

— Responsabilità medica e libertà personale del malato: profili di rilevanza penale della contenzione

Medical liability and personal freedom of the patient: profiles of criminal relevance of restraint

di Elisa Secchi Villa

Abstract. Il fenomeno della limitazione della libertà del malato, attraverso mezzi fisici, meccanici, farmacologici o ambientali, nonché il dubbio circa i confini della legittimità etica e giuridica di tale pratica, interessano trasversalmente il nostro sistema sanitario. In mancanza di una specifica disciplina legislativa, tale quesito va risolto con gli strumenti del diritto penale, interpretati alla luce dei principi costituzionali e del diritto internazionale in materia di libertà personale e diritto alla salute. In particolare, in dottrina e in giurisprudenza sono considerate dirimenti il problema le norme del codice penale sulle cause di giustificazione; vi è dibattito, tuttavia, sull'applicabilità al caso del medico che contiene il paziente dell'esimente dell'adempimento di un dovere o di quella, differente, dello stato di necessità (e della legittima difesa). Considerati anche i riflessi che l'accoglimento di ciascuna delle due ricostruzioni implica sul fronte, opposto e speculare, della responsabilità medica per infortuni ed atti auto o etero-lesivi del paziente, va preferito l'orientamento espresso dalla Cassazione nella sentenza sul caso Mastrogiovanni: la contenzione è giustificata solo entro i limiti rigorosi dello stato di necessità. Inoltre, va chiarito che non vi è mai l'obbligo, per il professionista sanitario, di applicare la contenzione al paziente, in quanto essa costituisce solo uno dei mezzi attraverso i quali è possibile garantire la sicurezza sua e degli altri, ed essendo peraltro controproducente rispetto al fine terapeutico, oltretutto illegale, ricorrervi fuori dalla stretta emergenza.

Abstract. The use of physical, mechanical, pharmacological and environmental means to limit the patient's personal freedom, as well as the doubts related to the boundaries of the ethical and legal legitimacy of this practice, are of transversal interest to the Italian healthcare system. In the absence of a specific legislative framework, the issue must be solved, in the light of constitutional

principles on personal freedom and right to health, with the instruments of penal law. In particular, doctrine and jurisprudence consider as diriment the penal codès rules on causes of justification: there is a debate, however, on the applicability, to the case of a doctor who restrains his patient, of fulfilment of a duty's or only of state of necessity's and self-defensès justifications. Considering also the consequences that the acceptance of each of the two reconstructions implies on the opposite and specular front of medical liability for accidents and self or hetero-injurious act of the patient, the orientation expressed by the Italian Corte di Cassazione in the judgment on the Mastrogiovanni case should be preferred: restraint is justified only within the strict limits of the state of necessity. Moreover, it should be clarified that there is never an obligation for the healthcare professional to apply restraints to the patient, as it is only one of the means by which the latter's safety and the safety of the others can be ensured, and it is counterproductive to the therapeutic goal, as well as illegal, to resort to it outside the strict boundaries of emergency.

SOMMARIO: 1. Il fenomeno della contenzione in ambito sanitario. – 2. Il quadro normativo. – 3. Riflessi in tema di responsabilità penale del professionista sanitario per atti auto-lesivi od etero-lesivi del paziente. – 4. La tesi dell'obbligatorietà della contenzione del malato. – 4.1. Un esempio di applicazione giurisprudenziale. – 4.2. Il principio di causalità argina l'estensione irragionevole della responsabilità del medico. – 5. Critica: applicare mezzi di contenzione non rientra tra i doveri professionali del medico, nemmeno nell'ambito del trattamento sanitario obbligatorio. – 5.1. La sentenza *Casu* (Trib. Cagliari, sez. Gip, sent. 17 luglio 2012 n. 934). – 5.2. Il consenso del paziente quale fonte e misura dei doveri del professionista sanitario. – 5.3. Il diritto alla libertà e il concetto di «cura». – 6. La contenzione è giustificata solo entro i limiti dello stato di necessità. – 6.1. Il caso *Mastrogiovanni*. – 6.2. I requisiti dello stato di necessità. – 7. Facoltatività della contenzione.

SUMMARY: 1. The use of restraint practices in healthcare settings. – 2. The legal framework. – 3. Considerations on the criminal liability of healthcare professionals for self-inflicted or hetero-inflicted acts of the patient. – 4. The theory of obligatory restraint of the patient. – 4.1. An example of case-law application. – 4.2. The principle of causality limits the over extension of the medical liability. – 5. A criticism: applying means of restraint is not part of the doctor's professional duties, not even in the context of compulsory health treatment. – 5.1. Sentence on the *Casu* case (Trib. Cagliari, sez. Gip, sent. 17 luglio 2012 n. 934). – 5.2. Patient consent as both a source and measure of the duties of the healthcare professionals. – 5.3. The right to personal freedom and the concept of healthcare. – 6. Restraint is only justified within the limits of the state of necessity. – 6.1. The *Mastrogiovanni* case. – 6.2. The requirements of state of necessity – 7. Restraint is only an option.

1. Il fenomeno della contenzione in ambito sanitario.

Chi frequenta l'ambiente sanitario sa bene che la questione del dubbio circa l'opportunità clinica e la legittimità giuridica della contenzione, intesa come limitazione o privazione della libertà di movimento del malato, non riguarda soltanto il mondo della psichiatria. Infatti, una serie di strumenti, di tipo meccanico, farmacologico e ambientale, oltre alla stessa forza fisica degli operatori sanitari, consentono, in moltissimi contesti di cura, di limitare la libera espressione della volontà di movimento da parte del paziente¹. Il rischio di vittimizzazione riguarda in modo particolare i pazienti psichiatrici, come la storia

¹ Vedi, tra gli altri, R. Gunawardena, D.G. Smithard, *The Attitudes Towards the Use of Restraint and Restrictive Intervention Amongst Healthcare Staff on Acute Medical and Frailty Wards - A Brief Literature Review in Geriatrics*, 4, 2019, pp. 50-60.

dello studio e del trattamento della malattia mentale racconta², ma anche gli anziani, i soggetti ricoverati nelle riabilitazioni post-operatorie e alcune categorie di persone colpite da disagio sociale, come tossico-dipendenti ed immigrati³.

Nonostante i ripetuti appelli formulati da medici, familiari dei malati ed associazioni, nonché dallo stesso Comitato, una pratica tanto invasiva dei diritti della persona è oggetto di una ricerca ancora scarsa ed è pressoché assente un monitoraggio di tipo statistico del fenomeno; lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica, in un parere del 2015, ha fatto riferimento alla categoria psicanalitica della “rimozione” per descrivere il meccanismo messo in atto, talora inconsapevolmente, dalla società e dalle istituzioni, per non affrontare un problema tanto evidente⁴. Dai pochi dati disponibili⁵, e dalla stessa mancanza di controllo sul tema, emerge, tuttavia, che la contenzione del malato è ben lontana dall’essere relegata ad *extrema ratio*. La “rivoluzione copernicana” attuata dalla legge Basaglia ha consentito un enorme avanzamento del livello di rispetto della libertà personale in ambito sanitario, ma non ha comportato il superamento definitivo della mentalità e degli strumenti di contenzione del sistema preesistente. Se, da un lato, vi sono medici ed infermieri che hanno dato vita all’esperienza dei reparti psichiatrici *no-restraint*, sull’idea dell’inefficacia della contenzione e della sua estraneità al concetto di «cura», tuttavia, vi è in generale confusione sulla posizione assegnata dal nostro ordinamento all’atto di limitazione della libertà del malato, specie ove funzionale alla somministrazione di una terapia benefica.

Per motivi non inerenti al quadro clinico dei pazienti, le tecniche di contenzione del malato rischiano, lungi dal costituire soltanto un rimedio emergenziale, di trasformarsi in mezzo di risposta generalizzata e consuetudinaria alla difficoltà di gestione della struttura di cura o assistenza⁶. Gli studi sulla genesi di tale degenerazione evidenziano che la mancanza di personale, tradotta in termini di alta proporzione di posto letto per operatore, il sovraccarico di lavoro determinato dall’eccessiva ampiezza del bacino territoriale di utenza del singolo presidio, l’organizzazione inefficiente e, in sintesi, la mancanza delle condizioni strutturali necessarie per una relazione serena con medici e altri pazienti si

² E. Farina-Lopez, G. Estévez-Guerra, *Historical aspects of the use of physical restraint: from antiquity to the era of moral treatment*, in *Revista de enfermeria*, 3, 2015, pp. 174-18; S. Rossi, P. Tincani, *I diritti forzati. Conversazioni sulla follia a quarant’anni dalla legge Basaglia*, L’Ornitorinco, 2018; Associazione per la lotta contro le malattie mentali, Sezione autonoma di Torino (a cura di), *La fabbrica della follia. Relazione sul manicomio di Torino*, Einaudi, 1971.

³ R. Gunawardena, D.G. Smithard, *The Attitudes*, cit.; T.V. McCann, J. Baird, E. Muir-Cochrane, *Attitudes of clinical staff toward the causes and management of aggression in acute old age psychiatry inpatient units*, in *BMC Psychiatry*, 14, 2014, pp. 80 ss.; D. Vidovic, P. Brecic, A. Haid, V. Jukic, *Role of substance abuse in requirement of physical restraint of psychiatric patients in emergency*, in *BMC Psychiatry*, 7, 2007; S. Mauceri (a cura di), “Contenere” - *La contenzione meccanica in Italia*, in *A Buon Diritto Quaderni*, 1, 2017, pp. 58-62.

⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, [La contenzione: problemi bioetici](#), parere del 23 aprile 2015.

⁵ S. Mauceri (a cura di), “Contenere”, cit.; ISTAT, [La salute mentale nelle varie fasi della vita. Report 2015-2017](#), 26 luglio 2018; G. Dell’Acqua, B. Norcio, G. de Girolamo, A. Barbato, R. Braccio, A. Gaddini, R. Miglio, P. Morosini, A. Picardi, E. Rossi, P. Rucci, G. Santone, *Caratteristiche e attività delle strutture di ricovero per pazienti psichiatrici acuti: i risultati dell’indagine nazionale “Progres-Acuti”*, in *Giornale Italiano di Psicopatologia*, 13, 2007, pp. 26-39; E. Zanetti, M. Zani, M. Poli, C. Marin, M. Mottin, *The use of physical restraints in older adults receiving home care: A cross-sectional study in a district of norther Italy*, in *Assistenza infermieristica e ricerca*, 37, fasc. 2, 2018, pp. 62-67.

