

# **TRIBUNALE PENALE DI VALLO DELLA LUCANIA**

PROC. PEN. 362/09 R.G.T. / 1799/09 R.G.N.R. : “DI GENIO + 17”

## **MEMORIA EX ART. 523, COMMA 2, C.P.P.**

Il sottoscritto Avv. ...., in qualità di difensore di fiducia del “Movimento per la Giustizia Robin Hood” – aderente alle rete “Avvocati senza Frontiere”, costituita parte civile nel procedimento *de quo*, rassegna le seguenti conclusioni a norma dell’ art. 523, comma 2, c.p.p.

### **PREMESSA**

Siamo qui per valutare, lo farà il Tribunale all’ esito della discussione, la sussistenza di responsabilità penali personali, in riferimento a fatti specifici, occorsi in uno specifico contesto spaziale e temporale.

Naturalmente questa vicenda, la vicenda che ha riguardato il Professore Franco Mastrogiovanni, ricoverato dal 31 luglio al 4 agosto presso il reparto di psichiatria dell’ ospedale san Luca di vallo della Lucania a seguito di sottoposizione a trattamento sanitario obbligatorio, ed ivi deceduto, si presta quant’ altra mai, non a “speculazioni” (come al Pubblico Ministero è capitato di dire), ma a considerazioni di più ampio respiro sulla nozione di malattia mentale, sul trattamento dei “malati mentali”.

Questa vicenda si presta a più ampie considerazioni relative al percorso che è stato fatto nel nostro Paese nel superamento della cosiddetta “istituzionalizzazione”: prima a mezzo la legge “Basaglia”, n. 180 del 1978, al termine di una profonda – e squisitamente politica, anche se nutrita di acquisizioni scientifiche - riflessione collettiva e parlamentare , poi, oggi, la legge 2012/9 accelera la decisione, già legislativamente assunta, di giungere entro il 1 febbraio 2013 al definitivo superamento degli stessi Ospedali Psichiatrici Giudiziari, nella continuazione di un percorso di “espansione” della cultura della libertà e della tolleranza nei confronti delle altrui “anomalie” e “diversità”, il cui solco iniziale è stato tracciato dalla Carta Costituzionale, e segnatamente dagli artt. 2 – tutela dei diritti inviolabili dell’ uomo – 13 – tutela della libertà personale dell’ individuo – e 32 – divieto di sottoposizione a trattamento sanitario obbligatorio se non per disposizione di legge, la quale ultima non può in ogni caso imporre i limiti imposti dal rispetto della dignità umana.

Sono valutazioni che non riguardano questo processo, chiamato al più umile compito di accertare la sussistenza di responsabilità penali individuali, e delle quali non mi occuperò. Vi sono state e vi continueranno altre sedi, altri strumenti, altri livelli di riflessione su quanto accaduto in quell’ inizio di Agosto 2009 al Professore Franco Mastrogiovanni.

Questa è la ragione di quella che il Pubblico Ministero, dolendosene, chiama “cappa mediatica”. Vi è un sacrosanto interesse pubblico in relazione ad una vicenda che tocca profondamente ciascuno, chiamato ad interrogarsi, di fronte alle immagini che descrivono il calvario del Professore Mastrogiovanni, per una volta ancora, sulla necessità e sui limiti dell’azione pubblica, anche animata da buone intenzioni, nei confronti dell’ individuo. E’ la pubblicità del processo è un grande strumento di garanzia per l’ imputato, certo anzitutto, ma anche per la vittima, maxime quando si tratti di una vittima che lamenta abusi da parte chi riveste qualità pubbliche. Vi è un sacrosanto interesse pubblico a tornare ad interrogarsi sullo stato della nostra cultura, “della nostra ideologia” (secondo il termine che l’avvocato de caro ha voluto utilizzare rispetto ai presunti pregiudizi “anticontenimento” del dottore Ortano), perché sono culturali e quindi politiche ed ideologiche le ragioni che portano alla riforma delle regole, a ripensamento di un modo precedente di regolarci, di stare insieme, magari di trattare un “malato mentale”.

# SULLA CONFIGURABILITA' DEL DELITTO DI CUI ALL' ART. 605 C.P., COMMII E II, N. 2:

## SEQUESTRO DI PERSONA

CAPI DI IMPUTAZIONE B (MASTROGIOVANNI) ED E (MANCOLETTI)

### A) ELEMENTO OGGETTIVO DEL REATO.

Il reato è previsto a carico di chi “*privi taluno della libertà personale*”. Su questo aspetto, cioè sulla configurabilità del delitto nella sua componente materiale, non occorre spendere molte parole. La giurisprudenza consolidata richiede molto, molto meno per ritenere integrato l' elemento oggettivo del delitto di sequestro di persona. L' atto di legare, di “contenere”, come abbiamo più eufemisticamente affermato in questo processo, quand' anche il contenimento si sia verificato per pochi minuti, è utile a quella “privazione della libertà personale” di cui ci parla l' art. 605 c.p.

Citerò solo, *ex multis*:

- la sentenza della V sezione penale della Suprema Corte, n. 28509 del 2010, secondo cui “*Ai fini dell'integrazione del delitto di sequestro di persona è sufficiente l'impossibilità della vittima di recuperare la propria libertà di movimento anche relativa, a nulla rilevando la durata dello stato di privazione della libertà, che può anche essere breve, a condizione che sia giuridicamente apprezzabile. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha confermato la responsabilità nei confronti degli imputati, incaricati di accudire una persona anziana e in sedia a rotelle, la quale, era stata, invece, trovata dai carabinieri in una stanza chiusa a chiave dall'esterno)*”;
- la sentenza della I sezione penale, n. 2350 del 1986, datata ma pertinente al caso alla nostra attenzione, secondo cui “*il delitto è realizzabile in danno sia dell'individuo sano, cosciente e capace di esprimere il proprio aperto dissenso, come dell'infante e del demente, del comatoso, del delirante, del dormiente e del paralitico, i quali, in quanto persone, devono vedere sempre e comunque garantita la libertà da misure coercitive sul corpo, indipendentemente dalla consapevolezza che possono avere di queste (Cass. Pen., 1987, 1747).*”

### B) ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO

Dal punto di vista soggettivo la norma richiede il dolo generico, rappresentato dalla coscienza e volontà di tenere legata la persona, sulla quale si rinviene assoluta unanimità di posizioni in dottrina ed in giurisprudenza, e nella specie indubbiamente sussistente in capo a tutti e 18 gli imputati: ben consapevoli del dissenso del Professore Mastrogiovanni rispetto alla contenzione che lo privava della libertà personale;

### **C) ELEMENTO NEGATIVO DEL REATO. INSUSSISTENZA DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.**

Per comprendere come, nel caso di specie, non sia possibile rinvenire alcuna causa di giustificazione, occorre affrontare una preliminare disamina del significato ordinamentale del “consenso” alle cure nel nostro ordinamento. Si argomenterà in ordine alla circostanza che il consenso alle cure è richiesto quale esigenza imprescindibile da una pluralità di fonti, e che in virtù della dignità costituzionale preminente che gli viene riconosciuta quale modalità di estrinsecazione della libertà personale di cui all’ art. 13, comma 1, della Costituzione, continua a svolgere un ruolo anche in quella particolarissima, “unica”, condizione di conflitto patente rispetto ad esso, rappresentata dalla situazione di Trattamento Sanitario Obbligatorio, cui come è noto il Professore Mastrogiovanni era stato sottoposto.

1) Sul terreno delle fonti internazionali mette conto di citare:

- A) La Convenzione di Oviedo del 4 Aprile 1997 sui “diritti dell’ uomo e sulla biomedicina”, ratificata e resa esecutiva legge 28 Marzo 2011/145 prevede che *“un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato”*;
- B) La Carta dei diritti fondamentali dell’ Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, il cui art. 3 sancisce il diritto di *“ogni individuo alla propria integrità fisica e psichica”* e che nell’ ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, *“il consenso libero e informato della persona interessata”*. Giova segnalare che in virtù dell’ entrata in vigore, a far data dal 1 Dicembre 2009, del Trattato di Lisbona del 2007 e del suo articolo 6, la Carta di Nizza ha acquisito dignità di “Trattato”, cioè a dire “dignità costituzionale” a livello europeo, ed i Giudici nazionali sono tenuti a disapplicare le norme nazionali che siano con essa in contrasto (Corte Costituzionale, sent. n. 170 del 1984)

2) Sul decisivo piano costituzionale occorre ricordare:

A) I già citati: art. 2 (Tutela dei diritti inviolabili della persona); art. 13 (tutela della libertà personale, tra cui rientra la libertà di autodeterminazione della persona); art. 32 (tutela contro l'obbligo alla sottoposizione al trattamento sanitario obbligatorio);

B) Soprattutto, le linee interpretative dettate dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia:

x) interpellata in ordine alla legittimità della normativa sulla vaccinazione antipolio, con sentenza n. 307/90, arando il terreno su cui cresce la pianta della “signoria dell'individuo su se stesso”, ha voluto chiarire che quando la legge impone un sacrificio all'autodeterminazione del singolo, non gli si può raccontare che è “per lui”, o saremmo fuori dall'art. 32 della costituzione correttamente interpretato. Giacchè nessuno può sostituirsi al singolo in questa valutazione la Corte ha chiarito che il sacrificio, in questi casi estremi, è imposto “per gli altri”: *“la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”* ;

y) di seguito, con la sentenza n. 282/02, la Corte osserva che *“la pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica”*;

z) il percorso può dirsi compiuto con la sentenza n. 438 del 2008, nella quale la Corte chiarisce solennemente che: *“il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi dell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere*

*obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”;*

3) Circa le fonti legislative che segnano il rilievo ordinamentale del consenso informato, lasciando da parte la l. 1978/833, i cui artt. 33 e 34 hanno raccolto la normativa in tema di TSO introdotta dalla legge Basaglia (1978/180), si possono menzionare:

A) La legge 2005/219 (“Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati”), che all’ art. 3 prevede il consenso informato sui prelievi; ;

B) La legge 2004/40 (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”), sul consenso informato in materia di accesso alle tecniche;

4) Circa la giurisprudenza della Suprema Corte, sulla quale ci soffermeremo tra breve in riferimento alle specifiche circostanze alla nostra attenzione, non si può sottacere come adempia al sopraccitato mandato normativo sancendo chiaramente la centralità dell’ espressione del consenso in materia sanitaria, **fino al punto estremo del diritto al dissenso rispetto a trattamenti salvavita, sul diritto/dovere del medico alle cure:**

A) Il “caso Englaro”, che condusse alla sentenza della Corte di Cassazione, in sede civile, del 2007/21748, la quale ebbe ad affermare perspicuamente che *“non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi". Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua*

persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. **Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'"alleanza terapeutica" che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.** Lo si ricava dallo stesso testo dell' art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996). **Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire.** Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. **E d'altra parte occorre ribadire**

*che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa - insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure - quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui.*

B) Eguali principi la Corte di Cassazione ha espresso circa il rifiuto delle cure avanzato dai testimoni di Geova, con riguardo alla questione delle trasfusioni sanguigne (Cass. civ., 2007/4211; Cass. civ. 2008/23676)

5) E' doveroso sottolineare come anche i codici deontologici contengano dettami relativi al consenso informato ed alla sua indefettibilità. Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce, in particolare (art. 35) che "*Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente*";

Alla luce di questo quadro, di cristallina chiarezza giuridica, occorre esaminare, il caso concreto alla nostra attenzione. Il Trattamento sanitario Obbligatorio, infatti, sembra rappresentare una clamorosa smentita di quanto solennemente affermato dalle fonti normative internazionali, costituzionali, legislative, deontologiche, dalla giurisprudenza della Suprema corte e della Corte di Cassazione. Dico "sembra", ma non è così, per due motivi:

- 1) le sopracitate sentenze della Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione ci dicono che talora si pone il problema del conflitto tra la libertà del soggetto di sottoporsi a cure e "la salute degli altri". Cioè il TSO nasce dall' esigenza di salvaguardare non primariamente la salute del singolo (che però, ovviamente, non va pregiudicata in nessun modo), giacché a queste condizioni non sarebbe possibile, se è vero come è vero che vi è il "diritto al dissenso" , ma quella altrui. Il che va ben tenuto presente;
- 2) **lungi dal segnare la "rinuncia al consenso", la stessa disciplina del TSO, come è precisato *apertis verbis* dallo stesso art. 33 L. 1978/833, è permeata dall' esigenza di salvaguardare – pur nell' eccezionalissima situazione - il consenso del paziente anche in quella situazione drammatica.** Art. 33: *Norme per gli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori. "Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione, nel*

**rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura.** Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico. Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori sono attuati dai presidi e servizi sanitari pubblici territoriali e, ove, necessari la degenza, nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate. **Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato.** L'unità sanitaria locale opera per ridurre il ricorso ai suddetti trattamenti sanitari obbligatori, sviluppando le iniziative di prevenzione e di educazione sanitaria ed i rapporti organici tra servizi e comunità. Nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno. Chiunque può rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio. Sulle richieste di revoca o di modifica il sindaco decide entro dieci giorni. I provvedimenti di revoca o di modifica sono adottati con lo stesso procedimento del provvedimento revocato o modificato”.

