

LO SCIOPERO DELLA FAME DELLA PERSONA DETENUTA

MASSIMILIANO GIUSEPPE MAFFEI *

SOMMARIO: 1. Fenomenologia dello sciopero della fame della persona detenuta – 2. *Status* detentivo e tutela della salute – 3. I trattamenti sanitari. Volontari, obbligatori e coattivi – 4. Ordinamento penitenziario ed interventi possibili – 5. Il risvolto negativo del diritto alla salute – 6. Conclusioni.

1. *Fenomenologia dello sciopero della fame della persona detenuta*

Il fenomeno dello sciopero della fame della persona detenuta – quale comportamento volontario di rifiuto dell'alimentazione a carattere totale, privo di giustificato motivo medico⁽¹⁾ – costituisce, nel suo complesso, uno dei particolari aspetti che può assumere la comunicazione nella istituzione penitenziaria; sostituisce il linguaggio in quelle condizioni o circostanze in cui risulta difficoltoso o inutile comunicare verbalmente, fornendo canali simbolici, profondi ed alternativi al fine di inviare un messaggio o di ricevere una risposta.

Assurge a forma di esternazione del proprio disagio, tra le meno rischiose e le più economiche nel senso dei costi istituzionali che essa comporta; infatti, non è giuridicamente sanzionabile, non prevede denuncia all'autorità giudiziaria, né provvedimenti disciplinari da parte dell'amministrazione penitenziaria.

Ogni essere umano attraverso la comunicazione acquista la consapevolezza di sé, ed interagendo con gli altri individui riceve la conferma od il rifiuto della propria immagine. Il disagio nasce, allora, quando non c'è congruità tra l'immagine trasmessa e quella che si riceve, non tanto nei termini di un rifiuto di essa quanto in quelli di una sua negazione, tanto che – al fine di annullare un tale messaggio e conseguentemente riaffermare la propria esistenza – gli individui non possono far

* Specialista in diritto e procedura penale.

⁽¹⁾ ALLEGRI-GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, Cedam, Padova, 1983;

altro che tentare di destare l'attenzione intorno a sé attraverso comportamenti sempre più *patologici* e paradossali⁽²⁾.

Nell'istituzione penitenziaria – luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che, tagliate fuori dalla società per un considerevole periodo di tempo, si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato⁽³⁾ – accade che l'individuo riceva una visione del sé quale oggetto gestito da forze sconosciute e sulle quali non può influire; la propria auto-immagine, qualunque fosse, è implacabilmente ridefinita attraverso il riflesso del proprio ruolo di delinquente da custodire e controllare e lo spazio di iniziativa che gli rimane, se non è appiattimento strumentale alle regole, o sfruttamento clandestino delle piccole illegalità possibili, diviene auto-implosivo, autodistruttivo o fantasmatico⁽⁴⁾.

Finisce così che quando i livelli della propria ansia superano i confini del contenimento e dell'autocontrollo, il ricorso del soggetto allo sciopero della fame al fine di provocare effetti di cambiamento nella condizione detentiva, riveli tutta la sua dimensione simbolica e strumentale di mezzo per raggiungere uno scopo.

Più che il desiderio di morire, il soggetto rivela il desiderio di vivere: trasmettere alla società esterna, al mondo giudiziario, politico e legislativo dei messaggi su problemi singoli o, anche, collettivi che possono riguardare la situazione processuale, il miglioramento della vita quotidiana del carcere, l'ammissione al lavoro, la mera presa in carico da parte degli operatori penitenziari o più in generale la riforma dell'intero sistema penitenziario.

Attraverso il rifiuto alla nutrizione, la persona si riappropria di spazi di autodeterminazione e l'atto, in quanto tale, finisce esso stesso per essere di per sé ed in sé appagante; un liberatorio sfogo fisico alla sopraffazione ed al conseguente adattamento istituzionale; vero e proprio paradosso conservativo della propria identità personale e culturale.

Il suo scopo è, allora, "quello di permettere la messa a repentaglio della propria vita" per fini che possono essere discu-

(2) MASTRONARDI, *Le strategie della comunicazione umana*, Franco Angeli, Milano, 2000; WATZLAWICK, *La pragmatica della comunicazione umana*, Astrolabio, Roma, 1971.

(3) GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1968.

(4) MOSCONI, *Tempo sociale e tempo del carcere*, in *Sociologia del diritto* n. 2, 1996, pp. 89-106

tibili ma che non sono rivolti verso la morte; il perseguimento di un tale fine ci dice allora come il tema dello sciopero della fame non sia semplicisticamente sovrapponibile a quello del suicidio, con tutte le implicazioni che ne derivano.

Lo sciopero della fame, classificato dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria tra gli eventi critici posti in essere dai detenuti, è una forma di protesta di frequente riscontrata negli istituti penitenziari italiani. A partire dall'anno 1992 di tale manifestazione di protesta è possibile registrare fino ad oggi (5.435 manifestazioni nell'anno 2002) la tendenza al decremento progressivo con alcune, però, significative ed interessanti eccezioni. Infatti nel 1993 si registra una triplicazione dei casi da 8.385 a 25.502 quale effetto sia della L. 12 luglio 1991 n. 203 di conversione del D.L. 13 maggio 1991, n. 152 e della L. 7 agosto 1992 n. 356 di conversione del D.L. 8 giugno 1992 n. 306 emanate per una risposta più efficace alla criminalità ma che hanno fortemente derogato al principio dell'eguaglianza di tutti i condannati nella fase dell'esecuzione della pena, sia della particolare stagione giudiziaria che seguì al disvelamento di gravi episodi di corruzione della vita politica ed istituzionale italiana, la quale determinò, da una parte, l'ingresso negli istituti penitenziari di una nuova tipologia di detenuto dal livello sociale e culturale medio-alto e dall'altra, un profondo dibattito sugli strumenti e gli istituti del processo penale.

Incremento che andò progressivamente a scemare per attestarsi tra le 5.000 e le 6.000 manifestazioni, fino ad un ulteriore picco nel 2000, anno in cui si registrano 9.560 scioperi della fame, conseguenza delle frustrate aspettative della popolazione detenuta italiana in occasione dell'Anno giubilare e della tanto propagandata "amnistia" in sede politica che poi non si tradusse in alcun provvedimento di fatto.

L'amministrazione penitenziaria una volta ricevuta la dichiarazione del detenuto di voler iniziare lo sciopero della fame, attiva tutta una serie di interventi che trovano la loro disciplina in diverse circolari⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Circolare D.A.P. 24.02.1984, n. 605202/9. Servizio sanitario penitenziario;

Circolare D.A.P. 12.09.1985, n. 3132/5582. Assistenza sanitaria ai detenuti;
Circolare D.A.P. 19.03.1996, n. 566285. Procedure per l'invio delle comunicazioni concernenti la tutela della salute e della vita dei detenuti;

Circolare D.A.P. 21.04.1998, n. 148.339/4-1. Sciopero della fame;
Circolare D.A.P. 12.05.2000, n. 3524/5974. Atti di autolesionismo e suicidi in ambiente penitenziario.

Il detenuto viene così sottoposto a costante osservazione e controllo medico per meglio monitorare le sue condizioni psico-fisiche. Viene visitato due volte al giorno con particolare attenzione al peso. Sarà, così, anche possibile verificare se si tratta di un vero e proprio sciopero della fame oppure di una simulazione; infatti, non sono infrequenti i casi in cui il detenuto dichiara di iniziare e di voler fare lo sciopero, per cui rifiuta il vitto dell'istituto, ma alle visite mediche e ai controlli sul peso non risulta alcun dimagrimento in atto.

Il soggetto non viene isolato dagli altri compagni di detenzione e diviene destinatario di una adeguata attività di sostegno psicologico; con il protrarsi dell'astinenza, potrà essere trasferito al reparto infermeria o nei centri diagnostici terapeutici (CDT) dell'amministrazione penitenziaria.

Se il detenuto persevera nella sua decisione di non mangiare e prosegue tale digiuno per lungo tempo, si possono verificare delle conseguenze dannose per il suo corpo, autointossicazione, rallentamento della produzione di calore, fino al sopraggiungere di lesioni neurologiche e come tali irreversibili.