⁶ R. Gunawardena, D.G. Smithard, *The Attitudes*, cit., p. 4.

associano a più frequenti episodi di restrizione della libertà personale dei malati.⁷ Tuttavia, le carenze economico-gestionali non sono le sole responsabili della citata degenerazione: anche gli atteggiamenti e le convinzioni del personale, il modo di guardare al malato, la qualità della relazione d'*equipe*, la percezione del proprio ruolo e della propria sicurezza – fattori riuniti in letteratura sotto la definizione di “cultura di reparto” – hanno un fortissimo impatto sulla decisione di contenere il malato⁸. Come affermato anche dal Comitato di Bioetica, infatti, l'elemento culturale risulta determinante nel definire il livello del rispetto della libertà e dignità del malato⁹ in un dato contesto assistenziale, come è possibile osservare anche rovesciando il punto di vista: l'esperienza stessa dei reparti *no restraint*, vera e propria rivoluzione culturale e scientifica, sconfessa l'assioma della presunta inevitabilità della contenzione, dimostrando, al contrario, che, se c'è la volontà di farlo, è possibile garantire la sicurezza del luogo di cura attraverso strategie meno lesive delle libertà e della dignità dei malati¹⁰.

Alla luce delle moderne acquisizioni etico-scientifiche, i codici deontologici del medico e dell'infermiere stabiliscono che, in linea con la Costituzione e con la normativa in tema di trattamento sanitario, la contenzione deve costituire unicamente un rimedio eccezionale e individuano l'obiettivo del suo superamento nella pratica di cura. Il problema della catalogazione delle forme e dei mezzi di contenzione e dell'individuazione di una soglia di rilevanza etico-giuridica delle limitazioni “minori” della libertà della persona, è, tuttavia, particolarmente complesso. In mancanza di riferimenti tra gli operatori si registrano, comprensibilmente, percezioni differenti in merito a cosa debba intendersi per contenzione¹¹, con spazi di ambiguità soprattutto rispetto agli strumenti meccanici e farmacologici, per cui si è constatato: «*staff subconsciously restrain patients and reduce their liberties despite agreeing the patient autonomy should be upheld*»¹².

Ai professionisti – e agli stessi pazienti – si offre un quadro giuridico in cui appare tutt'altro che netto il confine tra comportamenti che il medico ha il dovere di mettere in atto per proteggere l'incolumità del proprio paziente ed interventi, al contrario, illegittimi perché lesivi della sua libertà personale. L'aumentata percezione del rischio penale da parte dei sanitari, in un sistema sanitario complesso, organizzato in senso aziendalistico e allo stesso tempo povero di mezzi e di tutele per i professionisti¹³ incentiva l'uso della contenzione in chiave preventiva: l'intento di scongiurare la possibilità di ferimento del paziente, e, con essa, la contestazione di responsabilità omissive, spinge gli operatori a limitarne la libertà anche al di fuori delle condizioni di necessità e dell'urgenza¹⁴. Ciò,

⁷ G. Dell'Acqua, B. Norcio, G. de Girolamo, A. Barbato, R. Braccio, A. Gaddini, R. Miglio, P. Morosini, A. Picardi, E. Rossi, P. Rucci, G. Santone, *Caratteristiche e attività*, cit.

⁸ S. Mauceri (a cura di), *“Contenere”*, cit., p. 62.

⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione*, cit.

¹⁰ Cfr. *infra*, §4.2. Così anche in S. Mauceri (a cura di), *“Contenere”*, cit., p. 51.

¹¹ J. Bergk, E. Flammer, T. Steinert, *“Coercion Experience Scale” (CES) - validation of a questionnaire on coercive measures in BMC Psychiatry*, 2010, 10, pp. 5 ss.

¹² R. Gunawardena, D. G. Smithard, *The Attitudes Towards the Use of Restraint*, 2019, cit. («Il personale inconsapevolmente contiene i pazienti e ne riduce le libertà, nonostante concordi sul fatto che l'autonomia del paziente andrebbe rispettata»).

¹³ Sulla cosiddetta proletarizzazione della professione medica, si veda, ad esempio G. Vicarelli, [Per una analisi storico-comparata della professione medica](#), in *Stato e Mercato*, 90, 3, 2010, pp. 395-423.

¹⁴ G. Dodaro, *Tutela penale della libertà personale e cultura del controllo in psichiatria*, in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, 3, 2020, pp. 389-400.

nonostante l'utilizzo della contenzione del paziente sia vissuta in maniera estremamente negativa dal personale, il quale riporta testimonianze di frustrazione, senso di colpa e pietà nei confronti del paziente¹⁵.

La dignità e la libertà del malato si trovano, dunque, in una situazione di forte vulnerabilità all'interno del contesto sanitario non solo a causa della fisiologica fragilità del malato, ma anche per responsabilità organizzative e per opacità normative. Con la speranza di contribuire, indirettamente, ad abbassare il livello del ricorso preventivo alle tecniche *restraint* nei luoghi di cura e assistenza, si è posto, qui, l'obiettivo di chiarire se e a quali condizioni l'ordinamento tolleri limitazioni alla libertà personale del malato, individuando i confini della rilevanza penale della contenzione applicata in ambito sanitario.

2. Il quadro normativo.

Le norme su cui dottrina e giurisprudenza hanno concentrato il proprio sforzo interpretativo, per ricavarne indicazioni sulla posizione che l'atto contenitivo assume all'interno del nostro ordinamento, sono, anzitutto, quelle Costituzionali¹⁶. Dall'analisi combinata degli artt. 2, 3, 13, 32 Cost., nonché dalle fonti di diritto internazionale applicabili in Italia¹⁷, emerge con chiarezza che nel momento della malattia la persona conserva intatti la propria dignità e il diritto alla libertà personale, ed esercita il proprio diritto alla salute anche in senso negativo, ben potendo rifiutare la terapia o alcune delle terapie proposte dai medici. A norma dell'art. 32 Cost., il principio di volontarietà delle cure può essere derogato, nei casi previsti dalla legge, al fine di tutelare la salute collettiva; tuttavia, poiché la cura obbligatoria non rende di per sé stessa, automaticamente necessario il ricorso alla forza per la sua attuazione, la contenzione sul paziente destinatario del trattamento, non potrà trovare legittima applicazione se non nel rispetto delle garanzie previste dall'art. 13 Cost¹⁸. L'uso della forza sul malato, ove finalizzato alla somministrazione di un trattamento sanitario, va ritenuto dunque costituzionalmente ammissibile solo ove esercitato nel rispetto della doppia riserva di legge e di garanzia.

¹⁵ Z. Roffe, M. Gelkopf et al., *Perceptions and attitudes of the nursing staff towards patient restraint*, in *BMC Psychiatry*, 7, 2007, Suppl. I, pp. 155 ss. Altre ricerche sul tema sono citate in S. Mauceri (a cura di), "Contenere", cit.

¹⁶ E. Carbone, *Habeas Corpus*, cit., pp. 611 ss.; G. Dodaro, *Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio istituzionale"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 febbraio 2014; D. Piccione, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia, a trent'anni dalla morte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2010, pp. 4137-4158; M. Siclari, *L'art. 32, primo comma, della Costituzione italiana*, in *Focus on Sanità e salute nella Costituzione*, in *Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute*, 29, 2012, pp. 14-20.

¹⁷ Per una rassegna delle fonti internazionali rilevanti sul tema, si segnalano M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2013, pp. 180-207; L. Barbuto, *Contenzione e Costituzione*, in *Contenzione e responsabilità sanitaria - Master in diritto sanitario, Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*, fasc. 42, 2017, pp.16-24.

¹⁸ La cura obbligatoria non necessariamente è anche coattiva, come ben sottolineato in M. Cartabia, *L'articolo 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Focus on Sanità e salute nella Costituzione*, in *Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute*, 29, 2012, pp. 21-29.

È bene chiarire, inoltre, a proposito di quelle forme di restrizione della libertà del malato che non supererebbero la soglia della rilevanza di tipo penale, che un interesse costituzionale sussiste anche per le «afflizioni “minime” della libertà personale»¹⁹: per essere legittime, in quanto attinenti a beni primari, dovrebbero trovare fondamento in obiettivi apprezzabili alla luce della Carta Costituzionale, «perché non sia violato il principio di uguaglianza [...], che riconosce a tutti i cittadini “pari dignità sociale”». Come hanno osservato i professori D’Andrea e Onida: «Il trattamento sarebbe invece illegittimamente discriminatorio se si fondasse su una ingiustificata presunzione di pericolosità, ovvero, peggio ancora, solo sul disfavore di cui possono essere oggetto alcuni gruppi all’interno della società»²⁰, come malati psichiatrici, detenuti, immigrati in centri di detenzione temporanea.

Venendo all’analisi delle fonti legislative, si prende atto che, al di fuori degli art. 33 e 34 della legge n. 833/1978, che disciplinano i casi e i modi della somministrazione del trattamento sanitario obbligatorio, non vi sono nel nostro ordinamento norme di legge dedicate alla soluzione del conflitto tra esigenze di sicurezza e diritto alla libertà del malato²¹. Le linee guida e gli altri strumenti di *soft law* emanati sul tema nel corso degli ultimi anni²², i quali prevedono i casi e, soprattutto, le modalità di utilizzo diligente della contenzione, se pure apprezzabili nel loro scopo di ridurre al minimo le limitazioni della libertà, non soddisfano la riserva di legge ex art. 13 Cost, e, dunque, come recentemente affermato anche dalla corte di Cassazione²³, non sono sufficienti a legittimare né tantomeno a rendere obbligatori gli atti coercitivi. Nemmeno il fatto che l’art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 preveda per i medici il dovere di attenersi alle cosiddette buone pratiche clinico-assistenziali permette di attribuire a tali fonti, indirettamente, la forza normativa necessaria per legittimare la restrizione di un diritto fondamentale del malato.

Il problema della legittimità della contenzione deve, dunque, oggi, trovare soluzione all’interno del diritto penale, attraverso il confronto tra le condotte di medici e infermieri che restringono la libertà dei propri pazienti e talune fattispecie di reato previste dal codice penale a tutela del diritto alla libertà personale, in particolare sequestro di persona (art. 605 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), stato d’incapacità procurato mediante violenza (art. 613 c.p.). Considerati inoltre i rischi fisici e psichici anche gravi che l’atto di contenzione comporta, è possibile che tali eventi dannosi siano imputati alla responsabilità del medico a titolo di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e lesioni personali colpose (art. 590 c.p.), integrate dal nuovo art. 590 *sexies* c.p., in tema di colpa del

¹⁹A. D’Andrea, [Libertà personale nella costituzione](#), in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista trimestrale*, 3, 2020, pp. 365-373.

²⁰A. D’Andrea, V. Onida, *Costituzione italiana e misure sanitarie obbligatorie*, in P. Cattorini, *Aids e situazione carceraria*, Liviana, 1990, pp. 21-27.

