza *ex art. 40* secondo comma c.p. si circoscrive ai soli reati causali puri, vale a dire quei reati dove «la carica di disvalore si concentra tutta nella produzione del risultato lesivo, mentre appaiono indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale»⁹⁹.

Per concludere questa sintetica disamina del reato omissivo improprio risulta necessario esporre brevemente la fattispecie obiettiva di questa tipologia di illecito.

La fattispecie obiettiva del reato omissivo improprio si compone preliminarmente dalla situazione tipica definibile in questo caso «come il complesso dei presupposti di fatto che danno vita ad una situazione di pericolo per il bene da proteggere e che, pertanto, rendono attuale l'obbligo di attivarsi del garante»¹⁰⁰. Come è già stato previamente enunciato, per quanto riguarda i delitti omissivi impropri non vi sono specifiche previsioni di legge penale che tipizzino la condotta omissiva sanzionata e i presupposti fattuali che danno vita all'obbligo di attivarsi, i quali saranno ricostruiti, da parte dell'interprete, mediante il già citato il processo di conversione che ricava l'ipotesi omissiva da una equivalente fattispecie commissiva grazie al principio di equivalenza *ex art. 40* secondo comma c.p.

Altri elementi costitutivi la fattispecie obiettiva del reato omissivo improprio sono: il mancato impedimento di un evento lesivo del bene giuridico protetto, il concreto avverarsi dell'evento dannoso previsto da una fattispecie commissiva base e il nesso di causalità che collega queste due condizioni.

⁹³ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 22.

⁹⁴ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 585.

⁹⁵ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 585.

⁹⁶ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2013, p. 271.

⁹⁷ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 586.

⁹⁸ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 193.

⁹⁹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 586.

¹⁰⁰ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 589.

La causalità della condotta omissiva impropria è da sempre fonte di numerose criticità poiché il reato omissivo si basa su un'azione negativa, il non essersi attivati per la protezione di un bene giuridico, che ha condotto al verificarsi di un evento sanzionato penalmente il cui nesso causale tra il primo e il secondo elemento è dato da una ricostruzione prognostica e ipotetica, e non su una condotta positiva e commissiva dove vi è una più agevole percepibilità del nesso causale che collega la condotta e l'evento.

Tralasciando in questa sede una disamina più approfondita delle problematiche concernenti il nesso di causalità nelle ipotesi omissive improprie, ci si limita ad osservare che la causalità nei reati commissivi è di natura prettamente naturalistica; si tratta cioè di stabilire una connessione tra «dati reali del mondo esterno»¹⁰¹. Quella dei reati di tipo omissivo ha natura fondamentale normativa¹⁰², consistente perciò nel *non facere quod debetur* imposto dalla legge e trovando nel caso della fattispecie impropria la propria principale fonte nel principio di equivalenza *ex art. 40* secondo comma c.p., al quale si ricorre per determinare quali ipotesi di condizioni statiche¹⁰³ siano da sanzionare penalmente.

Nei reati omissivi impropri si deve verificare «se e in che modo l'eventuale compimento dell'azione dovuta avrebbe inciso sul corso degli accadimenti e, in particolare, se sarebbe valso ad evitare la verifica dell'evento lesivo»¹⁰⁴. Tale verifica viene effettuata dal giudice mediante un giudizio ipotetico o prognostico, il quale si basa su un processo mentale che va a valutare se l'evento lesivo si sarebbe verificato o meno se si fosse realizzata l'azione doverosa omessa. Il giudice, nella sua ricostruzione prognostica, dovrà basarsi sul modello della sussunzione sotto leggi scientifiche universali o statistiche¹⁰⁵, e dopo aver individuato la legge scientifica di copertura che permetta all'interprete di affermare con una certa plausibilità che al verificarsi di determinati comportamenti e precauzioni vengono generalmente annullate (o ridotte nella loro lesività) le conseguenze dannose per il bene protetto, si dovrà utilizzare come «test di controllo»¹⁰⁶ la formula della *condicio sine qua non*, che nell'ipotesi del reato omissivo improprio viene ricostruita in questo modo: «l'omissione è causa dell'evento quando non può essere mentalmente sostituita dall'azione doverosa, senza che l'evento venga meno»¹⁰⁷.

Si può facilmente intuire come il nesso causale nelle ipotesi di reato omissivo improprio non possa essere eguagliato a quello esistente nei reati commissivi; e questa «inferiorità» viene compensata dalla necessaria sussistenza di un'ulteriore elemento costitutivo della fattispecie omissiva impropria, che va ad individuare quali soggetti siano imputabili per la loro mancata attivazione¹⁰⁸. Questo ulteriore elemento è contenuto nella già analizzata clausola di equivalenza *ex art. 40* secondo comma c.p. alla locuzione «[...] che si ha l'obbligo giuridico di impedire [...]» introducendo il concetto di posizione di garanzia.

La posizione di garanzia: obbligo di protezione e di controllo

L'articolo 40 secondo comma c.p. stabilisce che la regola di equivalenza che connette il non impedire un evento dannoso e il cagionarlo attivamente sia coadiuvata da un ulteriore elemento: avere l'obbligo giuridico di impedire la conseguenza negativa. Ne deriva che quest'obbligo non può essere imposto su ogni consociato, ma in via eccezionale, solo in capo a chi la legge (*lato sensu* intesa) ponga un dovere di attivarsi.

Rispetto agli obblighi giuridici richiamati dal secondo comma dell'art. 40 c.p., la stessa disposizione non specifica e tipicizza la loro natura e caratteristiche, questa mancanza di un numero «chiuso» comporta sia dei risvolti positivi consentendo alla giurisprudenza di poter agevolmente far fronte a tutte quelle nuove esigenze di tutela emergenti dall'evoluzione tecnologica e sociale, sia negativi,

¹⁰¹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 590.

¹⁰² F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 272.

¹⁰³ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 272.

¹⁰⁴ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 590.

¹⁰⁵ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 229-230.

¹⁰⁶ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 591.

¹⁰⁷ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 591.

¹⁰⁸ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 596.

affidando il settore dei reati omissivi impropri di critici profili d'incertezza ed indeterminazione riguardanti i limiti di applicazione della clausola di equivalenza¹⁰⁹.

La dottrina, nel tentativo di fornire dei profili di determinatezza alla natura degli obblighi giuridici richiamati da queste fattispecie di reati, ha profilato diverse teorie anche antitetiche tra loro.

La più risalente nel tempo è la c.d. teoria formale dell'obbligo di impedire l'evento, dottrina dominante nella dottrina europea nei primi anni del ventesimo secolo e ancora prevalente nella manualistica italiana¹¹⁰. Secondo questa teoria l'obbligo di attivarsi nasce da fonti formali rintracciabili all'interno di tutto l'ordinamento giuridico¹¹¹, e più precisamente seguendo una tripartizione c.d. «a trifoglio» la formulazione originaria enunciava come fonte giuridica dell'obbligo di attivarsi: la legge penale ed extrapenale, il contratto, la precedente azione pericolosa (chi ha compiuto un'azione che ha posto in pericolo un determinato bene giuridico ha poi l'obbligo penalmente sanzionato di attivarsi per impedire le eventuali conseguenze dannose sui terzi). Successivamente la dottrina ha aggiunto due ulteriori fonti di obbligo: la consuetudine e la gestione di affari altrui¹¹².

Questa teoria presta il fianco a diversi rilievi critici: non ogni obbligo di fonte extrapenale di attivarsi impone automaticamente l'obbligo di impedire l'evento dannoso, non può essere applicata la regola di equivalenza per quei reati di omissione che trovano la loro fonte in fattispecie omissive proprie e da ultimo, per quanto riguarda la fonte derivante da una precedente azione pericolosa, non esiste una norma giuridica che esplicitamente imponga che vi sia un obbligo di attivarsi per impedire l'evento dannoso correlato ad una azione illecita¹¹³.

Opposta ontologicamente alla teoria formale, che si basa su esigenze liberal-garantiste di legalità, la dottrina ha formulato un orientamento funzionale o sostanziale basato su istanze social-solidaristiche di tutela, secondo il quale la fonte dell'obbligo di attivarsi risiede nella posizione di garanzia intesa come situazione di fatto in cui un soggetto viene investito del dovere di attivarsi per la salvaguardia del bene giuridico protetto di titolarità di un terzo con il quale si è instaurato un rapporto di affidamento di fatto, basandosi normativamente su principi generalissimi del nostro ordinamento come il *neminem laedere* e sugli articoli 2 (solidarietà), 32 (se si tratta di operatori sanitari) e 41 (nei confronti dei datori di lavoro) della Costituzione¹¹⁴.

Questa teoria presta il fianco a problematicità sul versante dell'indeterminatezza delle fonti di obbligo di attivazione e quindi sulla violazione dei principi di legalità e tipicità delle norme penali.

L'orientamento oggi dominante in dottrina cerca di sintetizzare gli aspetti positivi di queste due teorie mitigandone le criticità, desumendo dalla teoria formale la necessità di una fonte legale e/o contrattuale degli obblighi di attivazione per rispettare i principi di determinatezza delle norme penali, e dall'orientamento funzionale la necessità che questo obbligo sia «contenutisticamente finalizzato proprio all'impedimento dell'evento lesivo costitutivo del reato»¹¹⁵ al fine di non ampliare troppo il sistema d'incriminazione, il che andrebbe a «disattendere le stesse scelte legislative di politica criminale, e risulterebbero quindi violati i limiti in cui è predisposta la stessa tutela legale dei beni penalmente protetti»¹¹⁶.

Da questo *excursus* sulla fonte degli obblighi di attivazione dei reati omissivi impropri si desume come la funzione dell'art. 40 secondo comma c.p. e della posizione di garanzia sia quella di assicurare a determinati beni giuridici una «tutela rafforzata, stante l'incapacità -totale o parziale- dei loro rispettivi titolari di proteggerli adeguatamente»¹¹⁷: da questa «incapacità» discende l'obbligo di protezione di questi beni da eventi dannosi, il quale sorge in capo ad un soggetto diverso dal titolare che assume la posizione di garante.

¹⁰⁹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 596.

¹¹⁰ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 597.

¹¹¹ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 276-277.

¹¹² G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 597-598.

¹¹³ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 598.

¹¹⁴ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 276.

¹¹⁵ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 277.

¹¹⁶ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 585.

¹¹⁷ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 600.

La posizione di garanzia può essere quindi descritta come «uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico, determinato dall'incapacità (totale o parziale) del titolare a proteggerlo autonomamente»¹¹⁸. Gli obblighi di garanzia possiedono un carattere speciale poiché non incombono su tutti i consociati ma solamente in capo a determinati soggetti «garanti», ai quali l'ordinamento giuridico attribuisce, in via preventiva, sia poteri di vigilanza sulla fonte del pericolo, sia doveri di intervento su una situazione di pericolo *in fieri*¹¹⁹.

Le posizioni di garanzia possono essere divise in due tipologie, in base al loro contenuto e allo scopo della posizione del garante: posizione di protezione e posizione di controllo¹²⁰.

La posizione di protezione impone al garante di proteggere determinati beni giuridici da tutte le fonti di possibile pericolo e si fonda sul particolare legame di tutela tra il titolare del bene e il garante¹²¹ (esempio: i genitori sono obbligati giuridicamente a proteggere i figli minori da ogni fonte di pericolo che ne possa minacciare l'integrità psico-fisica, proprio grazie al legame, giuridicamente disciplinato, che lega il garante al titolare del bene giuridico vita/integrità fisica e psichica).

La posizione di controllo ha lo scopo di «neutralizzare determinate fonti di pericolo, in modo da garantire l'integrità di tutti i beni che ne possono risultare minacciati». Ne risulta che in questo particolare obbligo di garanzia il garante possiede la «signoria» delle fonti di pericolo dalle quali i terzi non possono autonomamente proteggersi¹²² (esempio: l'imprenditore ha una posizione di controllo sui pericoli derivanti dalla produzione rispetto ai propri dipendenti; il proprietario di un immobile pericolante in ragione della sua posizione ha l'obbligo di impedire che le condizioni del suo stabile possano causare danni a terzi).

La posizione di garanzia, di qualunque tipologia, può essere distinta anche in originaria o derivata.

La prima nasce in capo a quei determinati soggetti che sono chiamati ad assumere la posizione di garante da parte dell'ordinamento giuridico in considerazione del loro ruolo o della particolare posizione di garanzia rivestita (i genitori, il proprietario bene immobile pericolante, il tutore etc.), la seconda tipologia, invece, è determinata da un passaggio di titolarità degli obblighi di attivazione che «trapassano dal titolare originario ad un soggetto diverso per lo più mediante atto di trasferimento negoziale»¹²³ (esempio: la babysitter che prende l'incarico di sorvegliare dei minori in assenza dei genitori).

Per concludere, affinché possano ravvisarsi concretamente la posizione di garanzia e conseguentemente la responsabilità penale in capo al garante per omessa attivazione nella protezione dei beni giuridici affidatigli, non rileverà l'astratto obbligo di agire, ma occorrerà che si sia realizzata la concreta «presa in carico» del bene da tutelare, in quanto per conseguenza logica solo con una determinata vicinanza fisica tra il titolare del bene da salvaguardare e il suo garante quest'ultimo potrà concretamente realizzare l'effettivo esercizio dei poteri di controllo o protezione¹²⁴.

Nel prossimo capitolo verranno analizzate le fonti costituzionali e di legislazione di settore che danno corpo alla posizione di garanzia in ambito sanitario, premessa indispensabile per poter affrontare il tema della declinazione di questa tematica in ambito psichiatrico e metterla in relazione al ruolo della contenzione meccanica in psichiatria.

¹¹⁸ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 600-601.

¹¹⁹ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 278.

¹²⁰ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 602.

¹²¹ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 279.

¹²² F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 279.

¹²³ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 602.

¹²⁴ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 278.

2. Posizione di garanzia in ambito sanitario.

Fonti della posizione di garanzia in ambito sanitario: norme costituzionali e della legislazione di settore, relazione terapeutica e contratto

L'esistenza di una posizione di garanzia in capo al sanitario è generalmente confermata dalla maggioranza delle pronunce giurisprudenziali¹²⁵, le quali oscillano tra quelle che identificano l'origine di questo obbligo nelle norme di diritto positivo o pattizio e quelle che preferiscono individuarla nel dato fattuale dell'instaurazione della relazione medico-paziente.

La giurisprudenza più recente cerca di rintracciare un ancoraggio il più formale possibile per la posizione di garanzia in capo al medico, poiché ritiene che l'articolo 40 secondo comma c.p. subordini necessariamente la rilevanza penale della mancata attivazione del garante ad obblighi normativamente sanciti, in ragione anche ad una speciale attenzione per la salvaguardia dei principi di determinatezza e tipicità della responsabilità penale. Le fonti legislative dell'obbligo di garanzia sono state rintracciate sia nelle norme e principi costituzionali che nella legislazione propria del settore sanitario.

Secondo diverse pronunce della giurisprudenza della Corte di Cassazione¹²⁶ la posizione di garanzia trova la propria fonte primaria negli artt. 2 e 32 della Costituzione. Il primo articolo enuncia l'obbligo di solidarietà tra consociati, il secondo delinea il principio del diritto alla salute e il conseguente obbligo per i sanitari di difenderlo e salvaguardarlo.

Secondo questi due principi costituzionali i sanitari (medici, infermieri, paramedici) sarebbero investiti *ex lege* dell'obbligo di proteggere determinati beni giuridici di titolarità del paziente (vita, salute e benessere psico-fisico e di relazione, integrità psico-fisica) dalle fonti di potenziale pericolo.

Ancorare l'origine della posizione di garanzia alle sole norme costituzionali anzidette comporterebbe però il formarsi di un critico «deficit di determinatezza [...] una vaghezza che inficerebbe l'attitudine alla qualificazione di (idonea) fonte»¹²⁷ delle norme costituzionali, comportando un inaccettabile livello di indeterminatezza e astrattezza della tipologia delle fonti dei pericoli che i sanitari sono chiamati a eliminare e/o ridurre per la salvaguardia dei beni giuridici posti sotto la loro responsabilità di tutela.

Per ovviare a queste criticità e garantire la tutela del principio di tassatività e determinatezza delle norme penali, la giurisprudenza della Cassazione ha individuato nella legislazione ordinaria in tema di disciplina del Servizio Sanitario Nazionale alcuni criteri più precisi, atti a delineare il contenuto degli obblighi di garanzia del sanitario.

Di seguito sono didascalicamente riportate le normative più pregnanti in tema di posizione di garanzia.

- la legge istitutiva del SSN (Legge 23 dicembre 1978, n. 833, la quale recepisce all'art. 1 il primo comma dell'articolo 2 della Costituzione);
- l'articolo 1 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 sulla tutela della salute e la definizione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza¹²⁸;
- la normativa relativa all'ordinamento dei servizi ospedalieri (d.p.r. 27 marzo 1969, n. 128) sull'obbligo di attivarsi dell'aiuto primario in caso di assenza o impedimento del primario¹²⁹;
- la normativa concernente la definizione dello stato giuridico del personale UU.SS.LL. (d.p.r. 20 dicembre 1979, n. 761), la quale dichiara l'autonomia di esecuzione dell'atto medico in capo all'aiuto e assistente primario, seppur vincolata alle direttive impartite da quest'ultimo, e la relativa assunzione di responsabilità per esito negativo. Dello stesso tenore anche il

¹²⁵ Da questa generale uniformità giurisprudenziale si discosta un'isolata pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. pen., sez. IV, 1.10.1998-8.1.1999, n. 1957). La Suprema Corte asserisce che «alla luce della tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultati, rientrando quella del medico tra le obbligazioni di mezzi non ricorrerebbe per lui l'obbligo di impedire l'evento morte» (v. L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 836).

¹²⁶ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 2.3.-13.9.2000, n. 9630, «Cassazione penale», 2002, p. 574; Cass. pen., sez. IV, 1.12.2004-11.3-2005, N. 9739, «Diritto e giustizia», 2005, p. 70.

¹²⁷ L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 841.

¹²⁸ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 90.

¹²⁹ L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 842.

d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, il quale attribuisce la responsabilità penale per esito infausto dell'azione medica anche in capo al medico specializzando¹³⁰.