A questo punto diviene più agevole affrontare il tema della configurabilità, rectius della non configurabilità, nella vicenda che ha visto coinvolto il Professor Mastrogiovanni e di cui questo processo si è occupato, delle cause di giustificazione, come tali elidenti l'antigiuridicità del fatto, presenti nel nostro ordinamento. Il riferimento, in specie, riguarda l'esercizio del diritto e l'adempimento del dovere (art 51 c.p.), e lo stato di necessità (art. 54 c.p.).

Di seguito sarà affrontato il problema della configurabilità, rectius della non configurabilità, dell'ipotesi di cui all'art. 59, comma 4, c.p. (scriminante c.d. putativa) idonea ad escludere il dolo (secondo le ricostruzioni più accreditate) e comunque idonea ad escludere l'integrazione degli estremi del delitto, necessariamente doloso, di cui all'art. 605 c.p.

#### **A) ESERCIZIO DEL DIRITTO (TESI DEL PUBBLICO MINISTERO).**

Non si può configurare l'esercizio del diritto. Non è questa la sede per dare conto del lungo dibattito e della contrapposizione creatasi, anche in seno alla giurisprudenza, sul corretto inquadramento della “scriminante – attività medica” nell'una o nell'altra delle categorie codicistiche. Da ultimo, le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, sulla scorta dell'insegnamento della Corte Costituzionale contenuto nella citata sentenza n. 438 del 2008,

sembrano alludere ad una sorta di “scriminante costituzionale”, operante – nei casi di valutazione della responsabilità del medico – più sul piano della atipicità del fatto sul piano oggettivo che della sussistenza della causa di giustificazione propriamente detta (SS. UU Penali 2009/2437).

Ma tutto ciò poco rileva ai nostri fini, perché questo presuppone che l’ attività medica sia esercitata 1) sulla base del consenso del paziente; 2) con finalità di tipo terapeutico (restando esclusi trattamenti estetici o con finalità scientifiche); 3) nel rispetto delle *leges artis*. Al di là di questi due fondamenti (e nel nostro caso manca il pilastro del consenso) occorrerà cercare altrove, nell’ ordinamento i caratteri e limiti di liceità dell’ attività medica stessa:

- 1) *“Superata la configurazione della attività del medico come promanante da soggetto detentore di una “potestà” di curare, dovendosi invece inquadrare il rapporto medico-paziente (al di fuori di qualsiasi visione paternalistica) nel contesto di quella che è stata definita come una sorta di “alleanza terapeutica”[...] in sintonia, d’altra parte con una più moderna concezione della salute, che trascende dalla sfera della mera dimensione fisica dell’individuo per ricomprendere anche la sua sfera psichica.[...] ove manchi o sia viziato il consenso “informato” del paziente, e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità, il trattamento sanitario risulterebbe eo ipso invasivo rispetto al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare”. Qui le Sezioni Unite (già citata sentenza n. 2437 del 2009)pongono la chiara alternativa: a) consenso: ed opera la “scriminante costituzionale”; b) non c’è consenso. E la liceità è subordinata alla duplice condizione. 1) incapacità di manifestare il volere; 2) stato di necessità (che è ben altra cosa rispetto all’esercizio del diritto – di cui parla il P.M. - ed all’ adempimento del dovere);*
- 2) *“Il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, è vero e proprio presupposto di liceità dell’attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell’ammalato” (cass. civ. 11335 del 2008, IV Sez.).*

Cioè, si vuol ribadire, non solo non esiste, ovviamente, un “diritto” a contenere, **ma è la stessa attività medica svolta in una condizione di assenza di consenso, quale quella del TSO, a non potere rientrare nella categoria dell’ “esercizio del diritto” o della “scriminante costituzionale”, così come delineata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, e ciò proprio quale**

**naturale corollario della portata ordinamentale del consenso che abbiamo sopra descritto, E CHE NELLA SPECIE NON SUSSISTE.**

Il tema, si precisa ulteriormente, è quello dell' esercizio del diritto (insussistente) relativo allo svolgimento di attività medico-chirurgica, non dell' esercizio del diritto (secondo una sgangherata ricostruzione giuridica) "alla contenzione", quale manifestazione di attività medica, come è in qualche modo suggerito dai passaggi di questo dibattito dove ci si è affannati a definire la contenzione "atto medico" (alcuni psichiatri), "metodica" terapeutica, atto assistenziale e quant' altro, nell' illusione di poter per questa via invocare l' art. 51 c.p.: la questione è mal posta.

Non possiamo dire che un chirurgo ha diritto a "tagliare" così come non possiamo dire che uno psichiatra ha diritto a "contenere", come non possiamo dire che un anestesista ha diritto a somministrare farmaci che addormentano: occorre inquadrare nell' attività medica la questione. Poi il gesto chirurgico, come il gesto contenitivo o anestesistico possono essere malaccorti, contrari alle *leges artis*, e queste sono altre valutazioni, ma tutte "a valle" della questione generale relativa alla configurabilità della situazione di "esercizio dell' attività medico-chirurgica" nella sua dimensione gius-penalistica (art. 51) e costituzionale (art. 32), che nel caso di specie, NEL CASO DI TSO, NEL CASO DI ECCEZIONE RISPETTO AL PRINCIPIO CARDINE DELLA TUTELA DEL CONSENSO, ARCHITRAVE SU CUI POGGIA IL "DIRITTO, EVENTUALEMENTE SCRIMINANTE, ALL' ATTIVITA' MEDICO CHIRURGICA, PER LE RAGIONI DETTE, E' FUORI GIOCO.

Per questo è curiosa la ricostruzione del pubblico ministero, che tiene in "non cale" l' intero corpus normativo internazionale, costituzionale, legislativo e deontologico, e l' intera giurisprudenza costituzionale e della suprema corte, univoche e consolidate attorno al principio del consenso.

La scriminante "esercizio del diritto" (come del resto l' "adempimento del dovere") presuppongo – secondo l' insegnamento consolidato di dottrina e giurisprudenza – la "convergenza di norme in conflitto" (Cass. 2010/14540; Cass. 2011/42049). Una prima norma che prevede il fatto come reato (e c'è: l' art. 605 c.p.9, un' opposta norma che prevede che il comportamento ipoteticamente delittuoso sia un diritto (o un dovere). Io chiedo: qual è questa norma? Quella che autorizza il TSO? (che è comunque altra cosa rispetto alla contenzione)? E' una norma attributiva di un diritto?

Ebbene io voglio seguire per un istante la linea di ragionamento del P.M. relativa alla sussistenza del "diritto". Ogni diritto, per dottrina e giurisprudenza pacifiche, scrimina "nei limiti" in cui è riconosciuto: 1) limiti "intrinseci", interni al diritto, ricavabili dalla sua *ratio essendi*, 2) limiti "esterni", ricavabili da altri diritti con i quali questo può entrare in conflitto:

A) Sappiamo ad esempio che il diritto alla libera manifestazione del pensiero, ed il diritto di cronaca che rappresenta un modo di atteggiarsi dello stesso, incontra i limiti “interni” della verità storica del fatto narrato, della continenza nell’ esposizione, della “pertinenza” con riferimento alla sussistenza di un interesse pubblico nella conoscenza dei fatti; ed incontra i limiti 2esterni2, ad esempio, degli interessi della “giustizia2 con riferimento al segreto istruttorio, ella 2difesa nazionale” con riferimento al segreto di Stato.

Il “terribile” (come è stato definito) diritto di proprietà incontra il limite “interno” dell’ esercizio al solo scopo di nuocere agli altri (disciplina degli atti emulativi ex art. 833 del codice civile), i limiti esterni della “pubblica incolumità” (art. 423, comma 2, c.p.. incendio di cosa propria) o della “tranquillità pubblica” (artt. 659-660 sul disturbo alle persone, al loro riposo, alle loro occupazioni);

B) Ebbene quali limiti ci sono al “diritto” del medico concernente il TSO, quali sono i limiti invalicabili, oltre cui non possiamo più riconoscere efficacia scriminante al (preteso) diritto? Il Professore Mastrogiovanni è arrivato in quel reparto a seguito del TSO, e sia, ma non siamo entrati in una “terra di nessuno”: egli conserva i suoi diritti civili e politici: E’ VERO, PIUTTOSTO, CHE CI TROVIAMO IN UN TERRENO MINATO NEL QUALE LE POSSIBILITA’ DI MOVIMENTO DEL MEDICO SONO ASSAI ESIFUE, MOLTIPLICANDOSI, PIU’ CHE RESTRINGENDOSI, LE ESIGENZE DI CAUTELA NEI CONFRONTI DI MSTRIGIOVANNI:

- 1) LO PRESCRIVE L’ ART. 33 L. 1978/833 RACCOMANDANDO IL **“CONSENSO”** **PROPRIO NEI CONFRONTI DEL PAZIENTE SOTTOPOSTO AL TSO: ED ECCO UN LIMITE INTERNO RELATIVO ALLA MODALITA’ DI ESERCIZIO DEL DIRITTO;**
- 2) LO IMPONE L’ ART. 32 DELLA COSTITUZIONE CHE PARLA DI NECESSITA’ DEL RSIPETTO DELLA DIGNITA’ UMANA, **PROPRIO NEI CONFRONTI DEL PAZIENTE SOTTOPOSTO A TSO: ED ECCO UN LIMITE ESTERNO RELATIVO ALLE PREROGATIVE INVIOLABILI CHE DEL PAZIENTE CHE NON VANNO MAI LESE!;**
- 3) LO IMPONE, INTRINSECA ALL’ ATTIVITA’ MEDICA, la finalità terapeutica CHE L’ ESERCIZIO DI QUEST’ ARTE DEVE ESIBIRE COSTANTEMENTE, **ANCHE E SOPRATTUTTO NEI CONFRONTI DI UN PAZIENTE SOTTOPOSTO A TSO;**

- 4) LO impone, intrinseco all' attività medica, il rispetto delle *leges artis* che deve accompagnare costantemente il gesto curativo e assistenziale;

NESSUNO DI QUESTI LIMITI E' STATO RISPETTATO NEL CASO DI SPECIE, E DUNQUE ANCHE QUESTO IMPROBABILE SENTIERO NON PUO' CHE CONDURCI NEL BURRONE DELL' INSUSSISTENZA DELLA CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE VANTATA;

## **B) ADEMPIMENTO DEL DOVERE**

La questione della configurabilità dell' adempimento del dovere può porsi ponendo mente alla circostanza che il trattamento sanitario obbligatorio crea una situazione in cui da parte pubblica vi è la sottoposizione coattiva del soggetto a trattamento terapeutico, ed il conseguente dovere – di fonte pubblicistica – per il medico che prende in carico il paziente di svolgere attività di cura, così come dell' infermiere di adempiere ai suoi compiti professionali nel contesto che si è creato.

Ma il “dovere” di curare, per le ragioni innanzi esposte, incontra gli stessi limiti, interni ed esterni, di cui abbiamo parlato per l' esercizio del diritto. E “dovere” di curare è ben altra cosa rispetto a “dovere” di contenere. Anche qui: l' esempio che può farsi riguarda un “terribile” dovere. Quello di arrestare. Ebbene questo dovere incontra limiti ben precisi in riferimento alle sue modalità di esercizio. Oltre questi limiti cessa il ruolo scriminante e si aprono le porte al reato. Com' è giusto in un sistema in cui non esistono “zone franche” al riparo delle quali commettere arbitri: *“L' esercizio di poteri da parte delle forze di polizia, sia di natura preventiva che preprocessuale, invasivi della libertà personale al di fuori dell'ambito di "eccezionali" fattispecie procedurali – i cui parametri di eccezionalità ed urgenza, che ne giustificano la compatibilità con l'art. 13 della Costituzione, ne impongono una ristretta e rigorosa applicazione – è astrattamente inquadrabile nel reato di sequestro di persona e non in diverse norme incriminatrici, quali quelle racchiuse negli artt. 606 o 609 c.p., che postulano l'esistenza di un legittimo intervento degli organi di polizia attuato, però, con modalità abusive e non conformi alle due disposizioni che li prevedono”*(Cass. Pen, sez. VI, sentenza 23 gennaio 2003, n. 3421, in *Cass. Pen.*, 2004, 129).