Rifiutare gli alimenti necessari a reintegrare le perdite quotidiane, non assumendo tutti quei materiali indispensabili a produrre energia per l'attività respiratoria, cardiaca, motoria ed ogni altra funzione organica, costringe l'organismo, al fine di sopravvivere, ad utilizzare le sue riserve, andando incontro ad un processo di autodistruzione, ponendosi nella condizione di vivere consumando se stesso.

Il quadro clinico di uno sciopero della fame diventa, così, presto drammatico; superati i primi tre o quattro giorni, dominati dalla sensazione di fame, subentra uno stato d'indifferenza verso il cibo e di astenia crescente, con rapido dimagrimento.

Diversi, poi, sono i fattori che possono condizionare, in tempo più o meno brevi, il sopraggiungere dell'esito letale, l'età e la costituzione del soggetto, il suo stato di salute, la sua reattività e naturalmente l'assunzione o meno dell'acqua, e comunque è difficile che una persona normale possa sopravvivere oltre i sessanta giorni.

Per scongiurare i danni alla salute e la morte del digiunatore occorre, allora, interrompere lo sciopero, sottoponendo il soggetto ad adeguata terapia di supporto alimentare: transitorio ricovero in ambiente intensivo; sedazione profonda continua; protezione delle vie aeree mediante intubazione o ventilazione meccanica; incannulazione venosa centrale per monitoraggio volemico e cauta, graduale reidratazione e sup-

porto nutrizionale; posizionamento di sonda naso-gastrica per cauta, graduale rialimentazione enterale; monitoraggio continuo dei parametri vitali; assidua valutazione dei parametri metabolici in laboratorio⁽⁶⁾.

Tutto ciò richiede la necessaria adesione e disponibilità della persona, per cui se questa è dissenziente è inevitabile il ricorso all'uso di mezzi coercitivi e la sottoposizione del soggetto ad interventi invasivi del suo corpo.

A questo punto il problema che si pone, in capo all'amministrazione penitenziaria e al medico incaricato del caso, è legato al fatto che il soggetto, oltre gli alimenti, sia solidi che liquidi, può arrivare a rifiutare anche ogni intervento sanitario sia a scopo diagnostico che terapeutico.

Si apre, così, la questione della liceità o meno di un trattamento imposto d'autorità dal sanitario e dall'amministrazione e, quindi, quello più generale del se alla libertà dell'individuo di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo possano essere posti dei limiti, dipendenti o meno dallo stato di detenzione e più in generale, se nel conflitto fra il diritto alla libertà personale ed il diritto alla vita, quest'ultimo – matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona – appartenga all'individuo stesso o alla società.

2. Status detentivo e tutela della salute

A ciascun soggetto dell'ordinamento giuridico è riconosciuta la libertà, anche morale, di disporre della propria persona.

Questa libertà si traduce nel potere di disporre di sé, senza sottostare a coercizioni, e ad obblighi che sottopongano la persona all'altrui potere. L'art. 2 della Costituzione stabilisce, infatti, il primato della persona umana e dei suoi diritti rispetto ad ogni istituzione politica e ad ogni potere costituito, compreso il legislatore, sia ordinario che costituzionale.

Se l'art. 13 Cost. afferma l'inviolabilità della persona, come libertà nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere di disporre del proprio corpo e di autodeterminarsi in rela-

⁽⁶⁾ Buzzi, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, Rivista italiana di medicina legale, 1982, p. 282; PARZIALE-PONTI, *Il medico e l'alimentazione forzata del detenuto*, Rassegna penitenziaria e criminologica, anno IV, Gen-Apr., 1983, p. 147.

zione alla propria coscienza, l'art. 32 Cost. ribadisce tale principio con particolare riferimento al rispetto della persona umana in relazione al trattamento sanitario.

La salute abbraccia l'individuo e in rapporto agli artt. 2 e 3 Cost., rivela la sua natura sia di diritto inviolabile fondamentale, in quanto esplicazione della personalità umana protetta contro ogni aggressione, sia di diritto "sociale" che attua nel settore sanitario il principio di eguaglianza fra i cittadini.

Ne discende che la tutela della salute non può che essere una funzione specificamente pubblica e che lo Stato ha un preciso dovere di intervento in questo settore, al fine di prevenire e reprimere quelle situazioni che, causando la malattia, impediscono al soggetto una vita piena e dignitosa, ricomprendendo la salute "all'interno dei propri fini istituzionali"⁽⁷⁾.

Nemmeno le condizioni economiche del singolo possono costituire un ostacolo alla realizzazione di una piena tutela; difatti, la seconda parte del primo comma dell'art. 32 prevede, in forza dei principi di solidarietà e di partecipazione, la gratuità delle prestazioni sanitarie a favore di chi versi in stato di indigenza.

La giurisprudenza costituzionale⁽⁸⁾ ha chiarito che, pur essendo il diritto alla salute ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente garantite dalla Costituzione, la tutela riconosciuta può incontrare limiti oggettivi sia nella stessa organizzazione dei servizi sanitari sia nelle esigenze di concomitante tutela di altri interessi.

Questo significa che le connaturali esigenze di sicurezza e di controllo che sottendono alla detenzione possono portare ad un affievolimento della tutela della salute in quegli aspetti che, limitando fortemente la volizione dell'individuo, non consentono una normale fruizione dell'assistenza sanitaria al pari degli altri soggetti dell'ordinamento.

Il "diritto alla salute" è un concetto, infatti, che esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate che vanno dal diritto alla propria integrità psico-fisi-

⁽⁷⁾ FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, Padova, 2002; COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998; LUCIANI, *Diritto alla salute*, Enciclopedia giuridica, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991; RAMACCI-RIZ-BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, Rivista italiana di medicina legale, 1983, p. 848.

⁽⁸⁾ Corte Costituzionale, sentenza n. 218 del 1994, in Foro italiano, 1995, I, c. 46.

ca al diritto alla salubrità dell'ambiente, dal diritto all'informazione sul proprio stato di salute e sui trattamenti che il medico vuole effettuare al diritto alla partecipazione alla cura, dal diritto di accesso alle strutture al diritto del malato di comunicare con i propri congiunti e così via.

Profili, che se non tutti afferiscono direttamente allo stato di malattia si pongono, comunque, in una posizione strumentale alla conservazione del bene salute, riguardando la condizione soggettiva che si produce al momento dell'insorgenza della patologia e che va sotto l'espressione "diritto del malato".

Lo stato di detenzione crea esigenze e limiti peculiari, che da un lato costituiscono una limitazione dello *status* generale di cittadino e dall'altro sono il presupposto per la operatività di un sottosistema particolare, in cui si pongono speciali doveri e diritti dell'individuo e dell'autorità. La restrizione della libertà finisce col limitare le scelte di vita individuale e rende il soggetto assolutamente dipendente dall'amministrazione penitenziaria per l'appagamento di molte esigenze fondamentali. È, allora, responsabilità della "amministrazione-custode" provvedere alle esigenze del "custodito", in maniera rispondente alla situazione e ai suoi bisogni, anche di fronte alla società.

Invero, la caratteristica che distingue nello specifico la posizione del recluso dalla totalità dei cittadini, consiste nella mancanza di autodeterminazione alle prestazioni mediche che trova la sua giustificazione nell'assetto comunitario del carcere, dove è più forte l'esigenza di tutela degli interessi collettivi⁽⁹⁾.

La scelta del luogo di cura, per il detenuto, è effettuata dall'amministrazione penitenziaria e dall'autorità giudiziaria sulla base delle prevalenti esigenze di sicurezza e dell'adequatezza del servizio sanitario penitenziario.

Il detenuto fruisce obbligatoriamente dell'opera dei medici penitenziari e la possibilità di avere un proprio medico di fiducia è subordinata alla sua disponibilità economica; è sottoposto a visita medica, indipendentemente da una sua richiesta, all'atto dell'ingresso e nel corso della sua permanenza nell'istituto penitenziario: ad esempio per accertare l'idoneità al lavoro cui è addetto od in occasione di un suo trasferimento,

⁽⁹⁾ PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli Ed., Torino, 2002.

al fine di verificare l'esistenza delle condizioni che rendono possibile sopportare il viaggio oppure, durante l'esclusione – determinata in via disciplinare – dalle attività in comune, per accertare la sopportabilità dello stato di isolamento che ne deriva. Ed ancora, se sospettato o riconosciuto affetto da malattie contagiose, il soggetto è immediatamente isolato e così nel caso di sospetto di malattia psichica, sono adottati nei suoi confronti, senza indugio, i provvedimenti necessari col rispetto delle norme concernenti l'assistenza psichiatrica e la sanità mentale (art. 11 della Legge 26 luglio 1975, n. 354 recante norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, artt. 17, 23, 73, 83, 112 del regolamento di esecuzione D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

Prima facie queste limitazioni motivate da ragioni di sicurezza appaiono ragionevoli.