A ben vedere tutte queste normative di settore, oltre a fornire una più spiccata determinatezza al contenuto della posizione di garanzia in ambito sanitario, declinano e rendono effettivo sul piano normativo ordinario i principi costituzionali di solidarietà e tutela della salute *ex artt. 2 e 32 Cost.*, specificando che con quest'ultimo articolo il legislatore ha inquadrato il bene salute sia a livello individuale (come recita il secondo comma nessuno può «essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», sancendo il principio di autodeterminazione e volontarietà della cura), che dotandolo di una valenza sociale, in quanto la salute «non può essere rinchiusa solo in prospettiva individualista [...] ma ha un preciso statuto relazionale e solidaristico [...]»¹³¹.

Alcune pronunce della Cassazione¹³², fedeli alla teoria funzionale, rinvencono come ulteriore fonte della posizione di garanzia tra medico e paziente, l'instaurazione della c.d. relazione terapeutica, dando rilievo perciò «al dato fattuale della "presa in carico" del paziente»¹³³, detta anche del «contatto sociale»¹³⁴.

Come ultima fonte della posizione di garanzia, la giurisprudenza della Suprema Corte¹³⁵ ha individuato anche il contratto instaurato tra il paziente e il medico. Il contenuto dell'atto pattizio e l'espressione del consenso «dovranno mantenersi nel solco tracciato dalla disposizione costituzionale e tendere sempre, attraverso le distinte obbligazioni, alla promozione, mantenimento e recupero della salute»¹³⁶.

Come è noto il contratto e la sua validità si fondano principalmente sul consenso espresso delle parti: in questo particolare caso, su quello prestato dal titolare del bene salute, ovvero il paziente.

La dottrina prevalente ritiene che la principale fonte della posizione di garanzia del sanitario provenga dal consenso del paziente, per cui l'obbligo di protezione del medico troverebbe origine nell'esplicita richiesta di cura da parte del titolare del bene salute, con la conseguenza che il suo rifiuto o rinuncia estinguerebbe sia il rapporto terapeutico che l'obbligo, in capo al sanitario, di attivarsi per la salvaguardia dei beni tutelati in capo al paziente. Se da un lato questo orientamento è assolutamente da tenere in considerazione, soprattutto in quanto avvalorato il principio di autodeterminazione e volontarietà della cura, dall'altro parte della giurisprudenza di legittimità afferma che, oltre alla fonte contrattuale basata sul libero consenso, il rapporto di garanzia medico-paziente possa legittimamente scaturire anche «in base alla normativa pubblicistica di tutela della salute» indipendentemente dal consenso del paziente (esempio: TSO) o nei casi di necessità ed urgenza che legittimano (anzi impongono) al sanitario di intervenire. Il consenso in questo modo diverrebbe una delle diverse fonti che compongono la posizione di garanzia del medico, essendo poi finalizzata e vincolata ai principi *ex artt. 2 e 32* della Costituzione e al contenuto della prestazione sanitaria definite dalle norme della legislazione di settore¹³⁷.

A questo punto, per concludere, si può stilare una gerarchizzazione delle fonti dell'obbligo di garanzia in capo al sanitario. *In primis* vengono in rilievo le norme costituzionali che definiscono i principi ai quali le norme subordinate devono ispirarsi, poi quelle della legislazione ordinaria di settore ed infine la fonte contrattuale, comportando che «l'autonomia delle parti specifica l'astrattezza e generalità del disposto legislativo (costituzionale e pubblicistico), ma non può modificare e alterare la competenza, il ruolo, la professionalità e la funzione dell'operatore sanitario come elaborata dalla fonte superiore»¹³⁸.

¹³⁰ L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 842-843.

¹³¹ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 91.

¹³² Cass. pen., sez. IV, 14.11.2007, «Foro italiano», 2008, p. 279.

¹³³ L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 844-845.

¹³⁴ Per approfondire le diverse posizioni giurisprudenziali e dottrinarie in merito, v. L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 844 - 848.

¹³⁵ Cass. pen., sez. IV, 22.5.207, n. 25527, «Diritto penale e processo», 2008, p. 748.

¹³⁶ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 91.

¹³⁷ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 93.

¹³⁸ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 94.

Il rapporto tra consenso del paziente e la posizione di garanzia del medico nella giurisprudenza italiana. In sintesi.

Per dovere di completezza è necessario analizzare sinteticamente la natura del rapporto che lega il consenso e la posizione di garanzia. Come detto la dottrina maggioritaria vede nel consenso del paziente la fonte principale dell'obbligo di garanzia e la legittimazione del medico a operare sul paziente. La giurisprudenza ha anch'essa seguito un percorso evolutivo che l'ha portata dal considerare la prestazione del consenso come elemento fortemente secondario a protagonista indiscusso nella relazione terapeutica paziente-medico.

La pronuncia giurisprudenziale¹³⁹ - che essendo di sezione civile non tratta direttamente della posizione di garanzia - più risalente nel tempo (fine anni ottanta) fa emergere « il principio per cui la natura e il contenuto dell'obbligazione che sussiste in capo al medico non può essere modificata dalla volontà soggettiva del paziente [...] Il medico deve eseguire la propria prestazione professionale secondo le migliori indicazioni terapeutiche [...] indipendentemente dalla volontà dell'assistito»¹⁴⁰; il quale assistito, in caso di divergenza di opinioni, dovrà essere convinto dal medico ad accettare il percorso terapeutico senza la possibilità di modifica della prestazione sanitaria vaticinata dal sanitario. Dello stesso tenore l'ordinanza del GIP del Tribunale di Pescara del 2001 il quale, di fronte al rifiuto di un paziente Testimone di Geova di subire una trasfusione di sangue in una situazione d'imminente pericolo di vita, ha ritenuto legittima la condotta dei medici che hanno comunque proceduto nell'esecuzione di tale terapia salvavita¹⁴¹.

In tutti questi due casi il giudice ha ritenuto che «il medico sia titolare di una posizione di garanzia che lo porta ad intervenire eseguendo ciò che ritiene opportuno nei confronti del paziente affidato alle sue cure. La contraria volontà non può - in sintesi - vincolare l'operato del sanitario»¹⁴².

Progressivamente il bilanciamento che la giurisprudenza opera tra la tutela della salute ed integrità psico-fisica del paziente e la salvaguardia della sua autodeterminazione, anche di fronte alla prospettiva che il rifiuto comporti di un esito fatale, comincia a favorire il secondo principio rispetto al primo¹⁴³.

La famosa sentenza n. 21748 del 2007 pronunciata della prima sezione della Cassazione civile, la c.d. «sentenza Englaro» e quella del Tribunale di Roma del 23 luglio 2007 sul «caso Welby» evidenziano, tra tutte, come vi sia stata una progressiva dilatazione di operatività del principio di autodeterminazione del paziente nella relazione terapeutica. Nel caso Englaro questo principio è stato tutelato dai giudici perfino dinanzi ad un consenso all'interruzione delle cure salvavita non presente (ma ricostruito dall'interprete e cronologicamente antecedente al fatto lesivo) al momento della sospensione delle terapie di sostentamento del paziente da anni in stato vegetativo. La Suprema Corte ha ravvisato come l'obbligo giuridico di garanzia e cura del medico sorga al momento dell'espressione della volontà del paziente in cura, perduri per tutto il tempo in cui questa è manifestata, e cessa al momento della rinuncia da parte del paziente, ponendo il consenso come fonte primaria della posizione di garanzia del sanitario.

Si assiste perciò in ambito giurisprudenziale ad una progressiva «erosione dell'istituto della posizione di garanzia del sanitario, che viene sempre più piegata alla volontà soggettiva del malato»¹⁴⁴, mutamento che si ancora anche all'evoluzione culturale e sociale del Paese, il quale riconosce sempre più come valore primario l'autodeterminazione dell'individuo.

Come si vedrà nella trattazione della posizione di garanzia dello psichiatra, questo attuale orientamento giurisprudenziale e dottrinale nella relazione tra consenso del paziente e obbligo di garanzia del medico costituirà una tra le argomentazioni principali che vedono questo dovere di protezione assai ridotto (e per taluni estinto, o relegato al solo dovere di cura) in ambito

¹³⁹ Cass. civ., sez. III, 1.3.1988, n. 2144, «Foro italiano», 1988, p. 2296.

¹⁴⁰ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 111.

¹⁴¹ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 113.

¹⁴² S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 113.

¹⁴³ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 113.

¹⁴⁴ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 117.

psichiatrico, quando il paziente si affida volontariamente al trattamento sanitario della sua patologia mentale.

Il contenuto della posizione di garanzia del medico.

Il tema del consenso e della sua capacità di attivare, modificare e interrompere la sussistenza della posizione di garanzia del sanitario è di fondamentale importanza anche per descrivere il contenuto di questo obbligo.

Primariamente è possibile definire la posizione di garanzia in ambito sanitario come un istituto che si basa sulla tutela della vita e della salute del paziente, quando, come detto *supra*, il consenso del paziente viene positivamente espresso in relazione al progetto terapeutico definito dal medico. Diverso sarà il discorso quando vi sia un dissenso da parte del paziente, aprendo le porte al dilemma tra il bilanciamento del diritto all'autodeterminazione e quello del dovere del sanitario di intervenire per la salvaguardia del bene salute¹⁴⁵.

La tutela della vita, pur non avendo una specifica fonte normativa costituzionale che la delinea, è un principio che può essere rintracciato implicitamente in altre norme, quali l'articolo 2 della Costituzione che disciplina la salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo (logicamente, per poter esercitare tali diritti, sarà fondamentale che la persona si trovi in condizioni di essere viva), anzi costituirebbe il principale «bene presupposto»¹⁴⁶ metagiuridico alla base di tutti gli altri diritti.

Anche nella legislazione positiva si trovano numerose normative a tutela del bene vita, in particolar modo all'interno del nostro codice penale. I reati di omicidio *ex art. 575 c.p.*, di omicidio del consenziente *ex art. 579 c.p.* e di istigazione o aiuto al suicidio *ex art. 580 c.p.* sono tutte disposizioni penali che sottolineano come il bene vita non sia solo uno tra i beni principali che l'ordinamento giuridico tutela, ma come venga considerato come «indisponibile» anche da parte del titolare¹⁴⁷. Questa indisponibilità del bene vita viene recepita dalla dottrina più tradizionalista e datata che, come visto al paragrafo precedente pone come limite all'autodeterminazione del paziente il pericolo imminente per la sua salute ed incolumità. Lo stesso orientamento viene assunto anche nella lettura del secondo elemento contenutistico della posizione di garanzia, il diritto alla salute *ex art. 32 della Carta costituzionale*, visto come un diritto sociale e collettivo, con funzioni programmatiche e di difesa della collettività¹⁴⁸.

La dottrina e giurisprudenza più recenti valorizzano come contenuto della posizione di garanzia non tanto il bene vita ma il bene salute *ex art. 32 Cost.*, concentrandosi sul principio volontaristico delle cure sanitarie tracciato dal secondo comma e ricomprendendo tra i trattamenti sanitari vincolati all'autodeterminazione anche quelli salvavita¹⁴⁹. L'articolo 32 Cost. viene ad evolversi in diritto soggettivo «espressione di una libertà soggettiva dell'individuo non subordinata ad istanze sociali»¹⁵⁰.

Per sintetizzare le due opposte visioni dottrinali e giurisprudenziali, nel nostro ordinamento si rintraccia un *favor* verso la salvaguardia della salute e della vita umana anche contro la volontà del titolare (esempio: il reato di omicidio del consenziente o di istigazione e aiuto al suicidio), ma viene al contempo riconosciuta l'esistenza del principio di autodeterminazione del paziente e il suo diritto a rifiutare o interrompere le cure mediche¹⁵¹. L'estensione di questa «signoria» sul proprio corpo e sulla propria salute viene poi a differenziarsi tra un orientamento che ammette la sua esplicazione fino all'esito fatale e uno che impone il limite del suo esercizio quando il diniego alle cure possa comportare la morte del paziente.

¹⁴⁵ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 134.

¹⁴⁶ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale.*, Vol. I, *I delitti contro la persona*, 6ª ed., Cedam, Padova, 2008, p. 91.

¹⁴⁷ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 142.

¹⁴⁸ Per un maggiore approfondimento sulla tematica dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale del bene salute da diritto sociale a diritto fondamentale dell'individuo, v. S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 143.

¹⁴⁹ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 143.

¹⁵⁰ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 149.

¹⁵¹ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 159.

Grazie a questa succinta analisi del contenuto della posizione di garanzia e delle criticità ad esso collegate si può, infine, delineare l'esistenza di due tipologie di obbligo di garanzia in capo al sanitario: la posizione di garanzia primaria e quella secondaria.

L'obbligo di garanzia primario si espliciterebbe nel contenuto espresso nelle righe precedenti, vale a dire la tutela della salute e vita del paziente, mitigata dal principio di autodeterminazione.

Questa posizione di garanzia è inquadrata prevalentemente nella fattispecie della posizione di protezione¹⁵², vale a dire nell'obbligo, in capo al sanitario, di proteggere i beni giuridici della vita e della salute psico-fisica del paziente contro le minacce esterne che potrebbero metterli in pericolo, stante l'impossibilità del titolare di questi beni di provvedere autonomamente alla loro salvaguardia, in ragione della mancanza in capo a quest'ultimo delle necessarie conoscenze scientifiche e tecniche sulla cura delle patologie mediche.

Questo obbligo si attiverebbe al momento della effettiva «presa di contatto» tra il paziente ed il medico, contatto scaturente, come visto, da fonti giuridiche o fattuali.

La riforma del SSN operata mediante il d.lgs 30 dicembre 1992, n. 502, con il conseguente processo di «aziendalizzazione» del Servizio Sanitario, ha ridisciplinato l'organizzazione, soprattutto apicale, delle strutture sanitarie, individuando, tra l'altro, il responsabile della struttura nel direttore generale coadiuvato da quello sanitario e amministrativo. In capo a questi soggetti è pacifica l'attribuzione della posizione di garanzia e la conseguente responsabilità penale per quanto riguarda i rischi per il bene salute derivanti da carenze strutturali ed organizzative, che escludano perciò la correttezza professionale e procedurale degli operatori sanitari¹⁵³.

La questione è se vi sia in capo al medico, assunto all'interno di una struttura sanitaria, un'obbligazione di garanzia secondaria che si estenda dal salvaguardare la salute del paziente anche alla verifica dell'idoneità delle strutture e al corretto funzionamento delle attrezzature, affidandogli così anche una posizione di controllo¹⁵⁴.

La giurisprudenza oscilla tra il riconoscimento in capo al medico del solo obbligo di protezione della salute del paziente e l'estensione di questa posizione di garanzia anche al controllo dell'idoneità della struttura e degli strumenti tecnici.

Se si vuole dar maggior risalto all'ultimo orientamento, in capo al medico si dovrebbero riconoscere determinati obblighi di attivazione (che, se correttamente eseguiti, lo libererebbero dalla responsabilità per danni a terzi): emergono in tal senso, in particolare, il dovere di effettuare una pronta segnalazione formale dei disservizi e malfunzionamenti della struttura o dell'equipaggiamento, l'obbligo di predisporre l'immediato trasferimento dei pazienti verso una struttura sanitaria adeguata, se questi non versino in condizioni inadatte allo spostamento, e il dovere (in questo caso posto in capo al primario) di controllare di persona o per interposta persona la fase post-operatoria e l'operato dei collaboratori¹⁵⁵.

In conclusione, per quanto riguarda la posizione di garanzia del primario nei confronti dei propri subordinati (la normativa vigente ha sostituito la tripartizione tra *ex* primario, *ex* assistente ed *ex* aiuto con una bipartizione tra personale medico di primo livello e di secondo livello), la legge e la giurisprudenza riconoscono in capo al primario (dirigente sanitario) la titolarità di «un potere-dovere di fornire direttive generiche e specifiche, nonché di vigilanza e di verifica dell'attività autonoma o delegata dei medici, per così dire, subordinati»¹⁵⁶. L'obbligo di garanzia del primario di una struttura sanitaria impone perciò a costui, in quanto medico, di osservare le regole di condotta della professione e, in quanto dirigente, di esercitare obblighi di controllo e vigilanza sull'operato del proprio staff¹⁵⁷.

Nella prossima parte si analizzerà come l'istituto della posizione di garanzia venga declinato in un ambito sanitario molto particolare: la psichiatria.

¹⁵² S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 160.

¹⁵³ L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 850.

¹⁵⁴ L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 852.

¹⁵⁵ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 164.

¹⁵⁶ Cass. pen, sez. IV, 29.9-23.12.2005, n. 47145 vedi L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 857.

¹⁵⁷ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 163.

Verranno prese in considerazione le diverse tesi dottrinali e giurisprudenziali in merito al contenuto e alle applicazioni di questo obbligo, il quale verrà posto in relazione ad un tema decisamente ostico sia dal punto di vista normativo che etico-culturale e scientifico; quello della contenzione meccanica in ambito psichiatrico.

3. La posizione di garanzia in ambito psichiatrico e il dilemma della contenzione.

Posizione di garanzia in capo allo psichiatra. Tesi dottrinali e pronunciamenti giurisprudenziali a confronto

Per poter concretamente affrontare il tema della posizione di garanzia del medico psichiatra si deve, in via preliminare, esporre l'evoluzione normativa che disciplina la figura e le responsabilità dello psichiatra.

Nel nostro ordinamento, la prima normativa che ha descritto le competenze e gli obblighi del medico psichiatra risale ai primi anni del Novecento (legge 14 febbraio 1904, n. 36), legge che veniva influenzata dal *background* scientifico dell'epoca, il quale inquadrava la malattia mentale in termini organicistici, collegando la patologia psichica ad alterazioni e danni cerebrali che comportavano senza eccezione l'insorgere di comportamenti pericolosi o moralmente indecorosi nel «folle»¹⁵⁸.

Questa legge rappresentava perciò il malato psichico come soggetto essenzialmente pericoloso per la collettività, da confinare e segregare negli istituti manicomiali, inaugurando un modello normativo «di tipo custodialistico-repressivo, ispirato ad esigenze di difesa sociale contro i comportamenti pericolosi dei malati mentali»¹⁵⁹. Lo psichiatra, in un quadro normativo del genere, era rivestito di obblighi non tanto di cura e prevenzione della malattia mentale (diagnosi e cure rese ancor più ostiche, all'epoca, dall'immaturità metodologica della neonata scienza psichiatrica e dalla mancanza di adeguati farmaci) bensì di controllo e sorveglianza dei pazienti mentali, visti come fonte di potenziale pericolo per il restante corpo sociale.