Del resto, perché possa autenticamente parlarsi di “dovere” con riferimento all' art. 51, e dunque alla “convergenza di norme in conflitto”, occorre che esso sia specificamente diretto al compimento del gesto che è considerato, per altra

norma, penalmente rilevante: ancora una volta: dov' è la norma che parla del "dovere di contenere" ?

Per gli infermieri, sui quali si tornerà tra breve, ED IL CUI PROFILO PROFESSIONALE E POSIZIONE DI GARANZIA CONSENTONO DI ESCLUDERE CHE POSSANO ESSERE CONSIDERATI SOGGETTI "AGLI ORDINI" DEL MEDICO, occorre chiarire, a fronte della possibile affermazione circa l' osservanza delle direttive dei medici, che bla scriminante dell'adempimento del dovere non opera a fronte di un ordine, specie verbale, che sia macroscopicamente illegittimo, e dunque giuridicamente inesistente come tale (vedi, da ultimo, Cass. pen. 2012/2683)

Si dirà invece, con particolare riferimento all' inizio della contenzione, che – rispetto alla richiesta dei carabinieri – i Medici e gli infermieri avevano – piuttosto - il DOVERE DI NON CONTENERE per quella finalità estranea alle cure (e ne erano tutti consapevoli, giacché ne avevano parlato. Barone, pag. 15 verbale 14/04/2012, infermiere xxx .

In dottrina si è anche autorevolmente sostenuto che le modalità esecutive di un ordine, quando evidenziano una particolare "adesione" del sottoposto, SONO IDONEE AD ATTRIBUIRE "L' ORDINE" PIENAMENTE A CHI L' ABBIAMO ESEGUITO: E SI DIRA' DI QUI A BREVE DELLE MODALITA' ESECUTIVE CHE HANNO ACCOMPAGNATO LA CONTENZIONE DI MASTROGIOVANNI, E CHE DEVONO ANZITUTTO ESSERE ADDEBITATE AGLI INFERMIERI.

### **C) STATO DI NECESSITA'**

E' LO "STATO DI NECESSITA'" e solo lo stato di necessità l' ambito proprio dell' inquadramento, eventualmente scriminante, della condotta dei medici e degli infermieri nell' ipotesi alla nostra attenzione, con riguardo alla contenzione cui fu sottoposto il Professore Franco Mastrogiovanni. Alludiamo, come è noto, all' art. 54 del codice penale, secondo cui: "*non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo*".

Questo si ricava senza ombra di dubbio:

- 1) dalla citata sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, del 2009 n. 2437;
- 2) lo stesso Regio Decreto 16/08/1909 n. 616, da ritenersi tacitamente abrogato dalle legge Basaglia, e dal P.M. citato nella requisitoria, conteneva sulla questione disposizioni sorprendentemente illuminate, rispetto alla legge 36/1904. Si afferma, infatti, all' art. 60: "nei manicomi devono essere aboliti o ridotti ai casi assolutamente eccezionali i mezzi di coercizione degli infermi e non possono essere usati se non con l'autorizzazione scritta del direttore o di un medico dell'istituto". **Dunque già centosette anni or sono si utilizzava, con riguardo alla contenzione, un linguaggio inequivoco in ordine alla possibilità del ricorso alla stessa alle condizioni normativamente delineate nell' art. 54 del codice penale;**
- 3) Con specifico riguardo alla "contenzione":
  - A) la Corte di Cassazione ha già avuto modo di pronunciarsi proprio con riguardo alla vicenda che ci occupa, in sede di applicazione delle misure cautelari. La Suprema Corte, nel confermare sul punto le valutazioni del Tribunale di Salerno, ha anche avuto cura di precisare che lo stato di necessità "non potrà mai essere invocato per sopperire a carenze organizzative" (cass. 2010/34961 [e qui forse si comprende che a questo processo è mancato un imputato, almeno uno: quel direttore sanitario, Antonio Palladino, che è venuto a dirci, pour cause, che "il TSO è contenzione": appunto];
  - B) la Corte aveva già affermato il principio nella sentenza del 2004/409, relativa alla contenzione in un istituto geriatrico;
- 4) e' utile anche richiamare le considerazioni analoghe svolte dalla dottrina, e da Pulitanò nel suo manuale in particolare;

Andiamo a verificare, a questo punto, la ricorrenza nel caso di specie dei presupposti di cui all' art. 54 del codice penale al fine di concludere che – in un modo clamoroso e solare – nessuno di essi, e con riferimento a nessuna delle condotte mediche ed infermieristiche da vagliare, sia risultato presente nel caso di specie.

A scanso dell' obiezione secondo cui, nell' accostarsi alle valutazioni che seguono, il giudice opererebbe una indebita invasione di campo sul fronte della discrezionalità medica, sostituendo al professionista nello svolgimento di valutazione che a quest'ultimo, e solo a quest'ultimo competono, è utile una breve premessa/puntualizzazione:

- 1) La giurisprudenza della Corte di Cassazione, formatasi in particolare sul delitto di "rifiuto ed omissione di atti d' ufficio" (art. 328 c.p.) chiarisce in ordine alla sussistenza del diritto/dovere del giudice di "*controllare l'esercizio della*

*discrezionalità tecnica da parte del sanitario e concludere che esso trasmoda in arbitrio, se tale esercizio non risulta sorretto da un minimo di ragionevolezza ricavabile dal contesto e dai protocolli medici per esso richiamabili”(2011/35526); “il giudice di merito ben può controllare l'esercizio della discrezionalità tecnica da parte del sanitario e concludere che esso trasmoda in arbitrio” (Cass. 12143/2009; Cass. 2007/31670). E' la famosa inesistenza delle “terre di nessuno”;*

- 2) Teniamo altresì conto che si parla di un atto particolarissimo: ancora di più al cospetto di un atto che rappresenta la messa per una terapia, ma che non ha in sé, ovviamente, alcun significato terapeutico (60, Barone verb. 14/04/2012: Ortano; Fiore);

## **X)LA “NECESSITA’” DI SALVARE SE’ O ALTRI DA UN DANNO GRAVE ALLA PESONA”**

Questo elemento, comune alla legittima difesa ex art. 52 c.p., esprime l' esigenza (di civiltà) che il soggetto sia stato posto di fronte all' alternativa: o porre in essere il comportamento penalmente vietato o subire (o far subire) il danno grave.

E' emerso dal dibattito pacificamente che:

- a) **con riferimento all' inizio della contenzione** (Barone, pagg. 15-16 verbale 14/04/2012 – pag. 9 dell' interrogatorio davanti al GIP: contenzione per i carabinieri; vi fanno riferimento i dottori Mazza e Basso nelle memorie depositate; vi fanno riferimento gli infermieri Casaburi (pag. 10 verbale interrogatorio) e De Vita (pag. 18): coloro che operano materialmente la contenzione il 31/08 nel pomeriggio, durante il turno del dott. Mazza; vi fa riferimento il dottor Di Genio, verbale del 27/03/2011, pag. 31 “*c'era l' urgenza di fare degli accertamenti richiesti dai carabinieri di Pollica che lui rifiutava*”) **la contenzione è stata effettuata per assicurare il prelievo richiesto dai Carabinieri.** Una sorta di **CONTENZIONE DI POLIZIA.**

Questo non solo esclude la ricorrenza della “necessità” nei termini richiesti dall' art. 54, ma configura un clamoroso abuso nei confronti di Mastrogiovanni. Valga il vero:

- 1) L' art. 186 del codice della strada, nel comma 7, prevede la possibilità di rifiutare il controllo, collegando tale rifiuto a specifiche sanzioni. Al di là del discorso relativo alla legittimità della richiesta, che sarà fatto

in altra sede nel quadro della complessiva riconsiderazione valutazione della condotta dei Carabinieri, come dei Vigili Urbani, vi è – sempre richiamata la questione del consenso e della tutela della libertà personale, specie se è implicato il corpo - il diritto dell' imputato di rifiutarsi;

- 2) Infatti la Suprema Corte, con giurisprudenza incontestata, ha avuto modo di chiarire che *“è diritto dell'imputato rifiutare di sottoporsi ad un prelievo ematico unicamente per accertare lo stato di ebbrezza, in quanto si tratta di un esame invasivo, con violazione dei diritti della persona, e, pur se minimamente, anche pericoloso nell'ipotesi di impiego di strumenti non adeguatamente sterilizzati”*(Cass. pen. 2007/38537);
- 3) Questa impostazione può essere compresa solo richiamando i sopra riferiti principi ordinari relativi al “consenso alle cure”, e prende le mosse dagli orientamenti della Corte Costituzionale. Quest' ultima, con la sentenza n. 338 del 1996, eleva il valore supremo della libertà personale, intesa anche come libertà di difesa del proprio corpo da invasioni da parte di terzi soggetti non previste specificamente dalla legge. Con questa decisione fu dichiarata l'incostituzionalità del secondo comma dell'art. 224 c.p.p. laddove consentiva che il Giudice (il Giudice, non i Carabinieri), nell'ambito delle operazioni peritali, disponesse misure incidenti sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste, nei *“casi”* e nei *“modi”*, dalla *“legge”*. L'intervento della Corte era stato sollecitato dal G.I.P. cui era stato richiesto dal P.M. di ordinare un *“prelievo ematico”* sulla persona di un soggetto indagato nel procedimento penale relativo al caso della famosa statua di Civitavecchia, raffigurante la Madonna, che sembrava lacrimare sangue. Il G.I.P. infatti, vista l'opposizione dell'interessato all'esecuzione del prelievo, aveva dubitato, con riferimento all'art. 13 della Cost. della costituzionalità della norma sopra citata del c.p.p., stante la genericità del suo contenuto circa i casi e i modi nei quali eseguire coattivamente la perizia, ed aveva investito del problema la Corte. Quest' ultima osservò che l'art. 13 della Cost. *“appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indeffettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona”*; che *“il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l'esecuzione coattiva perché*

*la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo*"; che *"tale restrizione è tanto più allarmante"* in quanto *"non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppure in minima misura, invade la sfera corporale della persona, pur senza comprometterne, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione, e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla"*; che, quindi, deve operare nella fattispecie *"la garanzia della riserva – assoluta - di legge, che implica l'esigenza di tipizzazione dei "casi e dei modi" in cui la libertà personale può essere legittimamente compressa e ristretta"*, senza lasciare alla *"piena discrezionalità del giudice"* la restrizione della libertà personale dell'interessato

Cioè non era consentito a medici ed infermieri obbligare Mastrogiovanni a subire il prelievo ematico ed urinario utile ai Carabinieri. Questa finalità, questa **"contenzione di polizia"** di cui si apprezza sgradevolmente l'estraneità rispetto a qualsiasi contesto terapeutico, configura non la scriminante dello stato di necessità, ma una ulteriore ipotesi di reato a danno del Professore.