²¹Sul dibattito circa l’eventuale permanenza in vigore del R.D. 16 agosto 1909 n. 615, vedi E. Carbone, *Habeas Corpus*, cit.; D. Piccione, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell’ordinamento italiano. (Il punto di vista dello studioso di diritto costituzionale)*, in *Persona e danno*, 14 dicembre 2012; G. Pavich, *Profili generali di liceità ed illiceità nella contenzione dei pazienti psichiatrici*, in *Rivista Penale*, 1, 2008.

Si osservi in particolare che, se il riferimento compiuto dall’art. 82 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 agli strumenti di contenzione utilizzati nella sanità pubblica non è argomento sufficiente a sostenere la permanenza in vigore del R.D. del 1909, tuttavia esso dimostra che il legislatore è pienamente consapevole della dotazione degli ospedali di strumenti specificamente deputati a contenere, ed evita di assumersi la responsabilità politica e sociale di regolarne l’uso.

²²S. Mauceri (a cura di), *“Contenere”*, cit., pp. 32-35.

²³Cass., sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497.

professionista sanitario. Sono infatti comunemente riconducibili a conseguenze da contenzione traumi superficiali ed ecchimosi, atrofie muscolari a fratture ossee, spesso del bacino, costipazione urinaria e/o incontinenza fecale, associate ad infezioni, fino ad emorragie intracraniche, lesioni del sistema nervoso, strangolamento e morte per asfissia. Inoltre, si determina di frequente *delirium* da intossicazione farmacologica, si scatenano reazioni avverse a farmaci caratterizzate da agitazione ovvero aumenta l'aggressività e la resistenza di fronte alla contenzione meccanica²⁴ e ambientale²⁵. Altre conseguenze, di tipo psichico, sono apatia, depressione, ansia, frustrazione, perdita di autostima e autonomia, senso di sfiducia, declino cognitivo²⁶; nella maggior parte dei casi, tale vissuto negativo contribuisce a rinsaldare il meccanismo di etichettamento, o della "profezia che si autoavvera", favorendo l'istituzionalizzazione e la marginalizzazione del soggetto, con conseguente deterioramento della sua salute fisica e psichica²⁷ (si pensi semplicemente all'anziano e al grave regresso delle condizioni fisiche che può essere anche in breve tempo determinato dalla mancanza di movimento).

Dunque, appurata l'astratta riconducibilità di talune condotte di privazione della libertà del paziente a una o più delle citate fattispecie di reato, sorge il quesito se, per segnare il limite della legittimità degli atti di contenzione del malato, possano essere utilmente richiamate le norme del codice penale sulle cause di giustificazione, in particolare gli artt. 51, 52 e 54 c.p. Ci si domanda, in altre parole, se il problema dei limiti della responsabilità penale del professionista sanitario che contiene in paziente possa essere risolto, in mancanza d'altre norme giuridiche dirimenti, applicando, in sede di contestazione al medico di un reato contro la libertà personale o l'incolumità fisica, una delle scriminanti previste dal diritto penale generale.

3. Riflessi in tema di responsabilità penale del professionista sanitario per atti auto-lesivi od etero-lesivi del paziente.

Il 17 luglio 2012 i giudici del Tribunale ordinario di Cagliari hanno pronunciato una sentenza di assoluzione, assai discussa, successivamente confermata in Appello e in Cassazione, nei confronti dei professionisti sanitari che applicarono misure di contenzione a Giuseppe Casu, deceduto il 22 giugno 2009 presso il Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura (S.P.D.C.) dell'ospedale SS. Trinità di Cagliari. I giudici hanno affrontato la questione dell'applicabilità, alla condotta dei medici che avevano tenuto Casu legato mani e piedi al letto, dal momento del suo ricovero coattivo nella struttura e per i sette giorni successivi, delle scriminanti per adempimento di un dovere oppure per stato di necessità. Nella pronuncia viene ben evidenziato che il problema dell'individuazione dei profili di rilevanza penale della contenzione coinvolge specularmente lo spinoso quesito circa l'ampiezza della responsabilità del medico, e in particolare dello psichiatra, per danni alla salute del paziente in assenza di adozione di misure volte a tutelarlo da infortuni o atti auto lesivi, nonché da atti etero lesivi di altri pazienti. Secondo le parole della sentenza, «il problema della legittimità dell'uso della forza fisica e della contenzione meccanica in psichiatria è

²⁴ R. Gunawardena, D.G. Smithard, *The Attitudes*, cit.

²⁵ T.V. McCann, J. Baird, E. Muir-Cochrane, *Attitudes of clinical staff*, cit.

²⁶ R. Gunawardena, D.G. Smithard, *The Attitudes*, cit.

²⁷ S. Mauceri (a cura di), *"Contenere"*, cit.; Vedi anche G. Ponti, I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina Editore, 2015.

strettamente connesso al tema dei doveri professionali degli operatori psichiatrici, i quali sarebbero incaricati di doveri di controllo in relazione a gesti auto o etero-aggressivi del paziente»²⁸.

Il passo citato è utile a introdurre il dibattito sulle cause di giustificazione invocabili in caso di contenzione applicata in ambito sanitario, inquadrandola nella prospettiva più ampia della responsabilità penale del professionista sanitario. È bene notare, infatti, che, di fronte alla scelta di applicare o meno la contenzione sul malato, al medico si prospetta la possibilità di un successivo accertamento penale della sua responsabilità secondo una duplice alternativa: egli potrà essere esposto al rimprovero di non aver fatto abbastanza, omettendo un intervento restrittivo della libertà del paziente pericoloso per sé o per altri, o, all'opposto, di aver fatto troppo, applicando uno o più mezzi di contenzione fuori dei limiti dell'esigenza terapeutica. Nell'uno e nell'altro caso, oggetto di contestazione potranno essere eventi lesivi determinati dalla condotta del medico, e/o il semplice fatto, da una parte, di aver privato taluno della libertà personale (sequestro di persona, violenza privata), dall'altra, di aver commesso abbandono del soggetto minore o incapace. In mancanza di una chiara presa di posizione legislativa rispetto al tema della legittimità della contenzione, i sanitari restano stretti tra due fuochi: da un lato, la richiesta di rispettare e difendere il diritto alla libertà del paziente, dall'altro, l'istanza di garantire l'incolumità dei pazienti loro affidati.

Si è richiamata l'attenzione sulla complessità di tale quadro, per osservare fin da subito che le diverse soluzioni teoriche individuabili in tema di giustificazione della condotta commissiva del medico che contiene il paziente implicano, per logica, delle conseguenze sul versante, speculare e opposto, dell'ampiezza della responsabilità omissiva del medico che sceglie di non limitare la libertà del paziente. Nel vagliare tali soluzioni, non è, dunque, possibile non tenere conto della ricostruzione del concetto di responsabilità medica che esse contribuiscono a disegnare.

4. La tesi dell'obbligatorietà della contenzione del malato.

La dottrina si è posta, innanzitutto, il quesito **se tra i doveri di controllo, esigibili da parte dei sanitari, rientri, e in che termini, anche il dovere di ricorrere a strumenti di contenzione che impediscano al paziente di compiere atti lesivi per sé o per altri**. Secondo l'art. 3 del Codice di deontologia medica, il primo dovere di chi intraprende la professione è quello di adoperarsi per assicurare «la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo della sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana», senza alcun tipo di discriminazione nella scelta e nel trattamento dei pazienti. Se pure, con la riforma del 1978, il legislatore ha «rinunciato ad una protezione anticipata dei beni giuridici vita e incolumità individuale»²⁹, attuando i principi costituzionali di dignità, uguaglianza e libertà della persona, tuttavia, secondo tali autori, ciò non toglie che, nella realtà clinica, la gestione del malato possa, in occasione di comportamenti aggressivi di questi, indirizzati verso se stesso o verso terzi, rendere necessario il ricorso alla contenzione. In ambito psichiatrico in modo particolare, ma in genere in ogni situazione in

²⁸ Trib. ord. Cagliari, sent. 17 luglio 2012, n. 934.

²⁹ C. Sale, [Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2014.

cui il paziente manifesti incapacità e/o pericolosità, «il principio di cura si intreccia così con quello di vigilanza, della custodia e quindi della contenzione, poiché la cura della malattia», specie mentale, «implica la protezione della salute fisica e psichica del paziente»³⁰. Il controllo dell'aggressività del paziente, quindi, rappresenterebbe un aspetto della prestazione terapeutica.

Tra i fattori di tale ricostruzione, vi è chi specifica che, venuta meno l'equazione tra malattia e pericolosità sociale con la l. 180/1978, la responsabilità professionale colposa coprirebbe solo il rischio specifico determinato dalla malattia di mente diagnosticata al paziente³¹. Tuttavia, la maggioranza di coloro che qualificano la contenzione come dovere del medico ritiene che il mandato del professionista sanitario implichi obblighi di protezione e obblighi di controllo ampi, non limitati al rischio specifico connesso al quadro clinico del singolo malato. In quest'ottica, viene superato il dubbio circa la qualificazione dell'atto di contenzione come atto strettamente terapeutico.

Dunque, anche negando o non considerando la natura terapeutica della contenzione, si reputa il professionista obbligato a metterla in atto al ricorrere di determinate (ma non troppo) circostanze. Fonti di tale obbligo sarebbero, in particolare, gli artt. 13 e 32 Cost., gli artt. 41 e 82 dell'Ordinamento penitenziario del 2000, e, inoltre, l'art. 593 c.p., sull'omissione di soccorso – le medesime disposizioni richiamate, con intento opposto, per sostenerne la facoltatività o la totale illegittimità: anche da qui, l'invocazione, da parte di molti autori, della necessità di un intervento di chiarificazione da parte del legislatore.

Il rischio dell'adesione alla concezione appena analizzata è che si produca, sul piano giurisprudenziale e, ancor prima, sul piano della pratica medica, la riproposizione del modello custodialistico che il movimento basagliano ha permesso di superare. **La dilatazione del concetto di protezione**, ove giunga sino al punto di far gravare sul medico «l'obbligo giuridico di impedire il verificarsi di tutte le conseguenze negative che la sofferenza psichica può cagionare al paziente»³², **riduce enormemente lo spazio della tutela della libertà personale, dovuta al malato secondo i principi costituzionali in precedenza indicati**. E, specularmente, amplia la responsabilità penale del sanitario in maniera esorbitante rispetto al suo mandato professionale, quale emerge dall'attuale deontologia medica e infermieristica.

Alcune pronunce in tema di responsabilità medica per mancata contenzione forniranno un esempio delle ricadute pratiche della teorizzazione della limitazione della libertà del paziente come dovere del medico e consentiranno di esporre, successivamente, le critiche a cui si presta tale tesi. Ciò, tenendo conto che in giurisprudenza tende, almeno per quanto riguarda la responsabilità omissiva del sanitario, a prevalere l'orientamento

³⁰ *Idem*.