La legge n. 36 del 1904, al fine di rafforzare la responsabilità del medico psichiatra e degli operatori in ambito psichiatrico per atti omissivi in tema di controllo e custodia dei pazienti, introdusse due tipologie di reato agli artt. 714 e 717 del codice penale, disciplinanti l'omessa custodia dei malati di mente e l'omessa denuncia di malattie mentali o gravi infermità psichiche¹⁶⁰.

Il trattamento dei malati psichiatrici in questo quadro ideologico - giuridico si delineava secondo i canoni dell'ospedalizzazione forzata, dell'allontanamento dal contesto familiare e sociale e della perdita dei diritti civili e politici con l'iscrizione dello stato di alterazione della salute mentale nel casellario giudiziario e con la conseguente applicazione della presunzione automatica di pericolosità all'infermo di mente¹⁶¹.

La situazione iniziò a mutare con la legge n. 431 del 18 marzo 1968 in tema di previdenza per l'assistenza psichiatrica, detta «legge Mariotti», la quale: omologava l'istituto manicomiale all'ospedale civile¹⁶², tentava di fondare l'approccio alla malattia psichica su un piano di prevenzione e cura e non di difesa sociale, rendeva più vivibile il contesto manicomiale con la fissazione di un limite di posti letto, introduceva il ricovero volontario e la possibilità di convertire quello coattivo in volontario ed istituiva per ogni provincia dei dipartimenti di igiene mentale¹⁶³.

Il vero superamento normativo del parallelismo malato mentale - soggetto potenzialmente pericoloso da isolare, si avvera con l'approvazione della legge 13 maggio 1978, n. 180, conosciuta

¹⁵⁸ M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, «Rivista italiana di medicina legale», 2007 p. 788.

¹⁵⁹ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 210.

¹⁶⁰ M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 790.

¹⁶¹ M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 789.

¹⁶² P. Dell'Acqua, *Persone. Malattia mentale e guarigione*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 789.

¹⁶³ B. De Risio, *La responsabilità dello psichiatra*, in F. Peccenini (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 249.

ai più come «legge Basaglia» in onore del famoso psichiatra veneto Franco Basaglia, che fu uno tra i più esimi fondatori della concezione moderna della salute mentale, ispiratore della riforma della disciplina psichiatrica italiana e sostenitore della visione *no restraint* (priva delle metodologie di contenzione e a cancelli aperti) del trattamento del malato mentale all'interno della clinica psichiatrica. La legge n. 180 del 1978 venne successivamente richiamata dall' articolo 34 della legge 833 del 1978 istitutiva del SSN.

La legge n. 180 del 1978 elimina gli istituti manicomiali, delinea la natura essenzialmente volontaristica dell'accesso alle cure psichiatriche (salvo per il TSO) ed abroga le norme penali *ex artt.* 714 e 717 del codice penale. Cade perciò il paradigma del parallelismo tra la malattia mentale e la conseguente pericolosità sociale del soggetto che ne è affetto, spostando l'attenzione da una logica di controllo del malato e di protezione dell'incolumità pubblica ad una «necessità di predisporre strutture e servizi territoriali che consentano al cittadino di vivere la propria esperienza di crisi all'interno dei rapporti che ne hanno sostanzialmente l'esistenza, mantenendo i legami con la collettività di cui è membro»¹⁶⁴.

Il trattamento sanitario obbligatorio rimane previsto nella normativa *post* riforma (richiamato anche al secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione e all'articolo 34 della legge 833 del 1978) ma costituisce oramai un'eccezione ed è temperato da specifici limiti di legge sulla sua applicazione e durata. Questo provvedimento coercitivo potrà essere attuato solo se il soggetto sia affetto da alterazioni psichiche così profonde da richiedere, per la salvaguardia della sua integrità psico-fisica e della incolumità di terzi, un intervento terapeutico urgente, quando questi interventi non siano accettati volontariamente dal paziente e contemporaneamente non vi siano le condizioni che possano consentire di intervenire tempestivamente con altre misure non ospedaliere¹⁶⁵.

A questo punto bisogna chiedersi se, alla luce della riforma Basaglia, sia ancora rinvenibile in capo al medico psichiatra e agli operatori sanitari l'esistenza di una posizione di garanzia basata su doveri di sorveglianza e custodia per contenere gli atti aggressivi etero e auto diretti del paziente psichiatrico.

Se è pacifico il fatto che in capo allo psichiatra, siccome esercente la professione medica, sia ravvisabile una posizione di garanzia, nella fattispecie di controllo, che abbia come contenuto fondamentale i doveri di tipo terapeutico e basilari obblighi di sorveglianza (i c.d. obblighi secondari), la possibilità che questi obblighi di garanzia si estendano anche a doveri di tipo custodialistico nei confronti di potenziali atti lesivi etero o auto diretti del paziente psichiatrico trova delle divisioni ideologiche sia tra la giurisprudenza e la dottrina italiana che all'interno delle stesse pronunce giurisprudenziali e delle visioni dottrinarie¹⁶⁶.

Preliminarmente parrebbe che a seguito della citata abrogazione degli articoli del codice penale che prevedevano una sanzione nel caso di omessa custodia del paziente psichico o di mancata denuncia della malattia mentale, del principio di volontarietà nell'accesso alle cure, e del venir meno della logica custodizionalista e di difesa sociale in capo allo psichiatra siano cessati di conseguenza gli obblighi di tutela dei terzi dagli atti lesivi del paziente. Diversamente, parrebbero ancora attuali quelli per atti auto lesivi, in quanto rientranti nella posizione di garanzia di tipo terapeutico (tra l'altro comprensivo dell'obbligo di evitare che si avverino le manifestazioni più gravi della malattia contro l'integrità del paziente, ad esempio il suicidio)¹⁶⁷.

Discorso a parte deve svolgersi nel caso di ricorso al provvedimento di TSO, dove il paziente, essendo soggetto a gravi alterazioni della psiche che ne inficiano la capacità di intendere e volere, rendendo perciò concreto il pericolo di lesioni alla propria o altrui integrità fisica viene sottoposto coattivamente alle cure, qualificando come essenziali al trattamento terapeutico d'urgenza anche i doveri di custodia e sorveglianza. La dottrina e la giurisprudenza si trovano unanimi in questo particolare caso nel riconoscere senza dubbi la sussistenza in capo allo psichiatra e agli operatori

¹⁶⁴ M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 790.

¹⁶⁵ M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 791.

¹⁶⁶ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 214.

¹⁶⁷ S. Anzilotti, *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, cit., p. 213.

delle strutture sanitarie di una posizione di controllo nei confronti del paziente, sia poiché possibile fonte di pericolo per i terzi, sia come soggetto debole da tutelare contro azioni lesive auto dirette¹⁶⁸. La giurisprudenza e la dottrina si dividono, invece, per quanto riguarda la riconoscibilità o meno dell'esistenza degli obblighi di custodia quando il trattamento terapeutico psichiatrico sia volontariamente accettato dal paziente.

La giurisprudenza maggioritaria¹⁶⁹, si è orientata a riconoscere l'operatività della posizione di garanzia finalizzata anche alla protezione del paziente contro gesti sia auto sia etero lesivi.

La giurisprudenza maggioritaria ammette in capo allo psichiatra la sussistenza contemporanea sia di una posizione di protezione - poiché il paziente psichiatrico sarebbe inquadrato tra quei soggetti incapaci, a causa della patologia, di provvedere autonomamente alla protezione di propri beni giuridici, con conseguente dovere del garante di impedire che atti dannosi esterni comportino la loro messa in pericolo - sia di controllo. In virtù dell'obbligo di protezione lo psichiatra ha il compito di preservare la vita, l'integrità psico-fisica del malato da comportamenti auto lesivi, definiti come espressione esterna della patologia psichica¹⁷⁰.

Recentemente la giurisprudenza ha ravvisato anche l'obbligo di controllo e vigilanza atti a neutralizzare possibili azioni dannose del paziente verso terzi: l'obbligo in capo allo psichiatra di impedire i reati del paziente trae la propria fonte dal fatto che egli e il suo staff possiedono la «signoria» sulle fonti di pericolo (i pazienti e la patologia psichiatrica)¹⁷¹.

Contro questo orientamento una parte minoritaria della giurisprudenza¹⁷² ha sostenuto che la posizione di garanzia sia solo di tipo terapeutico e si possa estendere a quella di controllo e sorveglianza solo in caso di TSO.

La dottrina maggioritaria si discosta fortemente dall'orientamento giurisprudenziale prevalente operando peraltro una distinzione a seconda della riconoscibilità della possibilità che il paziente possa ragionevolmente commettere atti auto o etero lesivi..

Una parte della dottrina¹⁷³ esclude *in toto* l'esistenza in capo al medico psichiatra di un obbligo di controllo e sorveglianza per atti etero e auto diretti del paziente.

La critica a questa ricostruzione giurisprudenziale prende le mosse dal commento alla famosa sentenza della Cassazione n. 1442 del 2003¹⁷⁴, la quale aveva condannato per omicidio colposo mediante omissione un medico psichiatra che aveva dato il suo assenso all'allontanamento volontario dalla struttura sanitaria, per compiere una passeggiata, di una paziente affetta da un grave disturbo depressivo che si era volontariamente ricoverata nella clinica. La paziente all'uscita della clinica e per tutto il percorso della passeggiata era stata accompagnata da una volontaria priva di una specifica formazione in ambito psichiatrico e assolutamente inconsapevole della tragica storia clinica della paziente, che aveva tentato più volte il suicidio. La paziente, dopo un'improvvisa deviazione di percorso decisa dalla volontaria che l'aveva diretta presso la sua abitazione per una breve sosta, si suicidava defenestrandosi dal quarto piano dello stabile. La Cassazione ha ravvisato in capo al medico psichiatra l'esistenza di una posizione di garanzia per gli atti lesivi auto diretti della paziente.

¹⁶⁸ Dello stesso avviso vedi M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 787; M. Zanchetti, *Fra l'incudine e il martello. La responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, «Cassazione penale», 2004, p. 2862.

¹⁶⁹ Per citarne solo alcune, v. Cass. pen., sez. IV, 6.11.2003, n. 1442, «Cassazione penale», 2004, p. 2854; Cass. pen., sez. IV, 12.01.2005, «Guida al diritto», 2005, p. 89; Cass. pen., sez. IV, 14.11.2007, «Foro italiano», 2008, p. 279; Trib. Como, 13.11.2000, «Rivista italiana di medicina legale», 2001, p. 907.

¹⁷⁰ P. Piras, C. Sale, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, «Cassazione penale», 2010, p. 419.

¹⁷¹ Sentenza della Corte d'Appello di Perugia, 9.11.1984 e sentenza Tribunale di Bologna, 25.11.2005: v. G. Marra, S. Pezzetto, *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla legge 180 del 1978*, «Cassazione penale», 2006, p. 1436.

¹⁷² Trib. Bologna, 10.8.1993, «Critica penale», 1993, p. 57.

¹⁷³ Di questo avviso v. M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 819 ss.

¹⁷⁴ Per un ulteriore approfondimento sulla sentenza della Cassazione penale n. 1442 del 2003 v. M. Maspero, *Una discutibile sentenza della Cassazione sulla responsabilità penale dello psichiatra*, «Rivista italiana di medicina legale», 2004, p. 1246 ss.

Tralasciando in questa sede la forte critica mossa in dottrina all'utilizzo, da parte della Suprema Corte, della teoria dell'aumento del rischio in ordine all'accertamento del nesso causale tra la condotta e l'evento, la disapprovazione mossa all'esistenza di un obbligo di sorveglianza e controllo da parte dello psichiatra e del suo staff nei confronti di pazienti che volontariamente decidono di sottoporsi alle cure si basa sul fatto che la legge Basaglia ha debellato questi obblighi, abrogando i reati di omessa custodia dell'internato e di omessa denuncia della malattia psichiatrica (sopravvissuti nel codice del 1930) e prevedendo il principio della volontarietà del ricovero, relegando la sussistenza di questi obblighi di sorveglianza solo nel caso di TSO, essendo parte integrante della funzione terapeutica di questo provvedimento di urgenza.

Taluno aggiunge, con un'interessante raccolta di *case study*¹⁷⁵, come la scienza psichiatrica abbia poi rilevato l'inutilità fattuale dei metodi di sorveglianza e controllo per prevenire i gesti suicidari, data la difficile predittività di questo gesto fatale.

Come si è precedentemente detto al riguardo del discostamento della dottrina maggioritaria dall'orientamento giurisprudenziale prevalente, gli orientamenti dottrinari si dividono al loro interno in base alla natura degli atti dannosi del malato: a seconda, cioè, che siano auto o eterodiretti.

Per quanto riguarda gli atti auto lesivi, una parte della dottrina ritiene che il medico non avrebbe alcun dovere di ricorrere a misure di controllo nel caso di volontario ricovero del paziente, in quanto con la riforma del '78, sono venuti meno i suoi compiti di sorveglianza e controllo sociale e i reati a questi associati.

Il legislatore, dando al paziente completa libertà di sottoporsi o meno alle cure psichiatriche (tranne che nei casi di TSO), principio cardine della riforma Basaglia, avrebbe deciso di «privilegiare il diritto del paziente a partecipare liberamente e volontariamente alle cure rispetto al rischio che questo paziente possa prendere l'estrema decisione del suicidio»¹⁷⁶.

Per altra parte della dottrina¹⁷⁷, invece, sussisterebbe in capo allo psichiatra l'obbligo di attuare le misure preventive al fine di neutralizzare il pericolo auto diretto, poiché questo costituirebbe l'espressione esterna della malattia, rientrando perciò nell'obbligo di cura e prevenzione della patologia¹⁷⁸. Il paziente che si affida allo psichiatra per la cura della sua malattia è visto come un soggetto fragile, dalla capacità di autodeterminazione compromessa.

Secondo questo orientamento, poi, la Riforma del 1978 dovrebbe essere valutata alla luce dei principi costituzionali che ispirano le norme del settore sanitario, attraverso una prospettiva che favorisca la visione collettiva del bene salute e la salvaguardia dell'integrità psico-fisica come bene «indisponibile». L'articolo 32 della Costituzione non tutela la salute solo dal punto di vista individualistico, ma anche come bene collettivo, e l'articolo 2 Cost. riconosce e protegge i dritti inviolabili tra i quali spicca quello alla vita, integrità e libertà personale¹⁷⁹.

La legge Basaglia, come tutte le norme ordinarie, non dovrebbe confliggere con queste norme basilari, ma anzi esplicitare i principi costituzionali relativi alla materia nella quale intervengono..

Secondo questa ricostruzione, la funzione preventiva degli atti etero e auto aggressivi non sarebbe da escludere in base a questi valori di salvaguardia della collettività e del dovere di ciascuno di perseguire la libertà personale e integrità, valori che la malattia mentale compromette.

Lo psichiatra, secondo questo orientamento, è responsabile sia degli esiti collegati al suo intervento terapeutico sia degli eventi dannosi commessi in seguito ad omessa prevenzione dei comportamenti del paziente.

¹⁷⁵ Per la raccolta dei casi menzionati v. M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, cit., p. 792.

¹⁷⁶ M. Zanchetti, *Fra l'incudine e il martello. La responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, cit., p. 2862.

Dello stesso avviso v. G. Marra, S. Pezzetto, *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla legge 180 del 1978*, cit., p. 1436 ss.

¹⁷⁷ G. Amato, *Sul sanitario grava un dovere di sorveglianza anche in assenza di trattamento obbligatorio*, «Guida al diritto», 2004, p. 52 ss.

¹⁷⁸ P. Piras, C. Sale, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, cit., p. 418 ss.

¹⁷⁹ M. Bilancetti, *La responsabilità penale e civile del medico*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1998, p. 86.

Per quanto riguarda gli atti etero lesivi, una parte della dottrina¹⁸⁰, esclude l'esistenza di una posizione di garanzia con compiti di controllo e sorveglianza in capo allo psichiatra. Questo orientamento esprime una forte preoccupazione nei confronti delle sentenze che invece riconoscono in capo al medico psichiatra questa responsabilità, rinvenendo in questo indirizzo giurisprudenziale il pericolo di un possibile ritorno al passato e della riemersione della vecchia logica custodialistica e di difesa sociale nell'operato del medico psichiatra. Questa preoccupazione si estende anche all'ambito legislativo, in ragione dell'approvazione del decreto legge 22 dicembre 2011 n. 211 e della legge 30 marzo 2014 n. 81 in tema di chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e della creazione di nuove strutture residenziali sul territorio. Da queste norme emerge che agli operatori sanitari chiamati a governare le nuove strutture residenziali territoriali ove saranno eseguite le misure di sicurezza, dette REMS, saranno attribuiti oltre che compiti sanitari anche funzioni penitenziarie, facendo riemergere il vecchio concetto *pre* riforma della funzione di controllo sociale affidato allo psichiatra e agli operatori sanitari in ambito psichiatrico¹⁸¹.

Per concludere, è facilmente intuibile come lo psichiatra, in un contesto così preñado di incertezza e contraddizioni, si venga a trovare tra «l'incudine e il martello»¹⁸²: la pressione sociale, le pronunce della giurisprudenza e le nuove norme in tema di OPG lo spingerebbero verso un «sistematico atteggiamento di repressione preventiva nei confronti di iniziative del suo paziente potenzialmente lesive di beni giuridicamente protetti, a scapito di un'azione realmente terapeutica, imponendogli così un tipico compito di controllo disciplinare; e da una speculare contropista, di matrice normativa e deontologica, che gli impone di rivendicare la finalità esclusivamente terapeutica del suo agire, richiamandolo ai doveri tipici di prevenzione, cura e riabilitazione dei disturbi psichiatrici»¹⁸³.

Nell'ultimo paragrafo si cercherà di illustrare come la divergenza di opinioni dottrinarie e giurisprudenziali sull'esistenza o meno in capo allo psichiatra di un obbligo di controllo e custodia del paziente s'intrecci e diventi un fattore fondante la legittimità o l'illegittimità della contenzione in ambito psichiatrico.

¹⁸⁰ G. Marra, *Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l'omicidio commesso dal suo paziente*, «Cassazione penale», 2008, p. 837 ss.

¹⁸¹ C. Cupelli, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, «Diritto penale contemporaneo» (online), 21 marzo 2016.