- b) con riferimento alla continuità della contenzione, e dunque all'inesistenza della "necessità" nella fase successiva, occorre prendere le mosse dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui *"per la sussistenza dell'elemento materiale del delitto di sequestro di persona previsto dall'art. 605 c.p. è sufficiente che vi sia stata in concreto una limitazione della libertà fisica della persona, tale da privarlo della capacità di spostarsi da un luogo all'altro, a nulla rilevando la durata dello stato di privazione della libertà, che può essere limitato ad un tempo anche breve"* (Cass. Pen., sez. V, sentenza 22 febbraio 2005, n. 6488, in *Ced Cassazione*, rv. 231422). E ancora: *"L'elemento oggettivo del delitto di sequestro di persona consiste nella privazione della libertà personale intesa come libertà di muoversi nello spazio e cioè come libertà di locomozione. Non è necessario, a tal fine, che la privazione sia totale, ma è sufficiente che il soggetto passivo non sia in grado di vincere, per realizzare la sua piena libertà di movimento, gli ostacoli frapposti né ha rilevanza la maggiore o minore durata di tale privazione"* (v. Cass. Pen., sez. I, sentenza 4 maggio 2009, n. 18186, in *Ced Cassazione*, rv. 244050). Questo ci dice che aderendo all'ipotesi – assurda, e che si cercherà oltre di

smentire – secondo cui la contenzione, pur abusivamente inaugurata, si giustificasse nella fase successiva per le molte e contraddittorie ragioni avanzate, è viceversa incontestato ed incontestabile (risultando dal video) che il professor Franco Mastrogiovanni non sia mai stato “sciolto”, se non per pochi minuti, ad un solo braccio, nel pomeriggio del 3 Agosto. Orbene, anche una contenzione giustificata, se caratterizzata dalla mancata “liberazione” periodica degli arti (prevista dai protocolli in materia, ed in particolare dalle linee guida dell’ IPASVI e del Niguarda, oltre che da ovvie considerazioni di diligenza, prudenza e perizia, e dalle necessità imposte dal rispetto della dignità umana. Nel processo, di tale necessaria “contenzione” ci hanno parlato i consulenti e financo testi, psichiatri, introdotti nel processo dagli imputati: i dottori Mangia, pecora e Vincenzo Antonio nell’ udienza del 01/01/2012) costituisce sequestro di persona. L’ avere cioè tenuto legato il professore Mastrogiovanni, a partire dal primo turno in poi, in dispregio delle esigenze di “relativa” libertà che potevano e dovevano essere assicurate integra gli estremi del sequestro di persona. La giurisprudenza, e non potrebbe essere diversamente, riconosce il sequestro di persona anche a danno delle persone, già sottoposte a costrizioni, quando queste ultime sono “aggravate”: detenuto “sequestrato” perché ridotto da un compagno di cella (Cass. pen.1986/4717); anziano sulla sedia a rotelle con mobilità autonoma ridottissima che sia chiuso a chiave in una stanza;

- c) con riferimento a chi ha svolto **il solo** “turno di notte” (infermieri Scarano, Minghetti e Cortazzo; Dottori Della Pepa tra il 31 Luglio ed il 1 Agosto; dott. ssa Ruberto tra il 3 ed il 4 Agosto), e che si trincerava dietro la non consigliata “scontenzione notturna”, occorre chiarire che queste condotte integrano gli estremi del delitto di sequestro di persona tanto quelle che precedono, senza che l’ asserita “impossibilità” della contenzione di notte possa giovare in alcun modo. La “notte” effettiva è ben più breve del “turno di notte”. Al principio di agosto del 2009 il sole sorgeva alle 06.15 e tramontava alle 20.50; il turno cominciava alle 20.00 di sera (e c’era “luce”) e terminava alle 08.00 del mattino (e c’era luce da quasi due ore). Tenuto conto della necessità di inquadrare queste condotte nel quadro di una contenzione che andava “accumulandosi”, ne del loro dovere di apprezzare la mancata dovuta scontenzione parziale, è imperativo ritenere che dovesse operare le manovre decontenitive (QUANTOMENO), **IN DIFETTO DELLE QUALI DEVE RITENERSI INTEGRATO IL DELITTO DI SEQUESTRO DI PERSONA**. Si aggiunga che entrambi i dottori (Della Pepa e Ruberto) non somministrano l’ ENTUMIN: dunque cade – rispetto ad essi – l’ argomento “rischio di ipotensione ortostatica” spesso avanzato.

**-CONTENZIONE “PER COMODITA”**. Lungi dal configurarsi una “contenzione necessaria” nel senso richiesto dall’ art. 54, rigidamente configurata come alternativa inevitabile al pericolo di danno grave alla persona, emerge dalle risultanze processuali come essa sia stata funzionale ad una gestione “comoda” del paziente. E QUESTO NON E’ AMMESSO . Ora noi troveremo espresse di frequente, più o meno esplicitate dalle stesse dichiarazioni dei medici e degli infermieri, circostanza che alludono alla “facilità di gestione” del paziente contenuto.

Da un lato ci troviamo in un reparto nel quale è installato un sistema di videosorveglianza, come tale utile a “sorvegliare” in contemporanea tutti i pazienti: strumento ideale per evitare restrizione indebite della libertà personale per scopi precauzionali, attesa la possibilità di intervento tempestivo in caso di imprevisti. Dall’ altro lato, contraddittoriamente ed ingiustificatamente, ci viene propinata, in tutte le salse, l’ **“opportunità”** di una contenzione **che elimini ogni rischio di caduta** (così sostituendosi alla necessità di ricorrere al verificarsi dello specifico rischio), che **sopperisca alle carenze di personale**, che **renda più agevole la somministrazione delle terapie al paziente**, che - sostanzialmente - vada ad agevolare la gestione organizzativa del reparto (se non ad assecondare l’ infingardaggine degli operatori del reparto stesso). Ma di una tale “contenzione per comodità” ha fatto giustizia la corte di Cassazione, che nella sentenza del 2010 emessa a proposito dei fatti per cui è causa, in sede cautelare, ne ha escluso il rilievo ai fini dell’ integrazione dello stato di necessità.

**-CONTENZIONE “PRECAUZIONALE”**. Quando si parla di cadute, di rischi connessi all’ “ipotensione ortostatica”, connessi in particolare all’ obnubilamento del sensorio ed all’ agitazione indotta anche dall’ ENTUMIN:

1) Da una parte si dice che tutto sommato il farmaco ha una sua “ordinarietà” quando si tratta di giustificare la mancata rilevazione continua dei parametri vitali, il mancato elettrocardiogramma prima dell’ ingresso (Barone in tre occasioni, nel corso del suo interrogatorio); dall’ altro è un farmaco terribile rispetto ai rischi di ipotensione ortostatica quando si tratta di dovere giustificare l’ inevitabilità della contenzione;

2) la tesi “prova troppo”: questo vorrebbe dire che **l’ uso dell’ ENTUMIN impone la contenzione**, ma una circostanza di questo genere non ha fatto ingresso nel processo, mentre la “relativa” esiguità delle contenzioni (22 su 500 cartelle cliniche nella ricostruzione del maresciallo caputo) a fronte di un uso ben più consistente dell’ ENTUMIN, farmaco di elezione per le psicosi, depone per la infondatezza della tesi;

3) Come mai quest’ unica cautela? Le linee guida sulla contenzione ridotte a carta straccia, la contenzione applicata in difetto dei presupposti per fare il prelievo, niente

elettrocardiogramma all' ingresso nonostante la potenza dell' ENTUMIN e le dosi massicce di farmaci somministrati, analisi quando arrivano arrivano , nessun tentativo serio di stabilire un rapporto con il paziente, sotto-idratazione, nessuna alimentazione.... E, guarda caso, l' unica cautela adottata è relativa all' ipotensione ortostatica: proprio quella misura che ci consente di “attaccare” il paziente e buona notte;

4) la nozione di precauzione appartiene ad un ambito ben diverso da quello della “necessità” (anche e soprattutto sotto il profilo dell' attualità del pericolo e della “proporzione”, su cui tra breve si tornerà). In buona sostanza, la “contenzione precauzionale” – mirante com'è a tranquillizzare l' operatore rispetto ad uno stato di allerta continuo imposto dall' esigenza di scongiurare l' evolversi negativo di situazioni rischiose, si risolve in una “contenzione per comodità”, e ne condivide l' incompatibilità con lo “stato di necessità” di cui all' art. 54 c.p.

Degna di nota, in ambito di contenzione “precauzionale e per comodità”, la vicenda connessa alla contenzione di Mancoletti, rilevante inn questo processo, e rispetto a cui non si sono potute comprendere le ragioni. Mancoletti viene contenuto il giorno 2 Agosto verso le 12, risulta dal video a dalla deposizione di Forino (pag. 117 del verbale: “*il medico ha ritenuto opportuno di legarlo perché era confuso*”), con riferimento al dottor Barone, che era medico del turno, come ci dice il Forino stesso. Il dott. Barone, dal lato suo, “*non esclude*” di essere stato lui (pag. 48 del verbale). Poi le immagini ci dicono che effettivamente si trattò del dottor Barone. Cioè il medico – a fronte di una contenzione non annotata in cartella clinica e della quale non possiamo sapere le ragioni, e che ha ordinato la contenzione – non ci dice quali fossero queste ragioni, che devono essere gravi, perché si limita la libertà personale di un uomo nel modo più odioso: legandolo. Delle ragioni non sa nulla, in concreto, ci dice solo che “non esclude” di essere stato lui. E' il segno della “**banalità della contenzione**”, diretta conseguenza del suo essere utilizzata per ragioni di precauzione, o più propriamente, “di comodità”. E' la stessa “banalità della contenzione” che si registra nel video relativo al professor Franco Mastrogiovanni, quando il giorno 3 agosto si vede arrivare un altro paziente, tranquillo, e regolarmente contenuto.

## **Y)NON VOLONTARIA CAUSAZIONE DEL PERICOLO**

Sul punto, pur tangenziale al caso di specie, mette conto di soffermarsi pochi secondi per riflettere su quanto “sia stata la contenzione stessa” , abusiva, ad “alimentare le ragioni della contenzione”. Si dice che c'è un' agitazione...e si applica la contenzione senza operare con il paziente un' azione di convincimento sulla terapia (ammesso e non concesso che fosse così complicato: il video ci dice altro)...ma questa non può

che alimentare – dato il profilo del Professor Mastrogiovanni – il senso di frustrazione e di rivendicazione che aumenta l'agitazione e dunque giustifica più fortemente la contenzione (che di questo passo potrebbe non avere mai termine). Allora è chiaro che, sotto questo aspetto – i “pericoli” sono causati dagli stessi soggetti che invocano lo “stato di necessità”.

Degna di nota, sul punto, la sentenza della Suprema Corte del 2011 n. 18896, secondo cui “*Per quanto concerne il requisito dell'involontarietà, si rileva che questo non sussiste, quando chi lo invoca abbia contribuito, anche con semplice colpa, a provocare la situazione pericolosa*”.

## Z)ATTUALITA' DEL PERICOLO

E' il requisito che (anche rispetto alle richiamate “contenzioni precauzionali<sup>2</sup> e “contenzione per comodità”) è forse più lontano dalla concreta fattispecie alla nostra attenzione.

Sul punto, come già ricordato in questo processo, la Suprema Corte precisa che “*Ai fini dell'integrazione dell'esimente dello stato di necessità è necessario che il pericolo di un danno grave alla persona sia attuale ed imminente o, comunque, idoneo a fare sorgere nell'autore del fatto la ragionevole opinione di trovarsi in siffatto stato, non essendo all'uopo sufficiente un pericolo eventuale, futuro, meramente probabile o temuto; inoltre, si deve trattare di un pericolo non altrimenti evitabile ed al riguardo l'operatività della scriminante non può "scattare" sulla base di fatti sforniti di riscontri oggettivi e accertati in via presuntiva” (Cass. pen. Sez. V, 30-04-2010, n. 26159 - rv. 247894)*

Quali erano questi pericoli attuali?

Nel tentativo, spasmodico anche qui, di ventilare inesistenti pericoli (a fronte del comportamento non violento di mastrogiovanni sia in spiaggia che in reparto, ed addirittura del suo stato “dormiente” all'atto del contenimento), sono bstate seguite diverse, e sgradevoli, strade, che mi auguro siano abbandonate dei difensori degli imputati nelle loro discussioni, a tutto vantaggio della forza delle loro diverse tesi, oltre che dell'eleganza della condotta processuale. Si allude:

- A) Una generale demonizzazione della patologia psichiatrica, secondo un'impostazione medievale, ridicola e tragica insieme, cui si è assistito nel processo, facendo un po' di tutt'erba un fascio:

x) A titolo di esempio, il dott. Buccelli, che è medico legale (non psichiatra) all' udienza del 28/02/2012 (pag. 53), a proposito della contenzione *“quella di tipo farmacologico è finalizzata a mantenere il più possibile in posizione di non movimento, di sedazione il soggetto perché stiamo parlando di psicotici attenzione, non è che stiamo parlando di cardiopatici o di broncopneumotici. Chiedo scusa, vengo subito alla sua domanda, che all' improvviso si alzano dal letto e non li acchiappi più, che possono fare azioni più violente possibile. Lo schizofrenico è il malato di mente più pericoloso possibile, con il quale nessuno di voi vorrebbe mai dormire perché potrebbe avere un coltello da cucina e sgozzarvi all' improvviso. Detto questo è la realtà, qualcuno dica che non è vero e allora ci incontreremo su questo terreno scientifico”*. E naturalmente aggiunge subito che Mastrogiovanni è schizofrenico. Ripeto: un medico legale;

y) Gli avvocati che rispetto ad una deposizione drammatica di una paziente psichiatrica che riferisce le molestie e la violenza di cui è stata vittima, invocano l' art. 196 c.p.p. (Avv. Giovine): come se l' essere stata in cura in un reparto psichiatrico – nonostante un' esposizione serena e lineare (ma evidentemente dai contenuti sgraditi) – autorizzasse *sic et simpliciter* a non prendere in considerazione quanto si afferma;

z) Il P.M. che nell' escussione del Maresciallo Caputo del 19/04/2011 chiede ossessivamente: *“La patologia? La patologia? La patologia?”* al maresciallo che riferisce delle 22 contenzioni trovate nelle cartelle cliniche relative al TSO. E che nella requisitoria ritiene di dare lettura integrale di dodici cartelle cliniche: come a stabilire quell' equazione tra tipo di patologia e contenzione *“inevitabile”*. Ed infatti la configura come diritto del medico...;

k) Il Direttore Sanitario Palladino che dice *“il TSO è contenzione”* (pag. 21 verbale del 04/10/2011);

j) Eguale valutazione – da medico legale, peraltro – ci fornisce la dott.ssa Neri (pag. 52 del verbale del 14/02/2012). Fortunatamente, dagli avvocati al PM ai medici legali che si sono lasciati andare a questi svarioni...nessuno è psichiatra.