³¹ Infatti, «una posizione di protezione, per quanto dilatata, potrebbe giustificare un intervento terapeutico volto a contenere prodromi aggressivi o violenti del paziente, solo sul presupposto che l'atto etero aggressivo assuma rilievo quale *specifica manifestazione della malattia*», per la quale il paziente sia, volontariamente od obbligatoriamente, in cura. Così C. Cupelli, *Non tutto ciò che si deve si può anche fare, I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2014, pp. 225 ss., it. p. 231.

³² *Ibidem*.

opposto, il quale nega che l'ordinamento imponga al medico di comprimere la libertà del paziente fuori dei casi di necessità e urgenza.

4.1. Un esempio di applicazione giurisprudenziale.

La quarta sezione della Cassazione si è occupata, nella sentenza 14 febbraio 2013, n. 9170, del caso di un paziente ricoverato in un reparto di pneumologia in stato di ubriachezza e deceduto in seguito a due cadute dal letto di degenza. La Corte ha negato fosse stata fornita in giudizio sufficiente prova del nesso causale tra gli eventi traumatici e la morte del soggetto, in contrasto con quanto affermato dal giudice d'Appello, ed ha quindi escluso la possibilità di ritenere i due infermieri, in turno nel reparto al momento del fatto, responsabili di omicidio colposo. Nel motivare tale decisione, essa ha avuto, comunque, l'occasione di svolgere alcune considerazioni in tema di obbligo di vigilanza dei sanitari, riconoscendo la correttezza dell'impostazione teorica adottata in proposito nei gradi di merito.

Rispetto alla possibilità per gli imputati di prevedere l'evento lesivo dopo la prima caduta riportata dal paziente, i giudici di Cassazione condividono la valutazione del Tribunale, secondo cui gli operatori sanitari avrebbero dovuto prospettarsi con evidenza il rischio di nuove cadute. Tale giudizio, si noti, è espresso e motivato dai giudici per la semplice constatazione, a posteriori, che il secondo infortunio non era stato scongiurato dall'applicazione di una sola spondina al letto, accostato al muro dal lato opposto per "chiudere" maggiormente il paziente, secondo una strategia di contenzione "mista" spesso adottata in ambito sanitario. Per i giudici, gli operatori «avrebbero dovuto adottare (anche in assenza di specifiche direttive al riguardo) ogni cautela necessaria ad evitare il ripetersi di analoghi fatti». Particolarmente interessante è l'osservazione, da essi svolta nella pronuncia di legittimità, che **«quella della costante vigilanza è solo una delle misure che la Corte distrettuale ha imputato ai ricorrenti di non aver adottato pur avendone la possibilità»**³³. Nel caso in esame, viene rimproverata, al personale medico, la mancata «adozione di idonei mezzi meccanici o farmacologici di contenimento»³⁴, sulla constatazione dell'inefficacia impeditiva dei mezzi "leggeri" in concreto utilizzati. Si aggiunge, inoltre, che, anche ove la costante vigilanza del paziente «non fosse stata concretamente possibile, stante le ulteriori necessità di assistenza degli altri degenti», sarebbe rimasto intatto l'ulteriore profilo di colpa della mancata adozione dei mezzi di contenzione.

Secondo tale ricostruzione, dunque, l'infermiere avrebbe l'obbligo professionale di impedire il ferimento accidentale del paziente e, non solo sarebbe da parte sua doveroso il ricorso a tecniche contenitive, ma, più precisamente, egli sarebbe tenuto a scegliere ed applicare misure meccaniche o farmacologiche abbastanza stringenti da risultare idonee ad evitare l'evento di danno. Tenuto conto del fatto che il cosiddetto "rischio caduta" è assai comune negli ambienti di cura, specialmente di malati, anziani e soggetti disabili, sembra emergere da tale giurisprudenza l'idea che l'utilizzo diffuso della contenzione,

³³ Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2013, n. 9170.

³⁴ *Idem*.

sotto forme più invasive di quelle leggere comunemente adottate dai sanitari in funzione anti-caduta, sia, non solo, lecito, ma necessario.

4.2. Il principio di causalità argina l'estensione irragionevole della responsabilità del medico che deriverebbe dalla teoria della contenzione quale dovere giuridico.

In contrasto con i principi costituzionali e le attuali acquisizioni bioetiche, la sentenza sopracitata sembra avallare la pratica della limitazione meccanica e farmacologica della libertà del malato, quale soluzione al problema della difficoltà di sorveglianza e gestione del rischio generato, in ambito sanitario, dalla carenza di organico. Si afferma, addirittura, la configurabilità di una responsabilità penale in capo al medico che ometta di "legare" il paziente. I risultati potenzialmente abnormi di tale ricostruzione, vengono tuttavia fortemente ridimensionati nella pratica, a causa della difficoltà di stabilire un nesso causale certo tra omissione dell'intervento del sanitario, in violazione di una norma cautelare volta a scongiurare il rischio concretizzato dall'evento lesivo, e la morte o le lesioni del paziente, in concreto verificatesi, sia per infortunio, sia perché auto-inferte dal malato stesso.

Si richiama, in proposito, quanto affermato recentemente dalla Cassazione, nel caso, simile a quello appena illustrato, di un paziente ricoverato in ospedale e deceduto a causa delle lesioni riportate in seguito a una caduta, ove al medico di turno è stata contestata la responsabilità ex artt. 113 e 589 c.p. Per i giudici, le pur parziali prove assunte in giudizio hanno confermato, almeno in astratto, la sussistenza di una condotta negligente o quanto meno imprudente del medico, accertata in primo grado.

La Corte ha confermato il non doversi procedere nei confronti dell'imputato per intervenuta prescrizione, respingendo la sua richiesta di assoluzione; non è stata accolta, infatti, la contestazione della difesa, secondo cui "al medico, quale laureato in medicina e chirurgia, non compete l'obbligo di sorvegliare il paziente al fine di prevenirne la caduta, ma piuttosto l'obbligo di curarne la salute"³⁵, e di evitare eventi che abbiano natura tecnica, medico-diagnostica e terapeutica, e non al contrario natura infortunistica. Al contrario, i giudici hanno mostrato di aderire ad una ricostruzione ampia dell'obbligo di garanzia esigibile da parte del medico verso il paziente, coerente con un'interpretazione in senso solidaristico dell'art. 40 comma 2 c.p., che, in tema di responsabilità sanitaria, la S.C. ha precisato, va messo in correlazione con gli artt. 2 e 3 della Costituzione. Tuttavia, essi aggiungono, l'accertamento della titolarità di una posizione di garanzia «non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione, da parte del garante, di una regola cautelare (specificata o generica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso»³⁶. Restano, infatti, necessari ulteriori passaggi logici per far discendere una condanna dall'affermazione teorica di un dovere esteso di intervento a garanzia della salute del

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 16 novembre 2018, n. 55519, sul secondo motivo di ricorso.

³⁶ Cass., sez. IV, n. 15/24462.

paziente, comprendente, secondo la sent. 9170/2013 della sez. IV, Cass., sopracitata, il ricorso alla contenzione meccanica o farmacologica.

I problemi di accertamento tipici della colpa omissiva finiscono, in un certo senso, per tutelare il professionista dalle conseguenze eccessive della teoria della contenzione come obbligo giuridico, similmente a quanto accade in tema di responsabilità dello psichiatra per il suicidio del paziente. Infatti, seppure le ricerche epidemiologiche abbiano dimostrato l'elevato tasso di rischio del tentativo di togliersi la vita presente nella popolazione affetta da alcuni disturbi di mente³⁷, la dottrina ha criticato fortemente le rare sentenze che hanno affermato la responsabilità in forma omissiva dello psichiatra. Esse, secondo alcuni autori, rientrano «nell'alveo del diritto penale occulto del pericolo, quello cioè fondato su una interpretazione flessibile della causalità e colpevolezza, dove la causalità sta tutta nell'idoneità dell'azione, nella probabilità *ex ante*, nonché nell'aumento del rischio o della mancata diminuzione di esso, posto il dato statistico di suicidabilità»; mentre il nesso di causalità specifica viene dimostrato in base a «facilitazioni di prova, prove mediante presunzioni», nella prospettiva di «trarre dalla realizzazione dell'evento lesivo la dimostrazione della violazione di non specificate regole cautelari che avrebbero potuto evitarlo»³⁸.

5. Critica: applicare mezzi di contenzione non rientra tra i doveri professionali del medico, nemmeno nell'ambito del trattamento sanitario obbligatorio.

In dottrina si è sviluppato un orientamento che critica fortemente una ricostruzione teorica del genere di quella disegnata nella sopracitata sentenza n. 24462/2015. In particolare, se ne mette in luce il netto contrasto con l'odierna concezione bioetica paritaria del rapporto medico-paziente. L'idea che il medico sia tenuto «a intervenire per il "bene" del paziente contro la sua volontà, eventualmente anche con misure coercitive degradanti come il blocco integrale del corpo»³⁹, sottintende, infatti, l'esistenza, inammissibile per i principi espressi dagli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. di una fortissima asimmetria nel rapporto di cura. Una simile soluzione, come osservato da Giandomenico Dodaro, risulta doppiamente pregiudizievole: dal punto di vista del malato, svuota o svilisce il sistema bioetico e bio-giuridico innalzato, con fatica, a presidio del condenso informato; dal punto di vista del professionista sanitario, come si è voluto illustrare accennando al tema della responsabilità colposa omissiva, «massimizza l'obbligazione di garanzia, costringendolo ad assumere su di sé, tutta la responsabilità del mancato impedimento dell'agire lesivo del paziente»⁴⁰.

Al contrario, considerati i cardini costituzionali costituiti dal principio di volontarietà della cura fuori dai casi tassativi previsti dalla legge (art. 32 Cost.), e dalla doppia riserva di legge e di giurisdizione posta a tutela della libertà della persona (art. 13

³⁷ M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito* in *Riv. it. medicina legale*, 4-5, 2005, pp. 804 ss.

³⁸ *Idem*, p. 811.

³⁹ G. Dodaro, *Bioetica e contenzione meccanica in medicina. Considerazioni sul parere "La contenzione: problemi bioetici" del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 4, 2015, pp. 1697 ss.

⁴⁰ *Ibidem*.

Cost.); considerata, inoltre, la direzione intrapresa dal nostro sistema sanitario, con la riforma del 1978, verso il superamento del ricorso alla contenzione come mezzo ordinario, è da escludere fermamente che l'ordinamento attuale attribuisca al medico un obbligo giuridico di "legare il paziente", allo scopo di tutelarne la salute. Persino la giurisprudenza più cauta, restia ad abbandonare il riconoscimento dell'esigenza, nell'ambito della cura del soggetto incapace, di esercitare forme di «custodia del malato, finalizzata a soddisfare esigenze di ordine individuale, sociale e giuridico, comprese quelle di prevenzione di atti lesivi ed etero lesivi», ha ormai precisato, alla luce dei principi espressi dalla Costituzione e dalle fonti di diritto sovranazionale a cui l'Italia ha aderito, che il perseguimento di tale obiettivo deve conciliarsi «con la libertà terapeutica e la dignità del malato»⁴¹.