¹⁸² Zanchetti M., *Fra l'incudine e il martello. La responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, cit., p. 2864.

¹⁸³ C. Cupelli, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, cit.

La contenzione meccanica nella prevenzione e nel contenimento delle condotte etero e auto lesive del paziente: strumento attuativo della posizione di garanzia in ambito psichiatrico o atto illegittimo?

I mezzi di contenzione sono definiti dalla FDA americana come quegli «accessori o dispositivi per uso medico, adottati al fine di limitare i movimenti del paziente per il tempo necessario a consentirne il trattamento, l'esame clinico o la protezione»¹⁸⁴.

La contenzione può essere esplicitata mediante «metodiche manuali o fisiche, strumenti meccanici, materiali o altre attrezzature applicate al corpo del paziente o nelle sue vicinanze, che non può essere rimossa facilmente dall'individuo e che ne limita la libertà dei movimenti ovvero la normale accessibilità al proprio corpo»¹⁸⁵. Accanto alla contenzione di tipo fisico e meccanico, sono ricomprese anche le tecniche di contenzione ambientale che limitano la capacità del paziente di muoversi liberamente nello spazio (cancelli e porte dei reparti chiusi, inferriate, celle d'isolamento) e di contenzione chimica mediante la somministrazione di farmaci ansiolitici e sedativi¹⁸⁶. Esula da queste tipologie così restrittive della libertà personale il c.d. contenimento relazionale, sostenuto dalla dottrina psichiatrica *no restraint method*¹⁸⁷, il quale si prefigge di ridurre e contenere l'insorgere di episodi di aggressività nei pazienti grazie all'uso di tecniche psicologiche di comunicazione basate sull'ascolto e sull'osservazione empatica.

Si ritrovano dei riferimenti settoriali all'utilizzo dei metodi di contenzione fisica e meccanica anche nel nostro Paese, nel *Codice deontologico degli infermieri* il cui articolo 4.10 recita che «l'infermiere si adopera affinché il ricorso alla contenzione fisica e farmacologica sia evento straordinario e motivato»¹⁸⁸.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha affrontato questo problema nell'elaborazione del «Libro Bianco» del Consiglio d'Europa dedicato al trattamento dei pazienti psichiatrici, ritenendo che «il ricorso a dei mezzi di breve contenzione fisica appropriati dovrebbe essere proporzionato allo stato di agitazione del paziente e al rischio [...] la risposta al comportamento violento di un paziente dovrebbe essere graduale, cioè il personale dovrebbe in un primo tempo tentare di rispondere verbalmente, poi, nei casi più eclatanti e per quanto possibile, attraverso la contenzione meccanica manuale e solo infine attraverso dei mezzi di contenzione meccanica. [...] il ricorso all'isolamento e ai mezzi di contenzione meccanica o altre forme di coercizione per lunghi periodi non dovrebbe avere luogo che in casi eccezionali e se non esiste alcun altro modo per porre rimedio alla situazione»¹⁸⁹.

La contenzione è una metodologia universalmente applicata nella maggior parte delle cliniche psichiatriche come mezzo atto a controllare o limitare i movimenti dei pazienti e a disinnescare situazioni ostili o pericolose per gli operatori e gli stessi pazienti.

Dal punto di vista normativo, nel nostro ordinamento, la contenzione era esplicitamente ammessa dal regolamento manicomiale del 1909, il cui all'articolo 60 legittimava tale pratica subordinandola ad un'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'istituto psichiatrico¹⁹⁰. La riforma del 1978 parrebbe aver abolito, assieme ad altre norme della vecchia normativa del 1904 e del 1968, anche l'autorizzazione a ricorrere ai mezzi di contenzione all'interno delle case di cura territoriali. Il

¹⁸⁴ FDA: 21 CFR (CODE of federal regulations, Title 21) Part 801, v. R. Catanese, G. Troccoli, F. Carabellese, *Responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, in R. Catanese, I. Ferrannini, P.F. Peloso (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 99.

¹⁸⁵ Nursing Home Reform ACT (OBRA, Omnibus Reconciliation, 1978): v. G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, «Rivista italiana di medicina legale», 2001, p. 1486.

¹⁸⁶ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1486.

¹⁸⁷ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1517.

¹⁸⁸ G. Casciarri, *La contenzione del paziente*, «Professione infermiere» (online), 2007, p. 18.

¹⁸⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Il trattamento dei pazienti psichiatrici: problemi bioetici*, 24 settembre 1999, p. 8.

¹⁹⁰ G. Casciarri, *La contenzione del paziente*, cit., pag. 14.

condizionale è d'obbligo perché la legge 180 del 1978 non abroga esplicitamente l'uso della contenzione, vietandolo o limitandolo in qualche modo, lasciando così un vuoto ed un'incertezza normativa in merito che nessuna legge postuma ha ancora colmato.

La domanda che ci si pone è se nel nostro ordinamento, alla luce della riforma Basaglia e del suo rivoluzionario principio di abolizione degli istituti manicomiali e dell'introduzione del concetto di volontarietà dell'accesso alle cure psichiatriche, il ricorso alle metodologie di contenzione sia da considerare come un atto doveroso del medico psichiatra e del suo staff, rientrando tra gli obblighi di garanzia *ex* articolo 40 secondo comma c.p., oppure se si tratti di un atto oramai da considerarsi illegittimo quantomeno in tutte quelle situazioni dove il paziente abbia espresso spontaneamente la sua volontà di essere curato.

Anche dinanzi a questo quesito la dottrina, nel cercare delle fonti che legittimino o meno la contenzione dinanzi ad un vuoto normativo, si divide tra un orientamento che considera i mezzi di contenzione come strumento preventivo e di protezione finalizzato a rendere esecutivo il dovere di garanzia del medico psichiatra e degli operatori sanitari, e un altro orientamento dottrinario che considera ogni mezzo contenitivo come un atto illegittimo, scriminato solo della sussistenza di uno stato di necessità *ex* art. 54 c.p. o dall'esercizio della legittima difesa *ex* art. 52 c.p.

L'orientamento dottrinale¹⁹¹ che ravvede la contenzione come l'estrinsecazione dell'obbligo di garanzia dello psichiatra nei confronti del paziente giustifica la sua posizione partendo dalla ricostruzione della definizione di trattamento sanitario.

Il trattamento sanitario si estenderebbe dalla mera condotta di cura, della c.d. *restitutio ad integrum* con la conseguente eliminazione definitiva dello stato morbosissimo fisico o psichico che affligge il malato, ricomprendendovi anche «ogni attività diretta ad attenuare [...] uno stato abnorme del corpo o della mente [...] mediante procedimenti che siano idonei, secondo la scienza e la prassi medica, a preservare l'integrità del corpo umano ed influenzarne il decorso dei suoi processi biologici»¹⁹². Emerge quindi che il compito del medico sia non solo quello di cercare di eliminare la patologia ma anche di ridurre le sofferenze psichiche e fisiche del malato durante il decorso della patologia.

Questo ampliamento del contenuto di trattamento medico viene associato, per poter giustificare dal punto di vista dei compiti professionali dello psichiatra l'uso della contenzione, all'articolo 3 del *Codice di deontologia medica*, il quale prevede che il dovere del medico sia quello di tutelare la vita, la salute fisica e psichica della persona. La salute psico-fisica, secondo l'interpretazione più estensiva del concetto di trattamento medico, viene perciò ad intendersi come benessere fisico e psichico, da cui consegue che il dovere di tutela di questi diritti consentirebbe al medico, dinanzi al profilarsi di una fonte di pericolo anche scaturita da un comportamento aggressivo del paziente contro se stesso, di adottare misure da considerarsi «cautelative»¹⁹³.

Queste misure cautelative non possiedono un carattere strettamente terapeutico, atto perciò a superare lo stato morbosissimo, ma sarebbero volte alla tutela dei beni vita e salute psico-fisica del paziente nei confronti di condotte aggressive e lesive del paziente psichiatrico generate a causa della sua patologia.

Secondo questo orientamento inoltre, la contenzione per poter essere qualificata come atto medico dovrà essere necessariamente finalizzata all'attuazione del trattamento sanitario, nei soli casi strettamente necessari, dinanzi a particolari e urgenti condizioni cliniche, e dovrà sempre rispettare il principio di dignità umana così come disposto dal codice di deontologia medica, dalla costituzione e dalle norme internazionali¹⁹⁴.

Nel suo percorso logico-giuridico questo orientamento dottrinale si chiede se la legittimità della contenzione in psichiatria sia ricollegata ad un dovere, oppure ad una facoltà/potere di intervenire attraverso mezzi coercitivi nella prevenzione di atti auto o etero aggressivi del paziente.

¹⁹¹ Di questo avviso R. Catanese, G. Troccoli, F. Carabellese, *Responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, cit., p. 91 ss. e C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 5 ss.

¹⁹² C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 5.

¹⁹³ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 5.

¹⁹⁴ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 6-7.

La questione si collega all'individuazione di una fonte normativa che individui in capo al medico psichiatra l'obbligo giuridico di intervenire *ex art* 40 secondo comma c.p. di fronte ad atti lesivi auto ed etero diretti del paziente, avvalendosi anche di strumenti contenitivi¹⁹⁵.

Come è stato già detto, dopo la riforma dettata dalla legge 180 del 1978 non vi è più nel nostro ordinamento una norma che richiami esplicitamente la contenzione tra i compiti dell'operatore psichiatrico.

La dottrina *restraint* prende atto del fatto che il legislatore del 1978, abbandonando la logica custodialistica e della presunzione di pericolosità del malato psichiatrico, abbia «rinunciato ad una protezione anticipata dei beni giuridici vita e incolumità individuale»¹⁹⁶ del paziente, ma osserva al contempo che il venir meno dal punto di vista legislativo di una equazione tra malattia mentale e pericolosità non abbia concretamente, nella realtà oggettiva, eliminato il fatto che in certi casi il paziente psichiatrico possa attuare reazioni aggressive dirette contro la sua stessa persona o contro terzi.

L'atto aggressivo rappresenterebbe, per questo orientamento, l'estrinsecazione e la manifestazione della stessa malattia psichiatrica, le quali comportano in capo al medico psichiatra di ricorrere a interventi di sorveglianza e custodia anche attraverso i metodi contenitivi in piena osservanza ed espressione del suo dovere di cura¹⁹⁷.

In ambito psichiatrico «il principio di cura si intreccia così con quello di vigilanza, della custodia e quindi della contenzione, poiché la cura della malattia mentale implica la protezione della salute fisica e psichica del paziente. Il controllo dell'auto o etero aggressività del malato mentale rappresenta, dunque, un aspetto della prestazione terapeutica»¹⁹⁸.

Sulla base di queste argomentazioni il medico psichiatra e gli operatori sanitari, qualora sussista la necessità di limitare un comportamento aggressivo eccezionale del paziente, hanno il «dovere di contenere, non ne hanno semplicemente la facoltà», in quanto solo «nel primo caso potrebbe essere imputato per non avere impedito gli atti auto o etero aggressivi del paziente»¹⁹⁹. Il fondamento dell'obbligo di prevenire l'atto pericoloso mediante metodi coercitivi fisici o meccanici non risiede nelle norme penali disciplinanti la legittima difesa o lo stato di necessità, le quali cause di giustificazione rendono conforme all'ordinamento un atto che normalmente sarebbe considerato illegittimo, bensì ricavano la loro fonte nella posizione di garanzia che investe il sanitario dei doveri di protezione e controllo. Non potrebbe assurgere a fonte dell'obbligo di contenzione in capo al medico psichiatrico nemmeno la causa di giustificazione dettata dall'articolo 51 c.p. sull'esercizio di un diritto o adempimento di un dovere che impone di intervenire di fronte ad un dovere imposto dalla una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, in quanto questo intervento si innesta sempre su un fatto generalmente illecito, mentre il fondamento teorico che il ricorso in caso di determinate circostanze all'uso di metodi coercitivi nei confronti dei pazienti aggressivi risiede in un dovere giuridico²⁰⁰.

La facoltà di intervento nelle ipotesi di atti lesivi auto o etero diretti del paziente psichiatrico, e non il dovere giuridicamente imposto da una specifica posizione di garanzia, risiede perciò in capo al solo privato cittadino che ha il potere ma non il dovere giuridico di intervenire, senza che l'omissione della condotta di intervento possa far scaturire una responsabilità penale (per esemplificare, nessun cittadino è obbligato giuridicamente ad intervenire personalmente nei confronti di un paziente aggressivo che sta compiendo un atto di lesioni verso un terzo), con l'unica eccezione dell'obbligo di soccorso *ex art.* 593 c.p.

Per terminare, il dovere di contenere dello psichiatra e degli operatori sanitari *ex artt.* 52 e 54 c.p. incontra un preciso limite «in quelle situazioni che esporrebbero a serio pericolo l'incolumità dell'operatore, come nel caso di paziente nettamente più forte» in quanto «medici e infermieri non rientrano nel novero di soggetti che per legge abbiano il dovere istituzionale di esporsi a

¹⁹⁵ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 8.

¹⁹⁶ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 9.

¹⁹⁷ Di questo avviso C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 8 e P. Piras, C. Sale, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, cit., p. 418 ss.

¹⁹⁸ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 9.

¹⁹⁹ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 10.

²⁰⁰ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 10.

pericolo»²⁰¹. Il medico e gli infermieri però non potranno rimanere inerti di fronte all'azione lesiva del paziente, ma saranno obbligati ad adempiere al loro obbligo di protezione e controllo, richiedendo la collaborazione di altri operatori o l'intervento della forza pubblica.

La mancanza di una fonte positiva sulla contenzione e la divergenza di opinioni dottrinali e giurisprudenziali sulla legittimità o meno della contenzione pongono lo psichiatra «tra due fuochi», che rendono la posizione giuridica del sanitario molto instabile ed indeterminata. Il medico psichiatra corre il serio rischio di vedersi contestato da parte di un giudice, nel caso della mancata applicazione della contenzione, il fatto di «non aver fatto abbastanza» per evitare il fatto lesivo del paziente, oppure, da un altro giudice di «aver fatto troppo» nel caso in cui si fosse applicato il metodo coercitivo, portandolo da un lato a rispondere civilmente e penalmente per eventuali danni al paziente o a terzi, e dall'altro ad essere sanzionato penalmente per reati come la violenza privata, lesioni personali o addirittura sequestro di persona²⁰².

Parte della dottrina, nel tentativo di superare il vuoto normativo sul tema della contenzione e di estinguere formalmente il paradosso anzidetto, ricava una possibile fonte formale mediante una particolare interpretazione (da molti fortemente criticata) dell'articolo 41 della riforma dell'Ordinamento penitenziario del 1975 (legge 26 luglio 1975, n. 354)²⁰³.

L'articolo in questione legittima l'uso della contenzione fisica nei casi previsti dal regolamento di esecuzione, il quale, all'articolo 77, rubricato «mezzi di coercizione fisica», parla espressamente di contenzione, enunciando che «la foggia e le modalità di impiego delle fasce devono essere conformi a quelle in uso, per le medesime finalità, presso le istituzioni ospedaliere psichiatriche pubbliche»²⁰⁴. Questa disposizione secondo la suddetta interpretazione, anche dopo l'introduzione della legge 180 del 1978, non è mai stata abrogata, anzi il nuovo regolamento penitenziario del 2000, riprendendo all'articolo 82 parte delle disposizioni di cui all'articolo 77 del regolamento di esecuzione della legge 354 del 1975, pare averla conservata. Secondo questa impostazione il non aver espressamente abolito, nella riforma del 2000, il riferimento alla contenzione nell'ambito carcerario, l'aver lasciato integro il riferimento al suo uso presso gli istituti psichiatrici pubblici e il fatto che la stessa riforma Basaglia non faccia nessun esplicito riferimento alla contenzione, non facendo trapelare alcun divieto nell'uso della stessa, comporta che la legge 180 del 1978 abbia conservato le norme che disciplinano la contenzione in ambito psichiatrico, seppur non richiamandole esplicitamente²⁰⁵. Questa interpretazione ha trovato poi riconoscimento in qualche sparuta pronuncia della giurisprudenza di merito²⁰⁶.

Ulteriore aggancio formale riscontrabile nel nostro ordinamento per l'inquadramento della contenzione come dovere dello psichiatra sarebbe riscontrabile, secondo questo orientamento dottrinale, nell'articolo 2047 del codice civile, che prevede la responsabilità del sorvegliante per i danni cagionati dall'incapace. La responsabilità del sorvegliante si basa sui presupposti che il danno sia compiuto da un incapace e che l'esistenza di un obbligo di sorveglianza in capo al garante derivi dalla legge o da un contratto. Se si adottasse questo articolo del codice civile come fonte dell'obbligo di protezione e controllo del medico psichiatra e degli operatori sanitari si dovrebbe, però, constatare come la giurisprudenza civile abbia sostenuto che la responsabilità *ex art. 2047 c.c.* riguardi i soli casi di danni a terzi cagionati dall'incapace e non si estenda anche ad atti lesivi auto diretti; la dottrina che sostiene come la contenzione rientri tra gli obblighi di garanzia dell'operatore psichiatrico non rileva alcuna limitazione, dalla lettera della disposizione di diritto civile, circa la direzione del danno, in quanto l'articolo 2047 c.c. non richiede «che lo stesso sia rivolto necessariamente verso terzi, ma semplicemente che si realizzi»²⁰⁷.

²⁰¹ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 11.

²⁰² C. Cupelli, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, cit.

²⁰³ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 11.

²⁰⁴ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 11; G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1497-1498.

²⁰⁵ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 1.

²⁰⁶ Tribunale per i minorenni di Bari, 2.7.2009, *De Jure*.

²⁰⁷ C. Sale, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 14.

Questo orientamento dottrinale rinviene anche in una fonte sovranazionale il nesso formale per giustificare la sua teoria: l'articolo 5 della CEDU il quale, proclamando la tutela comunitaria del diritto alla libertà vieta la sua privazione se non nei limiti previsti dalla legge e al ricorrere di una delle ipotesi elencate nelle lettere in cui si articola il paragrafo 1 della stessa disposizione. Tra queste ipotesi si annoverano la «detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo». Il diritto europeo secondo questa dottrina «non ha rinunciato a garantire una tutela coercitiva per i soggetti affetti da disturbi psichiatrici, considerato il riferimento alla persona dell'alienato»²⁰⁸.