**B)** Ma soprattutto vi è una specifica demonizzazione del Professore Mastrogiovanni, come se il ritratto *“a tinte fosche”*, che si è tentato del defunto, potesse in qualche modo attenuare le responsabilità per gli abusi di cui era stato vittima, o configurare una *“mostruosità”* al cospetto della

quale bisognava “difendersi” con la contenzione. Gli strumenti di questa demonizzazione:

- 1) Cominciamo sempre dal Medico Legale Buccelli, che decide per la emblematica e terribile “schizofrenia” di Mastrogiovanni, pronto ad accoltellare il primo che passa nella ricostruzione del dottore (diagnosi, sia detto *per incidens*, esclusa dal dott. Fiore, lui psichiatra, che pur essendo consulente di parte “avversa” chiarisce che il profilo dello schizofrenico non ha nulla a che vedere con il Professor Mastrogiovanni: *“Era un insegnante di scuola anche di pregio per quello che ho sentito ed ho verificato dalle testimonianze che ho letto, il che vuol dire che non poteva essere affetto da una patologia grave, cronica e continuativa quale quella che evoca la parola schizofrenia...”*, pag. 62 del verbale del 13/03/2012). Il Buccelli ci informa, a proposito del tentativo di non collegare alla contenzione le ecchimosi sul braccio del defunto: *“possono essere ecchimosi dell’ afferramento che questo ha avuto perché non dimentichiamo come ci è arrivato in trattamento sanitario obbligatorio dopo che ha fatto scorribande stavo per dire pazzesche e difatti erano da persona che aveva perso il senno, per la città anche con tamponamenti addirittura quindi anche con traumatismo nei confronti di un’ altra macchina; poi addirittura si è andato a mettere in acqua, si è ficcato le pietre nel pantaloncino per non emergere, poi alla fine è stato... Insomma ci sarà stata un po’ di relazionalità vivace traumatica con questo soggetto e quindi molto probabilmente ci saranno stati degli afferramenti... chi ci dice che non sia stato un afferramento del genere a giustificare queste ecchimosi di coloro bluastro? Ecco”*. E già. Chi ce lo dice, dottore?
  
- 2) La drammatizzazione di quello che era accaduto sulla spiaggia è stato terreno di azione privilegiato del P.M., che vi ha dedicato la metà della sua requisitoria, con letture ripetute di relazioni identiche di Vigili e Carabinieri nello spasmodico tentativo di operare una moltiplicazione delle “malefatte” di Mastrogiovanni, tutte destinate a scontrarsi con la realtà di un uomo che non ha mai fatto male ad alcuno, che non ha mai subito condanne a riguardo, e che anzi ha subito e tenuto i nervi saldi a fronte delle altrui aggressioni, e la mattina stessa del fatto le relazioni possono solo raccontare di qualche ingiuria: un po’ pochino rispetto alla necessità di dipingere un quadro di mostruosità. E a nulla vale ripetere nel processo le ingiurie del Professore: vediamo l’ immagine di quest’ uomo braccato da vigili, 118, carabinieri, Guardia Costiera: uno spiegamento di forze da cattura di un boss della criminalità organizzata, e non possiamo

trattenere un sorriso di fronte al modo canzonatorio con cui si reagiva a tutto questo. La sua storia verrà scritta, nel dettaglio: ed in essa troveranno un posto adeguato anche la relazione che il P.M. ha letto; in essa troverà un posto adeguato, quello che merita, anche la requisitoria del P.M. Soltanto non comprendiamo una cosa (sapevamo che la pubblica accusa che ha introdotto il processo si incarnava in una persona fisica diversa da quella che ha condotto il processo in aula): ma è **E' LO STESSO PM CHE QUANDO LA TESTE MUSTO**, la proprietaria del lido a Mezza Torre nel comune di San Mauro Cilento dove avvenne “la cattura”, all’udienza del 18/12/2011, si esprimeva parlando della “normalità del Professor Mastrogiovanni”, che aveva conosciuto e frequentato tutti i giorni nel mese di luglio 2009, che aveva visto il Professore giocare con i bambini (“il pericoloso schizofrenico”),etc..., **SI RIBELLA** (evidentemente il racconto non collimava con le ricostruzioni che si volevano accreditare sul Professore (pag. 15 del verbale)): *“Il teste mi sembra del tutto ininfluenza sui fatti per cui... c’è un procedimento a parte su questo argomento. C’è un procedimento per TSO su cui io ho avanzato richiesta di archiviazione. La signora è uno dei tanti testi – sono più di cento testi – sentiti e la signora è uno di questi. Non si può prendere un teste, calarlo nel processo per evadere quello che è successo prima. Oltretutto questo forma oggetto di un procedimento contro i medici del TSO quindi non vedo l’attinenza per questo parlavo e ho parlato in questo modo quindi ritengo che il teste che abbiamo appena sentito è del tutto irrilevante ai fini di questo processo”* Ma se, pare di capire, al di là dell’evidente animosità, “questo” P.M. ritiene ininfluenti le vicende che hanno proceduto il ricovero, occorre chiedersi chi si sia spacciato per il dottor Martuscelli ed abbia fatto una requisitoria concentrata sull’estenuata ricostruzione (**basata opportunamente solo sulle relazioni di servizio delle forze dell’ordine**) di quanto accaduto sulla spiaggia, diventi improvvisamente rilevante! E chi si è spacciato per il dott. Martuscelli quando incalzava (pag. 32 del verbale dell’udienza del 01/01/20129 la dott.ssa Di Matteo a riferire per filo e per segno, ingiurie comprese, quello che il Professor Mastrogiovanni aveva detto sulla spiaggia?

- 3) Attraverso una chiamata in causa della positività ai cannabinoidi – non entro nel merito della specifica questione in questa sede – nel tentativo di allarmare di fronte al “drogato” (dott. Basso, verbale 14/04/2012, pagg. 74 e 96”, nella stessa direzione le domande a Grazia Serra e a Marco Garofano a proposito della qualità di assuntore di cannabis del Professore Mastrogiovanni);
- 4) Attraverso addirittura una sottolineatura della sua “ribellione”. Il Pubblico Ministero ha voluto chiarire che i Carabinieri avevano raccontato che

cantava canzoni di scherno nei confronti dei membri del governo e si dichiarava anarchico (sfido io! Due volte ingiustamente incarcerato, una volta ingiustamente condannato, sottoposto abusivamente a TSO...);

**CONTENZIONE PER IL “TIPO D’ AUTORE”.** Del resto alcuni imputati, così rivelando la illegalità della contenzione rispetto allo “stato di necessità” come configurato dalla Suprema Corte rispetto all’ “attualità del pericolo”, collegano appunto la contenzione ai “precedenti” del Professor Mastrogiovanni. Tacendo del resto, perché alla luce della vicenda che ci occupa sarebbe interessante andare ad indagare questi precedenti più approfonditamente, si vuole cioè sostenere che il paziente poteva essere contenuto perché vi era lo “stigma” figlio dell’ ultimo ricovero, che era di ben quattro anni prima, 2005. Questa argomentazione è utilizzata: 1) dal dottor Mazza nella memoria depositata; 2) dal dottor Barone (pag. 18 del verbale di interrogatorio); 3) dal dottor Di Genio (pag. 31 del verbale del 27/03/2011): “*conoscendo la storia clinica del paziente.* In dottrina si contrappone il diritto penale “del fatto”, espressione dei moderni sistemi politici liberal-democratici, al diritto penale del “tipo d’ autore”, espressione dei sistemi politici autoritari. Pazzo, drogato, estremista politico: un cattivo soggetto da cui la società deve essere difesa: tutto sommato possiamo legarlo al letto. E’ questa la tesi. Questa contenzione, foglia di una pericolosità presunta dai precedenti, potremmo definirla “**contenzione per il tipo d’ autore**”, e per le ragioni esposte è inammissibile

E’ un tentativo che tradisce, a tacer del resto, una certa visione della psichiatria, con la mortificazione del suo ruolo curativo e terapeutico a beneficio della “difesa sociale” (di cui ci ha parlato anche il dottor Fiore nella sua deposizione).

**Z)**Sull’ “**INEVITABILITA’ ALTRIMENTI DEL PERICOLO**” (pericolo che non esisteva) si è già detto: dei tanti strumenti alternativi il cui esperimento non è stato nemmeno tentato, perché non c’era un pericolo da cui difendersi, ma solo un “fastidio” da evitare:

1) Il mancato tentativo di convincere Mastrogiovanni, che con il suo comportamento in spiaggia (alla fine era uscito dall’ acqua spontaneamente) ed all’ ingresso in reparto (aveva assunto senza contenzione i farmaci) aveva dimostrato ampiamente che vi era la possibilità di acquisire – con la pazienza e la discussione – il suo “consenso”: e del resto, superata la fase più difficile iniziale, avendo cominciato il trattamento farmacologico (pesantissimo), le sue “resistenze” non potevano che attenuarsi, del resto il dottor Fiore ci ha ben parlato dell’ “intelligenza” del paziente. E vi era chi aveva dei canali di comunicazione privilegiati con il professore:

a) Il dott. Barone, con riferimento non tanto all’ avvio della contenzione il 31 Luglio, sicurissimamente abusivo, illegale, ingiustificato, ma al turno svolto

il 2 Agosto, l'intera giornata [08.00 – 20.00 ]. Il dott. Barone, pag. 19 del verbale di interrogatorio, ci parla di due ragioni del contenimento (“*non accettava la terapia e ipotensione se si alzava bruscamente*”), ma si è tentato con la forza, la perseveranza, la professionalità dovute il colloquio col paziente, che poteva avere ruolo anche rispetto alla seconda esigenza indicata? QUANDO IL DOTTORE STESSO CI INFORMA CHE VI ERA UNA CONOSCENZA CON IL MASTROGIOVANNI, ANCHE IN RELAZIONE A TRASCORSI ED AMICIZIE COMUNI SALERNITANE (“il dottore di Salerno”, pagg. 31, 50, 62 del verbale di udienza);

- b) Il dott. Di Genio, che è il primario, che conosce Mastrogiovanni, che aveva preso dei caffè ad Acciaroli con il professore, che ci racconta come la mattina del 3 Agosto (pag. 13 verbale 27/03/2011) abbia dato la mano a Mastrogiovanni, che quest'ultimo l'abbia salutato, che era tranquillo, **tanto che chiede spiegazioni al dott. Barone! Ma perché nessuno parla con il Professor Mastrogiovanni? Che è in una condizione di lucidità se è in grado di salutare e riconosce (e chiede aiuto) a Di Genio?**;
- c) L'infermiere Casaburi, presente il solo giorno del ricovero il 31/07, in cui svolse un doppio turno [8-20], il quale conosceva ed era conosciuto dal Professore e che dichiara, a proposito dell'arrivo del Mastrogiovanni in reparto: “*In un primo momento ha rifiutato la terapia, poi sono andato sempre a dirglielo io -non ti preoccupare, facciamo questa siringa, ti tranquillizzo un po'- e poi ha deciso di farsela fare*” (pag. 9 dell'interrogatorio). **Dove vi è la prova provata della assoluta permeabilità del professor Mastrogiovanni al colloquio, alle richieste, alle argomentazioni, al rapporto umano, a tutto ciò che gli è stato clamorosamente negato negli ultimi quattro drammatici giorni della sua vita;**
- d) con specifico riferimento alla famosa “ipotensione ortostatica” ed ai rischi connessi, occorre sottolineare il mancato esperimento di tentativi alternativi, e non si tratta solo delle sbarre. Ad un certo punto del video si vede anche l'accostamento di altro letto a quello del paziente: valida modalità alternativa per evitare cadute, che poteva essere adottata immediatamente. **Ancora, piuttosto che legare il paziente, si sarebbe potuto collocare il materasso direttamente a terra, così impedendo cadute traumatiche dal letto;**
- e) perché non vi è una strategia diretta coinvolgere i familiari – a scongiurare la contenzione – nell'opera di persuasione del paziente. Non soltanto si ignora questo aspetto, ma si arriva a negare alla nipote Grazia di vedere lo zio, quando quella presenza poteva essere un'straordinaria occasione per “agganciarlo”.

