

**MODELLI DI INTERVENTO SANITARIO E POSIZIONE DI
GARANZIA SUL “REO FOLLE” DOPO LA LEGGE 9/2012 TRA
CUSTODIA E PROMOZIONE DEI DIRITTI DEL PAZIENTE**

di Giandomenico Dodaro

Ricercatore e Professore Aggregato di Diritto Penale
DSG - Scuola di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-Bicocca
giandomenico.dodaro@unimib.it

**UN PATTO PER LA SALUTE MENTALE. LAVORO,
PRATICHE E DIRITTI.**
Conferenza Nazionale di CIGL - Funzione Pubblica
26 maggio 2014, ex OP “Paolo Pini” di Milano

1. Presa in carico di ex internati e sentimenti di insicurezza nei servizi territoriali.

Il processo di superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario, messo in moto dalla legge 9 del 2012, sta suscitando un *diffuso sentimento di insicurezza* tra gli operatori dei servizi territoriali obbligati in futuro a farsi carico degli internati dimessi, e *preoccupate reazioni* da parte della comunità scientifica, che paventa il rischio che da una chiusura degli OPG – che si giudica – affrontata «sull'onda emotiva e sulla base di soluzioni che per molti versi rispondono a pressioni di “piazza”» possano derivare «gravi danni per il già precario stato di salute dei Servizi Psichiatrici e pericolose conseguenze sull'incolumità degli utenti, familiari, operatori e cittadini» (“lettera aperta” al Ministro della Salute delle principali società scientifiche).

Valutazioni meritevoli di seria considerazione, giustificate dalla possibilità che la soluzione al problema OPG si risolva in uno scarico di responsabilità sul DSM con l'effetto di un indebito “riposizionamento” dei servizi territoriali sul terreno del “controllo sociale” della devianza; e sentimenti, *emotivamente comprensibili*, alimentati dall'eventualità che la presa in carico sul territorio da parte dei DSM comporti una eccessiva esposizione degli operatori al rischio di essere chiamati a rispondere in sede giudiziaria per i gesti auto- o (soprattutto) etero-aggressivi di ex internati.

Ragioni e sentimenti che si innestano, peraltro, nel *contesto lavorativo* di servizi psichiatrici in cui persistono da tempo insofferenze e rivendicazioni connesse a criticità a livello organizzativo per carenze di risorse e di personale, e in cui il *clima è già fortemente segnato* dal diffondersi di inquietudini derivanti dall'attenzione portata dalla magistratura, crescente negli ultimi anni (*ma ancora oggi limitata*), sul rispetto della dignità e dei diritti del malato di mente nell'assistenza psichiatrica.

Richiamare l'attenzione sui “sentimenti” di insicurezza, vera o percepita, mi sembra utile per numerose ragioni.

Non solo perché tali sentimenti sono importanti in sé per mettere in luce le criticità dei servizi in un momento di delicata trasformazione.

Ma soprattutto per governarli e contenerli, perché l'auto-percezione da parte degli operatori di salute mentale come potenziali “vittime” di un sistema minaccioso o poco rassicurante, insicurezza e frustrazione per la propria vulnerabilità concorrono a definire mentalità e stili operativi dei servizi psichiatrici e bisogni di controllo sul “folle reo”; che in maniera cosciente o incosciente, possono veicolare, avallare o persino acuire culture, mentalità e pratiche *restraint*, di matrice difensivistica, tuttora persistenti nell'operatività di alcuni DSM (nonostante l'impegno a sradicarle), fortemente regressive nei riguardi dei diritti dei pazienti internati.

Il radicarsi di pratiche *restraint* rischia di confermare un'immagine della psichiatria come disciplina inscindibilmente connessa con il “controllo sociale”, ed è potenzialmente in grado di influenzare persino l'interpretazione da parte dei giuristi dei doveri professionali degli operatori psichiatrici, che è appunto il tema della c.d. “posizione di garanzia”, distorcendone il contenuto in senso illiberale.

2. Questione “posizione di garanzia” nel mondo degli psichiatri.

Nella riflessione tra gli operatori psichiatrici attorno ai problemi derivanti dal superamento dell'OPG è riemersa la questione “posizione di garanzia”.