Da ultimo si rintraccia una fonte formale dell'obbligo di contenzione nel *Codice deontologico degli infermieri*, il quale fa esplicito riferimento alla contenzione fisica e farmacologica, alle sue finalità terapeutiche e ai suoi limiti²⁰⁹. Non si riscontra lo stesso riferimento esplicito, invece, all'interno del *Codice di deontologia medica*, nonostante il dovere di prescrivere la contenzione sia di esclusiva responsabilità in capo ai medici psichiatri²¹⁰.

L'orientamento dottrinario che considera l'utilizzo dei mezzi contenitivi come un atto illegittimo, basa tale presa di posizione su argomentazioni normative e proprie della scienza psichiatrica.

Dal punto di vista normativo la dottrina contraria ravvede l'illegittimità dell'uso della contenzione in psichiatria su tre piani: la violazione dell'articolo 13 della Costituzione, l'implicita abrogazione dell'uso dei metodi coercitivi da parte della riforma Basaglia del 1978, e la liceità della contenzione nei solo casi di stato di necessità o legittima difesa.

L'uso della contenzione andrebbe a violare il principio della libertà personale sancito dall'articolo 13 della Costituzione, il quale *in primis* vieta ogni tipologia di coercizione fisica imposta dai poteri di arresto della polizia giudiziaria e della pubblica sicurezza e quelli di cattura e condanna alla pena detentiva da parte dell'autorità giudicante. La libertà personale può essere ristretta e limitata solo a norma di legge (principio della riserva di legge) e per mezzo di un atto motivato dall'autorità giudiziaria (principio di riserva di giurisdizione), regole che valgono anche in presenza di situazioni eccezionali di necessità ed urgenza come viene previsto dal terzo comma dell'articolo in questione²¹¹.

La Corte costituzionale ha da tempo ampliato il significato di libertà personale contenuto nell'articolo 13 Cost., tradizionalmente definito come libertà da arresti illegittimi, estendendolo al significato di libertà da ogni coercizione personale di qualunque tipo e adoperata da qualsiasi soggetto.

L'uso di mezzi di coercizione da parte del medico psichiatra costituirebbe perciò un atto illegittimo di aggressione fisica alla libertà personale del paziente che, rientrerebbe sotto la sfera di punibilità da parte dell'ordinamento penale ai sensi degli artt. 605 c.p. disciplinante il sequestro di persona e 610 c.p. disciplinante la violenza privata²¹².

La punibilità dello psichiatra e degli operatori sanitari che applicano la contenzione trarrebbe fonte dal fatto che la restrizione della libertà personale mediante mezzi coercitivi non sarebbe giustificata né da una specifica normativa di legge, poiché, come si è già detto, dopo la riforma Basaglia sarebbe riscontrabile un vuoto normativo sulla legittimità o meno della contenzione, né da un atto di autorizzazione da parte del giudice penale.

Questa criticità si ricollega al dilemma se la legge 180 del 1978 abbia o meno abrogato implicitamente l'obbligo (e perciò anche la legittimità) di utilizzare i mezzi contenitivi in ambito psichiatrico. Si è già visto come la dottrina favorevole all'obbligo di contenzione riconosca come implicitamente sopravvissuti alla legge 180 del 1978 quegli obblighi di contenere *pre* riforma Basaglia, contenuti nella disciplina della legge 615 del 1909 e nel regolamento per l'esecuzione della legge manicomiale n. 36 del 1904, poiché la disciplina penitenziaria del 1975 e i suoi espliciti

²⁰⁸ Sale C., *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, cit., p. 14.

²⁰⁹ G. Casciarri, *La contenzione del paziente*, cit., p. 18.

²¹⁰ R. Catanese, G. Troccoli, F. Carabellese, *Responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, cit., p. 112.

²¹¹ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1497-1498.

²¹² G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1496-1497.

riferimenti alla possibilità, entro limiti e finalità determinate, all'uso della contenzione sono stati richiamati, e non esplicitamente abrogati dalla legge di riforma penitenziaria del 2000.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza contrarie alla contenzione²¹³, il fatto che la legge 180 del 1978 non faccia alcun cenno alla contenzione avrebbe tacitamente abrogato la disciplina manicomiale sulla contenzione fisica e meccanica in ossequio anche allo spirito riformista che ha animato l'approvazione della legge, basato su concetti come la volontarietà dell'accesso alle cure, il venir meno della logica custodialistica e di difesa sociale che fondavano l'operato dello psichiatra e degli operatori sanitari e la fine del parallelismo intrinseco tra malattia mentale e pericolosità criminale.

Diverso è il discorso per l'uso dei mezzi coercitivi durante il provvedimento di TSO: in questo caso difatti vi è una generale sintonia di visioni tra le diverse correnti dottrinali e giurisprudenziali, poiché l'uso della forza fisica o di altri metodi coercitivi (meccanici o chimici), anche se non strettamente necessari per l'attuazione del trattamento sanitario obbligatorio, può divenire un accorgimento imprescindibile, a pena di snaturare e rendere completamente imperativo questo trattamento, nei casi in cui il soggetto reagisca con atti potenzialmente lesivi etero e auto diretti per via dell'eccezionale alterazione psichica in cui riversa da cui consegue una situazione di marcata incapacità di intendere e volere e di contenere le proprie reazioni. Inoltre, a differenza della già analizzata mancanza di un esplicito riferimento normativo all'uso della contenzione per trattamenti volontari, il TSO trova la sua fonte formale e la sua riserva di legge e giurisdizione sia direttamente nella legge 180 del 1978 all'articolo 1 (tranne il primo comma) sia nell'articolo 32 secondo comma della Costituzione²¹⁴.

La dottrina in esame legittima l'utilizzo della contenzione solo al verificarsi delle scriminanti contenute agli artt. 51 c.p. (adempimento di un dovere), art. 52 c.p. (legittima difesa) e 54 c.p. (stato di necessità). A differenza della clausola di equivalenza *ex art. 40* secondo comma c.p., la logica che ispira queste scriminanti connesse a situazioni di urgenza e necessità è quella di rendere eccezionalmente lecito ciò che per la legge normalmente è considerato anti-giuridico. Si può ben intuire che secondo questo orientamento il ricorso alla contenzione può costituire una modalità legittima d'intervento eccezionale in relazione a determinate situazioni, quando costituisca l'unico modo per mettere in sicurezza l'incolumità del paziente o quella altrui²¹⁵.

Per concludere la disamina si deve analizzare brevemente come questo orientamento dottrinale ponga il suo rifiuto all'uso della contenzione come obbligo giuridico collegato alla posizione di garanzia del medico anche in relazione ad argomentazioni di matrice squisitamente psichiatrica.

Tra gli obiettivi del movimento di abolizione degli istituti manicomiali che portò all'approvazione della legge 180 del 1978, oltre all'istanza di chiusura dei manicomi civili vi era anche «la messa al bando di modalità di gestione del paziente psichiatrico ispirate a logiche custodialistiche, *in primis* della contenzione ai letti con mezzi meccanici»²¹⁶; si auspicava insomma che con la riforma Basaglia si avviasse una progressiva riduzione dell'uso dei mezzi coercitivi con l'obiettivo finale dell'abbandono definitivo del loro impiego.

Così non è stato, come d'altronde non si sono portati a compimento molti degli obiettivi previsti dalla riforma (esempio: la mancata o la scarsa istituzione capillare dei servizi territoriali di salute mentale su tutto il territorio nazionale).

Dalla ricerca «Progres Acuti», commissionata a livello nazionale dall'Istituto Superiore di Sanità, relativa all'uso della contenzione all'interno delle strutture psichiatriche, emergono questi dati: ben l'80% dei Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura analizzati hanno utilizzato almeno una volta la contenzione con mezzi meccanici, sono stati contenuti l'8 % dei pazienti della coorte osservata, la

²¹³ Per le sentenze favorevoli a questo orientamento v. le notazioni G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1501.

²¹⁴ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1502.

²¹⁵ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1507.

²¹⁶ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1484.

contenzione meccanica ha costituito la soluzione maggioritaria (51% dei casi) in risposta di comportamenti definiti «ostili» tenuti dai pazienti e la durata della contenzione nel 42% dei casi ha avuto una durata compresa tra le 6 ore e le 24 ore²¹⁷.

Da questi dati emerge come la contenzione venga utilizzata nel nostro Paese «con una frequenza superiore a quella che potrebbe reputarsi fisiologica per uno strumento pensato per situazioni straordinarie. Sembrerebbe, inoltre, impiegata sovente in funzione preventiva rispetto a comportamenti aggressivi, ossia come forma di intervento anticipato rispetto all'insorgenza di un pericolo attuale per la vita o l'incolumità fisica del personale sanitario o degli altri ospiti della struttura»²¹⁸.

Per questo orientamento scientifico e culturale si contiene perciò non tanto in ragione di eccezionali eventi di aggressività del paziente causati dalla sua patologia, bensì per reprimere comportamenti violenti determinati da tutta una serie di criticità strutturali, professionali e culturali dei luoghi di cura e dei loro operatori.

Si tratta di problematiche collegate al personale (perdita di contatto con la sofferenza del paziente, sentimenti di rabbia dovuti alla gestione di pazienti particolarmente difficili, difficili relazioni interpersonali tra colleghi, pregiudizi culturali, rapporti problematici o complessi tra medici e altri operatori sanitari), al contesto lavorativo, all'organizzazione della struttura sanitaria e alla formazione dei sanitari²¹⁹.

Il paziente rischia così di pagare molte volte sulla «propria pelle» situazioni di disorganizzazione, di tensione all'interno del personale, di scarsa formazione dei sanitari, vale a dire tutte variabili che non dovrebbero in alcun modo essere ricollegate alla motivazione intimamente terapeutica promossa a giustificazione da parte della psichiatria *restraint* alla base di un possibile ricorso straordinario alla contenzione.

Dal punto di vista strettamente collegato al rapporto terapeutico di fiducia e collaborazione che si dovrebbe instaurare tra medico psichiatra e paziente, il ricorso alla contenzione propugnato dalla psichiatria tradizionale metterebbe in atto «le premesse per una "comunicazione paradossale", ogni qualvolta pretende di instaurare una relazione terapeutica paritaria in uno scenario [...] di restrizione, ovvero di violenza e potere, che è per sua natura asimmetrico. Tale ambientazione costituisce la premessa di un messaggio dal contenuto contraddittorio, che instaura una patologia della comunicazione tale da radicalizzare i conflitti e la violenza, anziché risolverli»²²⁰.

Da qui la ribadita necessità di mettere in discussione i vecchi rapporti di potere nella relazione terapeutica, e di eliminare una volta per tutte il binomio malattia mentale - pericolosità sociale sul presupposto, secondo le parole del medico psichiatra Piero Cipriano, che «il folle è violento perché è malato. Questo si pensa di solito. E se invece la sua violenza fosse una risposta alla violenza delle istituzioni della follia?».

²¹⁷ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1485-1486.

²¹⁸ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1486.

²¹⁹ G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, cit., p. 1489-1490.

²²⁰ S. D'amato, *Osservazioni sulla contenzione in psichiatria e i suoi riflessi in tema di stato di necessità. Recensione a Piero Cipriano. Il manicomio chimico. Cronache di uno psichiatra riluttante*, «Diritto penale contemporaneo» (online), 15 dicembre 2015, p. 8.

CAPITOLO IV

Liceità o illiceità della contenzione in sé e in date circostanze.

di Stefania Tassara

SOMMARIO: 1. La contenzione del paziente. 2. Conferenza regionale sulla salute mentale e nel testo del piano attuativo salute mentale (2009-2011). 3. Disciplina della contenzioni fisiche presso i servizi psichiatrici di diagnosi e cure dei DSM-DP. 4. Esempi di linee guida per l'uso corretto dei mezzi di contenzione.

1. La contenzione del paziente

La contenzione può essere definita come «l'insieme di mezzi fisici-chimici-ambientali che, in qualche maniera limitano la capacità di movimenti volontari dell'individuo» (Belloi, 2000), ma, ponendo l'accento solo sui mezzi necessari a porre in atto tale pratica, si rischia di darne un'interpretazione riduttiva; quindi, attraverso il completamento logico applicato all'ambito sanitario, si può definire la contenzione come un atto sanitario-assistenziale che utilizza mezzi fisici, chimici, ambientali, applicati direttamente dall'individuo o al suo spazio circostante, per limitarne i movimenti.

Il diritto alla libertà del proprio corpo è il più elementare dei diritti ed è solennemente garantito dalla Costituzione italiana che, all'art. 13, sancisce: la libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà. Tale dichiarazione è ripresa con specifico riferimento all'ambito sanitario (che tuttavia potrebbe qui rilevare se si considerasse la contenzione meccanica quale trattamento terapeutico), dall'art. 32 che recita «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può obbligare in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

La contenzione ha origine in psichiatria, dove un tempo era dato per scontato che gli infermi di mente potessero essere contenuti e, non esistendo una norma esplicita, l'utilizzo di mezzi coercitivi appariva lecito. Solo a partire dal novecento tale pratica e' stata messa in discussione e si e' cominciato ad indagare sul fenomeno. Il regolamento manicomiale del 1909 (R.D. n. 615), all'articolo 60, legittimava tale pratica solo se subordinata ad «autorizzazione scritta dal direttore o di un medico dell'istituto». Questa norma, assieme ad altre relative all'organizzazione dei manicomi, è stata abolita con la legge 180 del 1978 di riforma psichiatrica, ed attualmente nel nostro ordinamento non c'è nessuna disposizione di legge che, esplicitamente o implicitamente, autorizzi l'uso di mezzi di contenzione meccanica, la quale tuttavia rappresenta ancora oggi un evento possibile e non infrequente in diversi contesti: dal dipartimento di salute mentale, ai reparti ospedalieri e alle residenze sanitarie assistenziali per anziani. Si tratta di una pratica che propone un'immagine contraddittoria dell'intervento sanitario, al limite tra il pretesto terapeutico e la cultura del diritto, tra l'ideale del principio di beneficalità e il controllo del comportamento e dell'autonomia. I mutamenti avvenuti nei modi di sentire e di affrontare il disturbo mentale e l'alterazione grave del comportamento, non hanno determinato, nonostante tutto, il superamento di questa contraddizione e la riduzione significativa di questo fenomeno, di particolare rilevanza sociale e giuridica. La contenzione meccanica si pone, inoltre, come problema di *malpractice* sia in campo sanitario, per le conseguenze che da essa possono derivare quando non si rispettino determinate procedure nella valutazione diagnostica e nell'esecuzione pratica, sia quando essa esprime una ridotta e carente capacità di affrontare e gestire le possibili alternative sul piano della relazione con il paziente e su quello della scelta dell'intervento terapeutico. L'intervento di contenzione può rischiare di rappresentare un automatismo operativo che non tiene conto sufficientemente delle sue implicazioni sul piano della responsabilità dell'operatore sanitario nei confronti dell'ottemperanza al rispetto della Costituzione, delle norme del codice penale, del codice civile e del codice etico e deontologico in tema di violazione di libertà individuale, di consenso alle cure e di tutela della salute. Per tutto questo la formazione dell'operatore sanitario deve prevedere

conoscenza adeguata sui criteri di utilizzo della pratica della contenzione e sulle linee guida che la regolano, al fine di poter valutare in modo sufficientemente adeguato le situazioni che potrebbero legittimarne l'impiego; anzi, l'adeguata formazione del personale rappresenta una delle maggiori misure per ridurre l'uso della contenzione stessa. Una prassi operativa corretta fonda il processo della scelta dell'intervento terapeutico sulla comprensione e la gestione della relazione operatore-paziente e sulla collaborazione dei membri dello staff curante, orientata al monitoraggio degli stati mentali ed emotivi emergenti; ciò comporta una risorsa insostituibile per trovare una via alternativa all'intervento senza il ricorso alla contenzione meccanica. Una revisione sistematica del *Joanna Briggs Institute*, effettuata nel 2002, mostra che nei reparti per acuti il 10% dei pazienti è soggetto a forme di contenzione meccanica per una durata media che va da 2,7 a 4,5 giorni. Nei reparti residenziali la percentuale dei pazienti contenuti varia dal 12% al 47%, con una media del 27%, in questo ambito la durata della contenzione è estremamente variabile ma il 32% degli ospiti è trattenuta per almeno 20 giorni al mese. Il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel 2006, si è espresso sull'uso della contenzione nel documento su «*Bioetica e diritti degli anziani*», dove ha sottolineato come la maleficenza verso l'anziano possa essere ricondotta anche alla pratica della contenzione e ad un ingiustificato isolamento. Il *Codice deontologico degli infermieri* (art. 4.10) stabilisce che la responsabilità dell'infermiere «consiste nel curare e prendersi cura della persona», inoltre sancisce che «il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo e dei principi etici della professione è condizione essenziale per l'assunzione della responsabilità delle cure infermieristiche» e che «nell'agire professionale, l'infermiere si impegna a non nuocere, orienta la sua azione all'autonomia e al bene dell'assistito di cui si attiva le risorse anche quando questi si trova in condizioni di disabilità o svantaggio». Tale Codice si occupa esplicitamente di contenzione all'art. 4.10, che recita: «L'infermiere si adopera affinché il ricorso alla contenzione meccanica e farmacologica sia evento straordinario motivato, e non metodica abituale di accudimento. Considera una scelta condivisibile vi si configuri l'interesse della persona e inaccettabile quando sia implicita risposta alle necessità istituzionali». Allo stesso modo, l'articolo 1 del profilo professionale (legge 739 del 1994) stabilisce che è l'infermiere il responsabile dell'assistenza generale infermieristica. La legge 42 del 1999 recepisce appieno questi principi e delinea l'infermiere come il responsabile dell'intero processo assistenziale. Il *Codice di deontologia medica* non fa riferimenti precisi alla pratica della contenzione ma diversi articoli esortano al rispetto dei principi etici e delle regole della professione: tutela della salute fisica e psichica, sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità umana. Gli articoli del *Codice di deontologia medica* cui si può fare riferimento riguardo alla contenzione sono di seguito elencati:

- art. 13 – Prescrizione e trattamento terapeutico;
- art. 18 – Trattamenti che incidono sull'integrità psicofisica;
- art. 20 – Rispetto dei diritti della persona;
- art. 35 – Acquisizione del consenso;
- art. 37 – Consenso del legale rappresentante;
- art. 51 – Obblighi del medico.