**Y) LA PROPORZIONE TRA IL DANNO INFERTO ED IL “PERICOLO” EVITATO.**

E' un requisito che viene pacificamente ed ovviamente collegato allo "stato di necessità" dalla dottrina (da Mantovani a Fiandaca a Pulitanò), ed esprime l' esigenza (comune alla legittima difesa ex art. 52 c.p.) che non si vada – sia pure per necessità – a sacrificare un bene più importante di quello "salvato" con il comportamento necessitato.

Ebbene, sempre a proposito di "ipotensione ortostatica" (che naturalmente rappresenta un argomento pretestuoso: ma tant'è): se il prezzo per proteggersi da una (eventuale) caduta (che poi sarebbe da un letto alto qualche decina di centimetri, e abbiamo *supra* detto della collocabilità del materasso a terra) è quello della contenzione *sine die*, l' **art. 54 non può operare neanche sotto il profilo del rispetto del requisito della proporzione. Il bene della libertà personale, leso in modo invasivo e feroce da legacci destinati a protrarsi per ore e giorni, non può essere sacrificato neanche al rischio (remotissimo. E non è venuta alcuna documentazione a riguardo) di lesioni o fratture.**

### **C) QUESTIONE DELLE SCRIMINANTI PUTATIVE**

Come è noto, l' art. 59, comma 4, del c.p., prescrive che "*se l' agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*".

La Corte di Cassazione ha reiteratamente precisato che, in tema di scriminante putativa, occorre distinguere tra "errore di diritto", che impone l' applicazione dell' art. 5 del codice penale (per il quale, com' è noto, *ignorantia legis non excusat*), non consentendo l' operatività giustificante dell' art. 59, comma 4 c.p., e "errore sui presupposti di fatto": l' unico che può venire utilmente in rilievo per l' imputato.

In buona sostanza i medici e gli infermieri non possono venire a dirci che ritenevano, in buona fede, sussistente il loro "diritto" o "dovere" di contenere (che fortunatamente l' ordinamento non contempla), per farne derivare la mancata configurazione del delitto di sequestro di persona.

**A) ESERCIZIO PUTATIVO DEL DIRITTO.** Sul punto, può farsi ricorso alla giurisprudenza formatasi a proposito dei reati "culturalmente orientati", integrati da condotte ritenute "normali" all' interno di certi contesti (del resto la Corte di Cassazione, nella sentenza relativa alla misura interdittiva nei confronti dei medici del reparto, aveva avuto una sensazione di questo genere,

giacché rifletteva: *“dalla gravità, dalla pluralità, dall’ estensione temporale di questi fatti sorge naturale un interrogativo: si è verificato un eccezionale contrasto di queste condotte con le norme dello Stato o si è verificato un consolidato contrasto tra norme dello stato e le norme dell’ ordine interno della struttura sanitaria”*. Le quali ultime, in buona sostanza, e sono imponenti i dati dibattimentali a riguardo, “consentivano” la contenzione in via preventiva e funzionale ad uno sgravio degli oneri di gestione del paziente psichiatrico, nella specie del paziente Professor Mastrogiovanni, non avvertendo la “delicatezza” e la natura di “extrema ratio” del gesto (complice anche, evidentemente, la mancanza di preparazione specifica ed aggiornamento a riguardo). Ma questa riflessione, ci dice la Suprema Corte nella citata sentenza, non può avere alcun rilievo sul fronte dell’ integrazione degli estremi della scriminante putativa.

In una fattispecie assimilabile, in ragione del problema dell’ “impostazione culturale”, dovendo statuire in ordine alle condotte illecite di cittadini di etnia Rom, per i quali l’ attività di accattonaggio, anche attraverso l’ impiego di minori, era considerata “normale”, la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che *“la predetta consuetudine non esclude l’antigiuridicità della condotta, così non esclude la colpevolezza, o in genere l’elemento psicologico del reato, solo perché l’agente è convinto di esercitare le sue prerogative di capo famiglia. Infatti la scriminante putativa è ammessa nel nostro ordinamento ai sensi dell’ art. 59, c.p.,u.c., solo quando l’errore dell’agente investe gli estremi di fatto che integrano la causa giustificatrice, e non già quando riguarda gli elementi normativi della scriminante, in relazione ai quali l’ art. 5 c.p. non ammette ignoranza”*(Cass. 2007/2841);

**B) ADEMPIMENTO PUTATIVO DEL DOVERE.** Sul fronte dell’ adempimento del dovere, occorre por mente particolarmente alla condizione degli infermieri, molti dei quali (Cortazzo a pag. 8 dell’ interrogatorio, Minghetti a pag. 11 dell’ interrogatorio, Scarano a pag. 11 dell’ interrogatorio, per il quale *“gli arti si possono liberare a richiesta del medico”*) mettono in relazione la loro condotta all’ esecuzione dell’ ordine del medico, e giustificano le loro omissioni in relazione ai mancati ordini del medico. Premesso, che come sarà precisato anche di qui a poco parlando dello *status* dell’ infermiere e della sua posizione di garanzia, non sussisteva, al cospetto della criminalità dell’ ordine, alcun “dovere”, merita rilevare che la Suprema Corte (Cass. 2011/18896) ha chiarito che: *“Non sussistendo oggettivamente i presupposti per la ricorrenza della scriminante dell’adempimento di un dovere non si può parlare neppure di esimente putativa perché l’erronea convinzione dell’esistenza dell’esimente si tradurrebbe in ignoranza della legge penale . D’altra parte, avendo il presunto ordine ad oggetto l’esecuzione di un reato, la*

*sua manifesta criminalità non poteva essere ignorata da un ufficiale dei carabinieri*". Ancor più nettamente, in caso relativo ad ordini impartiti in ambito militare, la Corte ha recentissimamente precisato: *“secondo il consolidato orientamento di questa Corte (sent. n. 6064 del 2009; n. 9424 del 1983, rv. 161100; n. 7866 del 1984, rv. 165855; n. 178 del 1985, rv. 167316) non è applicabile la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere nel caso in cui il militare abbia agito in esecuzione di un ordine, impartitogli dal superiore gerarchico, avente ad oggetto la commissione di un reato, in quanto, per scriminare, l'ordine deve attenere al servizio e non eccedere i compiti d'istituto; **in caso di ordine costituente un reato, non solo il militare di grado inferiore può opporre legittimamente il rifiuto, ma ha anche il dovere di non darvi esecuzione e di avvisare immediatamente i superiori.** In definitiva anche nella gerarchia militare, dove esiste l'obbligo della più stretta e pronta obbedienza, la palese criminalità dell'ordine costituisce un limite all'obbedienza. Non sussistendo oggettivamente i presupposti per la ricorrenza della scriminante dell'adempimento di un dovere non si può parlare neppure di esimente putativa perché l'erronea convinzione dell'esistenza dell'esimente si tradurrebbe in ignoranza della legge penale (Cass. 2011/18896).*

**C) STATO DI NECESSITA' PUTATIVO.** Eguali considerazioni valgono in tema di “stato di necessità”, che rileva con maggiore importanza, per le ragioni sopra riferite, nel caso alla nostra attenzione. Di recente la Suprema Corte ha ribadito che: *“In tema di cause di giustificazione, **l'allegazione da parte dell'imputato dell'erronea supposizione della sussistenza dello stato di necessità deve basarsi non già su un mero criterio soggettivo, riferito al solo stato d'animo dell'agente, bensì su dati di fatto concreti, tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'imputato di trovarsi in tale stato**” (Cass. pen. Sez. VI, 21-03-2012, n. 18711 (rv. 252636).*

Ebbene, nel dibattito non c'è traccia di nulla a riguardo. Il dibattito ci parla di circostanze opposte: cioè del fatto che i medici e gli infermieri hanno operato una contenzione al di fuori dei “limiti” loro posti ordinamento giuridico. Avendo chiarissima la situazione di fatto al loro cospetto, ma ritenendo che questa situazione li autorizzasse ad operare la contenzione, a legare un uomo. E nessuna giustificazione il nostro codice penale elargisce a beneficio di queste condotte e di questo atteggiamento psicologico, che è normato dall' art. 5 del codice penale, secondo cui *“nessuno può invocare a propria scusa l' ignoranza della legge penale”*. Ecco la pertinenza delle considerazioni della Corte di Cassazione sulla “legge del reparto di psichiatria di Vallo della Lucania” come diversa e opposta alla “legge” in vigore nella Repubblica Italiana.

Giova chiarire del resto che l' onere della prova della sussistenza, reale o putativa, dei presupposti delle scriminanti (e dello stato di necessità in particolare, per le ragioni dette), come la Suprema Corte ha precisato reiteratamente, era a carico degli imputati: *“incombe sull' imputato, che deduca una determinata situazione di fatto a sostegno dell' operatività di un' esimente, se non un vero e proprio onere probatorio, inteso in senso civilistico, un compiuto onere di allegazione di elementi di indagine per porre in giudice nella condizione di accertare la sussistenza o quantomeno la probabilità dell' esistenza dell' esimente. Ne consegue che la mera indicazione di una situazione astrattamente riconducibile all' applicazione di un' esimente, non può legittimare la pronuncia assolutoria ex art. 530 c.p.p., risolvendo il dubbio sull' esistenza dell' esimente nell' assoluta mancanza di prova a riguardo* (Cass., sez. VI, sentenza del 2004 n. 15484).

Lo stesso affastellarsi, nelle dichiarazioni degli imputati, di diverse e non di rado contraddittorie “ragioni” della contenzione, è il chiaro segno di una strategia, simile a quella del lupo nei confronti dell' agnello nella favola di Esopo prima, di Fedro poi. Voglio mangiarti, e troverò il pretesto. Voglio contenerti: e troverò il pretesto. Se la contenzione, nella drammaticità dei gesti in cui essa consiste, avesse avuto, pur erroneamente supposta, una causa di giustificazione nella necessità insorta, quest'ultima necessità sarebbe indicata in modo chiaro ed univoco, ed di essa sola staremmo a parlare.