Ma vi è di più, la tutela della salute della persona reclusa assume, altresì, una valenza positiva in relazione a quella che è la concezione della pena riconosciuta nella nostra Costituzione all'art. 27, terzo comma, che recita: *"Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"*.

La norma costituzionale sancendo il principio della umanizzazione e della funzione rieducativa della sanzione penale, impone una concezione della pena non meramente retributiva ma attenta ai bisogni umani del condannato in vista del suo possibile reinserimento sociale⁽¹⁰⁾. È, allora, naturale osservare come la umanizzazione della pena e la rieducazione del detenuto postulino necessariamente la tutela del suo diritto alla salute. La condizione di benessere psico-fisico diviene, infatti, strumentale all'attività volta al recupero sociale dell'individuo, a quello che viene definito il "trattamento penitenziario". La stessa esecuzione della pena nei suoi caratteri sanzionatori e disciplinari deve cedere il passo di fronte alla malattia; la stessa disciplina sui ricoveri, sull'incompatibilità con la stato detentivo e sull'applicazione di misure verso il recluso-malato si muovono proprio in tale direzione⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova 2000; PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., G. Giappichelli Ed., Torino, 1997, pp. 291-313.

⁽¹¹⁾ Ne costituiscono un esempio gli artt. 275 C.P.P., 146, 147, 148 C.P., 47-ter e quater L. 26 luglio 1975, n. 354.

Appare, così, di tutta evidenza come la tutela della salute del detenuto, l'organizzazione sanitaria e i compiti della medicina penitenziaria⁽¹²⁾, non possano essere pienamente compresi al di fuori del binomio sicurezza-trattamento che caratterizza tutta la fase esecutiva e accompagna, con tutte le ambiguità e le difficoltà insite nel reciproco rapporto, l'espletamento di tali funzioni, espressioni diverse della unica finalità della pena con valenza rieducativa. La grande complessità del sistema penitenziario odierno, nel suo insieme e in rapporto ai suoi molteplici compiti, risiede proprio in questa singolarità funzionale.

3. I trattamenti sanitari. Volontari, obbligatori e coattivi

Il secondo comma dell'art. 32 della Costituzione contiene due rilevanti disposizioni che, a difesa della dignità umana, garantiscono il fondamentale diritto di libertà individuale sotto l'aspetto della salute: *"nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge"*, legge che *"non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"*.

Solo una legge dello Stato, ossia un provvedimento generale ed astratto, che determini in maniera puntuale a quale *trattamento* – e per esso intendiamo fare riferimento alla pre-

⁽¹²⁾ In questo scenario si inserisce il D.L.vo 22.06.1999, n. 230 in attuazione dell'art. 5 della legge 30.11.1998, n. 419, che ha dato inizio all'opera di riforma della medicina penitenziaria che prevede il passaggio di quest'ultima dal Ministero della Giustizia al Servizio sanitario nazionale. Al Ministero della Sanità spetterà la programmazione ed il coordinamento generale del servizio sanitario negli istituti penitenziari della Repubblica; alle Regioni l'organizzazione, la programmazione ed il controllo del servizio nei rispettivi ambiti territoriali; alle Aziende sanitarie locali la gestione operativa ed il controllo del servizio nel singolo istituto di pertinenza. Sarà, così, l'ASL ad erogare le prestazioni sanitarie alla popolazione detenuta, mentre l'amministrazione penitenziaria, attraverso il suo contingente medico interno, provvederà alla sicurezza, al trasferimento in ospedale ed alle certificazioni rilevanti ai fini di giustizia come le scarcerazioni e l'incompatibilità con lo stato detentivo.

Tale passaggio è, tuttora, in fase di sperimentazione e solo in alcune Regioni e con particolare riferimento ai soli detenuti tossicodipendenti.

Occorre, in questa sede, sottolineare come all'art. 1, primo comma, venga affermato esplicitamente e per la prima volta il diritto dei detenuti e degli internati *"al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate"*.

stazione professionale del medico destinata a produrre un miglioramento nelle condizioni di vita della persona cui detta prestazione è riferita – deve sottoporsi il consociato, può autorizzare il medico a ignorare il dissenso del paziente validamente espresso.

Viene posta così una riserva di legge che fissa un preciso vincolo allo stesso legislatore e alla pubblica amministrazione nel consentire determinati trattamenti in vista di superiori interessi pubblici, i soli che possono giustificare la compressione del diritto di libertà individuale. Trattamenti che devono essere eseguiti nel pieno rispetto della dignità della persona umana, salvaguardando ogni convinzione etica religiosa e personale del singolo. Sarebbero insomma vietati, dallo stesso legislatore, trattamenti umilianti e degradanti la persona umana nonché quelli rivolti unicamente al benessere della collettività⁽¹³⁾.

I principi contenuti nella norma costituzionale sono stati trasfusi nell'art. 33 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale che stabilisce: *"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 accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'art. 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e di diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura."*

Da ciò deriva che nessun medico potrà eseguire un trattamento sanitario senza il consenso del paziente o senza una legge che lo imponga, salvo nei casi e nei limiti consentiti dallo stato di necessità previsto dall'art. 54 del codice penale⁽¹⁴⁾, ossia quando una persona versi in pericolo attuale di vita o di un danno grave alla salute e non sia possibile acquisire un qualche consenso o dissenso del paziente perché, ad esempio, in stato di coma.

⁽¹³⁾ Corte Costituzionale, sentenza 14.06.1990 n. 37, pubb. in Gazz. Uff. del 27.06.1990; MEZZETTI-ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, Digesto, 1996, p. 336; VALENTINI, *I trattamenti e gli accertamenti sanitari obbligatori in Italia*, Cedam, Padova, 1996.

⁽¹⁴⁾ Art. 54 c.p., primo comma: *"Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od 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."*

È solo il consenso⁽¹⁵⁾ che segna con certezza il limite iniziale, e in caso di revoca, anche quello finale della liceità costituzionale del trattamento.

Il consenso per essere valido deve qualificarsi come informato, esplicito, libero, autentico ed immune da vizi.

L'informazione, che deve essere resa dal medico al paziente, deve riguardare le condizioni di salute dello stesso, l'insorgere di una malattia e i rischi ad essa legati, nonché la natura della prestazione che si intende effettuare e le aspettative che, volta per volta, è lecito attendersi nel singolo caso. Il paziente deve essere messo in grado di rendersi conto della situazione attinente al suo stato di salute e quindi di decidere di conseguenza.

Se, allora, il consenso costituisce la regola, posto che "nessuno" può essere obbligato ad un determinato trattamento se non per disposizione di legge, l'eccezione sarà data dai trattamenti sanitari obbligatori, che quando sono previsti da una legge e devono esserlo per forza, occorre che lo siano in maniera determinata.

L'obbligatorietà è pensabile ogniqualvolta ricorre la contemporanea presenza, da una parte, di una necessità di cura della persona che lo subisce e, dall'altra, di un interesse per la salute della collettività, oppure quando sia in gioco la vita di un terzo. Questo interesse della collettività – intesa quale somma dei singoli cittadini, apolidi, stranieri che costituiscono un certo contesto sociale – si identifica con l'interesse-diritto di ciascuno alla *propria* salute. Requisito senz'altro soddisfatto quando si tratta di imporre il trattamento di malattie infettive ad alta diffusione, tale è il caso di alcune vaccinazioni ad esempio per la cura di malattie veneree contagiose, della lebbra e della tubercolosi, o le analisi ematologiche previste per gli addetti alla manipolazione ed al confezionamento degli alimenti, meno soddisfatto quando si passa a considerare i trattamenti sanitari obbligatori psichiatrici ove l'interesse per la collettività è più sfumato, salvo far rientrare nel concetto di salute pubblica quello di sicurezza pubblica dove il soggetto è visto, o meglio vissuto, come minaccia e pericolo potenziale⁽¹⁶⁾.