La contenzione risente anche di una difficoltà di approccio, vista la percezione, comunque negativa, che la connota, essendo questo un atto estremo sia per chi lo deve applicare sia per chi lo subisce. Tuttavia la contenzione meccanica non è un atto da rifiutare a priori ma sembrerebbe un atto illecito, che può essere reso conforme all'ordinamento solamente quando vi si ricorra in circostanza di una causa di giustificazione; del resto, questo discende *in primis* dalla notazione, che si svolge subito di seguito, circa irrintracciabilità, nel nostro ordinamento, di disposizioni di legge che la legittimino, ottemperando così alla riserva di legge *ex art. 13 Cost.* Attualmente nel nostro ordinamento non esiste disposizione di legge che, in modo esplicito o implicito, autorizzi l'uso dei mezzi di contenzione: il tramite attraverso cui si legittima la contenzione è costituito dalle cause di giustificazione della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dello stato di necessità (art. 54 c.p.), che sussistono allorché il danno o il pericolo a cui si espone il paziente sia proporzionato a quelli che si prefigge di evitare mettendo in atto la contenzione. La facoltà di ricorrere alla contenzione sussiste quando altri mezzi non siano realisticamente efficaci, in casi in cui sia riconoscibile ed evidente il carattere dell'eccezionalità. L'art. 52 tratta della difesa legittima (quando lo stato non è in

condizione per ragioni contingenti di difendere i propri cittadini è consentito, a certe precise condizioni, il ricorso all'autotutela). L'art. 54 del codice penale tratta dello stato di necessità ed afferma : «Non e' punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo». La differenza tra *ratio* della scriminante dell'art. 52 c.p. e di quella dell'art. 54 e' che nell'art. 52 è accentuato il diritto di autotutela quando lo Stato non sia in condizioni di apprestare una tempestiva tutela della persona. Sostanzialmente si può affermare che il ricorso alla contenzione è giustificato dalla necessaria presenza di alcuni requisiti:

- l'evidenza di un pericolo attuale, ossia che la possibilità che si verifichi l'evento temuto sia concreta;
- il pericolo deve prevedere un danno alla vita o all'integrità della persona;
- la gravità del possibile danno deve potersi stabilire su basi oggettive;
- l'evidenza che solo con il mezzo coercitivo si può evitare il danno;
- la coercizione deve essere proporzionata al pericolo da evitare.

La decisione di mettere in pratica la contenzione è un atto medico ma, si noti, non terapeutico a cui dover ricorrere quando necessario e, come tutti gli atti medici, la scelta del trattamento prevede, da parte di chi lo prescrive, l'assunzione di responsabilità penale, civile o disciplinare. Allo stesso tempo l'operatore sanitario preposto all'applicazione della contenzione risponderà dell'uso corretto dei dispositivi e del controllo dei pazienti contenuti, in relazione a quanto previsto dalle regole della buona pratica clinica. La decisione di applicare la contenzione dovrà quindi essere presa come *extrema ratio*, al termine di una disamina, effettuata dall'*equipe* assistenziale, delle condizioni del paziente nel suo aspetto multidimensionale. Naturalmente possono verificarsi situazioni talmente urgenti da non consentire la possibilità di seguire la procedura sopra descritta o addirittura che il medico non sia presente fisicamente in reparto. In questo caso, perché l'infermiere possa contenere il paziente, sia attraverso coercizione tramite contatto fisico, sia attraverso dispositivi di immobilizzazione, dovrà sussistere come già illustrato il cosiddetto stato di necessità. Sarà pari cura del professionista dettagliare accuratamente l'accaduto e rivalutare insieme al medico il perdurare delle condizioni che abbiano giustificato il ricorso alla contenzione. Questo perché l'indicazione di un preciso confine fra uso ed abuso della coercizione fisica e dei mezzi di contenzione a volte è mal definibile ed il limite fra il lecito e l'illecito assume spesso interesse giudiziario, potendosi individuare diverse ipotesi di reato, contenute nel Codice penale, direttamente o più sfumatamente collegabili alla contenzione meccanica. Ad esempio, si possono ricordare:

- art. 605 -Sequestro di persone;
- art. 610 - Violenza privata;
- art. 572 - Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli;
- art. 571 - Abuso dei mezzi di contenzione e disciplina;
- art. 589 - Omicidio colposo;
- art. 591 -Abbandono di persone minori o incapaci;
- art. 581 -Percosse;
- art. 582 -Lesioni personali;
- art. 586 -Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto;

Si ricorda anche una sentenza della IV sezione penale della Corte di Cassazione (sent. 2-3-2000 n. 447) a mente della quale: «Gli operatori sanitari sono tutti *ex lege*, portatori di una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti, posizione che va sotto il nome di posizione di protezione, la quale è contrassegnata dal dovere giuridico incombente al soggetto di provvedere alla tutela di un certo bene giuridico contro a qualsiasi pericolo atto a minacciarne l'integrità». In buona sostanza si può riassumere affermando che, per la clinica come per la giurisprudenza, la contenzione di per sé va considerata illecita, ancorché giustificabile nella ricorrenza di presupposti scriminanti da valutarsi con rigore seppure con atteggiamento scevro da preconcetti assolutamente negativi.

La condizione da cui non si può prescindere perché tale pratica sia da considerare un atto accettabile si basa, inoltre, sulla corretta prescrizione e sulla altrettanto corretta applicazione. E' necessario che gli operatori siano consapevoli del carattere di estrema necessità o di urgenza che tale atto assume, e

che il ricorrervi presuppone che prima si siano tentati, per il tempo necessario alla risoluzione del problema specifico, trattamenti consoni e più usuali ma che non abbiano ottenuto l'effetto sperato.

2. Conferenza regionale sulla salute mentale e nel testo del piano attuativo salute mentale (2009-2011)

Nel Decreto Giunta Regionale 313/2009, al punto 2.e. della Parte III, si legge: «Le pratiche di contenzione fisica devono essere limitate ai casi di estrema necessità, nell'esclusivo interesse della incolumità del paziente e delle persone del contesto immediato (altri pazienti, visitatori, operatori etc.) devono essere rigorosamente formalizzate, secondo protocolli rivisti periodicamente e regolarmente mantenuti. Molteplici esperienze locali dimostrano che il rigoroso rispetto di questi principi consente di ridurre l'uso della contenzione fisica a circa 2-3 episodi al mese per SPDC. Esistono in regione anche SPDC in cui la contenzione non viene praticata, in ragione di accorgimenti organizzativi e dotazioni strutturali particolari. A tal fine viene istituito un apposito gruppo di monitoraggio del fenomeno su tutti i SPDC regionali che relazionerà annualmente sul suo andamento e che al termine del periodo di applicazione di questo piano dovrà fornire indicazioni circa la possibilità di un completo superamento di tale pratica, senza rischi per la incolumità del paziente e del suo contesto».

Negli ultimi mesi la Direzione Generale ha rilevato alcuni eventi indesiderati inerenti alle pratiche di contenzione, che sono stati accuratamente esaminati da commissioni di audit interne alle Aziende Sanitarie ed in un caso da una commissione regionale istituita *ad hoc*. Inoltre il Gruppo di lavoro sull'emergenza-urgenza istituito con Determinazione del Direttore Generale Sanità e Politiche Sociali n. 12042 del 9.10.2008 ha dedicato all'argomento molta attenzione attraverso un gruppo apposito che ha elaborato le linee guida tecnico-professionali.

L'esame dei casi sottoposti ad audit ed il materiale raccolto dal Gruppo di lavoro permettono di identificare alcune criticità sulle quali esistono margini di miglioramento che devono essere tempestivamente perseguiti. In particolare risultano evidenti i seguenti aspetti:

1. esiste una notevole difformità nel ricorso alla contenzione fisica tra i vari SPDC, sia per quanto riguarda il numero di persone sottoposte a contenzione, con tassi che variano da nessun caso ad oltre centocinquanta all'anno, sia per quanto riguarda la durata media delle stesse;
2. protocolli relativi alle procedure in merito a decisione, effettuazione, durata, registrazione, misure preventive, revisione periodica etc. sono molto difformi;
3. in alcuni casi si è dimostrato che il protocollo non ha sufficiente diffusione e non è completamente conosciuto da tutti gli operatori;
4. è necessaria una particolare attenzione agli aspetti internistici (prevenzione tromboembolica, idratazione, comorbidità internistica etc.) ed alle misure concomitanti di farmacoterapia psichiatrica, sovente interagenti tra loro;
5. è necessaria una maggiore formalizzazione negli aspetti di registrazione, revisione individuale e revisione periodica di tutti gli eventi di contenzione;
6. è possibile dedicare risorse ed attenzione ad aspetti organizzativi in grado di ridurre significativamente il numero e la durata delle contenzioni, come, ad esempio, la flessibilità del turno infermieristico.

Il paziente contenuto va in ogni caso considerato come un paziente che necessita di alta intensità assistenziale. Pertanto è necessaria un'assistenza continuativa anche al fine di garantire il necessario contenimento emotivo. La contenzione non è un atto sanitario, ma un provvedimento d'urgenza finalizzato a prevenire seri rischi. Come tale deve essere revocato non appena decadano le condizioni che lo hanno determinato. Ciò comporta la ricerca di un atteggiamento di massimo rispetto nei confronti del paziente contenuto, con il quale, durante la contenzione, ove possibile, devono essere esplicitate le cause che hanno reso necessario il provvedimento e va ricercato un dialogo che introduca progressivamente un piano di comprensione e collaborazione favorevole ad un assetto terapeutico più partecipato.

Per tutte queste ragioni e come primo atto applicativo di quanto disposto nel Piano Attuativo si chiede alle Aziende USL di voler rivedere le procedure in atto presso tutti i SPDC, adeguandole alle seguenti indicazioni:

1. è opportuno che, laddove non sia già stato creato, venga istituito un Gruppo di lavoro aziendale di 6-7 persone, costituito oltre che da professionisti della U.O. direttamente interessata (medici ed infermieri) anche da professionisti delle U.O. territoriali e della U.O. Gestione del rischio, incaricato di rivedere e mantenere periodicamente le procedure in oggetto;
2. tutti i reparti devono essere dotati di un apposito registro con pagine numerate e timbrate dalla Direzione Sanitaria nel quale devono essere annotati i seguenti elementi relativi ad ogni atto di contenzione:
 - nome e cognome della persona sottoposta a contenzione;
 - problema per il quale viene determinata la contenzione;
 - valutazione medica inclusiva dell'esame delle opzioni tecniche ed organizzative alternative;
 - ora di inizio;
 - misure assistenziali richieste, con indicazioni dell'operatore incaricato di effettuarle ed orari di effettuazione;
 - misure mediche adottate per la profilassi delle complicanze;
 - ora di cessazione della contenzione.
3. le stesse informazioni devono essere anche segnate in cartella;
4. tutte le contenzioni che si prolungano oltre le 24 ore devono essere segnalate alla Direzione Sanitaria di Presidio o Aziendale ed alla U.O. Gestione del rischio. Va attivata possibilmente entro 12 ore, e comunque non oltre le 48 ore se la contenzione ricade in giorni prefestivi o festivi, una riunione di audit clinico con personale della U.O. Gestione del rischio e del DSM-DP non appartenente al SPDC, al fine di esaminare tutte le opzioni alternative;
5. tutte le contenzioni devono essere riesaminate ogni sei mesi in una riunione apposita, da parte del gruppo di lavoro che ha redatto e mantiene le procedure, con il contributo di personale del DSM-DP esterno al SPDC, della Direzione Sanitaria e della U.O. Gestione del rischio;
6. non ci risultano casi di minori sottoposti a contenzione fisica; nel caso ipotetico in cui ciò si rendesse necessario, è opportuno coinvolgere sempre nella decisione un medico della U.O. NPIA e darne comunicazione al Giudice Tutelare;
7. le Aziende devono inviare annualmente un rapporto al Servizio Salute Mentale, Dipendenze Patologiche e Salute nelle Carceri della Regione, indicando:
 - numero totale delle contenzioni effettuate;
 - numero delle contenzioni prolungatesi oltre le 24 ore;
 - date delle riunioni di verifica semestrale;
 - eventi indesiderati occorsi durante la contenzione;
 - ogni altro elemento utile al monitoraggio del fenomeno.
8. si richiede anche di inserire i dati della rendicontazione annuale nel bilancio di missione aziendale, tenuto conto delle implicazioni etiche e politiche della limitazione della libertà dei cittadini sottoposti a contenzione fisica.

Contenzione fisica in psichiatria, una possibile strategia di prevenzione (conferenza delle regioni e delle province autonome 10/081/cr07/c7)

La prevenzione della contenzione fisica nei contesti di cura psichiatrica è una questione generalmente sottovalutata: si tratta di una pratica diffusa, non omogeneamente applicata nelle diverse regioni ma, soprattutto, con differenze notevoli tra un servizio e l'altro che non trovano giustificazioni di ordine epidemiologico. D'altra parte mancano ricerche sistematiche e la pratica stessa non viene sempre documentata. Essa si impone all'attenzione, per lo più in forma tale da suscitare un grande allarme, in occasione della pubblicizzazione di eventi tragici che riguardano persone «legate». Questi giudizi negativi però non devono portare a sottovalutare le lodevoli iniziative di alcune Amministrazioni regionali, o di singole unità operative, nonché le iniziative di

alcune società scientifiche, per porre limitazioni alla contenzione o per introdurre criteri razionali nella sua gestione. Le Regioni sono state spinte a produrre queste raccomandazioni anche dalla preoccupazione che una pratica disinvoltata della contenzione avvalorò il mito della natura intrinsecamente violenta della cura psichiatrica, con ciò accrescendo il pregiudizio nei confronti della malattia mentale e aumentando la resistenza a utilizzare i servizi psichiatrici da parte di chi ne ha bisogno. Giacché è nel silenzio che si sta realizzando un uso poco critico di questa pratica, è utile parlarne in un documento condiviso dedicato non alle indicazioni tecniche per una contenzione ben fatta ma impegnato a creare una strategia della sua prevenzione. Questo documento contiene raccomandazioni che sono valide in tutto il contesto della Salute Mentale, sia in età adulta che evolutiva.

Contenzione fisica e violenza

Parlare della contenzione fisica in psichiatria significa porre l'accento soprattutto sul suo uso come rimedio alle situazioni in cui sia alto il rischio di azioni auto ed etero lesive: in tali casi l'intervento si caratterizza, per lo più, per la mancanza del consenso da parte del paziente e va preso in considerazione nella materia disciplinata dagli articoli 33, 34 e 35 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 che, per i trattamenti senza consenso, indicano luoghi, modi e tempi, nonché responsabilità professionali e garanzie amministrative e giurisdizionali da rispettare (ci si riferisce al trattamento sanitario obbligatorio in degenza ospedaliera, in un servizio psichiatrico di diagnosi e cura). Al di fuori di queste condizioni per compiere un intervento, che altrimenti si configurerebbe come illecito, può essere invocata un'urgenza indifferibile, qualora si ravvisino condizioni eccezionali di necessità e ove ricorrano oggettive esigenze di salvaguardare la persona dal pericolo attuale di un danno grave non altrimenti evitabile.

Fatte queste precisazioni di ordine giuridico, va subito detto che è possibile porsi realisticamente l'obiettivo di eliminare la contenzione fisica dalla pratica psichiatrica solo nell'orizzonte di una prevenzione dei comportamenti violenti nei luoghi di cura, grazie al potenziamento delle buone pratiche per evitarli o uscirne rapidamente. Questo cambiamento di prospettiva non sarebbe tuttavia sufficiente a illustrare il problema nella sua complessità se non si facesse attenzione a collocarlo nella questione più ampia degli interventi di urgenza. E' nell'urgenza che si incontrano le situazioni più drammatiche ed è possibile agire precocemente sui fattori che sono antecedenti importanti di comportamenti violenti. Inoltre, se non si accettasse questo ampliamento, si darebbe l'impressione di ritenere che la questione della violenza riguardi solo le situazioni di degenza ospedaliera e non le situazioni psichiatriche in contesti specifici di vita. La conoscenza delle modalità di risposta ambientale ai comportamenti dei pazienti, a causa delle difficoltà relazionali attribuibili alle loro patologie, ma anche dei conflitti in cui sono coinvolti, possono dare accesso ad una comprensione delle reazioni violente.

Queste prospettive spingono a ulteriori approfondimenti, eventuale occasione di nuove raccomandazioni, che qui non è il caso di anticipare. Un elemento però va segnalato ed è costituito dalle difficoltà aggiuntive che derivano dall'inappropriatezza di molti ricoveri psichiatrici che rende difficile, a volte al limite dell'impossibilità, la gestione della presa in carico. Uno dei meccanismi più comuni d'inappropriatezza è la traduzione di ogni situazione in cui vengono agiti comportamenti violenti in una manifestazione psichiatrica. In tal modo si fa della psichiatria, e dei suoi luoghi di cura, un contenitore aspecifico destinato a separare, accantonare, nascondere la violenza.

Riassunto delle comunicazioni del CPT

L'occasione prossima di queste raccomandazioni è un intervento del «*The European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*» (CPT) sui reparti psichiatrici in Italia. Nel documento del 16 ottobre 2006 «*General Report on the CPT's activities*» una parte è dedicata alle «Misure di contenzione negli Istituti Psichiatrici per adulti». Essa è stata sottoposta al Gruppo Interregionale della Salute Mentale dal Ministero della Salute per un parere che è stato formulato nel 2009.

Si riportano qui alcune delle considerazioni generali che sono state prese in esame in tale occasione:

«Il potenziale di abuso e di maltrattamento che l'uso di mezzi di contenzione comporta resta fonte di particolare preoccupazione per il CPT. Purtroppo sembra che in molti degli istituti visitati vi sia un eccessivo ricorso ai mezzi di contenzione». «La creazione e il mantenimento di buone condizioni di vita per i pazienti, così come un buon clima terapeutico, presuppongono l'assenza di aggressività e di violenza tra i pazienti e nei confronti del personale».