5.1. La sentenza Casu (Trib. Cagliari, sez. Gip, sent. 17 luglio 2012 n. 934).

Il Tribunale di Cagliari, nel 2012, pronunciandosi sulla vicenda della morte di Giuseppe Casu, ha espresso una posizione di «sintesi tra chi sostiene che la contenzione meccanica sia uno strumento ordinario di adempimento professionale e chi, invece, ritiene che, data l'assenza di una legge dello Stato che l'autorizzi, essa possa eventualmente trovare giustificazione unicamente nelle scriminanti operanti in situazione di necessità»⁴².

Giuseppe Casu è deceduto dopo sette giorni di ricovero coattivo in ospedale, durante i quali, secondo quanto emerso in giudizio, è stato sottoposto a una potente terapia farmacologica ed è stato tenuto quasi ininterrottamente legato al letto ai quattro arti. I giudici hanno accolto la tesi formulata dalla difesa dei sanitari coinvolti, secondo cui il protrarsi della contenzione era giustificato dal permanere nel paziente dello stato di agitazione che aveva dato luogo al ricovero in TSO. Gli imputati sono stati assolti dall'imputazione di omicidio colposo aggravato ai sensi degli artt. 61 n. 3 e 589, co. 1 c.p. «perché il fatto non sussiste», non essendo stata data prova del nesso causale tra la condotta dei medici e la morte per tromboembolia polmonare; sono stati, inoltre, assolti dall'accusa di sequestro di persona in quanto «persone non punibili per aver commesso il fatto nell'adempimento di un dovere».

Secondo la ricostruzione teorica fornita dai giudici in sede motivazione della sentenza, sebbene alcuna norma di legge espressamente autorizzi la contenzione dei malati pericolosi per sé o per altri, «siffatto potere sarebbe implicato dai doveri di protezione e controllo imposti dalla posizione di garanzia»⁴³ dei professionisti sanitari. Al verificarsi del rischio connesso a tale posizione, «che lo investe di compiti di protezione e controllo della sicurezza all'interno dei luoghi di cura», si «renderebbe doveroso il ricorso a qualsiasi mezzo potenzialmente a disposizione del personale sanitario, compresi gli strumenti meccanici di contenzione»⁴⁴.

Fin qui la sentenza, pur non individuando con precisione la fonte di tale dovere del sanitario, si pone nel solco della giurisprudenza già citata, secondo la quale contenere il paziente per difendere la salute sua e di terzi costituisca un dovere del medico. I giudici di

⁴¹ Cass., sez. V, sent. 22 gennaio 1998, n. 4407.

⁴² G. Dodaro, *Il nodo della contenzione*, cit., par. 8.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Trib. Cagliari, sent. 17 luglio 2012 n. 934, cit.

Cagliari, tuttavia, compiono un passo ulteriore, approfondendo il problema dei confini del dovere di ricorrere ai mezzi di limitazione della libertà del malato: la posizione di garanzia, per essi, investe il professionista del dovere di contenere il paziente «in situazioni di necessità e urgenza», attraverso modalità di intervento «che per il privato cittadino sarebbero legittimate solo dalla legittima difesa o dallo stato di emergenza e resterebbero comunque facoltative»⁴⁵. Inoltre, si scrive, «l'impiego della contenzione è giustificato se costituisce risposta proporzionata rispetto all'offesa in concreto minacciata dal paziente»; e, tuttavia, in contraddizione con tale principio, il Tribunale rigetta l'argomento accusatorio secondo il quale tenere legato mani e piedi per parecchi giorni un paziente già sedato costituiva un intervento di gran lunga eccedente l'obiettivo di placarne l'aggressività.

La sentenza, in definitiva, se afferma l'applicabilità al caso del medico che abbia contenuto il malato (in regime di trattamento sanitario obbligatorio, nel caso concreto), dell'esimente dell'adempimento di un dovere, attribuisce tuttavia a tale causa di giustificazione i requisiti propri dello stato di necessità. Il tribunale infatti, sostiene, almeno in linea di principio, che «legare il paziente al letto è illegittimo e configura il delitto di sequestro di persona; il fatto può trovare giustificazione eventualmente solo in situazioni di necessità e per breve durata».

Emerge da queste parole, l'intento, condivisibile, di sancire, in maniera più stretta rispetto al passato, la legittimità della contenzione solo quale *extrema ratio* per la tutela dell'incolumità delle persone. Tuttavia, la conclusione dell'opportunità di attribuire all'adempimento del dovere ex art. 51 le caratteristiche proprie dell'esimente dello stato di necessità appare discutibile: in primo luogo, si sovrappone in maniera non chiara il contenuto delle due norme e, inoltre, come precisato nella stessa pronuncia di merito, resta irrisolto il problema che, secondo tale teoria, il mancato utilizzo dei mezzi di contenzione «potrebbe costituire fonte di responsabilità penale colposa omissiva, ex art. 40 cpv. c.p.»⁴⁶. Si tratta di un orientamento che non raggiunge un risultato soddisfacente in termini di definizione e ampliamento della tutela penale della libertà personale del malato, e che lascia nel professionista il dubbio se il mancato ricorso alla contenzione lo esponga a responsabilità.

5.2. Il consenso del paziente quale fonte e misura dei doveri del professionista sanitario.

La dottrina orientata più nettamente alla valorizzazione, in ambito sanitario, del diritto fondamentale alla libertà – sia come libertà di scelta delle cure sia come libertà da costrizioni fisiche – ha indicato, criticando pronunce come quella appena citata, l'opportunità di approfondire il problema del ruolo della volontà del paziente nella definizione della condotta doverosa del medico.

⁴⁵ *Idem*, p. 146. Nella stessa situazione di urgenza, inoltre, l'obbligo di intervento trova un limite in presenza di un rischio per l'incolumità del medico, che non è tenuto ad agire se ciò lo mette fisicamente in pericolo; l'intervento obbligatorio resta, altresì, «assoggettato a limiti di legittimità stabiliti dalla legge», per cui, nell'ipotesi l'agente ecceda per imprudenza o negligenza da tali confini, potrebbe essere chiamato a rispondere per eccesso colposo, ai sensi dell'art. 55 c.p.

⁴⁶ Trib. Cagliari, sent. 17 luglio 2012 n. 934, cit., p. 147.

È il consenso del paziente a fondare gli obblighi del professionista che lo cura e a determinarne i confini: per questo, come ha scritto Cristiano Cupelli, non può attribuirsi rilevanza penale all'omissione di atti di contenzione, poiché le norme cautelari, cui il medico è tenuto ad attenersi, sono esse stesse determinate dagli obiettivi e dalle modalità terapeutiche concordate con il paziente⁴⁷. Si potrebbe ravvisare l'esistenza di un obbligo di intervenire, con possibile utilizzo di mezzi di limitazione della libertà della persona, esclusivamente nell'ipotesi del soccorso urgente di un paziente in cui si riscontri parziale o totale assenza di capacità di intendere e volere⁴⁸. E, anche in questa ipotesi, bisognerebbe considerare la coercizione giustificata, in presenza dei requisiti tassativi richiesti dall'art. 54 c.p., dallo stato di necessità, e non, invece, dall'adempimento di un dovere.

Il medesimo principio dovrebbe valere sia per il trattamento sanitario obbligatorio, sia per quello volontario. Infatti, affermando l'applicabilità dell'esimente dell'adempimento di un dovere all'atto di contenzione finalizzato alla somministrazione di un trattamento obbligatorio al paziente incapace, si rischia di indurre taluno a qualificare atti contrari alla volontà del paziente, o addirittura per esso degradanti, come strumentali «all'adempimento di doveri di cura e sicurezza discendenti dalla posizione di garanzia degli operatori psichiatrici, il cui contenuto è già di per sé affetto da una certa carenza di legalità»⁴⁹. Si correrebbe, cioè, il pericolo fornire un espediente per aggirare le garanzie costituzionali poste a tutela della libertà e della dignità del malato, compreso quello di rifiutare determinate cure.

Va tenuto presente che «lungi dal rappresentare, per i medici, un'autorizzazione in bianco, una garanzia d'immunità o un salvacondotto⁵⁰», il trattamento sanitario obbligatorio non necessariamente è anche coattivo⁵¹; esso anzi, deve essere applicato «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», ed essere accompagnato «da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato»⁵². Di conseguenza, come già sostenuto da Simona Cacace, «la legittimità della contenzione e delle sue modalità, anche in caso di TSO, andranno sottoposte ad attenta valutazione e disamina, alla luce dei protocolli stilati e dalle linee guida in materia operanti, nonché secondo i crismi, soprattutto, di uno stato di necessità»⁵³. L'imprescindibilità dell'utilizzo di mezzi fisici, meccanici, ambientali o farmacologici, la loro proporzionalità e idoneità rispetto al fine della salvaguardia della

⁴⁷ C. Cupelli, *Non tutto ciò che si può*, cit.

⁴⁸ Questa, infatti, la giustificazione che i medici utilizzano per effettuare interventi salva-vita di alimentazione del paziente con disturbo alimentare, nel momento, limite, in cui esso perda coscienza e rischi di morire a causa del rifiuto della cura portato avanti in precedenza, in una situazione problematica di coscienza alterata ma non assente. Si veda in proposito W. Milano, A. Cotugno, R. Dalle Grave, M. G. Gentile, G. Gravina, C. Renna, P. Salvo, P. Todisco, L. M. Donini, *Il trattamento sanitario obbligatorio come salvavita in presenza di disturbi dell'alimentazione: una scelta complessa*, in *Rivista di Psichiatria*, 52, 5, 2017, pp. 180-188.

⁴⁹ C. Cupelli, *Non tutto ciò che si può*, cit.

⁵⁰ S. Cacace, *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi di autodeterminazione*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1, 2013, p. 217.

⁵¹ M. Cartabia, *L'articolo 32, secondo comma*, cit.

⁵² L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33, co. 1 e co. 5.

⁵³ S. Cacace, *Il medico e la contenzione*, cit., p. 217.

salute del malato o di terzi, dovranno, quindi, essere in concreto dimostrati, tanto nel caso di ricovero volontario, tanto nel caso di trattamento obbligatorio.