Andiamo alle posizioni individuali:

## **MEDICI**

Merita sottolineare, per inquadrare la “posizione di garanzia” del medico a norma dell' art. 40, comma 2, c.p., taluni principi presenti nel Codice deontologico, adottato nel 2006 in seno alla federazione nazionale degli ordini dei medici ed odontoiatri:

- Art. 5 Compito del medico è la difesa della vita, della salute fisica e psichica dell' uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della dignità della persona umana senza discriminazione d'età, di razza, di sesso, di religione, di condizioni personali e sociali;

- Art. 7 Nell'esercizio della professione il medico deve costantemente ispirarsi alle conoscenze scientifiche e alla propria coscienza assumendo come valore fondamentale il rispetto della vita e della persona umana;
- Art. 20 - Rispetto dei diritti della persona. Il medico deve improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona;
- Art. 51 - Obblighi del medico. Il medico che assista un cittadino in condizioni limitative della libertà personale è tenuto al rispetto rigoroso dei diritti della persona, fermi restando gli obblighi connessi con le sue specifiche funzioni. In caso di trattamento sanitario obbligatorio il medico non deve richiedere o porre in essere misure coattive, salvo casi di effettiva necessità, nel rispetto della dignità della persona e nei limiti previsti dalla legge;
- Abbiamo richiamato le specifiche norme dell' art. 33 l. 1978/833 sulla tutela del consenso e dei diritti fondamentali anche nel corso del TSO;

1) **Il dott. Barone** (turni dalle 8 alle 14 del 31 luglio, venerdì, e dalle 8.00 alle 20.00 del 2 agosto, domenica). Il dott. Barone ha giustificato la contenzione in vari modi:

a) richiesta prelievo da parte dei carabinieri (pag. 9 dell' interrogatorio pag. 15 del verbale di udienza del 14/04/2012 nel corso dell' esame): sul punto, non dobbiamo aggiungere altro a quanto già detto sull' abusività di questa contenzione “di polizia”;

b) il “tipo di patologia” (pag. 7 dell' interrogatorio): non è ammessa nel nostro ordinamento la contenzione “presunta” necessaria in relazione alla patologia, la contenzione “per il tipo d' autore”;

c) comportamento violento (pag. 7 dell' interrogatorio), mentre a pag. 57 del verbale di esame dice: *“anche perché domenica mattina ricordo che pure era minaccioso verbalmente, non accettava la terapia perché mi pare che fu pure fatta la proposta al paziente di prendere le terapie per gocce, questo forse lunedì mattina e lui si rifiutò di prenderle e quindi dovemmo praticare un'altra volta la contenzione”*: l' affermazione non regge per la sua intrinseca contraddittorietà. 1) domenica o lunedì? (lui era di turno domenica); 2) “mi pare”; 3) non è che la contenzione fu praticata “un' altra volta”: la contenzione non fu mai interrotta. Potremmo dare credito al dott. Barone se il paziente fosse stato liberato, gli si fosse fatta la richiesta, e (per il tempo necessario) fosse stato contenuto: ma nulla di tutto ciò; 4) non risultano colloqui nei confronti di un paziente che, ci dice a questo punto Barone, domenica era

lucido ed in grado di interloquire, e dunque di essere trattato da essere umano che poteva essere convinto in ben altri modi e tempi. Di violenza non c'è alcuna traccia nel video, che fortunatamente parla al posto del Professor Mastrogiovanni. Possiamo al più concedere al dott. Barone di avere “temuto” l' insorgenza della violenza (ma Mastrogiovanni non aveva precedenti al riguardo), ma torniamo alla contenzione “preventiva”, o “per il tipo d' autore”, che è inammissibile;

d) (pag. 19 del verbale di esame): “*per cui i motivi io ho mantenuto almeno per quello che riguarda nei miei turni per questi motivi. Uno perché il paziente non accettava la terapia e quindi ogni volta avremmo dovuto immobilizzarlo e vista la scarsità del personale e vista la prestanza fisica del signor Mastrogiovanni avremmo dovuto chiamare le guardie giurate e tutto il resto e quindi sarebbe stato un problema*”. Sulla contenzione per le esigenze evidenziate, contenzione “per comodità”, inammissibile, si è già detto;

e) contenzione per rischio “ipotensione ortostatica”. Si richiama quanto già detto sull'impossibilità di una tale, preventiva e generalizzata “contenzione precauzionale” (che tra l'altro non lascia comprendere il perché della contenzione temporanea imposta dalle linee guida). Tali rischi (ammesso vi fossero e non siano soltanto agitati) si potevano evitare con il materasso a terra, e – se del caso – avrebbero dovuto essere corsi piuttosto che sequestrare il paziente;

2) **il dottor Mazza** (in servizio dalle 14.00 alle 20.00 del 31 Luglio/Venerdì, nonché dalle 20 alle 08.00 del 2 Agosto/Domenica, nonché dalle 14.00 alle 20.00 del 3 Agosto/lunedì). Nella memoria depositata parla:

a) *del catetere per la richiesta dei carabinieri*: contenzione “di polizia”,

b) *storia anamnestica, per episodi psicotici acuti ricorrenti della durata di diversi gironi prima della risoluzione*: si è già detto: “contenzione per il tipo d' autore”;

c) *intenzionalità aggressiva durante la degenza*: ma lui ha applicato la contenzione mentre il paziente dormiva! Falsità;

d) *totale mancanza di consapevolezza di malattia durante i quattro giorni di ricovero*: smentito clamorosamente (colloquio iniziale del Professore Mastrogiovanni con Barone: il Venerdì; lucidità riferita dallo stesso dottor Barone la Domenica; saluto a Di Genio il Lunedì, segno di lucidità. E dcil dottor mazza è stato di turno anche il Lunedì 3). E comunque l' inconsapevolezza, se del caso, è una ragione per “non contenere”;

e) *continuo rifiuto da parte del paziente di accettare le terapie necessarie.* Smentito dall'assunzione all'arrivo in reparto (del resto se dice che non si rendeva conto della malattia, come poteva "rifiutare" in senso proprio?). In ogni caso, ciò giustifica la contenzione per il tempo strettamente necessario alla somministrazione, o si tratta di inammissibile "contenzione per comodità"

f) *persistente tentativo di rimuovere il catetere vescicale e l'ago della somministrazione per fleboclisi: né il catetere né la flebo possono giustificare la contenzione.* Entrambi sono stati "resi necessari" dalla contenzione abusivamente applicata (si è già detto, in particolare, sul catetere, rientrando nella "contenzione di polizia");

g) poi si afferma, astrattamente, che la contenzione consente: a) di praticare le terapie; b) di impedire che il paziente procuri male a se stesso o altri; c) di "evitare che il paziente possa cadere a terra e riportare traumi in caso di terapie farmacologiche con anti-psicotici e sedativi che hanno come effetto collaterale l'ipotensione ortostatica". Si rimanda a quanto affermato in merito.

Sul dottore Mazza merita rilevare: 1) l'apoditticità di valutazioni astratte, tese a fornire un elenco delle possibili cause di contenzione, indipendentemente da una valutazione del caso specifico. E', si è detto, il segno della abusività della condotta; 2) impedisce a Chiara Serra e Marco Garofalo di visitare il Professor Mastrogiovanni il 3 Agosto; 3) opera materialmente la contenzione "di polizia", a beneficio dei Carabinieri, il 31 Luglio.

**3) Dottore Della Pepa** (in servizio dalle 20.00 del 31 Luglio alle 8.00 1 Agosto);

- a) Pagg. 103-104 del verbale del 27/03/2011: parla di contenzione per rischio cadute, data anche la potenziale interazione dei farmaci con i cannabinoidi: inammissibile "contenzione per comodità";
- b) Ammette che la notte non era per lui decisiva nella valutazione (pag. 100): *"Io ho contenuto pure delle persone e le ho scontentate nel turno notturno. Non è che significa che c'è la notte e basta. Se la notte il paziente è tranquillo, se la notte con il paziente ci posso parlare anche se è delirante ancora, se non c'è più manifestazione di etero aggressività non ho alcun problema, io lo vado a scontentare"*. Dunque la sua scelta di mantenere la contenzione è stata una scelta di comodità: (pag. 98): *"Guardate che il signor Mastrogiovanni era in uno stato di semi-incoscienza: non poteva rendersi conto della realtà in cui stava"*. Appunto! Perché contenerlo!? Solo per risparmiare la fatica di sorvegliarne lo stato ed i movimenti;
- c) Il dott. Della Pepa rivendica di non avere sovraccaricato il paziente con l'ENTUMIN, e di avere però mantenuto la contenzione. Si tratta di un'alternativa inaccettabile. La contenzione viene presentata con una finalità

terapeutica che, a prescindere dalla qualificabilità della stessa quale atto medico a meno, è categoricamente esclusa dai consulenti in questo processo, in questi termini, si rileva l' assoluta abusività ed illegalità della contenzione;

4) **Dott. Basso** (in servizio il 1 Agosto/Sabato dalle 08.00 alle 20.00, ed il 2 Agosto dalle 20.00 alle 08.00)

- a) Mancoletti (pag. 81-82 verb. 14/04/2012): “poco collaborativo”: anche se fosse vero, sarebbe una “contenzione per comodità”;
- b) Con riguardo alla mancata scontenzione per l' intera giornata del Sabato, siamo oltre la soglia “di guardia” delle 18 ore, egli afferma (pag. 94 del verbale del 14/04/2012): “*comunque il paziente continuava ad essere agitato, poteva andare incontro a cadute, c'era il rischio che potesse cadere, che potesse battere la testa, che potesse farsi realmente male*”. Contenzione per non assistere in modo continuo il paziente (tra l' altro c'è il monitor, lo dicono). Precauzionale, e per comodità: inammissibile;
- c) Continua nella stessa espressione “*fermo restando che di solito nei pazienti con un' elevazione maniacale dell' umore ci possono essere dei comportamenti che a volte possono essere di natura etero aggressiva, auto lesiva. Questo natura è una cosa che mettiamo in conto, non una cosa che si è verificata, o che si sarebbe verificata sicuramente*”. Contenzione “preventiva”, “per tipo d' autore”: inammissibile.

Sul dott. Basso: 1) la notte del 2 agosto, sceglie, in alternativa alla contenzione, l' interruzione della terapia farmacologica (pagg. 94-95). Come Della Pepa, valuta ed impiega in termini terapeutici la contenzione: ciò che non è ammissibile; 2) non si rende conto (pag. 88) che la necessità di stare al capezzale riguarda la contenzione e non solo la risoluzione della patologia psichiatrica con il colloquio, 3) nella giornata del 1 Agosto non avviene somministrazione di liquidi al Professor Mastrogiovanni;

5) **dott.ssa Ruberto** (in servizio dalle 20.00 del 3 agosto alle 08.00 del 4 agosto);

a) (pag. 22 del verbale di interrogatorio): “*il turno di notte è un turno particolare*”, alludendo alla necessità di non influire sull' assetto determinato dai medici che hanno la continuità con i pazienti. Ma ciò è in clamorosa contraddizione con la sua decisione di non somministrare l' ENTUMIN, il “pilastro” della terapia. E si valuta la cosa in alternativa. Contenzione “terapeutica”;

b) contenzione per comodità: la dott.ssa Ruberto, nel parlare della sua non scontenzione (dopo oltre 70 ore di ininterrotta contenzione), tra l' altro dice: “*Allora sì, li fanno rimanere così come già disposto e quindi sul cui programma io non ne*

*sapevo niente, farlo rimanere era solo per la tutela del paziente stesso perché poteva cadere dal letto oppure poteva riprendere stati di agitazione. Io ero sola di notte, ero solo io, avevo poco personale”* (pag. 16 interrogatorio). E poi contraddittoriamente a pag. 18: *“ho notato che il paziente non aveva una reazione alla contenzione. Questo glielo posso dire, cioè stava tranquillo nel letto e quindi...allora la contenzione fisica non determinava, nell’ arco di quelle ore che io ho fatto la guardia notturna, non ha determinato, non aveva spasmo o contratture oppure resistenze alla contenzione”*. E allora qual è il rischio di cadute?

6) **dott. Di Genio**, presente il 31 Agosto ed il 3 Agosto di mattina in reparto, “primario”, o meglio “direttore della struttura complessa” (ordina la videosorveglianza, dice che lo dovevano chiamare per le emergenze: dunque la contenzione non è in sé un’ emergenza [e questo dice tutto sul reparto], non ha dato linee guida sulla contenzione pure sempre attuata, non ha fatto specifici corsi di formazione per il personale, prevedeva la presenza in reparto di non psichiatri. Dott.ssa Ruberto, e Piccirillo Olimpio, sentito come teste il 17/01/2012);

a) contenzione per “catetere”, per i prelievi su richiesta dei Carabinieri (pagg. 31-32 del verbale del 27/03/2011); “colluttazione con gli infermieri per il prelievo delle urine” (pag. 16 dell’ interrogatorio): ma il prelievo era illegale. Contenzione “di polizia”: inammissibile;

b) “storia clinica”(31). Contenzione “per il tipo d’ autore”;

c) “aggressività” (pag. 31): è una bugia. Lui l’ ha visto a letto il 31 Luglio e gli ha “stretto la mano” il 3 Agosto. A pag 15 dell’interrogatorio aveva affermato: *“Quindi praticando delle terapie particolari con psicofarmaci, soprattutto i pazienti con la patologia di Mastrogiovanni che è una fase maniacale, di un problema schizzo-affettivo, quindi furia pantoclastia, scassare tutto, ecc..ecc..”*. bugia. Non risultano nel presente né in passato questi comportamenti;

Sul dott. di Genio: 1)presenza il 31 ed il 3. In quest’ ultimo giorno è falso che si trattenga per 10 secondi in reparto, tanto è vero che chiede spiegazioni a Barone circa la contenzione di Mastrogiovanni (evidentemente la scena vista in stanza gli ha provocato un qualche turbamento), ed è convinto, senza alcun approfondimento, di queste spiegazioni (pag 30 verbale Barone; pagg. 15 e 64 verbale Barone); 2) Adotta la videosorveglianza (scelta cruciale organizzativa e probabilmente funzionale al controllo); lo chiamano per le emergenze, episodio del cambio di terapia la settimana prima. Sono segni del suo effettivo esercizio di leadership in reparto.