(15) In dottrina: MACCHIARELLI-ALBARELLO AA.VV., *Trattato di medicina legale*, Edizioni Minerva Medica, Torino, 2002; RAMACCI-RUIZ-BARNI, op. cit..

(16) MASTRONARDI, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologici forensi*, Giuffrè, Milano, 2001.

Il contenuto della legge che disciplina il trattamento sanitario obbligatorio deve, a sua volta, determinare puntualmente il trattamento imposto. La riserva di legge è, allora, soddisfatta solo se ad essere previsto in essa è un determinato trattamento, le prestazioni imposte, i presupposti, l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione, e non una generica previsione di cura. La stessa disposizione di cui all'art. 33 della Legge 833/78, si rivela norma generica che non corre in aiuto in tale direzione, non operando alcuno specifico riferimento ad un determinato tipo di patologia, limitandosi a rinviare alla legislazione vigente e, così via, le leggi tipo l'autorizzazione alla professione o le scriminanti previste nel codice penale, non sarebbero sufficienti a dare legittimità a trattamenti sanitari imposti. Non basterebbe, ad esempio, dire che essendo la norma di cui all'art. 54 del c.p. prevista da legge, tanto basta a rendere legittimo il trattamento eventualmente imposto, avendone invocato l'applicazione al di fuori dei casi di impossibilità di prestare un valido consenso; in tal modo si verrebbe a creare la situazione del paziente dissenziente, a cui sulla base di una valutazione scientifica viene imposto un trattamento eludendo il dettato costituzionale che invece richiede una legge per un determinato trattamento. Tale disposto di legge, al più, rende possibile l'intervento, lo consente, ma non ne implica l'obbligo a carico né di qualsiasi cittadino né di un medico. Né si può tacere che "l'ampliare in nome dello stato di necessità i poteri-doveri d'intervento dell'autorità" non rappresenti "un'impostazione gravida d'incognite, che finisce per affievolire il principio di legalità dell'azione amministrativa in una clausola generale il cui unico scopo è risolvere situazioni conflittuali eccezionali, e non già influire sul rapporto autorità-libertà"⁽¹⁷⁾.

Il medico, in particolare, nello svolgere una professione il cui fine principale consiste nel preservare la salute e la vita del malato, non ha il dovere né il diritto indiscriminato di curare ma, bensì, è titolare di una potestà di cura vincolata dal consenso valido ed informato di chi alle prestazioni mediche si sottopone; recita, infatti, l'art. 51 del nuovo codice di deontologia medica che allorquando un recluso rifiuta di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarlo sulle conseguenze che tale decisione può comportare sulle sue condizioni di salute e se

⁽¹⁷⁾ PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Questioni giuridiche*, 1982.

questi è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterlo.

Nel rapporto individuale, medico paziente-recluso, diviene indispensabile il ricorso ad una approfondita e costante opera di convincimento e di dissuasione del soggetto dal compimento di tali azioni. Il medico deve, allora, sì adempiere ad un obbligo, professionale e morale, di mettere in grado il paziente di compiere una scelta e di verificare la libertà della scelta medesima, ma di fronte ad un atteggiamento esplicito e deciso dell'interessato, "in presenza di una determinazione autentica e genuina non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte"⁽¹⁸⁾.

Il ricorso ad interventi implicanti l'uso della coazione, in quanto vietati da altri principi dell'ordinamento, non può non esigere altro che principi giustificativi *ad hoc*.

Tantomeno si può sorvolare sulla reale applicazione ed efficacia della scriminante di cui all'art. 54 c.p., laddove, inteso il "pericolo attuale" come in atto o comunque presente, l'intervento medico può rivelarsi del tutto inutile perché oramai tardivo; basta pensare come nel caso specifico dello sciopero della fame la perdita della metà del peso corporeo iniziale sia considerato dalla scienza medica già condizione di *non ritorno* e non sempre la ripresa dell'alimentazione si rivela sufficiente per salvare la vita del paziente.

Distinzione ulteriore è, infine, operata tra i trattamenti sanitari che possono qualificarsi come solo obbligatori e quelli che possono essere anche coattivi⁽¹⁹⁾.

I primi si definiscono tali per la previsione, da parte della legge, di sanzioni di vario genere in caso di una loro inosservanza od elusione.

I secondi possono essere imposti facendo uso della forza fisica per vincere una resistenza. In tal caso c'è da chiedersi se nella loro esecuzione abbisognano di ulteriori rinforzi costituzionali – richiedendo l'art. 13 Cost. per gli atti privativi della

⁽¹⁸⁾ Corte di Cassazione: Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, in Cassazione Penale, 2003, 542.

⁽¹⁹⁾ PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in Diritto sociale, 1979, 875.

libertà posti in essere da organi dello Stato, oltre alla riserva di legge anche la riserva giurisdizionale dell'atto motivato del giudice – o se basti la sola previsione di legge del trattamento medesimo.

La risposta ruota attorno all'esatto significato del concetto di privazione di libertà, ossia se essa venga chiamata in causa anche solo dalle sanzioni indirette previste per l'omissione dell'obbligo a sottomettersi al trattamento o se sia necessaria una esecuzione in forma specifica del trattamento anche vincendo le resistenze fisiche opposte.

Indubbiamente poiché tutte le imposizioni che contemplano l'uso della forza riguardano il diritto di libertà della persona, ecco che possono essere legittimamente attuate solo nel rispetto dell'art. 13 Cost., le cui garanzie opererebbero non solo per quegli atti privativi della libertà che contengono un giudizio di disvalore rispetto alla persona che li subisce, ma anche per quelli, per così dire, posti in essere a fin di bene!

Doppia riserva, dunque, di legge ex art. 32 Cost. e giudiziaria ex art. 13 Cost., anche nei casi di alimentazione forzata nei confronti di soggetti dissenzienti.

La norma costituzionale, riconoscendo la inviolabilità della libertà personale, non consentendo restrizione alcuna della stessa se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, implica la necessaria "tipizzazione" delle possibilità di restrizione della libertà personale.

4. Ordinamento penitenziario ed interventi possibili

Abbiamo visto come qualunque trattamento sanitario debba essere di norma preceduto dal consenso del soggetto che ne è destinatario ed un eventuale dissenso sia superabile solo laddove un'esplicita norma di legge lo renda possibile, prevedendo in quel caso non la mera possibilità, bensì il preciso dovere di intervenire anche coattivamente, ancorando a criteri obiettivamente riconoscibili la restrizione della libertà personale.

Ora per fronteggiare lo sciopero della fame del detenuto la normativa penitenziaria non pare prevedere un chiaro intervento in tale direzione.

Infatti, l'art. 41 dell'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354) e l'art. 82 del nuovo regolamento

recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230)²⁰, si limitano a consentire l'impiego della forza fisica per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti, e ad autorizzare il ricorso a mezzi di coercizione diversi dalla forza fisica, espressamente previsti dal regolamento al fine di evitare danni a persone o di garantire l'incolumità dello stesso soggetto, introducendo così una incomprensibile eccezione al principio di stretta legalità; infatti, una fonte di diritto di rango subordinato viene demandata di individuare detti mezzi, i quali non vengono identificati se non attraverso un generico richiamo ai mezzi impiegati, sotto controllo sanitario, per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche, che altro non sono che tutti quegli strumenti adoperati per l'immobilizzazione dell'individuo (es. le fasce di contenzione ai polsi e alle caviglie).

Ma non è pacifico che lo sciopero della fame sia un atto autolesionistico che possiede i caratteri della violenza e che, pertanto, possa rientrare a pieno titolo tra quegli atti che la norma mira ad impedire; norma, tra l'altro, collocata ben al di là della sede in cui sono trattati i problemi sanitari, tanto da farla ritenere finalizzata a interventi protettivi di diversa

⁽²⁰⁾ Art. 41 O.P. (*Impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coercizione*). Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti.

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

Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto.

L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario.

Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore.

Art. 82 Reg. esec. (*Mezzi di coercizione fisica*). 1. La coercizione fisica, consentita per le finalità indicate nel terzo comma dell'articolo 41 della legge, si effettua sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche.

natura⁽²¹⁾. Tra i quali, se rientrano a pieno titolo gli interventi coattivi per impedire un'impiccagione o per eliminare gli effetti di atti auto-soppressivi in corso (es. il taglio delle vene), sicuramente non vi possono far parte imposizioni di *facere* a fronte di condotte puramente omissive.