Rispetto, infine, all'ipotesi in cui il paziente stesso, in condizioni di capacità, o il suo rappresentante legale, in caso di incapacità dell'interessato, acconsenta ad essere sottoposto ad una misura contenitiva, va ribadito che tale consenso non potrà in ogni caso costituire un'autorizzazione preventiva incondizionata. L'obbligo di diligenza del medico, che gli impone di perseguire l'obiettivo della miglior cura possibile della persona, gli prescrive altresì di tutelarne la libertà, come parte del concetto di salute: «anche in questo caso, di conseguenza, è escluso che i medici possano liberamente ricorrere alla contenzione, pena l'inadempimento della prestazione».

Se, infatti, è possibile ammettere, anche al di fuori degli stretti confini dello stato di necessità, interventi molto leggeri di limitazione della libertà del paziente – come l'apposizione al letto di bande allo scopo di prevenire una caduta – raccogliendo e documentando il consenso informato, limitato a quello specifico atto, da parte del malato o, in caso di incapacità, del suo tutore o amministratore di sostegno⁵⁴, **è da negare categoricamente l'ammissibilità di un consenso preventivo liberatorio**, tanto del paziente quanto del suo rappresentante legale (o del genitore, per il minore) rispetto a una serie indefinita di restrizioni della libertà personale. Ciò significherebbe, come ha sottolineato la Cassazione nel caso *Muccioli*⁵⁵, consentire di sottoporre la persona a una forma di ricovero coattivo atipico, fuori dei casi tassativamente indicati dalla legge per il trattamento sanitario obbligatorio, all'interno del quale, come si è chiarito, lo stato di necessità costituisce, comunque, l'unica premessa per l'applicazione legittima della contenzione.

5.3. Il diritto alla libertà e il concetto di «cura».

Nonostante la complessità bioetica del tema, la difficoltà di inquadrare giuridicamente il fenomeno della contenzione e, in particolare, di individuarne i profili di rilevanza penale, è possibile affermare che, almeno in termini generali, in questo campo, ciò che è etico, ossia il rispetto della libertà e della dignità del malato, è anche utile, rispetto all'obiettivo della cura.

Oltre ad essere rischioso e dannoso per la salute fisica del paziente, l'atto che ne limita la libertà interrompe la relazione terapeutica. Tale rapporto di fiducia e comunicazione, basato sul rispetto reciproco tra paziente e professionista sanitario, costituisce lo strumento principale attraverso cui si rende possibile il raggiungimento del fine terapeutico⁵⁶, stabilito all'interno della relazione stessa. Anche di fronte ad un paziente incapace o capace solo parzialmente, il medico, per adempiere il proprio dovere

⁵⁴ G. Mandarelli, R. Tatarelli, S. Ferracuti, A. Siracusano, *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, in *Noos*, 1, 2012, pp. 43-56; A. Gorgoni, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2012, pp. 547 ss.; L. De Caprio, R. Prodomo, P. Ricci, A. Di Palma, A. Bove, *Consenso informato e decadimento cognitivo*, in *Riv. it. medicina legale* (dal 2012 *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*), 6, 1998, pp. 901 ss.

⁵⁵ G. Marinucci, E. Dolcini, *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, Vol. X, Giuffrè, 2015, p. 16, sulla sentenza della Cassazione del 29 marzo 1990,

⁵⁶ Comitato nazionale per la Bioetica, *La contenzione*, cit.

deontologico e assicurare «la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo della sofferenza»⁵⁷ deve necessariamente disporsi all'ascolto, riconoscendo nel malato innanzitutto una persona, a lui pari in dignità e diritti, e «portatrice di un insostituibile "sapere su di sé"»⁵⁸. Su questa base, per sperare di riuscire a dare una risposta ai bisogni del malato attraverso l'uso della propria competenza professionale, deve cercare di stabilire con esso un'alleanza, sollecitando il suo consenso, informato, ai trattamenti che ritiene più adatti. Oltre i paletti posti dalla volontà del malato, egli non ha potere, se non nei limiti di quanto imposto dallo stato di necessità, e, nel caso del paziente aggressivo, nei limiti dell'esercizio della legittima difesa.

Diversamente, deviare dal percorso concordato con il paziente significherebbe, per il medico, violare la sua fiducia, e danneggiare la relazione con lui (in alcuni casi faticosamente) stabilita, se non rischiare di interromperla, perdendo dunque la possibilità di curarne la salute.

Come affermato a proposito del caso-limite del rischio di suicidio, l'unica possibile strategia fruttuosa per lo psichiatra è quella di investire nella relazione: venuta meno la contenzione, che nel momento dell'acuzie psichiatrica impedisce al paziente l'immediata realizzazione dell'intento autolesivo, il tentativo correrà pur sempre il rischio di essere ripetuto, e solo il mantenimento del legame relazionale potrà consentire di proseguire la cura, anche farmacologica, con la possibilità, infine, del superamento del rischio.

L'atto con cui si priva il malato della libertà, segna un trauma profondo, e genera o rafforza sentimenti di umiliazione e disistima di sé; solo con un notevole impegno, tale esperienza può essere rielaborata e l'atto di contenzione considerato dalla persona funzionale come alla tutela della propria salute. Per questo motivo, il ricorso alla contenzione va decisamente sradicato come pratica routinaria: oltre ad essere lesiva di diritti fondamentali, non risponde ad esigenze di salute, ma si pone, anzi, in contrasto con esse. Nell'ambito psichiatrico, e, più in generale, in quello medico, la fiducia nel paziente nel proprio valore e nella possibilità di «stare meglio» o «guarire» svolge un ruolo di importanza fondamentale per la strutturazione e il successo del percorso terapeutico. Il fatto che l'esperienza della contenzione giochi a sfavore della costruzione e dal mantenimento in vita di questa componente psicologica ed emotiva, oltre a comportare rischi e controindicazioni dirette sul fisico del paziente, la rende uno strumento da riservare a condizioni limitatissime e controllate.

In realtà, il diritto alla libertà e il principio della dignità della persona non si oppongono all'esigenza di cura, ma, anzi, riempiono di significato il concetto stesso di «cura»: è quindi da escludere si possa ricondurre l'atto di contenzione, attuato dal sanitario sul paziente, all'esercizio di un dovere attribuitogli dall'ordinamento giuridico, e che lo si possa giustificare ex art. 51 c.p. Al contrario, va accolto quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale, di recente fatto proprio dalla stessa Corte di Cassazione, per il quale solo il richiamo allo stato di necessità o all'esigenza di esercitare la legittima difesa possono esimere da responsabilità penale chi, in ambito sanitario, limita la libertà del malato. Si deve concludere che soltanto in presenza di condizioni di necessità e urgenza

⁵⁷ Codice deontologico della professione medica, art. 3.

⁵⁸ Comitato nazionale per la Bioetica, *La contenzione*, cit., p. 8.

si può ritenere accettabile la compressione del diritto fondamentale di libertà, e inoltre, dal punto di vista della tutela della salute, solo entro tali confini la contenzione può costituire uno strumento utile al perseguimento dello scopo terapeutico e non, invece, risultare controproducente.

6. La contenzione è giustificata solo entro i limiti dello stato di necessità.

6.1. Il caso Mastrogiovanni.

Come Giuseppe Casu, Francesco Mastrogiovanni è deceduto dopo una lunga contenzione applicata in ospedale in regime di TSO. Il 31 luglio del 2009 veniva ricoverato coattivamente presso il reparto psichiatrico dell'Ospedale Vallo di Lucania, per l'esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio che, secondo quanto certificato dai medici, si era reso necessario a causa di uno stato di «agitazione psicomotoria, alterazione comportamentale ed etero aggressiva»⁵⁹. Dopo l'ammissione in reparto, gli erano applicate ai polsi apposite fasce, dotate di viti, fissate alle sbarre del letto, per impedirne i movimenti, e, secondo quanto emerso in giudizio dall'analisi dei filmati del circuito di sorveglianza, tranne che per pause di pochi minuti, rimaneva continuamente immobilizzato in tale stato fino al momento della sua morte, il 4 agosto.

A carico del primario, dei medici e degli infermieri in turno nei giorni della degenza di Mastrogiovanni, veniva formulata l'accusa di sequestro di persona ex art. 605 c.p., anche per la limitazione della libertà di un altro paziente, ricoverato volontariamente, e di omicidio colposo, ex art. 586; si aggiungeva, inoltre, per i medici, l'imputazione di falso ideologico in atto pubblico, per non aver annotato l'applicazione dei mezzi di contenzione in cartella clinica.

Nella motivazione della sentenza, la Cassazione ricostruisce la principale questione giuridica emersa in giudizio, ossia l'individuazione dei limiti e dei presupposti di legittimità della contenzione, risolvendo in primo luogo il problema della riconducibilità di essa nei confini dell'attività medica.

Viene respinta la tesi difensiva per la quale l'atto di contenzione fisica costituirebbe un vero e proprio "atto medico", finalizzato alla tutela della salute e dell'incolumità fisica del paziente e, dunque, reso lecito dalla c.d. «scriminante costituzionale» degli artt. 2 e 32 Cost. Per i giudici, infatti, l'uso della contenzione non rientra in alcuna delle categorie che la stessa Corte, pronunciandosi sul caso *Giulini*⁶⁰, ha già ricondotto alla copertura costituzionale dell'art. 32. Limitare la libertà di movimento del paziente non costituisce atto rispondente a finalità terapeutica, né diagnostica, né alla finalità di alleviare le sofferenze del malato o di migliorarne le condizioni complessive, «anzi, secondo la letteratura scientifica, può concretamente provocare, se non utilizzato con le dovute cautele, lesioni anche gravi all'organismo, determinate non solo dalla pressione esterna

⁵⁹ F. Lazzeri, [Contenzione del paziente psichiatrico e sequestro di persona: l'antigiuridicità è esclusa \(solo\) entro i ristretti confini dello stato di necessità \(Caso Mastrogiovanni\)](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 10 dicembre 2018.

⁶⁰ Cass., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437.

del dispositivo contenitivo», ma anche «dalla posizione di immobilità forzata cui è costretto il paziente»⁶¹.