Il documento stila una graduatoria delle modalità da mettere in atto per far fronte alla violenza del paziente e in essa figurano i mezzi psicologici (interazione verbale e convinzione) e il trattenere il paziente con le mani per breve tempo. Tutto questo viene proposto in alternativa alla sedazione chimica e alla contenzione mediante cinghie. Per ultimo il documento cita modalità di contenzione considerate non solo inadeguate ma anche degradanti (manette, catene metalliche, letti gabbia). Il Documento stigmatizza l'uso della contenzione come punizione e come intervento pedagogico. All'obiezione che è la mancanza di personale che spinge a un aumento del ricorso ai mezzi di contenzione risponde che è proprio l'applicazione dei metodi meccanici, che voglia essere corretta e appropriata, a richiedere più personale medico e infermieristico di quanto abitualmente disponibile. La pratica di far durare la contenzione per un periodo superiore a quello strettamente necessario è considerata un maltrattamento. Viene sottolineato come l'esperienza di essere contenuto produca confusione nel paziente.

Quello del CPT è un documento pragmatico, tutt'altro che estremista, se giunge ad affermare che «come regola generale un paziente dovrebbe essere contenuto solo come misura di ultima istanza», ed è tuttavia una denuncia chiara e inequivocabile della contenzione fisica.

Il commento per il Ministero della Salute, approvato dal Gruppo Interregionale della Salute Mentale, si concludeva con l'affermazione che «il parere espresso in merito alle pratiche di contenzione è che tali misure non facciano parte dei dispositivi ordinari di cura dei pazienti psichiatrici e vadano considerati interventi che scaturiscono da uno stato di necessità che andrebbe prevenuto con il massimo impegno, anche con un adeguamento delle condizioni assistenziali in modo da far fronte a situazione di acuzie, o almeno superato il più rapidamente possibile. In ogni caso gli interventi vanno adeguatamente documentati, anche per dimostrare che non è stato applicato un livello di violenza superiore a quello della violenza cui si voleva porre rimedio».

Resoconto delle norme che le Regioni hanno emesso in materia di contenzione.

Alcune Regioni hanno già affrontato la questione negli ultimi anni:

- Toscana: il PSR 2008-2010 proibisce l'uso della contenzione fisica e ordina il monitoraggio delle prescrizioni psicofarmacologiche che potrebbero assumere il significato di contenzione chimica;
- Piemonte: il PSR vigente sottolinea la necessità di non praticare la contenzione fisica;
- Puglia: è operante un Progetto finalizzato della Regione per il miglioramento della qualità dell'assistenza nei SPDC. Sul tema della contenzione meccanica l'obiettivo è di produrre raccomandazioni su come evitare le contenzioni;
- Emilia-Romagna: una circolare del 22.10.2009 della Direzione generale sanità e politiche sociali detta la «Disciplina delle contenzioni fisiche presso i SPDC del DSM-DP», con l'obiettivo di ridurre il più possibile la contenzione e, a tal fine, prescrive un monitoraggio puntuale del fenomeno;
- Sardegna: il DGR 51/41 del 20.12. 2007 contiene direttive ai DSM. Anche sulla contenzione la Regione Sardegna ha dato direttive ai DSM (vedi piano sanitario, DGR organizzazione DSMD). Tale DGR 51/41 del 20/12/07 è finalizzata ad abbattere i fattori di rischio per l'aggravamento dei disturbi mentali e il ricorso al TSO. Poiché sono evidenziate carenze per l'emergenza urgenza nell'allegato alla DGR, sono delineate le Direttive sull'organizzazione degli interventi in tale ambito, ma anche nella proposta di nuovo Piano sulla salute mentale, si evidenzia che «nelle emergenze il ricovero nel SPDC è talora improprio e determinato da carenze di altre strutture o enti»;
- Lombardia: ha stabilito l'obbligo per tutti i DSM di redigere un protocollo scritto per regolare la procedura della contenzione meccanica;

- Lazio: Il Dipartimento Sociale della Regione ha attivato il programma «Strategie per la prevenzione delle contenzioni fisiche in situazioni di emergenza psichiatrica» che si conclude quest'anno.

Da questo elenco si deduce che non sono numerosi gli atti ufficiali delle Regioni che hanno come oggetto la contenzione fisica dei pazienti psichiatrici. Si osserva una confluenza di quelli disponibili su una politica di prevenzione della contenzione fisica. Tale constatazione suggerisce di sollecitare ulteriormente l'interesse delle Regioni mediante un documento di Raccomandazioni.

Contenzione nei minorenni

Anche in questa sede è opportuno accennare alla precarietà e alla disomogeneità della rete assistenziale per gli interventi di urgenza in età evolutiva: questi interventi, attuati sia in ambito ospedaliero che extra ospedaliero, spesso avvengono in ambienti non standard e non appropriati. In una situazione così frammentata non è finora stato possibile effettuare un monitoraggio sistematico dell'incidenza del ricorso alla contenzione fisica nei confronti dei minori con disturbo acuto del comportamento.

Ugualmente sfugge alla conoscenza e al controllo il fenomeno del ricorso alla contenzione, che comunque sembra avere un'incidenza non irrilevante, nei confronti dei minori disabili e/o con disturbi psichiatrici, ricoverati in strutture residenziali autorizzate e/o accreditate.

Sul piano culturale e formativo, l'approccio dei servizi di NPIA al paziente agitato, o comunque con problemi comportamentali, è tradizionalmente orientato al contenimento più che alla contenzione e privilegia la pacificazione attraverso la relazione piuttosto che la controazione, anche in considerazione del significato altamente traumatico che l'esperienza di essere immobilizzato e reso impotente può assumere, in particolare in età evolutiva di evitare l'isolamento del paziente, di favorire adeguati livelli di comunicazione nell'*équipe* curante e un buon clima in cui venga a svolgersi il lavoro. La precarietà della presa in carico e la grave carenza di strutture e percorsi adeguati e dedicati favoriscono l'insorgere delle urgenze comportamentali e aumentano il rischio di interventi di emergenza non appropriati ed evitabili.

Viceversa una rete assistenziale territoriale e ospedaliera che garantisca interventi precoci e integrati di presa in carico dei disturbi acuti riduce il numero dei ricoveri e quindi anche la eventualità del ricorso alla contenzione.

Come provvedimento immediato la costruzione di un sistema informativo e di un flusso di dati in grado di misurare la contenzione come evento sentinella è di per sé efficace nel ridurre l'impiego non appropriato. Nei casi in cui si configuri un intervento in stato di necessità e la contenzione fisica non sia evitabile, il personale coinvolto deve essere specificamente formato alla gestione del paziente in quella specifica situazione, e devono essere attivate di *routine* procedure interne e istituzionali di monitoraggio e tutela.

Finalità delle raccomandazioni

L'obiettivo fondamentale è di costruire una strategia di prevenzione della contenzione fisica che si ponga all'interno della prevenzione dei comportamenti violenti nei luoghi di cura. Le idee forti su cui fondarla si possono esprimere come:

- consapevolezza che la prevenzione dei comportamenti violenti è una condizione per rendere efficace la cura;
- consapevolezza che la contenzione è un atto anti terapeutico, rende cioè più difficile la cura piuttosto che facilitarla;
- consapevolezza che rispondere alla violenza con la violenza non paga.

A partire da questi assunti può disegnarsi un percorso per giungere alla meta costituita dal superamento della contenzione fisica, facendo di tale superamento un elemento di qualità del miglioramento continuo della pratica psichiatrica.

Dalla condivisione di tale impostazione scaturisce una strategia di prevenzione che affida la sua efficacia alla gradualità dell'approccio piuttosto che ad affermazioni astratte intorno alla legittimità della pratica di contenzione fisica o allo spostamento dell'attenzione su riflessioni teoriche intorno a

un legame intrinseco, affermato da alcuni e negato da altri, tra malattia mentale e comportamento violento.

Il percorso parte dall'esigenza, con un'adatta sorveglianza, di ridurre il rischio di abuso sempre in agguato quando si ha a che fare con prestazioni sanitarie senza il consenso del paziente. Si qualifica includendo la convinzione che, in ogni caso, la valutazione non possa essere solo sanitaria trattandosi di una pratica, come ricorda il documento del CPT, con un alto potenziale di degradazione ed umiliazione per il paziente, in contrasto quindi con il principio del rispetto della dignità umana che dovrebbe vincolare l'esercizio della medicina. L'argomentazione centrale porta a considerare la contenzione fisica come un intervento antiterapeutico, che danneggia il paziente anche quando non ne mette a rischio la integrità fisica, e danneggia la credibilità della psichiatria come scienza terapeutica. In questa chiave, dando per scontato che con un di più di formazione, di organizzazione e di sorveglianza si riesca a evitare la violenza superflua, quella che viene praticata per dare un esempio, realizzare una punizione, o «prevenire» una violenza attesa, la tesi di questo documento è che si debba evitare la contenzione fisica in ogni situazione, attraverso una strategia che prevenga i comportamenti violenti in ambienti di cura.

Condizioni e precauzioni per prevenire e risolvere i comportamenti violenti nei luoghi di cura psichiatrica.

Una particolare attenzione va posta, innanzitutto, al rispetto degli standard di personale nei luoghi di cura, standard che derivano dalla valutazione dei risultati che ci si aspetta dalla cura. Le buone pratiche, che sono state sperimentate anche in Italia, puntano, in una logica di prevenzione dei comportamenti violenti, sulla necessità di personalizzare il rapporto terapeutico.

La questione della contenzione fisica va al di là degli ambiti in cui si esercita la psichiatria.

Sarebbe del tutto irrealistico ritenere che la contenzione fisica sia esercitata solo dagli psichiatri. Questa pratica è riscontrabile anche altrove, soprattutto lì dove l'assistenza ha a che fare con stati di agitazione psico-motoria che sono espressione di modificazioni patologiche del SNC, stabili o transitorie, in casi di demenza, o in situazioni di patologia geriatrica, oppure negli stati di intossicazione esogena, o in soggetti con disabilità intellettiva, adulti o in età evolutiva. Gli ambiti di esercizio in cui andrebbe discusso il problema della legittimità, utilità e opportunità della contenzione fisica, non sono costituiti solo dagli ospedali, ma anche dalle case di riposo per anziani, dalle comunità terapeutiche per tossicodipendenti, dagli istituti di ricovero per soggetti con handicap connessi a patologie congenite o precocemente acquisite, del SNC. Un'ulteriore discussione su questa ampia area dell'assistenza sanitaria esula tuttavia dalle competenze e dai compiti del Gruppo Interregionale della Salute Mentale, anche se l'avervi accennato è legittimato dal fatto che molto spesso comportamenti che sollecitano pratiche di contenzione fisica vengono tradotti in richieste psichiatriche quando addirittura non comportino un ricovero inappropriato in SPDC. Si ritiene inoltre che un miglioramento della pratica assistenziale psichiatrica, caratterizzato da una rinuncia alla contenzione fisica, sarebbe un forte segnale per porre attenzione al problema anche negli altri ambiti operativi, sollecitando coloro che vi operano ad analoghe pratiche di trattamento non restrittivo.

Raccomandazioni.

Con questo documento le Regioni non intendono assumersi compiti che sono propri delle società scientifiche (svolgere ricerche e stabilire metodi di valutazione) o delle associazioni di utenti e di familiari (verificare e sollecitare interventi modificativi) ma affrontano un compito che è di loro competenza e che riguarda il miglioramento della qualità delle cure nell'ambito sanitario psichiatrico. Obiettivo finale delle Raccomandazioni è che tutte le Regioni si attivino per introdurre nell'assistenza psichiatrica le modificazioni (di conoscenze, di atteggiamenti, di risorse, di gestione, di organizzazione) in grado di portare al valore zero, in modo stabile e sicuro, il numero delle contenzioni praticate nei Servizi di Salute Mentale.

Ciascuna delle raccomandazioni implica un intervento promozionale, potenzialmente atto a prevenire comportamenti violenti e contenzione fisica. Si intende che ad esso segua una valutazione e che siano attivati interventi correttivi nel caso che le modificazioni suggerite non siano state attuate o non abbiano ottenuto i risultati attesi.

Si riportano, di seguito, alcune raccomandazioni rinvenibili in *Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome 10/081/CR07/C7*:

Raccomandazione 1.

Monitorare a livello regionale il fenomeno delle contenzioni attraverso la raccolta sistematica di informazioni di qualità tale da consentire di predisporre azioni migliorative.

Raccomandazione 2.

Monitorare a livello regionale i comportamenti violenti nei luoghi di cura per acuti (concordando gli strumenti di valutazione da adottare e le modalità di elaborazione dei dati a livello dei servizi di salute mentale coinvolti).

Raccomandazione 3.

Promuovere la formazione di tutti i soggetti coinvolti, sanitari e non, per favorire pratiche appropriate di gestione delle situazioni a rischio che siano in grado di arrestare i fenomeni di *escalation*.

Raccomandazione 4.

Definire e garantire standard di struttura e di processo per la salute mentale che siano in grado di contrastare la comparsa di comportamenti violenti o permettano di affrontarli e superarli nel modo più efficace possibile.

Raccomandazione 5.

Valutare l'impatto delle iniziative di informazione, di formazione e di appropriatezza organizzativa sul miglioramento della qualità dell'assistenza e della cura psichiatrica; in particolare in termini di riduzione dei comportamenti violenti e degli episodi di contenzione fisica.

Raccomandazione 6.

Promuovere nei Servizi pratiche sistematiche di verifica e miglioramento della qualità relativamente alla gestione delle situazioni di crisi e, in particolare, al ricorso alla contenzione fisica che, in una assistenza psichiatrica orientata alle buone pratiche, assume il significato di evento sentinella.

Raccomandazione 7.

Favorire la trasparenza delle strutture di cura, in cui si trattano i casi acuti, con il coinvolgimento di associazioni di utenti, di familiari, e degli uffici deputati alla difesa dei diritti dei cittadini, al fine di migliorare l'accessibilità, la vivibilità e l'accoglienza, dare informazioni sulle procedure in atto e sulle garanzie per gli utenti, facilitare la comunicazione con l'esterno.

Il fenomeno della contenzione fisica nei Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura (SPDC) è stato oggetto di grande attenzione nell'ambito del Progetto regionale «Miglioramento e valutazione della qualità dell'assistenza nei Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura della Regione Puglia», approvato con DGR n. 1814 del 6.12.2005. Al progetto hanno partecipato tutti gli SPDC del territorio regionale e la Clinica Psichiatrica dell'Azienda O.U. «Policlinico» di Bari.

Attraverso l'adozione diffusa dei Registri di monitoraggio comuni degli eventi sentinella (negativi e positivi) e della Scheda di monitoraggio compilata ogni quadrimestre, si sono potuti avere dati, sufficientemente attendibili, sui comportamenti aggressivi, sul fenomeno «contenzione», sulle attività, sull'organizzazione, sull'integrazione del SPDC nella «RETE» dipartimentale e territoriale. La contenzione fisica, comunque, costituisce sempre un evento potenzialmente avverso, significativo per quanto concerne il rischio clinico (Board APA, 2002-2003), nel duplice aspetto della possibile compromissione:

- del percorso terapeutico, per le conseguenze psicologicamente deleterie per il paziente, per lo staff curante, per i familiari;
- della salute fisica e psichica del paziente, come rischio attuale connesso alla esecuzione della pratica (vedi elaborato Gruppo di lavoro su emergenza- urgenza Regione Emilia Romagna 2008; risultati questionario su contenzione Progetto Obiettivo Regione Puglia).

3. Disciplina delle contenzioni fisiche presso i servizi psichiatrici di diagnosi e cure dei dsmdp.

Il monitoraggio regionale dell'applicazione della circolare n. 16 dell'ottobre 2009 ha dimostrato che tutti i reparti SPDC hanno adottato le procedure richieste per limitare gli episodi di contenzione e garantire la rigorosa formalizzazione di queste pratiche, secondo protocolli rivisti periodicamente e regolarmente mantenuti. Con l'adozione di queste misure gli episodi di contenzione fisica negli SPDC sono diminuiti da 972 casi nel 2011 a 494 casi nel 2013 (Circolare n.1 Regione Emilia Romagna, Giunta PG.2015. 0005917 del 09.01.15).

Sulla base di questi risultati il totale superamento della contenzione fisica negli SPDC può essere considerato un obiettivo perseguibile, anche attraverso un attento monitoraggio da parte delle Direzioni sanitarie aziendali sull'appropriatezza delle richieste di ricovero in SPDC da parte dei Servizi di Emergenza ed Urgenza.

Al fine di evitare che la pratica della contenzione fisica possa essere adottata in altre strutture di ambito psichiatrico, si chiede ai DSM-DP di effettuare una ricognizione e una vigilanza su questo punto, nella verifica dei piani di trattamenti individuale dei pazienti inseriti in Spoi e RTI.

Si raccomanda, inoltre di applicare la Circolare in modo coordinato con le indicazioni regionali «Raccomandazioni per la prevenzione della violenza a danno degli operatori sanitari» (PG/2010/0163387).

Dal punto di vista del processo terapeutico la pratica della contenzione fisica costituisce sempre un evento potenzialmente avverso, significativo per quanto concerne il rischio clinico, nel duplice aspetto della possibile compromissione:

- del percorso terapeutico, per le conseguenze psicologicamente deleterie per il paziente, per lo staff curante e per tutti gli attori implicati nel progetto di cura (famigliari compresi);
- della salute fisica e psichica del paziente, come rischio attuale connesso alla esecuzione della pratica.

Pertanto, nella documentazione dell'atto di contenzione meccanica devono essere implementate le verifiche e le registrazioni richieste per tutti gli episodi di contenzione, indipendentemente dalla durata del singolo episodio e dalle complicità che possono verificarsi.

Sulla base delle buone pratiche per il miglioramento clinico e organizzativo, già in uso in diversi SPDC regionali, si evidenzia la necessità di integrare le procedure previste per i singoli episodi di contenzione con azioni sistematiche sull'organizzazione, quali: audit clinico e analisi delle prassi organizzative, verifica e mantenimento delle procedure, percorsi formativi per tutto il personale dell'equipe, confronto tra professionisti di diversi reparti SPDC e scambi di buone pratiche.