L'amministrazione penitenziaria, d'altra parte, può ben essere considerata e a ragione, titolare di una vera e propria posizione di garanzia penalmente rilevante nei confronti della persona detenuta. Graverebbe su di essa un obbligo giuridico, desunto dall'ordinamento penitenziario nel suo complesso, di tutelare la vita e l'incolumità degli individui affidati alla sua custodia e il cui inadempimento configurerebbe un'ipotesi di reato ai sensi del combinato disposto della clausola generale di equivalenza di cui all'art. 40, cpv, c.p. con gli articoli di parte speciale 589 (Omicidio colposo) o 590 (Lesioni personali colpose) c.p., o ancora gli artt. 328, comma 1, (Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione) e 586 (Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto)⁽²²⁾ c.p.

Il detenuto si trova sotto la responsabilità dell'amministrazione penitenziaria, a cui è affidato il compito di assicurare che egli rimanga in carcere evitando che evada, di controllare il rispetto da parte sua delle regole della disciplina carceraria, ma anche di garantirne l'incolumità. L'amministrazione è, quindi, garante dell'impedimento, non avveramento dell'evento concreto di danno o di pericolo. Su di essa graverebbe l'obbligo giuridico di attivarsi, anche e soprattutto, contro la volontà del detenuto.

Partendo da questo assunto, competente a disporre il ricovero coattivo in ospedale, nonché l'osservazione, il controllo e il trattamento sanitario ai sensi dell'art. 11 o.p. e dell'art. 240 disp. att. c.p.p., sarà, prima della pronuncia della sentenza di primo grado, l'autorità giudiziaria procedente, dopo la pro-

(21) La Corte di cassazione ha valutato tali forme di costrizione come atti di coercizione leciti in ambito carcerario e non come atti medici (Cass. Penale Sez. IV sentenza del 19.12.1979).

(22) L'art. 40, primo comma, C.P. recita: "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*".

In dottrina sulla posizione di garanzia: GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto pen. proc.*, 1999, 629; TERRAGNI, *Illecito omissivo improprio e posizione di garanzia*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, V, 1081; FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro italiano*, 1983, II, 235, con una significativa rassegna giurisprudenziale.

nuncia, il magistrato di sorveglianza competente. In tutti i casi, il giudice non rimuoverà l'ostacolo del dissenso sostituendo la propria volontà a quella del paziente, cosa che non potrebbe fare, bensì autorizzerà l'intervento del medico richiamandosi ai suesposti principi generali del diritto.

Occorre osservare, però, che se la limitazione della libertà comporta inevitabilmente una limitazione delle scelte di vita individuali, tale da rendere il soggetto assolutamente dipendente dall'amministrazione per l'appagamento di molte esigenze fondamentali e questa obbligata a provvedervi in maniera rispondente, non può sostenersi che lo Stato possa arrivare a svuotare di contenuto il diritto del soggetto di disporre liberamente della propria persona e della propria coscienza. Questo perché non può procedersi all'uso della forza fisica per vincere una resistenza posta a tutela di un proprio diritto, senza che questa rechi pregiudizio alla salute collettiva, a meno di vedere nello sciopero della fame una certa "potenzialità epidemica", una minaccia per la microsocietà penitenziaria più esposta, per la sua intrinseca natura di gruppo sociale ristretto, a subire effetti di condizionamento ed imitazione dell'agire.

Pertanto, se non esiste un dovere giuridico d'intervento in detti termini, non solo non risulta l'elemento soggettivo, ma viene ad essere escluso *tout court* lo stesso nesso di causalità tra la condotta e l'evento di cui all'art. 40, cpv, c.p.

Lo Stato ha il potere di limitare la libertà personale dei singoli ed ha il dovere di provvedere alla loro risocializzazione all'interno di un sottosistema particolare – l'ordinamento penitenziario – fonte di speciali doveri e diritti in capo all'individuo e all'autorità, ma non può procedere a trattamenti coattivi in presenza di un valido dissenso da parte del destinatario. Né si può pensare che la nutrizione coatta trovi la sua giustificazione in un obbligo a carico del detenuto di espiare tutta la pena inflitta, impedendogli così di sottrarsi all'esecuzione "quasi fossimo nel medioevo in cui si cercava ad ogni costo di portare il condannato ancora vivo al supplizio"⁽²³⁾.

Vi è di più, infatti, lo stesso trattamento rieducativo non ha carattere impositivo, è assolutamente imparziale e presuppone l'adesione volontaria del destinatario. Da ciò discende che in capo all'amministrazione penitenziaria insiste un obbligo di attivarsi, di fare, di dare indicazioni e consigli circa il modo per poter influenzare un cambiamento desiderato nel

(23) RAMACCI-RUIZ-BARNI, op. cit.

presente e nel futuro, al quale corrisponde un correlativo diritto al trattamento in capo al singolo detenuto, che presenta il carattere della rinunciabilità.

Ora se vero è che la restrizione della libertà personale, in cui si sostanzia lo stato di detenzione, dà luogo all'applicazione di un regime al quale sono intrinseche le ragioni di ordine e di sicurezza che consentono o impongono un controllo della persona da parte degli agenti amministrativi, è altrettanto vero che in capo al detenuto sopravvivono diritti costituzionalmente protetti, e in particolare un "residuo" impregiudicato di libertà personale, ultimo ambito in cui può espandersi la sua personalità.

Diversamente verrebbe operata una ulteriore restrizione di libertà personale non giustificata e in eccesso rispetto al *quantum* di privazione imposto con la sentenza di condanna. L'alimentazione forzata costituirebbe una misura incidente su uno spazio di libertà non pregiudicato dallo stato di detenzione, per cui la persona in regime carcerario in nulla differisce e in nulla si distingue dalla persona libera, pena una irragionevole disparità di trattamento tra soggetti.

A questo punto in assenza di una norma di legge che preveda espressamente il trattamento, i problemi, giuridici e deontologici, che si pongono all'attenzione, finiscono col riguardare essenzialmente la validità del personale, motivato, manifesto e liberamente espresso dissenso del detenuto ai trattamenti, anche se rivolti a beneficio della propria salute, finanche del bene vita.

L'orientamento favorevole all'intervento coatto dell'amministrazione rafforza la propria tesi sviluppando alternativamente due considerazioni⁽²⁴⁾.

La prima ritiene che la scelta di lasciarsi morire in carcere per fame, sia libera solo in apparenza. Il comportamento del soggetto risulterebbe influenzato dallo stato detentivo, ossia da una condizione ambientale in cui, costretto a vivere contro la sua volontà, sarebbe portato a distorcere a livello essen-

(24) In dottrina: CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2002; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1964, vol. VIII; PALAZZO, *Sciopero della fame di detenuti e omissione di soccorso*, Rivista penale, VI, 1, 1935.

In giurisprudenza: Tribunale di Milano, Sez. II Penale - 10 aprile 1989 - Pres. Est. Cappelli, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, anno XI, 1989; Tribunale di Padova, Ordinanza - 21 dicembre 1982 - Pres. Aliprandi, Imp. Cerica, in *Foro italiano*, II, 1983, 236; Tribunale di Milano, Ordinanza - 13 novembre 1981 - Giud. Istr. Forno, Imp. Pironi, in *Foro italiano*, II, 1983, 240.

ziale la percezione della realtà. La condizione di "prigioniero" renderebbe incapace il soggetto di valutare in maniera adeguata il reale, tanto da risultare bisognoso di una tutela differenziata che però così finisce con il distinguerlo e con il discriminarlo rispetto agli altri soggetti in libertà.

La seconda considerazione fa leva, invece, sullo stadio terminale del digiuno, per cui le sue conseguenze a livello di apparato digerente, con possibile insorgenza di una anoressia secondaria, determinano una condizione somato-psichica tale dove "è il digiuno che prende la mano al digiunatore", dove l'organismo non vuole o non può più ricevere il cibo a causa delle modificazioni anatomiche della mucosa gastroenterica e delle ghiandole annesse, per cui non ci si troverebbe più di fronte ad una libera volontà del digiunatore ma ad un non volere derivato da un rifiuto somatico. E ancora, il dissenso alla nutrizione artificiale risulterebbe invalidato dall'instaurarsi – come ulteriore complicazione del digiuno protratto – della sindrome di encefalopatia di Gayet-Wernicke, tale da grandemente scemare ogni capacità di intendere e volere del digiunante.