Riconosciuta la rilevanza penale dell'atto lesivo della libertà del paziente, la S.C., confutando un ulteriore argomento difensivo, chiarisce che, nemmeno, «l'uso della contenzione può ritenersi lecito *tout-court* – e non solo come *extrema ratio* – solo perché l'operatore di salute mentale è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente psichiatrico, che fa scattare l'obbligo giuridico, ex art. 40 comma 2° c.p., di attivarsi per neutralizzare il pericolo di atti auto ed etero aggressivi del malato». **La condotta del medico non è giustificabile ex art. 51 c.p., perché la posizione di garanzia di cui, pure, è titolare, non gli consente l'uso della contenzione fuori dei limiti stabiliti dalla legge.** A tale conclusione si deve giungere, tra l'altro, «in considerazione dei beni costituzionalmente protetti su cui tale presidio (la contenzione) viene ad incidere, individuabili, non solo, nella libertà personale, ma anche nell'integrità fisica (viste le sofferenze fisiche e psicologiche ad esso legate) e nella dignità umana»⁶². Di conseguenza, come già affermato nella sentenza di appello, **l'uso della contenzione va ritenuto lecito solo entro i confini delle condizioni di cui all'art. 54 c.p., ove sussista una concreta situazione di pericolo attuale di un danno grave alla persona, non altrimenti evitabile, e sia rispettato il principio di proporzionalità tra mezzo utilizzato e rischio da scongiurare.**

Rispetto al problema del ricorso all'espedito di immobilizzare il paziente per rispondere a un difetto di personale addetto alla sorveglianza e prevenzione del rischio di infortuni, la Corte ha precisato che la valutazione del requisito dell'attualità del pericolo «richiede un costante monitoraggio del paziente – e non solo al momento dell'applicazione della contenzione ma anche ai fini del suo mantenimento»⁶³. Di tale attività di controllo, e degli altri elementi fondanti la scelta del medico di limitare la libertà del malato, andrà fatta annotazione puntuale in cartella clinica. Nel confermare la condanna dei medici per il delitto di falso ideologico, i giudici infatti chiariscono che la contenzione, pur essendo, come si è detto, estranea a finalità terapeutiche, costituisce un fatto clinico significativo, la cui annotazione in cartella clinica è doverosa. L'obbligo di documentazione risponde non solo all'interesse del malato, ma dello stesso professionista, che potrà, così, rappresentare in maniera trasparente le motivazioni che lo hanno indotto ad adottare una decisione così delicata, consentendo il controllo *ex post* del rispetto, da parte sua, dei limiti dello stato di necessità.

L'esito dello sforzo decisivo dei giudici è, in conclusione, la conferma la condanna di medici e infermieri per il delitto di sequestro di persona, di cui all'art. 605 c.p., commesso ai danni di Mastrogiovanni e del compagno di stanza Luigi Mancoletti. La contenzione di quest'ultimo era stata applicata in assoluta mancanza dei requisiti ex art. 54 c.p.: dalle registrazioni video risultava evidente che egli non aveva dimostrato alcuna aggressività o irrequietezza, né aveva opposto rifiuto alle cure prescritte dai medici. Gli estremi dello stato di necessità per la Corte non erano integrati neppure nella più complessa vicenda che ha coinvolto Giuseppe Mastrogiovanni. L'applicazione della contenzione all'ammissione in reparto non era necessaria e proporzionata, poiché il paziente, come

⁶¹ Cass., sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, cit., p. 45.

⁶² *Idem*, p. 48.

⁶³ *Idem*, p. 50.

emerso dal diario clinico, non mostrava già più segni di agitazione grazie ai farmaci somministratigli e non poteva trovare neppure giustificazione nell'esigenza di eseguire un prelievo delle urine per accertamento tossicologico, su richiesta delle forze dell'ordine. L'esame delle urine finalizzato a riscontrare la presenza di alcool o stupefacenti nel guidatore, infatti, «risponde a una specifica esigenza investigativa che l'ordinamento non consente di soddisfare in via coattiva (salva ovviamente la rilevanza penale del rifiuto)»⁶⁴.

Il protrarsi della contenzione, parimenti, non era scriminato ex art. 54 c.p.: i momenti di agitazione che avevano colto il paziente nel corso della degenza non erano dovuti al riacutizzarsi del disturbo psichico, ma «al perdurare della costrizione meccanica, divenuta insopportabile, al caldo e all'insofferenza per la posizione innaturale cui i legacci costringevano il malato, con conseguente istintivo quanto inutile tentativo di riacquistare la capacità di movimento»⁶⁵.

La Cassazione, con queste parole, riconosce che la limitazione della libertà personale del malato, lungi da costituire un atto terapeutico, si pone in contrasto con lo scopo della cura e della riabilitazione del soggetto affetto da un disturbo psichiatrico. Inoltre, la S.C. sembra negare possa trovare giustificazione, ai sensi del codice penale, la contenzione applicata per porre rimedio a danni provocati dalla stessa condotta restrittiva della libertà dei pazienti, adottata dagli operatori sanitari. In ogni caso, certo è, per i giudici della Cassazione, che la contenzione non può essere ritenuta lecita per il solo fatto di essere applicata per prevenire i rischi di reazioni avverse da psicofarmaci: essa può essere applicata solo in *extrema ratio* e non quale metodica abituale di gestione di un rischio comune e prevedibile.

6.2. I requisiti dello stato di necessità e della legittima difesa.

La parte della dottrina che aveva, da tempo, espresso critiche sull'applicabilità della scriminante ex art. 51 c.p. ai casi di restrizione della libertà del malato ha accolto con favore la sentenza resa dalla Cassazione sul caso Mastrogiovanni, ed ha approfondito il problema dei requisiti necessari a fondare la giustificazione ex art. 52 o art. 54 c.p.

Rispetto all'attualità del pericolo, si ritiene che esso vada inteso come «pericolo già in atto, radicato e riconoscibile nella condotta dell'aggressore»⁶⁶. È da considerarsi penalmente rilevante l'applicazione della contenzione al malato che solamente minacci comportamenti pericolosi, per se stessa o per altri, secondo «una previsione di rischio basata su semplici generalizzazioni del senso comune o su un generico bisogno di cure»⁶⁷. Pacificamente illecito è, poi, il ricorso a strumenti di limitazione della libertà personale come forma di punizione del paziente alla trasgressione delle regole del reparto o a comportamenti di opposizione a terapie o interventi diagnostici.

Più complessa è l'interpretazione del requisito della involontarietà del pericolo: rispetto ad esso, infatti, si pone il quesito se sia da considerare lecita o meno la

⁶⁴ F. Lazzeri, *Contenzione del paziente*, cit., par. 6.2.

⁶⁵ Cass., sez. V, sent. 20 giugno 2018, n. 50497, cit., p. 56.

⁶⁶ G. Dodaro, *Tutela penale della libertà personale*, cit., p. 396.

⁶⁷ *Ibidem*.

contenzione del paziente, proporzionata a scongiurare un rischio attuale, che sia stato, però, generato dalla condotta dello stesso personale sanitario. Infatti, come si è documentato pronunce giurisprudenziali analizzate, è tutt'altro che infrequente, nella pratica, l'ipotesi che la condotta colposa degli operatori sanitari, attraverso la mancata messa in atto di strategie per prevenire l'esplosione dell'aggressività e della sofferenza del malato, ovvero la disorganizzazione del servizio di diagnosi e cura, determini, in tutto o in parte, la limitazione della libertà del paziente. Certamente, sarebbero escluse le esimenti legittima difesa o per stato di necessità ove la situazione di pericolo fosse deliberatamente provocata dall'agente, come nel caso del professionista sanitario che provocasse l'attacco del paziente.

Per quanto riguarda invece il rischio generato colpevolmente dall'agente, secondo un indirizzo minoritario, la condotta imposta dallo stato di necessità andrebbe giustificata ex art. 54 c.p., poiché volontario sarebbe solo il pericolo provocato con dolo. Altri autori, come Giandomenico Dodaro, ritengono più corretto «intendere come volontariamente causata anche la situazione di pericolo che sia colposamente riconducibile a una condotta volontaria del soggetto, senza che tuttavia egli si sia rappresentato il pericolo e tantomeno dunque l'abbia accettato»⁶⁸. Così, avendo il medico curante predisposto e attuato un trattamento sanitario obbligatorio nella consapevolezza della mancanza dei presupposti di legge, l'eventuale contenzione del paziente che esprimesse attraverso comportamenti aggressivi il proprio sentimento di insofferenza e rivalsa per l'ingiustizia subita, anche se proporzionata al pericolo attuale, non sarebbe giustificata secondo l'art. 54 c.p.

In quegli ambienti sanitari in cui vi è una mentalità restia all'abbandono di pratiche risalenti al vecchio modello manicomiale, e mancano strumenti di gestione del disagio dei malati, di ascolto e di prevenzione del rischio di comportamenti aggressivi, diversi dalla contenzione ambientale, meccanica e dalla sedazione farmacologica, potrebbe riconoscersi poco o alcuno spazio all'applicabilità delle esimenti di cui agli artt. 52 e 54 c.p. Così come, nell'ambito delle residenze per anziani, ove non la gestione del rischio di caduta derivante dall'età e dalle patologie degli ospiti che non passi semplicemente attraverso l'immobilizzazione dei malati, che, tra l'altro, contribuisce alla loro definitiva perdita di autonomia, «appare assai problematica la configurabilità di uno stato di necessità in grado di giustificare la contenzione meccanica del paziente»⁶⁹.

La limitazione della libertà del malato deve, infine, quale *extrema ratio*, essere realizzata «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»⁷⁰. Venuto meno il pericolo, ove il trattamento contenitivo non fosse interrotto, si integrerebbe il sequestro di persona, essendo venuta meno la causa di giustificazione dello stato di necessità.

La previsione, nelle linee guida, di modalità di contenzione congrue al rischio concreto da scongiurare, va ricondotta, tra l'altro, proprio al tentativo di fornire indicazioni per il rispetto del requisito di proporzionalità, come evidenziato dalla Cassazione nella citata sentenza n. 50497/2018, e non, al contrario all'intento di legittimare la restrizione

⁶⁸ G. Dodaro, *Tutela penale della libertà personale*, cit., p. 397.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Comitato nazionale per la Bioetica, *La contenzione*, 2015, cit., p. 12.

della libertà del malato fuori dei limiti dello stato di necessità. Purtroppo, quanto alla durata ammissibile della contenzione, nessun protocollo risulta in grado di fissare un limite temporale determinato. E, tuttavia, «Una così ampia discrezionalità affidata al personale medico, sostanzialmente al di fuori di controlli stringenti di legalità da parte della magistratura, ha reso di fatto possibile», come nella vicenda Casu, «che la contenzione si prolunghi nel maggior numero di volte per molte ore o giorni»⁷¹. Nella sentenza n. 4407 del 22 gennaio 1998, pronunciata dalla Cassazione, si è, infatti, ritenuta giustificata, quale atto di adempimento di un dovere, l'applicazione e il mantenimento della contenzione sul malato per la durata di un'intera settimana.

Pur riconoscendo la difficoltà di stabilire, con certezza, *a priori*, la durata proporzionata al pericolo, non si può che essere scettici sulla possibilità di affermare la compatibilità di privazioni della libertà così estese nel tempo con le cause di giustificazione della legittima difesa e dello stato di necessità.

Coerentemente con i principi costituzionali, e in particolare con le garanzie poste dall'art. 13 Cost. a tutela della libertà della persona, si deve ritenere penalmente rilevante ogni contenzione di lunga durata, anche ove applicata in regime di TSO, considerato il fatto che esso non consente di sottoporre il malato a coazione fuori degli stretti confini dello stato di necessità.