Il tema è stato portato alla ribalta anche da alcuni recenti pronunciamenti della magistratura di sorveglianza (è nota l'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Firenze del 15 febbraio 2012) che hanno affermato, in continuità con un orientamento consolidato della giurisprudenza di merito e di legittimità, l'esistenza di una “posizione di garanzia” in capo al medico psichiatra nei confronti di pazienti autori di reato affetti da infermità psichica ma non più socialmente pericolosi, il cui scopo sarebbe quello di prevenire «recidive laddove dipendenti da prevedibili evitabili scompensi».

La formula “posizione di garanzia” è divenuta familiare ormai da qualche tempo anche al mondo degli operatori psichiatrici, i quali tendono però a “leggerla” in un modo che finisce per sovraccaricarne la portata con una discutibile attribuzione di significati e contenuti.

Diffusa è, ad esempio, l'opinione che l'attribuzione di una “posizione di garanzia” sul malato di mente implichi, per ciò solo, compiti di controllo incompatibili con il rispetto della dignità e dei diritti di libertà del malato, e con essi la riesumazione di strumenti di custodia (almeno per i pazienti ricoverati in SPDC o in strutture residenziali) tipici del modello asilare. Doveri e strumenti che non apparterebbero più all'agire psichiatrico, dal momento che la legge 180, con l'eliminazione dalla legislazione psichiatrica di ogni richiamo al concetto di “pericolosità sociale”, avrebbe fatto venir meno non solo la ragione principale dell'esistenza dei manicomi, ma anche la stessa “posizione di garanzia” del medico nei confronti del paziente.

Contrariamente a ciò che si crede, “posizione di garanzia” è nella scienza penalistica un concetto astratto, privo di contenuto specifico, la cui “dimensione teleologica” non giustifica affatto – come vedremo – una scontata identificazione del contenuto della garanzia con la mera custodia del paziente.

La confusione tra garanzia e custodia è un problema di “linguaggio” e di significati evocati dal termine “garanzia” nel mondo dei giuristi e nel mondo degli operatori psichiatrici.

A quale problema alludono gli operatori psichiatrici con il discorso sulla “posizione di garanzia”?

Intendono parlare del problema della “responsabilità” della cura e del modo di recuperare e salvaguardare la *libertà del paziente* nel percorso terapeutico, che è uno degli scopi principali della psichiatria riformata.

3. Dalla “posizione di garanzia” alla “responsabilità”.

Senonché, i problemi che si addensano attorno all'interrogativo: se ed eventualmente a quali condizioni l'operatore psichiatrico possa essere chiamato a rispondere in sede giudiziaria per comportamenti auto- o etero-aggressivi del paziente, non si esauriscono nell'analisi del contenuto della “posizione di garanzia” (*quali doveri per gli operatori?*). Riguardano l'insieme delle condizioni dell'eventuale responsabilità penale e (forse soprattutto) il modo in cui esse vengono accertate in sede giudiziaria. Un allentamento del rigore nell'accertamento processuale del nesso di causalità (mera probabilità vs quasi certezza) o della colpa (prevedibilità astratta vs concreta) in relazione a fatti concreti possono comportare slittamenti verso un'ascrizione impropria di responsabilità per il fatto del paziente.

4. “Posizione di garanzia” nel linguaggio e nelle elaborazioni dei giuristi.

“Posizione di garanzia” è un concetto astratto della teoria generale del reato, che identifica un *presupposto normativo* (non l’unico) della responsabilità penale.

Nel linguaggio giuridico, “posizione di garanzia” è una formula attraverso la quale si intende parlare di soggetti *garanti* di interessi altrui socialmente rilevanti, nel senso di soggetti che sono destinatari non semplicemente di obblighi di astensione da comportamenti vietati, ma anche di obblighi di attivarsi per impedire fatti lesivi o pericolosi di interessi che la legge affida alla loro garanzia; obblighi giuridici d’impedimento la cui inosservanza può essere fonte di responsabilità, a condizione che la legge abbia munito il soggetto garante di idonei poteri d’intervento.

È opportuno sottolineare che il soggetto garante è solo un *potenziale* responsabile per eventi lesivi che sono stati cagionati da inadempimenti della garanzia. La responsabilità in relazione ad eventi concreti è legata alla dimostrazione processuale di un rapporto di causalità tra l’inadempimento della garanzia e l’evento vietato in termini di elevata probabilità, e alla dimostrazione della colpa intesa come violazione di regole cautelari la cui osservanza avrebbe impedito il verificarsi di quell’evento, che era stato concretamente previsto in base ad una prognosi *ex ante* basata su conoscenze fattuali e scientifiche.