In tutti questi casi, dove il soggetto perde conoscenza, ovvero versa in condizioni psichiche assimilabili allo stato di infermità mentale, verrebbe a mancare quell'attualità del dissenso che impediva il trattamento medico, a meno di considerare – attraverso un mero artificio logico – attuale il dissenso in precedenza liberamente manifestato dal detenuto ed ora solo presunto. In tale circostanza lo sconfinare del rifiuto di alimentarsi in disturbo psicologico assimilabile alla malattia mentale autorizzerebbe il ricorso agli artt. 34 e 35 della Legge 833/78, competente a disporre il trattamento sanitario obbligatorio sarebbe così il sindaco del comune in cui si trova l'istituto penitenziario ove è ristretto il detenuto, il quale nella sua qualità di autorità sanitaria rilascerà, previa proposta motivata del sanitario, apposita ordinanza di ricovero – immediatamente esecutiva – presso il servizio psichiatrico di un ospedale civile del territorio e contestualmente comunicherà il provvedimento al Giudice tutelare. Ma proprio ad una soluzione di questo tipo, un diverso orientamento⁽²⁵⁾ pone alcune obiezioni di fondo.

⁽²⁵⁾ In dottrina: ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere ammalati*, in *Questioni giuridiche*, 1982.

In giurisprudenza: Tribunale di Padova, Ordinanza – 2 dicembre 1982 - Giud. Istr. Palombarini, Imp. Cerica, in *Foro italiano*, 1983, II, 238.

Da una parte, si osserva che chiamare malattia mentale lo stato di incoscienza, di ottundimento della volontà e della capacità di reazione e decisione che può accompagnare, come sintomo concomitante, uno specifico quadro nosologico, significa confondere le cause con gli effetti, fino ad arrivare alla conclusione che l'influenza, capace di provocare deliri febbrili, è essa stessa una malattia mentale.

Dall'altra, col richiedere la necessità della costanza di dissenso cosciente al trattamento, si fa finta di non sapere che il dissenso è stato espresso da chi ha già rifiutato le cure una volta, e una volta per tutte, scontando il rischio della perdita di conoscenza e quindi quello dell'impossibilità del suo ritiro, a fronte di una concreta presa di posizione rispetto ad un reale problema ed ai rischi che esso comporta.

Infine, non può non destare perplessità l'incoerenza sistematica di una previsione che consente l'intervento di un'autorità amministrativa, quale il sindaco, in una fase quella dell'esecuzione penale in cui il giudice è investito dell'esercizio del potere-dovere di controllo e di garanzia delle modalità dell'esecuzione e solo lui è chiamato a modificare il giudicato.

Sotto quest'ultimo aspetto si impone, infine, un'ulteriore considerazione in relazione al fatto che lo sciopero della fame può costituire lo strumento attraverso il quale un soggetto volontariamente procura a se stesso una condizione patologica sempre più grave, tale da determinare uno stato d'incompatibilità con il regime carcerario, eludendo o condizionando l'applicazione e le modalità di esecuzione delle misure restrittive della libertà.

Il dare volontariamente causa alla precarietà delle proprie condizioni di salute, ricalcherebbe il modello dell'*actio libera in causa* e, quindi, precluderebbe l'esibizione dello stato di malattia al fine di ottenere benefici sostanziali e processuali.

In realtà le cose non stanno così, difatti la legge considera lo stato di malattia in sé, alla stregua di un dato obiettivo, acriticamente riconoscibile, indipendentemente dal fatto che sia stato autodeterminato dal soggetto. La ricerca di una responsabilità del soggetto non ha significato, posto che da ciò non deve mai discendere o disinteresse o, peggio, punizione da parte dello Stato. D'altra parte il legislatore tutela le detenute madri, prendendo in massima considerazione la gravidanza, prescindendo da ogni intento utilitaristico od elusivo sottostante.

Gli artt. 275, comma 4-bis, c.p.p., 146 e 147 c.p., 47-ter e quater o.p.²⁶, esprimono già a monte un bilanciamento tipizzato di interessi tutti egualmente meritevoli di tutela, una comparazione che non tiene conto delle cause prime dell'aggravarsi dello stato di salute. Prevarrà così, quello che nelle date circostanze risulterà essere l'interesse preponderante da salvaguardare, secondo l'equilibrato esercizio di quel potere discrezionale cui è chiamato il giudice nella sua funzione istituzionale.

Il giudice è, allora, chiamato a disporre o la revoca della custodia cautelare in carcere, se il soggetto interessato sia un imputato, o il differimento dell'esecuzione della pena, se condannato; e lo farà perché l'espiazione di una pena in tale contesto appare contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze, in spregio del diritto alla salute, che da esse derivano.

(26) Art. 275 c.p.p. (*Criteri di scelta delle misure*).

4 bis. Non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.

Art. 146 c.p. (*Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena*).

L'esecuzione di una pena, che non sia pecuniaria, è differita ... se deve aver luogo nei confronti di persona affetta da malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

Art. 147 c.p. (*Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*).

L'esecuzione di una pena può essere differita ... se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica...

Art. 47-ter o.p. (*Detenzione domiciliare*).

1 La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti, con i presidi sanitari territoriali.

1-ter. Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare.

Art. 47-quater o.p. (*Misure alternative alla detenzione dei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria*).

A questo punto si impongono alcune considerazioni di merito circa la scelta della misura rispondente al caso concreto da parte del giudice.

Innanzitutto, ci troviamo di fronte ad un soggetto che rifiuta ogni cura, ogni prestazione sanitaria offerta *in vinculis*; ossia nell'infermeria del carcere, così come in un centro clinico attrezzato dell'amministrazione, o ancora, in luogo esterno di cura ai sensi dell'art. 11 L. 354/75, trattandosi soltanto di modalità diverse di detenzione che non incidono sulla propria sfera di libertà personale.

Se l'infermità è conseguenza dello stato detentivo, in quanto tale, non apparirà trattabile in carcere e le terapie offerte per la sua risoluzione e controllo, in costanza di dissenso alla terapia, risulteranno impraticabili *ab origine*.

Il giudice, costretto a cercare altrove la risoluzione al compromesso stato di salute, si troverà impegnato in un braccio di ferro per non cedere al "ricatto" morale e strumentale – consapevole o no – del singolo e, prima di dichiarare l'intervenuta incompatibilità con lo *status detentionis*, sarà chiamato ad una difficile e delicata opera di valutazione della capacità di controllo della situazione da parte del soggetto; capacità che essa sola lo autorizzerà a non modificare e a non rinviare l'esecuzione della pena fintanto l'infermità, conseguente alla volontaria astensione dall'alimentazione, sia suscettibile di un rapido miglioramento con la ripresa della normale assunzione di cibo ed un'adequata terapia farmacologica.

Superata questa fase, non tutte le soluzioni alternative previste dall'ordinamento giuridico potrebbero poi trovare sicura applicazione nel caso di specie. Infatti, già il regime restrittivo domiciliare previsto per gli imputati e per i condannati, richiedendo, per i primi la residenza in un luogo di cura, assistenza o accoglienza (art. 275, comma 4-ter, c.p.p.) e per i secondi costanti contatti con i presidi sanitari territoriali, sembrano presupporre un consenso al trattamento che all'atto di applicazione della misura non può certo dirsi esistente.

La strada elettiva è, allora, per i condannati quella del deferimento della pena, che peraltro non ne estingue l'esecuzione non scalfendo la durata della pena, ai sensi dell'art. 147 c.p. (Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena) e dell'art. 146 c.p. (Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena); norma, quest'ultima, che fungerà da chiusura, punto di equilibrio tra "umanità" ed esigenze di sicurezza reclamate dalla comunità sociale.