7. Facoltatività della contenzione.

Infine, riguardo al tema della responsabilità omissiva del medico che non limita la libertà del malato, che, si è notato, è specularmente connesso a quello della responsabilità per applicazione dei mezzi di contenzione, **deve concludersi affermando la facoltatività dell'intervento coattivo sul paziente a difesa della salute sua o di terzi.**

Le cause di giustificazione ex artt. 52 e 54 c.p. si applicano a situazioni straordinarie e urgenti che possono coinvolgere tanto il medico quanto qualsiasi altro soggetto e «non attribuiscono all'agredito o al soccorritore alcun potere sulla persona sulla quale ricade la propria azione, ma si limitano a rendere eccezionalmente lecito un comportamento che per legge è ordinariamente illecito, sul presupposto che tale comportamento costituisca l'unico modo per mettere in sicurezza urgentemente interessi meritevoli di tutela»⁷². Va criticata, dunque, l'affermazione della Cassazione, contenuta nella sentenza Mastrogiovanni, secondo la quale la massima privazione della libertà personale non solo «può», ma, inoltre, «deve» essere disposta dal professionista sanitario in situazioni straordinarie e per il tempo strettamente necessario⁷³.

Individuando i limiti di giustificabilità della contenzione nei casi della legittima difesa e dello stato di necessità, la sentenza diverge finalmente dall'orientamento, espresso dalla stessa Cassazione in precedenti pronunce, secondo cui l'adozione di tale pratica costituirebbe un dovere del medico. Tuttavia l'ulteriore passaggio da compiere per adeguare la teoria giuridica e la prassi giurisprudenziale all'odierna concezione bioetica

⁷¹ G. Dodaro, *Tutela penale della libertà personale*, cit., p. 398.

⁷² *Idem*, p. 395.

⁷³ Cass., sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, cit., p. 48.

paritaria del rapporto medico-paziente, resta quello di riconoscere che la restrizione della libertà personale del paziente è sempre solo facoltativa, mai obbligatoria, essendo la contenzione solo una delle modalità di possibile adempimento del dovere di sicurezza gravante sul sanitario.

L'atto di contenzione del malato, all'esito delle nostre osservazioni, «disvela la propria vera natura: non atto sanitario, non avendo finalità curativa, né essendo in grado di produrre un miglioramento nelle condizioni del paziente; bensì strumento straordinario per fronteggiare situazioni di concreto pericolo»⁷⁴, che, in un sistema sanitario organizzato in maniere coerente con i principi costituzionali, oltre che con quelli accolti dall'ordinamento con la riforma Basaglia, non dovrebbero verificarsi, se non raramente. In mancanza di una disciplina legislativa della contenzione in ambito sanitario, si deve dunque ritenere illegittima la restrizione della libertà personale del malato, ricoverato volontariamente o sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, tranne che nel caso in cui ricorrano le condizioni di applicabilità della giustificazione ex art. 52 o 54 c.p. Lo stato di necessità e l'esercizio della legittima difesa non obbligano il professionista sanitario a contenere il paziente per tutelare la salute propria, del malato o di terzi, ma, semplicemente, rendono legittima la scelta di adottare, tra i mezzi possibili per fronteggiare la situazione di pericolo, strumenti di tipo coattivo.

Bibliografia.

Associazione per la lotta contro le malattie mentali, Sezione autonoma di Torino, (a cura di), *La fabbrica della follia. Relazione sul manicomio di Torino*, Einaudi, 1971

L. Barbuto, *Contenzione e Costituzione*, in *Contenzione e responsabilità sanitaria - Master in diritto sanitario, Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*, 42, 2017, pp. 16-24

J. Bergk, E. Flammer, T. Steinert, "Coercion Experience Scale" (CES) - validation of a questionnaire on coercive measures in *BMC Psychiatry*, 10, 2010, pp. 5 ss.

R. Blaiotta, *I profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. pen.*, 11, 2005, pp. 3611 ss.

S. Cacace, *Il medico e la contenzione: aspetti risarcitori e problemi di autodeterminazione* in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1, 2013, pp. 209 ss.

L. Calver, V. Drinkwater, G. K Isbister, *A prospective study of high dose sedation for rapid tranquilisation of acute behavioural disturbance in an acute mental health unit* in *BMC Psychiatry*, 13, 2013, pp. 225 ss.

⁷⁴ G. Dodaro, *Tutela penale della libertà personale*, cit., p. 395.

E. Carbone, *Habeas Corpus e sofferenza psichica*, in *Diritto di famiglia*, 2, 2005, pp. 611-639

M. Cartabia, *L'articolo 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Focus on. Sanità e salute nella Costituzione*, in *Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute*, 29, 2012, pp. 21-29

C. Cupelli, *Non tutto ciò che si deve si può anche fare, I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2014, pp. 225 ss.

A. D'Andrea, *Libertà personale nella costituzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista trimestrale*, 3, 2020, pp. 365-373

A. D'Andrea, V. Onida, *Costituzione italiana e misure sanitarie obbligatorie*, in P. Cattorini, a cura di, *Aids e situazione carceraria*, Liviana, 1990, pp. 21-27

L. De Caprio, R. Prodomo, P. Ricci, A. Di Palma, A. Bove, *Consenso informato e decadimento cognitivo*, in *Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. medicina legale e dir. sanitario)*, 6, 1998, pp. 901 ss.

G. Dell'Acqua, B. Norcio, G. de Girolamo, A. Barbato, R. Braccio, A. Gaddini, R. Miglio, P. Morosini, A. Picardi, E. Rossi, P. Rucci, G. Santone, *Caratteristiche e attività delle strutture di ricovero per pazienti psichiatrici acuti: i risultati dell'indagine nazionale "Progres-Acuti"*, in *Giornale Italiano di Psicopatologia*, 13, 2007, pp. 26-39

G. Dodaro, [Tutela penale della libertà personale e cultura del controllo in psichiatria](#), in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, 3, 2020, pp. 389-400

G. Dodaro, *Bioetica e contenzione meccanica in medicina. Considerazioni sul parere "La contenzione: problemi bioetici" del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 4, 2015, pp. 1697 ss;

G. Dodaro, *Il nodo della contenzione in psichiatria tra gestione della sicurezza, diritti del paziente e "inconscio istituzionale"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 febbraio 2014

E. Farina-Lopez, G. Estévez-Guerra, *Historical aspects of the use of physical restraint: from antiquity to the era of moral treatment*, in *Revista de enfermería*, 3, 2015, pp. 174-18

A. Gorgoni, *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2012, pp. 547 ss.

R. Gunawardena, D. G. Smithard, *The Attitudes Towards the Use of Restraint and Restrictive Intervention Amongst Healthcare Staff on Acute Medical and Frailty Wards - A Brief Literature Review* in *Geriatrics*, 4, 2019, pp. 50-60

ISTAT, [La salute mentale nelle varie fasi della vita. Report 2015-2017](#), 26 luglio 2018

F. Lazzeri, Contenzione del paziente psichiatrico e sequestro di persona: l'antigiuridicità è esclusa (solo) entro i ristretti confini dello stato di necessità (Caso Mastrogiovanni), in *Diritto penale contemporaneo*, 10 dicembre 2018.

G. Mandarelli, R. Tatarelli, S. Ferracuti, A. Siracusano, *Il consenso informato e il trattamento sanitario obbligatorio*, in *Noos*, 1, 2012, pp. 43-56

G. Marinucci, E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale - Parte speciale*, Vol. X, Giuffrè, 2015

M. Maspero, *La responsabilità del medico per il suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito* in *Riv. it. medicina legale*, 4-5, 2005, pp. 804 ss.

M. Massa, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2013, pp. 180-207

S. Mauceri, a cura di, "Contenere", in *A Buon Diritto Quaderni*, 1, 2017

T. V. McCann, J. Baird, E. Muir-Cochrane, *Attitudes of clinical staff toward the causes and management of aggression in acute old age psychiatry inpatient units* in *BMC Psychiatry*, 14, 2014, pp. 80 ss.

W. Milano, A. Cotugno, R. Dalle Grave, M. G. Gentile, G. Gravina, C. Renna, P. Salvo, P. Todisco, L. M. Donini, *Il trattamento sanitario obbligatorio come salvavita in presenza di disturbi dell'alimentazione: una scelta complessa* in *Rivista di Psichiatria*, 52, 5, 2017, pp. 180-188

G. Pavich, *Profili generali di liceità ed illiceità nella contenzione dei pazienti psichiatrici*, in *Rivista Penale*, 1, 2008, pp. 367-372

D. Piccione, *Umanesimo costituzionale e contenzione delle persone nell'ordinamento italiano. (Il punto di vista dello studioso di diritto costituzionale)*, in *Persona e danno*, 14 dicembre 2012

G. Ponti, I. Merzagora Betsos, *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina Editore, 2015.

Z. Roffe, M. Gelkopf et al, *Perceptions and attitudes of the nursing staff towards patient restraint*, in *BMC Psychiatry*, pp. 155 ss.

G. Rossi, [La libertà è ancora terapeutica? Diritto alla salute mentale e dovere alla salute mentale](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2020, pp. 402-415

S. Rossi, P. Tincani, *I diritti forzati. Conversazioni sulla follia a quarant'anni dalla legge Basaglia*, L'Ornitorinco, 2018

C. Sale, Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2014.

M. Siclari, *L'art. 32, primo comma, della Costituzione italiana in Focus on Sanità e salute nella Costituzione*, in *Monitor - Elementi di analisi e osservazione del sistema salute*, 29, 2012, pp. 14-20

G. Vicarelli, *Per una analisi storico-comparata della professione medica*, in *Stato e Mercato*, 90, 3, 2010, pp. 395-423

D. Vidovic, P. Brecic, A. Haid, V. Jukic, [Role of substance abuse in requirement of physical restraint of psychiatric patients in emergency](#), in *BMC Psychiatry*, 7, 2007

Zanetti, Zani, Poli, Marin, Mottin, *The use of physical restraints in older adults receiving home care: A cross-sectional study in a district of northern Italy* in *Assistenza infermieristica e ricerca*, 37, fasc. 2, 2018, pp. 62-67

Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, parere del 23 aprile 2015

Trib. ord. Cagliari, sent. 17 luglio 2012, n. 934.32

Trib. Cagliari, sez. Gip, sent. 17 luglio 2012 n. 934

Cass. pen., sez. IV, 16 novembre 2018, n. 55519

Cass. sez. IV, n. 15/24462.

Cass., sez. V, n. 15/39197.

Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2013, n. 9170.

Cass., S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437.

Cass., sez. V, sent. 22 gennaio 1998, n. 4407.

l. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33, co. 1 e co. 5

[Carta europea dei diritti del malato](#), 2002