Sulla base di questi principi le Aziende UsI devono rivedere a partire dal 1° gennaio 2015 le procedure in atto presso tutti gli SPDC, adeguandole alle indicazioni che seguono:

1. è opportuno che, laddove non sia già stato creato, venga istituito un Gruppo di lavoro aziendale di 6-7 persone, costituito oltre che da professionisti della U.O. direttamente interessata (medici ed infermieri) anche da professionisti delle U.O. territoriali e della U.O. Gestione del rischio, incaricato di rivedere e mantenere periodicamente le procedure in oggetto;
2. tutti i reparti devono essere dotati di un apposito registro con pagine numerate e timbrate dalla Direzione Sanitaria dell'Azienda UsI nel quale devono essere annotati i seguenti elementi relativi ad ogni atto di contenzione:
 - a) nome e cognome della persona sottoposta a contenzione meccanica;
 - b) problema che ha determinato la contenzione meccanicamente;
 - c) valutazione medica comprensiva dell'esame delle opzioni tecniche ed organizzative alternative, compreso l'intervento delle forze dell'ordine se necessario, rinforzo del turno infermieristico, assistenza da parte dei familiari, materasso a terra, etc. valutando idoneità e l'efficacia di tale misure alternative;
 - d) data e ora di inizio;
 - e) specificare se la contenzione è stata parziale o totale;

- f) misure assistenziali richieste, con indicazione dell'operatore incaricato di effettuarle ed orari di effettuazione, in particolare controllo stato di coscienza, PA ogni ora quando il paziente non riposa, FC almeno ogni ora, T° volte al die, bilancio idrico, bilancio calorico, alvo;
 - g) misure sanitarie adottate per la profilassi delle complicanze, in particolare verifica delle fasce almeno ogni 30 minuti con registrazione di eventuali eventi avversi come lesioni o altro e loro cura, mobilitazione per almeno 10 minuti ogni 2 ore dalle 8 alle 22, adeguata profilassi venosa profonda, esami ematici strumentali quando indicato e necessari al fine di salvaguardare lo stato di salute del paziente;
 - h) data e ora di cessazione della contenzione.
3. le stesse informazioni di cui al punto 2. devono essere registrate anche nella cartella clinica del paziente;
 4. ogni episodio di contenzione fisica, indipendentemente della durata deve essere:
 - a) verificato e analizzato con l'equipe e il responsabile del reparto;
 - b) comunicato ai familiari, quando presenti, valutando la possibilità di mantenere la loro presenza in reparto;
 - c) comunicato alla Direzione del DSM – DP specificare le motivazioni.
 5. tutte le contenzioni che si prolungano oltre le 12 ore devono essere segnalate alla Direzione Sanitaria di Presidio o Aziendale, alla U.O. Gestione del Rischio e alla Direzione del DSM–DP. Entro 12 ore e gli episodi di contenzione ripetuti con personale della U.O. Gestione del rischio e del DSM DP non appartenente al SPDC al fine di esaminare il caso e tutte le opzioni alternative;
 6. le contenzioni che si prolungano oltre le 12 ore e gli episodi di contenzione ripetuti con lo stesso paziente nel corso dello stesso ricovero, indipendentemente dalla durata, devono essere segnalate nel flusso degli *incident reporting*;
 7. tutte le contenzioni devono essere riesaminate ogni sei mesi nell'ambito di un esame della casistica trattata dal reparto, con la partecipazione del gruppo di lavoro che ha redatto e mantiene le procedure, il contributo di personale del DSM-DP esterno al SPDC, della Direzione Sanitaria e della U.O. Gestione del rischio. La verifica semestrale deve essere mantenuta anche quando nel semestre precedente non si sono verificati episodi di contenzione e deve essere utilizzata per azioni orientate al miglioramento clinico e organizzativo dell'attività del SPDC, quali audit clinico, anche con professionisti di altre Aziende Usl, analisi delle prassi organizzative, verifica e mantenimento delle procedure;
 8. nel caso assolutamente eccezionale in cui vengano sottoposti a contenzione fisica soggetti minori, va sempre coinvolto nella decisione un medico della U.O. NPIA; se i genitori sono presenti e titolari della potestà genitoriale vanno informati e coinvolti nella decisione nel miglior interesse del minore (in loro mancanza il tutore), così come bisogna dare comunicazione dell'uso della contenzione nel minore al Giudice Tutelare;
 9. le Aziende Usl devono inviare annualmente al Servizio Salute Mentale, Dipendenze Patologiche e Salute nelle carceri della Regione la scheda per il monitoraggio degli episodi di contenzione, utilizzando la scheda di rilevazione informatizzata che sarà inviata dal Servizio regionale. Inoltre dovrà essere allegata una relazione sintetica che dia evidenza delle azioni intraprese per migliorare i fattori organizzativi che possono prevenire il ricorso alla contenzione fisica, quali: formazione volta a potenziare le competenze relazionali, gestione dello staff e supervisione dell'equipe per ridurre il rischio di stigmatizzazione dei pazienti ricoverati, personale infermieristico attivabile al bisogno;
 10. si richiede inoltre di inserire i dati della rendicontazione annuale nel bilancio di missione aziendale, tenuto conto delle implicazioni etiche e politiche della limitazioni della libertà dei cittadini sottoposti a contenzione fisica.

Nella contenzione è fondamentale adottare protocolli operativi per la traduzione corretta dei comportamenti e delle azioni da compiere a tutela della salute della persona e che gli operatori siano istruiti:

- ad osservare e riportare con esattezza ogni dettaglio che possa aiutare a decifrare il comportamento degli ospiti e a predisporre risposte coerenti e non coercitive;

- a comunicare e trasmettere correttamente ai colleghi le informazioni mediante processi e schede condivise per non incorrere in errori comunicativi e di fraintendimento.

Il punto d'incontro tra le varie professionalità è rappresentato dal Piano Assistenziale Individuale (P.A.I.), in cui si affrontano le problematiche mediante i principi del *problem solving*; nel caso di ricorso alla contenzione la responsabilità di gruppo può prevenire interpretazioni procedurali incongrue e consentire di affrontare le tematiche relative alla organizzazione del lavoro.

L'utilizzo della contenzione è l'*extrema ratio* di un processo suddiviso in più fasi:

- valutazione del quadro clinico multidimensionale;
- esistenza di uno «stato di necessità»;
- individuazione di soluzioni alternative;
- evidenza di una situazione di emergenza o urgenza;
- salvaguardia della dignità personale;
- acquisizione del consenso informato laddove possibile;
- individuazione delle soluzioni tecniche;
- sussistenza del principio di proporzionalità.

4. Esempi di linee guida per l'uso corretto dei mezzi di contenzione.

- L'indicazione della contenzione è principalmente un atto medico prescrittivo (di carattere prevalentemente terapeutico), che deve valutare anche le eventuali controindicazioni e gli effetti collaterali.
- La C. non dovrà mai essere applicata come atto alternativo alle emergenze gestionali o di assistenza (carenza di personale, difficile organizzazione...)
- L'atto di applicazione dovrà essere circostanziato in tempi, frequenza e metodi, evitando di annotare solo il perché sia applicata.
- Si dovrà riesaminare spesso la decisione, dopo aver considerato il caso e vagliato ogni alternativa.
- Si dovranno informare della decisione presa e del suo significato il soggetto da contenere (se in grado di comprendere) e i familiari.
- L'atto dovrà essere documentato sul piano assistenziale del singolo (anche per la valenza certificativa della documentazione)
- Al soggetto contenuto dovranno essere garantite idonea sorveglianza ed assistenza
- Evitare di associare i vari tipi di contenzione (fisica, farmacologica, etc.)
- Porre particolare attenzione agli aumenti di aggressività o d'irrequietezza o ad abulia, distacco esistenziale per poter riesaminare le motivazioni addotte alla contenzione.
- Monitorare continuamente il numero dei soggetti contenuti per evitare abusi o superficialità e controllare le condizioni dei soggetti sottoposti, che devono essere controllati frequentemente per evitare lesioni o comportamenti pericolosi.
- Durante il periodo di contenzione occorre programmare fasi di movimento ogni 2-3 ore.

Il coinvolgimento dei familiari.

I familiari possono tendere a considerare il mezzo contenitivo come una possibilità di evitare cadute e conseguenti danni; la proposta di toglierlo è talora vissuta come mancanza di assistenza.

La contenzione farmacologica comporta anche il problema di trovare il "dosaggio giusto" (spesso raggiunto dopo lunghi monitoraggi e tentativi) e quello degli effetti collaterali dei sedativi (calo dell'attenzione, difficoltà nella deglutizione, immobilità con rischio di piaghe...).

Può quindi risultare efficace un colloquio con il familiare referente non appena si sia deciso di contenere il congiunto, dove illustrarne i motivi e le modalità di somministrazione e monitoraggio.

Profilo per identificare gli anziani ad alto rischio di caduta (Tabella).

1. ETA' AVANZATA	Da 70 a 84 anni: rischio presente > 85 anni: rischio elevato.
2. STATO MENTALE ALTERATO	Delirio/demenza: lo stato confusionale intermittente determina il rischio più elevato.
3. STATO PSICOSOCIALE O AFFETTIVO ALTERATO	Agitazione/aggressività/depressione/negazione dello stato di malattia.
4. ATTUALE O POTENZIALE INCONTINENZA	Il rischio più elevato si presenta se il soggetto è autonomo nell'uso del bagno ed incontinente.
5. CAMBIO DI AMBIENTE	Nuovo ingresso/cambio camera nella struttura.
6. STORIA DI CADUTE	Esiste un rischio se vi sono state 1 o 2 cadute negli ultimi 6 mesi. Il rischio aumenta molto se le cadute sono state numerose.
7. DEBILITAZIONE O DEBOLEZZA	
8. CONFINAMENTO SU UNA SEDIA	
9. MENOMAZIONI VISIVE	
10. IPOTENSIONE ORTOSTATICA	
11. DISTURBI DELL'EQUILIBRIO E DEAMBULAZIONE	
12. FARMACI	Anestetici/antidepressivi/antistaminici/antipsicotici/anticonvulsivi/benzodiazepine/cardiovascolari/ipoglicemizzanti/narcotici.

BIBLIOGRAFIA

- Amato G., *Sul sanitario grava un dovere di sorveglianza anche in assenza di trattamento obbligatorio*, «Guida al diritto», 2004, p. 52 ss.
- Anzilotti S., *La posizione di garanzia del medico: considerazioni giuridiche, deontologiche e bioetiche*, Tesi di dottorato di ricerca in Bioetica (XXIII ciclo), Università Campus Bio-Medico Roma, 2008
- Barbera A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Torino, 1967
- Bicego L., Mislej M., *Contro la contenzione*, Maggioli Editore, Milano, 2011
- Bilancetti M., *La responsabilità penale e civile del medico*, 3° ed., Cedam, Padova, 1998
- Casciarri G., *La contenzione del paziente*, «Professione infermiere» (online), 2007
- Catanesi R., Troccoli G., Carabellese F., *Responsabilità professionale e contenzione fisica in psichiatria*, in Catanesi R., Ferrannini L., Peloso P. F. (a cura di), *La contenzione fisica in psichiatria*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 91 ss.
- Cerasoli S., *Il consenso informato e le misure di contenzione*, <http://www.altalex.com/documents/news/2007/05/29/il-consenso-informato-e-le-misure-di-contenzione>, 30 maggio 2007
- Cester A., Gumirato G., *I percorsi della contenzione, dal caos al metodo*, Vega Editore, S. Lucia di Piave, 1997
- Cester A., *Materiali e metodi per l'uso della contenzione*, «Giornale di gerontologia», XLVII, 1999, p. 357 ss.
- Codice Deontologico degli Infermieri, <http://www.ipasvi.it/norme-e-codici/deontologia/il-codice-deontologico.htm>, gennaio 2009
- Codice di Deontologia Medica, http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_, 16 dicembre 2006
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Il trattamento dei pazienti psichiatrici: problemi bioetici*, <http://presidenza.governo.it/bioetica/>, 24 settembre 1999
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, <http://presidenza.governo.it/bioetica/>, 8 maggio 1999
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Psichiatria e salute mentale: orientamenti bioetici*, <http://presidenza.governo.it/bioetica/>, 24 novembre 2000
- Conolly J., *Trattamento del malato di mente senza metodi costrittivi (1856)*, Einaudi, Torino, 1976
- Cupelli C., *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, «Diritto penale contemporaneo» (online), 21 marzo 2016, p. 1 ss.
- Cupelli C., *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, «Diritto penale e processo», 2012, p. 1104 ss.
- D'Amato S., *Osservazioni sulla contenzione in psichiatria e i suoi riflessi in tema di stato di necessità. Recensione a Piero Cipriano, Il manicomio chimico. Cronache di uno psichiatra riluttante*. «Diritto penale contemporaneo» (online), 15 dicembre 2015, p. 1 ss.
- De Maio G., *Lo psichiatra? E' un "garante" del paziente. Quel legame causa-effetto tra farmacoterapia e condotte violente*, «Diritto e giustizia», 2006, p. 52 ss.
- De Risio B., *La responsabilità dello psichiatra*, in Peccenini F. (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 248 ss.
- Del Giudice G., *e tu slegalo subito. Sulla contenzione in psichiatria*, Edizioni Alpha Beta Verlag, Merano, 2015
- Dell'Acqua P., *Persone. Malattia mentale e guarigione*, Rodotà S., Zatti P. (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 784 ss.
- Dodaro G., Ferrarini L., *Contenzione meccanica in psichiatria. Introduzione a focus*, «Rivista italiana di medicina legale», 2013, p. 167 ss.
- Dodaro G., *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, «Rivista italiana di medicina legale», 2001, p. 1483 ss.
- Dodaro G., *Posizione di garanzia degli operatori dei servizi psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza*

penale (1978-2010), in Dodaro G. (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. giurisprudenza e clinica a confronto*, FrancoAngeli, Milano, 2011, p. 33 ss.

DSM - DITRA - MCQ, *La contenzione fisica in ospedale. Evidence based guideline*, A. O. Ospedale Niguarda Ca' Granda, Milano, 2006

Evans D. et al., *Physical Restraint in Acute and Residential Care, Systematic Review*, n. 22, The Joanna Briggs Institute, Adelaide (South Australia), 2002

F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale.*, Vol. I, *I delitti contro la persona*, 6ª ed., Cedam, Padova, 2008

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Zanichelli, Bologna, 2008

Fontana S., *Contenzione fisica*, «Best Practice», 2002, VI, Centro Studi EBN, A. O. S. Orsola Malpighi, Bologna, 2002, p. 1 ss.

Fornari L., *La posizione di garanzia del medico*, in Rodotà S., Zatti P. (a cura di), *Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 833 ss.

Fornari U., Coda S., *Dall'ospedale psichiatrico giudiziario al territorio*, «Rivista italiana di medicina legale», 23, 2001, p. 41 ss.

Frezza F., Antoni F., *Note in tema di contenzione (meccanica, ma non solo...) in campo sanitario*, n. 4, <http://ceformed.it/medicina-e-sanita.html>, 2009

Giordano M., *Contenzione ieri ed oggi*, Tesi Corso di Laurea in Tecnica della Riabilitazione, www.psichiatriaestoria.org

Giunta F., Lubinu G., Micheletti D., Piccialli P., Piras P., Sale C., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Napoli, 2011

Grassi L., Ramacciotti F., *La contenzione*, <http://www.newsforumsalutementale.it/>, 2009

Grassi L., Ramacciotti F., *La contenzione dell'infermo di mente e del tossicodipendente*, <http://www.ristretti.it/areestudio/salute/mentale/contenzione.htm>

IPASVI, *Quando serve la contenzione*, www.ipasvi.it

Marra G., Pezzetto S., *La responsabilità dello psichiatra nella giurisprudenza successiva alla legge 180 del 1978*, «Cassazione penale», 2006, p. 1436 ss.

Marra G., *Un caso di responsabilità penale dello psichiatra per l'omicidio commesso dal suo paziente*, «Cassazione penale», 2008, p. 837 ss.

Maspero M., *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, «Rivista italiana di medicina legale», 2007, p. 788 ss.

Maspero M., *Una discutibile sentenza della Cassazione sulla responsabilità penale dello psichiatra*, «Rivista italiana di medicina legale», 2004, p. 1246 ss.

Massa M., *Contenzione*, Digesto delle discipline privatistiche, X, Utet Giuridica, Torino, 2015

Massa M., *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, «Rivista italiana medicina legale», 2013, p. 159 ss.

Mc.Cue R. E. et al., *Reducing restraint use in a public psychiatric inpatient service*, «The Journal of Behavioral Health Services & Research», 2004, p. 217 ss.

Monateri P. G., *Illiceità e giustificazione dell'atto medico nel diritto civile*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano 2011, p. 3 ss.

Norelli G.A. et al., *Legislazione e tutela dei diritti*, «Giornale di gerontologia», 1999, p. 345 ss.

Palazzo F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Giappichelli, Torino, 2013

Peloso P.F., *Raccomandazioni inerenti la contenzione fisica*, <http://www.newsforumsalutementale.it/wp-content/plugins/as-pdf/generate.php?post=8941>, 21 febbraio 2009

Piccione D., *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano*, www.personaedanno.it, 2012

Piras P., C. Sale, *Atti auto ed eterolesivi e responsabilità dello psichiatra*, «Cassazione Penale», 2010, p. 418 ss.

Poli N., Rossetti A., *Linee guida per l'uso della contenzione fisica nell'assistenza infermieristica*, «Nursing Oggi», n. 4, 2001, p. 50 ss.

Rossi S., *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015

- Sale C., *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, «Diritto penale contemporaneo» (online), 27 aprile 2014, p. 1 ss.
- Sale C., *La responsabilità penale in psichiatria*, Tesi di dottorato di ricerca in Diritto ed Economica dei Sistemi Produttivi (XXV ciclo), Università degli Studi di Sassari
- Sardella I., *Quale responsabilità della struttura per i gesti auto-lesivi del paziente: giurisprudenza di merito e di legittimità a confronto*, «Rivista italiana di medicina legale», 2013, p. 1052 ss.
- Spinsanti S., *Controllo e libertà nel trattamento delle malattie mentali* in Rodotà S., Zatti P. (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 799 ss.
- Toresini L., *L'SPDC no restraint. La sfida della cura*, www.centrobasaglia.provincia.arezzo.it
- Tubaro G., *Il trattamento farmacologico dei disturbi psicotici nei pazienti affetti da demenza. Aggiornamento*, «Medicina e Sanità», n. 4, <http://ceformed.it/medicina-e-sanita.html>, 2009
- Winstona P.A., Morelli P., Bramble J., Friday A., Sanders J.B., *Improving Patient Care through Implementation of Nurse. Driven restraint protocols*, «Journal of Nursing Care Quality», 1999, p. 32 ss.
- Zanchetti M., *Fra l'incudine e il martello. La responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, «Cassazione penale», 2004, p. 2854 ss.