Rimesso in libertà o in un "regime" domiciliare, nulla impedirà, comunque, al soggetto di proseguire lo sciopero della fame fino all'esito letale finale, così come il ricorso alle terapie curative potrà rivelarsi tardivo, laddove l'incompatibilità che legittima l'uscita dalla detenzione finisca col coincidere con un giudizio di prognosi infausta *quoad vitam*, ossia con lo scemare della pericolosità sociale del soggetto in maniera inversamente proporzionale alla irreversibilità della malattia, ossia in una fase terminale della malattia in cui è da presumersi abolita ogni pericolosità sociale o comunque laddove la nuova soglia della pericolosità diventa inferiore al costo della carcerazione, preventiva e definitiva, divenuta illegittima in quanto infligge sofferenze superiori al senso di umanità.

5. *Il risvolto negativo del diritto alla salute*

Opinione⁽²⁷⁾ ritiene che la tutela della salute abbracci anche un risvolto negativo costituito dal diritto di non essere curato, di disporre del proprio residuo di vita nel modo ritenuto più opportuno, rifiutando le cure mediche e lasciando che la malattia segua il suo corso, anche fino alle estreme conseguenze, trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita.

È esercizio di libertà pretendere che altri si astengano da impedimenti al proprio fare quando quest'ultimo non impedisce a sua volta un fare altrui.

Né tale esercizio di libertà può essere ricondotto alla questione della illiceità del suicidio, laddove non esiste nessuna norma che incrimini non solo il suicidio, ovviamente, ma neanche il tentato suicidio. Gli articoli 579 (Omicidio del consenziente) e 580 (Istigazione al suicidio) del codice penale, non sono decisivi per stabilire se esista il dovere giuridico di continuare a vivere. L'atto di disposizione della propria vita e la condotta suicida hanno soltanto una rilevanza di fatto, ma sono fatti non regolamentati e dunque non qualificabili, giuridicamente, né leciti né illeciti. La punibilità, infatti, scatta in presenza di una *relatio ad alteros* ossia allorché viene superata la sfera individuale di chi si uccide o tenta di uccidersi.

²⁷ PORTIGLIATTI BARBOS, voci *Diritto a morire* e *Diritto di rifiutare le cure*, in *Digesto discipline penalistiche*, Utet, Torino, 1990, IV; MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974.

Detto diritto a non farsi curare, ad essere malato come espressione di libertà, viene ad essere escluso nel momento in cui la situazione patologica del singolo mette in pericolo la salute della collettività. Nell'ipotesi in cui si trovi in gioco il solo interesse del singolo, il *favor libertatis* implicitamente contenuto nella Costituzione consentirebbe, invece, di attribuire all'individuo la possibilità di scegliere se sottoporsi o meno ad una terapia, senza che questa venga imposta dall'esterno.

Orbene a fronte di ciò è stato osservato che se esiste il principio della tutela della salute come interesse della collettività allora deve esistere un dovere generico di curarsi, che così come esiste il dovere di lavorare esiste pure un dovere di mantenersi integri ed in salute come presupposto per poter successivamente lavorare, per il dovere di difendere la patria e così via.

Inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale comporterebbero il necessario corollario di impostare anche eticamente la propria vita in ordine a scelte importanti, aprendo così la via ad intrusioni da parte dello Stato in sfere ad esso oggi interdette, con conseguente "funzionalizzazione" di un primario ed essenziale diritto della persona.

Lo stesso art. 5 del codice civile affermerebbe l'esistenza in capo all'individuo di un dovere a mantenere l'integrità fisica. Per cui posto che sono vietati gli atti di disposizione del proprio corpo che diminuiscono in maniera permanente l'integrità fisica, devono anche essere vietate le omissioni di cure che conducono allo stesso risultato⁽²⁸⁾.

A tale indirizzo c.d. *funzionalista*⁽²⁹⁾ si è replicato che l'ispirazione personalistica del testo costituzionale – che pone al primo posto della gerarchia dei valori la persona in antitesi con qualsiasi concezione utilitaristica dell'essere umano come mezzo – vuole che il diritto alla salute dell'individuo prevalga sempre sugli interessi della collettività, quando il rifiuto alle cure non esponga a pericolo la salute altrui; ed è infatti vero che il legislatore, quando ha previsto trattamenti obbligatori, lo ha fatto

⁽²⁸⁾ Art. 5 codice civile. *Atti di disposizione del proprio corpo.*

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

⁽²⁹⁾ In dottrina: MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in Raccolta di scritti, III, Milano, 1972, p. 437; PERLINGERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in Rassegna di Diritto civile, 1982, p. 1045.

In giurisprudenza: Pretura di Modica, 13 agosto 1990, in Foro italiano, 1991, I, 271.

determinando un certo trattamento che i portatori, potenziali o attuali di certe patologie, sono chiamati a subire nell'interesse della propria salute e di quella della collettività, "in necessitata correlazione con l'esigenza di tutelare la salute dei terzi"⁽³⁰⁾. Riserva che non può dirsi assicurata dall'art. 5 c.c., norma sì di legge, con la quale il legislatore mirava ad escludere essenzialmente gli atti di lesione per mano altrui, ma non certo di quella legge che legittima l'obbligo a sottoporsi ad un determinato trattamento. Anche la norma civile non sfugge alla "legge di interpretazione costituzionalizzante" e quindi deve essere letta alla luce della regola di rango superiore.

6. Conclusioni

Come si vede ampio è l'arco delle possibili soluzioni che, stante la normativa vigente o *rectius* l'assenza di regolamentazione della materia, risultano essere praticate o appaiono praticabili, nell'incertezza e nell'insicurezza generale sia dei medici che degli operatori penitenziari⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Corte Costituzionale, Sent. 1994, n. 218, cit.

⁽³¹⁾ Non è un caso che per superare tale situazione fu presentato nel 1982 un disegno di legge che così recitava:

"Quando un detenuto o un internato rifiuta di nutrirsi, si deve procedere alla sua alimentazione forzata, allorché egli versi in imminente pericolo di vita.

La decisione è adottata dal ministro di grazia e giustizia, sentito l'ispettore sanitario generale dell'amministrazione penitenziaria.

L'alimentazione forzata è attuata sotto continuo controllo medico"

Il tentativo non ebbe fortuna, la disposizione, estremamente generica ed imprecisa, fu recisamente avversata sia dalla scienza medica sia dai giuristi.

De iure condendo occorre segnalare come nel Progetto di riforma del codice penale "Pagliaro" (1992), fosse prevista all'art. 70, primo comma, lett. d), un'autonoma fattispecie di reato, a tutela della libertà morale, di attività medica o chirurgica su persona non consenziente, perseguibile a querela della persona offesa e con esclusione della punibilità quando il fatto comporti vantaggi senza alcun effettivo pregiudizio alla persona.

Nel successivo Progetto "Grosso" del 1999, si è, invece, sottolineata con forza la necessità che il fondamento delle posizioni di garanzia sia dato da una espressa norma penale di parte speciale. Si afferma che "Il modello vigente che comporta un rinvio del diritto penale ad altri settori dell'ordinamento mediante una disposizione costruita come clausola generale tende ad assicurare coerenza e completezza del sistema di tutela, a prezzo però di un deficit di determinatezza e di rinuncia a selezionare le posizioni di garanzia rilevanti secondo valutazioni specificatamente penalistiche". Oggi il problema di individuare gli obblighi giuridici d'intervento demandato, di volta in volta, alla dottrina e alla giurisprudenza, fa sì che il settore dei reati omissivi impropri oscilli inevitabilmente tra limiti incerti.

La sensazione è allora quella di essere di fronte ad una situazione-limite dell'ordinamento giuridico, caratterizzata dal conflitto tra valori e diritti fondamentali tutti ugualmente meritevoli di salvaguardia, che non agevola l'individuazione della soluzione "giuridicamente" più corretta.

Il problema è, allora, quello di individuare un metodo per il bilanciamento e l'armonizzazione. La collisione tra valori rende implicitamente dubbia la coerenza dell'ordinamento giuridico.

Ma a tale incertezza è possibile ovviare, se possiamo lo sguardo sull'esistenza di un conflitto tra norme, come tale risolvibile all'interno dell'ordinamento attraverso la *reductio ad unitatem* assicurata dalle tecniche logiche tipiche della risoluzione delle antinomie. Allora, a nulla vale discutere di imputazione di omissione di soccorso ex art. 593 c.p. o di omicidio colposo ex art. 589 c.p. qualora si ometta d'intervenire, ovvero di violenza privata ex art. 610 c.p. o di lesioni volontarie ex art. 582 c.p. in caso d'intervento, in quanto così facendo non si tiene conto che la legge ordinaria va sempre interpretata nella prospettiva della legge costituzionale e non viceversa, con il rischio di dare all'art. 32 Cost., norma immediatamente precettiva, un contenuto riduttivo in aperto contrasto con quanto la gerarchia delle fonti ci impone di fare.