## INFERMIERI

La figura dell' infermiere, all'indomani della “professionalizzazione” con la previsione delle mini-lauree, è investita di autonome funzioni di tutela del paziente affidato alle cure nella cornice della legge 1978/833 sul SSN. Pacifico è il riconoscimento giurisprudenziale della “posizione di garanzia” ex art. 40, comma 2, c.p. Il codice deontologico adottato dall' IPASVI, la Federazione che riunisce gli infermieri, contiene principi illuminanti:

- **Articolo 3.** La responsabilità dell'infermiere consiste nell'assistere, nel curare e nel prendersi cura della persona nel rispetto della vita, della salute, della libertà e della dignità dell'individuo;
- **Articolo 5.** Il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo e dei principi etici della professione è condizione essenziale per l'esercizio della professione infermieristica;
- **Articolo 8.** L'infermiere, nel caso di conflitti determinati da diverse visioni etiche, si impegna a trovare la soluzione attraverso il dialogo;
- **Articolo 33**
- L'infermiere che rilevi maltrattamenti o privazioni a carico dell'assistito mette in opera tutti i mezzi per proteggerlo, segnalando le circostanze, ove necessario, all'autorità competente.

La giurisprudenza, a riguardo, è chiara: “*Sussiste una posizione di garanzia degli infermieri, che, oltre ad essere affermazione apodittica, fraintende completamente i principi applicabili nella subiecta materia. E' vero proprio il contrario, e cioè che [...] tale soggetto, invece, svolge un compito cautelare essenziale nella salvaguardia della salute del paziente*” (Cass. 2011/ 24573).

Con specifico riguardo all' infermiere in psichiatria...c' era una volta il “castigamatti”, il nerboruto infermiere di psichiatria che aveva un ruolo di poliziotto più che di sanitario nell' organizzazione manicomiale dell' inizio del secolo scorso. Siamo abituati a vederlo così nei vecchi film dove si viene a prelevare il “matto” che dà in escandescenze. Dopo un secolo, un cambio di cultura e di paradigma, dopo la legge Basaglia ed altri specifici provvedimenti ministeriali (in particolare il d.m. 1994/739, che all' art. 1, comma 5, ne ha delineato la figura professionale) l' infermiere psichiatrico, da un “men che infermiere” si è – come figura professionale – trasformato in un “più che infermiere”. Dovendo avere doti “uniche” di colloquio,

saldezza di nervi, preparazione ad affrontare situazioni impreviste possiede una professionalità maggiore degli altri infermieri, e deve essere formato specificamente a riguardo. Naturalmente il ruolo “di polizia” è da tempo stato sostituito da una funzione esclusivamente sanitaria.

Soprattutto con riguardo all’ infermiere in psichiatria, il codice deontologico prevede un’ apposita norma relativa alla contenzione: l’ **Articolo 30**, secondo cui: *“L’infermiere si adopera affinché il ricorso alla contenzione sia evento straordinario, sostenuto da prescrizione medica o da documentate valutazioni assistenziali”*.

Da ciò, oltre che dal buon senso, si evince che nessun infermiere aveva l’ obbligo di prestarsi ad una contenzione abusiva: nel merito, per le ragioni dette, e nel metodo, perché non annotata in cartella clinica e dunque non formalmente prescritta.

Si è sopra richiamata la giurisprudenza della Corte di Cassazione sull’ impossibilità di invocare la scriminante dell’ adempimento del dovere a fronte di ordini criminosi (quale quello in parola). Il dovere, viceversa, è di non eseguire un siffatto ordine.

Circa le posizioni individuali, e le modalità di atteggiarsi e giustificarsi rispetto all’ abusività della contenzione, con particolare riferimento ad espressioni e convinzioni utili a ritenere integrato l’ elemento psicologico richiesto dall’ art. 605 c.p.:

- 1) **Sig. Casaburi** (in servizio il 31 luglio dalle 08.00 alle 20.00), essendone consapevole perché ne parla nell’ interrogatorio, opera la contenzione abusiva per aderire all’ ordine dei Carabinieri: “contenzione di polizia”;
- 2) **Sig. De Vita** (in servizio il 31 Luglio dalle 14.00 alle 20.00 ed il 1 Agosto dalle 14.00 alle 20.00, ed il 3 Agosto dalle 08.00 alle 14.00): 1) opera la contenzione con Casaburi: contenzione di polizia; 2) nell’ interrogatorio manifesta la convenzione che rappresenti una possibile “alternativa” alla terapia: contenzione “terapeutica” ;
- 3) **Sig. Russo** (in servizio dalle 20.00 alle 8.00 del 31 luglio ed il 1 Agosto dalle 08.00 alle 14.00 con Barone): richiede l’ ordine del medico anche per la liberazione di una gamba o di un braccio (pag. 20);
- 4) **Sig. Scarano** (in servizio dalle 20.00 alle 8.00 del 31 luglio e dalle 20.00 alle 08.00 del 2 Agosto) dice di potere “*liberare gli arti solo su richiesta del medico*” (pag. 11 dell’ interrogatorio);
- 5) **Sig. Luongo** (in servizio il 1 agosto dalle 08.00 alle 14.00; il 3 Agosto dalle 20.00 alle 08.00): “*conoscendo il soggetto*” (pag. 15). Ecco il motivo della contenzione. “per il tipo d’ autore”;
- 6) **Sig. Gaudio** (in servizio dalle 14 alle 20.00 del 1 agosto);
- 7) **Sig. Minghetti** (in servizio dalle 20 alle 08.00 del 1 Agosto e dalle 20.00 del 1 agosto alle 08.00 del 2 Agosto): anche la liberazione parziale “*è una cosa che decide il medico*”, pag. 11 dell’ interrogatorio;

- 8) **Sig. Cortazzo** (in servizio dalle 20.00 del 1 Agosto alle ore 08.00 del 2 Agosto): *“liberare un braccio è pericoloso”*;
- 9) **Sig. ra Cirillo D’ Agostino** Maria (in servizio il 3 Agosto dalle 08.00 alle 14.00): 1) *“e cioè che il paziente deve essere seguito, non slegato come probabilmente possono dire ai congressi”*.. si commenta da sola, pag. 14 interrogatorio; 2) pag. 15, rispetto alla temporanea scontenzione di cui alle linee guida: *“ma dipende da come vengono legati. Nel caso del mio reparto, in 19 anni nessuno è stato mai legato da non potersi muovere”*. Cioè: i legati “blandi” possono essere contenuti *ad libitum* e senza interruzione. Trattandosi dell’ impostazione della caposala, possiamo inferirne la “cultura” infermieristica del reparto ;
- 10) **Sig. Forino** (2 agosto dalle 8 alle 14; 3 Agosto dalle 14 alle 20): 1) scontiene un braccio il 2 agosto con Oricchio senza ordine, forse è la dimostrazione che, anche senza ordine, può fare di più (pag. 119 del verbale); 2) Mancoletti “era confuso” (pag. 117) e perciò contenuto; 3) è lui ad accogliere i parenti di Mastrogiovanni ed a mandarli dal medico; 3) Mastrogiovanni *“legato perché era in TSO”* (pag. 6). Contenzione “per il tipo d’ autore”; 4) *“le condizioni aggressive, non partecipate a pigliarsi la terapia”*: bugie;

Codice Deontologico: **Articolo 21**: *L’infermiere, rispettando le indicazioni espresse dall’assistito, ne favorisce i rapporti con la comunità e le persone per lui significative, coinvolgendole nel piano di assistenza* (con riferimento alla visita di Chiara Serra e Marco Garofalo: “collabora” ad inibire loro la vista del Professore Mastrogiovanni)

- 11) **Sig. Oricchio** (2 agosto dalle 8 alle 14; 3 Agosto dalle 14 alle 20), insieme a Forino, stesse considerazioni;
- 12) **Sig. Tardio** (in servizio dalle ore 08.00 alle ore 14.00 del 3 Agosto): *“può cadere”*, (pag. 9): contenzione precauzionale. Nella stessa pagina così si esprime dicendo che la mattina del 3, lui, De Vita e Russo hanno deciso, - mentre in un primo momento il paziente essendo calmo, non avevano praticato il sedativo previsto in terapia, dopo – essendosi il paziente agitato, l’ hanno praticato. Rettifica sul fatto che ai Carabinieri aveva detto che rifiutava il cibo;

Sia medici che infermieri sono perfettamente consapevoli della contenzione, la “vogliono” nel senso utile alla configurazione penalistica del “dolo generico” richiesto per l’ integrazione degli estremi del delitto di sequestro di persona: le loro dichiarazioni non lasciano spazio ad alcun dubbio a riguardo. Nessuno spazio per la scriminante putativa.

Si ribadisce l'orientamento giurisprudenziale sulla posizione di garanzia: per Cass. 2005/9739: *“il condiviso orientamento di questa Suprema Corte è nel senso che gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici, sono tutti "ex lege" portatori di una posizione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex articolo 2 e 32 Costituzione nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità; e l'obbligo di protezione perdura per l'intero tempo del turno di lavoro”*.

E ancora, con riguardo alla “contemporaneità” (persone nello stesso turno) ed alla “successione” (per il succedersi dei turni) della posizione di garanzia, la Suprema Corte:

- 1) con sentenza 2008/8593, ha affermato: *“se più sono i titolari della posizione di garanzia ovvero dell'obbligo di impedire l'evento, ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo di tutela impostogli dalla legge (Cass. sez. 4, 19.5.2004 n. 46515 riv. 230398) fin quando si esaurisce il rapporto che ha legittimato la costituzione della suddetta posizione di garanzia”*;
- 2) con sentenza n. 45369 del 2010, ha affermato: *“se più sono i titolari della posizione di garanzia ciascuno è, per intero, destinatario dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, con la conseguenza che, se è possibile che determinati interventi siano eseguiti da uno dei garanti, è, però, doveroso per l'altro o per gli altri garanti, dai quali ci si aspetta la stessa condotta, accertarsi che il primo sia effettivamente intervenuto*

Nessuno di essi, però, ha assolto quest'obbligo nei confronti di Mastrogiovanni, con riferimento alla perpetrazione ai suoi danni del delitto di sequestro.

Successione nella posizione di garanzia: Cass. pen. Sez. IV, 25-11-2010, n. 45369 (rv. 249072)

La dottrina, e' opinione condivisa che la condotta del sequestro di persona possa consistere, oltre che in un'azione (come avviene nella maggior parte dei casi), anche in una **omissione**, come appunto nel caso in cui il colpevole, essendo titolare di un obbligo giuridico di provvedere, ex art. 40, secondo comma, c.p., alla liberazione della vittima, non si attivi in tal senso.

In realtà, nel caso di specie, in cui la restrizione della libertà (a parte il caso di chi opera attivamente e materialmente la contenzione all'inizio: Barone, Mazza, Casaburi e De Vita) venga prolungata illegittimamente da chi aveva l'obbligo giuridico di liberare il soggetto ristretto, si realizza un sequestro attivo (che si ottiene attraverso un comportamento positivo dell'agente).

Tutto quanto premesso ed argomentato

in nome e per conto della Onlus “Movimento per la Giustizia Robin Hood” -  
“Avvocati senza Frontiere”

### CHIEDE

All'Ill.mo Giudice Monocratico del Tribunale Penale di Vallo della Lucania:

- 1) riconoscere la penale responsabilità degli imputati per i reati loro rispettivamente contestati nel capo di imputazione, con il riconoscimento dell'aggravante, per il delitto di sequestro di persona: a) dei motivi abietti o futili, di cui all' art. 61, n. 1 c.p.; b) di avere adoperato sevizie o avere agito con crudeltà verso le persone, di cui all' art. 61, n. 4 c.p.;
- 2) riconoscere la responsabilità civile, ex art. 185 c.p., degli imputati, e per l'effetto di condannarli al risarcimento danni in favore della predetta Onlus:
  - a) nella somma di € 50.000,00 (cinquantamila,00) per il dott. Di Genio;
  - b) nella somma di € 20,000,00 (ventimila,00) per i dottori Mazza, Basso, Della Pepa, Barone, Ruberto;
  - c) nella somma di € 5000,00 (cinquemila,00) per gli infermieri De Vita, Oricchio, Cortazzo, Russo, Cirillo D' Agostino, Gaudio, Forino, Casaburi, Luongo, Minghetti, Scarano, Tardio;
- 3) condannare gli imputati al pagamento delle spese legali del presente giudizio, da liquidarsi equitativamente

Con fiducia nella giustizia.

Vallo della Lucania, 17/10/2012