I doveri di comportamento, e i relativi poteri, pertinenti in via generale all’esercizio di date attività, e che definiscono il contenuto della “posizione di garanzia”, traggono origine nei vari settori dell’ordinamento giuridico, e non devono porsi in contrasto con regole e principi costituzionali.

Tali doveri, il diritto penale si limita a recepire e rende rilevante ai fini della responsabilità penale.

Per questa ragione è errato, dal punto di vista concettuale e metodologico, identificare a priori con la custodia il contenuto della “posizione di garanzia” degli operatori psichiatrici, senza aver prima analizzato quali doveri giuridici stabilisca la legislazione nel campo dell’assistenza psichiatrica.

In questa sede, si deve necessariamente soprassedere all’analisi del dato normativo. Appare più utile dare conto, invece, degli orientamenti emersi in seno alla giurisprudenza penale, la quale ha affermato, sin dagli anni immediatamente successivi alla legge 180, l’esistenza di una “posizione di garanzia” in capo agli operatori psichiatrici con argomenti complessivamente ragionevoli. È dunque realistico assumere questo dato come punto di partenza della riflessione.

5. Contenuto della “posizione di garanzia” nella giurisprudenza.

Nel lungo lavoro di elaborazione teorica operato dalla magistratura, la responsabilità degli operatori psichiatrici è delimitata in ragione del “contesto” in cui si è svolta la relazione di cura. Emerge in maniera evidente dall’analisi delle sentenze – si tratta, diciamo, di una valutazione “a consuntivo” – che per l’investitura del ruolo di garante non viene ritenuta sufficiente l’assunzione formale dell’obbligo di cura, ma si esige *la concreta assunzione del ruolo*; ossia che l’incolumità e la libertà del paziente siano passate “nelle mani” del garante.

Tutte le sentenze passate in giudicato che hanno condannato l’operatore psichiatrico hanno riguardato suicidi o gravi delitti commessi da pazienti ricoverati in SPDC o ospiti di strutture residenziali, verificatesi all’interno della sfera di gestione e controllo del garante.

È questa una indicazione molto rilevante anche in relazione ai limiti di una eventuale responsabilità per comportamenti di ex internati presi in carico dai servizi territoriali, che vale a circoscrivere in maniera significativa il c.d. “rischio giudiziario”.

Quali sono i doveri giuridici gravanti sull'operatore di salute mentale?

Con riferimento al rischio che il paziente si renda autore di comportamenti auto-lesivi, si parla di "posizione di protezione". Nel linguaggio dei penalisti, la "posizione di protezione" ha a che fare in generale con la garanzia su soggetti che in talune circostanze potrebbero non essere in grado di provvedere a se stessi per età, per infermità nel corpo o nella mente o altra causa, e implica il dovere di impedire essenzialmente eventi di danno alla persona sottoposta a protezione. Si afferma che la funzione di protezione, da svolgere attraverso l'attivazione di cautele o sistemi di vigilanza, sarebbe implicata dal dovere di cura derivante dal "contratto terapeutico".

Più complessa e meno scontata è la giustificazione della posizione di garanzia per i delitti di cui il paziente si renda autore.

Quando l'aggressività o la violenza del paziente si dirige non contro sé ma contro terze persone, assume la dimensione di un problema non più solo sanitario, ma anche di sicurezza del luogo di cura, e fonda una posizione di garanzia, che nel linguaggio dei penalisti prende il nome di "posizione di controllo". Il termine "controllo" non si identifica necessariamente con la "custodia". La posizione di controllo assegna al soggetto garante il dovere-potere di impedire che determinate "fonti di pericolo" sulle quali egli abbia poteri di signoria, organizzazione e disposizione, rechino danni alle persone che ne possono risultare minacciate.

Il problema dell'impedimento del reato del paziente viene ricondotto dalla giurisprudenza nell'ambito della tematica della responsabilità penale all'interno di organizzazioni complesse, ossia con la definizione di doveri relativi all'attività di organizzazione e con la costruzione di un modello di cooperazione tra soggetti destinatari a tutti i livelli di compiti secondo competenze differenziate.

Emerge come tratto caratterizzante della giurisprudenza sulla responsabilità psichiatrica che in un ordinamento ispirato al rispetto dei diritti fondamentali della persona, la legittimità del sistema di controllo non si misura tanto sull'adeguatezza organizzativa valutata in termini di efficacia preventiva e impeditiva delle situazioni di pericolo, quanto piuttosto - in linea con la copiosa giurisprudenza costituzionale sulla legittimità delle misure di sicurezza per infermi di mente (Corte cost. 324/1998 e 253/2003) - sulla base della capacità di temperare in maniera flessibile finalità di cura e controllo, in un equilibrato bilanciamento in cui la condizione di "malato" non venga interamente assorbita dalle esigenze di sicurezza.