Dalla norma costituzionale deriva che al di là dei trattamenti obbligatori è sempre richiesto il consenso dell'interessato, in sua mancanza i medesimi sono sempre illegittimi, tanto che un intervento sanitario che prescinde dal consenso – anche se ha prodotto un miglioramento delle condizioni di salute del digiunatore – è da qualificare arbitrario.

Se il medico deve rispettare la decisione del paziente che sia in grado di autodeterminarsi, non spettando a lui stabilire se la persona assistita faccia o sappia fare buon uso della sua libertà, né potendo tantomeno imporre il suo parere contrario, sostituendo la sua volontà alla volontà del titolare di un diritto personalissimo; se il medico deve osservare il principio per cui nessuno può essere obbligato a subire l'alimentazione forzata, se questa non è prevista dalla legge per quel caso specifico; a maggior ragione non sarà consentito l'intervento dell'amministrazione penitenziaria che in assenza della doppia riserva, di legge e di giurisdizione, non potrà arrogarsi alcun potere di disporre, in contrasto con la volontà dell'avente diritto e della Costituzione, una procedura di nutrizione forzata, tanto più se la condizione di malattia del sin-

golo sia insuscettibile di pregiudicare lo stesso diritto alla salute degli altri componenti la collettività.

Tale conclusione discende dalla configurazione del consenso in termini di atto di volontà, espressione della libertà di autodeterminazione. Si tratta di un atto di esercizio del diritto di libertà individuale di cui ogni persona è titolare e che può essere sacrificato solo a certe condizioni, ossia – lo ripetiamo – laddove sia configurabile un interesse di natura pubblicistica prevalente rispetto al diritto della persona di rifiutare interventi invasivi, e solo da una norma espressa di legge, conforme alla Costituzione, previa adozione di un atto motivato da parte dell'autorità giudiziaria.

È di tutta evidenza, allora, che allo stato la soluzione del problema deve partire dall'adozione di tutta una serie di provvedimenti preventivi – politici e giudiziari – capaci di eliminare sin dall'origine le condizioni, oggettive e soggettive, che possono dare luogo a questo tipo di protesta.

Prima di tutto l'umanizzazione dei penitenziari, la sollecitudine del corso della giustizia, nonché un più ampio dialogo e una più puntuale risposta alle esigenze di rispetto dei diritti delle persone detenute.

BIBLIOGRAFIA

ALLEGRIANTI-GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, Cedam, Padova, 1983.

BUZZI, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, Rivista italiana di medicina legale, 1982, 282.

CANEPA-MERLO, *Manuale di Diritto Penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2002;

COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998.

FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, Foro italiano, 1983, II, 235.

FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, Padova, 2002.

GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto penale e processuale*, 1999.

GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1968.

GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Commento Ordinamento Penitenziario*, Cedam, Padova, 2000.

LUCIANI, *Diritto alla salute – dir. Cost.*, Enciclopedia giuridica, vol. XXVII, Treccani, Roma, 1991, 7.

MACCHIARELLI-ALBARELLO-AA.VV., *Trattato di medicina legale*, Minerva Medica, Torino, 2002.

MASTRONARDI, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologici forensi*, Giuffrè, Milano, 2001.

MASTRONARDI, *Le strategie della Comunicazione umana*, Franco Angeli, Milano, 2000.

MEZZETTI-ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, Digesto, Utet, Torino, 1996, 336.

MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in Raccolta di scritti III, Milano, 1972.

MOSCONI, *Tempo sociale e tempo del carcere*, in Sociologia del diritto n. 2, 1996.

ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere ammalati*, in Questioni giuridiche, 1982.

PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in Diritto sociale, 1979, 875.

PARZIALE-PONTI, *Il medico e l'alimentazione forzata del detenuto*, Rassegna penitenziaria e criminologica, anno IV, gen.-apr. 1983, 147.

PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in Introduzione al sistema penale di Inso-lera, Mazzacupa, Pavarini, Zanotti (a cura di), G. Giappichelli Ed., Torino, 1997.

PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002.

PERLINGERI, *Il diritto alla salute quale diritto alla personalità*, in Rassegna di diritto civile, 1982.

PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in Digesto discipline penalistiche, Utet, Torino, 1990.

PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto di rifiutare le cure*, in Digesto discipline penalistiche, UTET, Torino, 1990.

PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in Questioni giuridiche, 1982.

RAMACCI, *I delitti di omicidio*, II ed., Giappichelli, Torino, 1997.

RAMACCI-RIZ-BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, Rivista italiana di medicina legale, 1983, 847.

TERRAGNI, *Illecito omissivo improprio e posizione di garanzia*, in Giurisprudenza italiana, 1998.

VALENTINI, *I trattamenti e gli accertamenti sanitari obbligatori in Italia*, Cedam, Padova, 1996.

WATZLAWICH, *La pragmatica della comunicazione umana*, Astrolabio, Roma, 1971.

RIASSUNTO

Lo sciopero della fame del detenuto solleva problemi di particolare complessità e delicatezza che investono al contempo questioni di diversa natura: giuridica, politico-istituzionale, etica.

L'articolo affronta in particolare il fenomeno del comportamento volontario di rifiuto dell'alimentazione a carattere totale, privo di giustificato motivo medico, portato sino alle sue estreme conseguenze e delle possibili soluzioni in astratto applicabili alla luce della normativa vigente.

La vicenda rivela la sua natura di situazione-limite, caratterizzata dal conflitto tra valori fondamentali tutti meritevoli di salvaguardia il cui bilanciamento si trova inevitabilmente ad essere esposto ad un incerto equilibrio. La questione è, allora, se sia lecito o meno un trattamento sanitario imposto d'autorità dal medico e dall'amministrazione penitenziaria e quindi se alla libertà dell'individuo di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo possano essere posti dei limiti, dipendenti o meno dallo stato di detenzione e più in generale, se nel conflitto fra il diritto alla

libertà personale ed il diritto alla vita, quest'ultimo fonte di ogni altro diritto della persona costituzionalmente protetto, appartenga all'individuo stesso o alla società.

SUMMARY

Hunger strikes in prisons give rise to particularly complex and delicate problems, which can be juridical, political, institutional and ethical at the same time.

This article focuses on the voluntary total rejection of nourishment, with no medical justification, brought to its extreme consequences. It also concentrates on the possible solutions that could be theoretically enforceable in the light of existing laws.

It is a borderline situation defined by the conflict between fundamental values, all worthy of consideration, whose balancing is inevitably exposed to a shaky equilibrium. The main questions are then whether or not it is legitimate for the doctor and for the penitentiary administration to impose medical treatment; whether, considering the state of detention, it is permissible to limit the individual's freedom of self-determination in acts that concern his/her own body; whether, more generally speaking, in the conflict between the right to personal freedom and the right to live, this last – root of every other constitutionally guaranteed right – belongs to the individual or to society.

RÉSUMÉ

La grève de la faim du détenu soulève des problèmes complexes et particuliers qui posent des questions de nature diverse: juridique, politico-institutionnelle, éthique.

L'article affronte d'une part le phénomène du comportement volontaire de refus de s'alimenter de façon totale, sans motif médicalement justifié, porté jusqu'à des conséquences extrêmes; et d'autre part les solutions possibles applicables dans l'abstrait à la lumière de la loi en vigueur.

Le problème révèle sa nature de situation-limite, caractérisée par le conflit entre les valeurs fondamentales toutes à sauvegarder, mais dont la stabilité se voit inévitablement exposée à un équilibre incertain. La question est donc de savoir s'il est licite ou non d'entreprendre un traitement sanitaire imposé d'autorité par le médecin et par l'administration pénitentiaire et donc si l'on peut poser des limites à la liberté de l'individu de déterminer lui même des actes qui regardent son propre corps, limites dépendants ou non de l'état de détention et plus généralement, si dans le conflit entre le droit à la liberté personnelle et le droit à la vie, source – ce dernier – de tout autre droit de la personne et protégé constitutionnellement, appartient à l'individu ou à la société.