Nei confronti degli operatori dei servizi territoriali, analoghi problemi di responsabilità non sembrerebbero assumere la medesima concretezza. Ciò non significa che non sia astrattamente configurabile una posizione di garanzia in capo agli operatori dei servizi non ospedalieri o non residenziali, come dimostra il pronunciamento di condanne, seppur molto esigue e (quasi) tutte riformate sino ad ora nei successivi gradi di giudizio. L'assoluzione per gesti auto- o etero- aggressivi verificatisi al di fuori dei luoghi di ricovero è segno quantomeno della consapevolezza della magistratura della inesigibilità, oggettiva e soggettiva, da parte degli operatori dei servizi territoriali di efficaci ed intense forme di controllo sul paziente (salvo ovviamente in presenza di indici di allarme specifici tali da giustificare l'eventuale adozione di interventi sanitari obbligatori), non essendo attrezzati per svolgere (non avendone la funzione) un ruolo di "controllo sociale"¹.

¹ I dati relativi alla giurisprudenza sulla responsabilità penale degli operatori di salute mentale sono tratti da G. DODARO, *Posizione di garanzia degli operatori psichiatrici per la prevenzione di comportamenti auto o etero-aggressivi del paziente. Gli orientamenti della giurisprudenza penale (1978-2010)*, in AA.VV., *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, a cura di G. Dodaro, FrancoAngeli, Milano, p. 33 ss.

6. La libertà, terapeutica per il paziente, liberatoria per l'operatore.

Sosteneva Franco Basaglia che «Quando il malato è internato, il medico è in libertà; quando l'internato è in libertà, l'internato è il medico»².

Ciò era sicuramente vero quando le istituzioni chiuse erano luoghi “extraterritoriali” di “non-diritto”.

Non è più così (o non lo è sempre) nei luoghi di cura della psichiatria riformata. Oggi la “cultura dei diritti” è entrata nei luoghi dell'assistenza psichiatrica attraverso la legge 180, che ha consentito una rinnovata interpretazione costituzionalmente conforme della “posizione di garanzia” degli operatori psichiatrici. La “posizione di garanzia” non è dunque da demonizzare, semmai da valorizzare quale fonte di doveri giuridici gravanti sugli operatori psichiatrici funzionali non alla custodia ma alla *promozione della dignità e dei diritti del paziente*.

Nei luoghi di cura della psichiatria riformata, siano essi REMS, SPCD o strutture residenziali, anche quando si decide di lavorare a porte chiuse, i medici sono molto meno liberi che nelle istituzioni manicomiali proprio perché gravati per legge della garanzia sul paziente, che li obbliga giuridicamente a prendersene cura nei limiti delle possibilità consentite dalle conoscenze e dagli strumenti disponibili. Citando ancora Basaglia: nel contesto di istituzioni aperte «l'incidente non è più il tragico risultato di una mancata sorveglianza, ma di un mancato sostegno da parte dell'istituto»³, di cui possono essere chiamati a rispondere - aggiungo io - tutti i soggetti che a vario titolo concorrono alla presa in carico del paziente.

La “posizione di garanzia” rende invece più liberi i medici quando lavorano con pazienti non ricoverati (o ex internati non più pericolosi). Sembrerà paradossale, ma non lo è affatto. Il principio liberale di garanzia *nemo ad impossibilia tenetur* riduce drasticamente per l'operatore sanitario la possibilità di essere chiamato a rispondere per non aver impedito il comportamento illecito di un paziente che è in carico ai servizi territoriali.

I problemi ancora aperti sul tema della responsabilità psichiatrica sono di conformazione e delimitazione, sia per quanto riguarda i presupposti della “posizione di garanzia”, sia per quanto riguarda le implicazioni (causalità e colpa) in punto di eventuali responsabilità in concreto.

² F. BASAGLIA, *Tecniche psichiatriche come strumento di liberazione o di oppressione*, in Id., *Conferenze brasiliane*, a cura di F.O. Basaglia e M.G. Giannichedda, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000.

³ F. BASAGLIA, *Il problema dell'incidente*, in Id., *L'utopia della realtà*, a cura di F.O. Basaglia, Giulio Einaudi Editore, Torino, 2005, 163.