

Valerio Medaglia

*Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame  
da parte del detenuto*

SOMMARIO: 1. I profili problematici dello sciopero della fame da parte di un soggetto detenuto – 2. La posizione di garanzia degli operatori penitenziari – 2.1. Una ricostruzione alternativa: il garante come gestore di un rischio – 3. Il problema della liceità dell'alimentazione forzata del detenuto in sciopero della fame – 3.1. La tesi che identifica lo sciopero della fame con il suicidio – 3.2. La tesi che valorizza il diritto di autodeterminazione terapeutica quale risvolto negativo del diritto alla salute – 3.3. La tesi che valorizza lo stato di necessità – 4. Considerazioni conclusive

1. *I profili problematici dello sciopero della fame da parte di un soggetto detenuto*

Lo sciopero della fame da parte di un soggetto detenuto in una istituzione carceraria<sup>1</sup> solleva una molteplicità di problemi che investono non solo la

---

<sup>1</sup> Sul tema dello sciopero della fame del soggetto detenuto: G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro It.*, II, 1983, 235 ss.; M.G. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2003, 15 ss.; F. DAL CANTO, *Lo sciopero della fame in carcere*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 906 ss.; E. FASSONE, *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2/1982, 335 ss.; D. PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, ivi, 2/1982, 369 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, ivi, 2/1982, 362 ss.; G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 177 ss.; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2010, 144 ss.; A. BERNASCONI, *Commento all'art. 11*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, I, Padova, 2011; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015, 154 ss.; M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2010, 639 ss.; A. GABOARDI, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. Gaboardi [et al.], Torino, 2012, 26 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 154 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 99 ss.; F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 11/2010, 2819 ss.;

sfera prettamente giuridica o politico-istituzionale, ma altresì quella etica. Volendo limitare l'analisi al profilo giuridico, lo sciopero della fame del detenuto impone di risolvere due questioni ben distinte: innanzi tutto quella concernente l'eventuale responsabilità penale degli operatori penitenziari nel caso in cui lo sciopero degeneri nella morte del suo autore; in secondo luogo, occorre valutare se sia lecito procedere all'alimentazione coatta del detenuto che rifiuti durevolmente di nutrirsi, ove ciò sia necessario per impedire proprio l'evento mortale. Quest'ultima questione conduce l'interprete a confrontarsi con il più generale problema della tutela del diritto alla salute all'interno del carcere. In particolare, ai fini che interessano in questa sede, si tratta di stabilire se il diritto alla salute, nella sua accezione negativa di diritto di rifiutare le cure mediche, riceva un pieno riconoscimento all'interno di quel peculiare luogo di detenzione che è il carcere o se le speciali esigenze sottese all'esecuzione della pena detentiva consentano una sua limitazione entro i limiti del canone di ragionevolezza posto dall'art. 3 Cost.

Secondo quanto precisato dalla medicina legale, lo sciopero della fame può definirsi come il rifiuto volontario, totale di assumere cibo (normalmente non si rifiuta l'assunzione di acqua), senza un giustificato motivo medico, che duri da più di tre giorni<sup>2</sup>. Esso costituisce una forma di protesta non-violenta, finalizzata al conseguimento di un risultato che si assume come giusto. A ben vedere, nella sua più intima essenza, lo sciopero della fame assurge a forma di esternazione di un disagio, tanto da essere annoverato tra le possibili strategie comunicative di cui può servirsi un individuo o un gruppo sociale<sup>3</sup>. All'interno del carcere tale aspetto viene in rilievo più che in ogni altro luogo in cui si esplica la personalità dell'essere umano. Il detenuto è sottoposto a un regime di restrizione della libertà che recide i suoi rapporti con il mondo esterno, sicché il disagio interiore non può trovare altro sfogo se non in comportamenti patologici e stravaganti, i soli capaci di scuotere la normalità del vivere sociale. Attraverso il digiuno il ristretto riafferma in modo plateale la propria esistenza, la propria libertà morale come essere umano: lo sciopero della fame si configura come

---

L. FERRAJOLI, *Carcere e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2/1982, 351 ss. Sul versante medico-legale: I. ALLEGRANTI, G. GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici*, Padova, 1983; M. PARZIALE, A. PONTI, *Il medico e l'alimentazione forzata del detenuto*, in *Rass. penit. crim.*, 1/1983, 147 ss.; F. BUZZI, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/1982, 282 ss.

<sup>2</sup> I. ALLEGRANTI, G. GIUSTI, *op. cit.*, 6.

<sup>3</sup> M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 15, il quale evidenzia come lo sciopero della fame abbia la capacità di sostituirsi al linguaggio in quelle condizioni o situazioni in cui appare più difficile se non impossibile comunicare oralmente con l'esterno.

atto di ribellione interiore all'adattamento istituzionale cui mira la pena detentiva, un «vero e proprio paradosso conservativo della propria identità personale e culturale»<sup>4</sup>.

Se, tuttavia, il detenuto persevera nella sua decisione di non alimentarsi e protrae il digiuno per lungo tempo, si possono verificare delle conseguenze cliniche molto gravi, quali l'autointossicazione, il rallentamento della produzione di calore, nonché l'insorgere di patologie neurologiche. La mancata assunzione di cibo impedisce al corpo di assumere le risorse energetiche necessarie alla respirazione, al movimento e, in generale, alla sopravvivenza. Ciò conduce l'organismo a utilizzare le sue riserve, finendo per attivare un meccanismo di autodistruzione. Dopo alcuni giorni di digiuno la sensazione della fame viene sostituita da uno stato di indifferenza per il cibo con rapido dimagrimento. L'evento mortale può essere condizionato da molti fattori, quali l'età del soggetto, il suo stato di salute complessivo, la sua reattività. Quel che rileva è che ogni evento dannoso per la salute o per la vita dell'individuo può essere impedito solo mediante l'interruzione dello sciopero, sottoponendo l'interessato a una efficace terapia alimentare<sup>5</sup>.

Per attuare un siffatto *iter* curativo è indispensabile ottenere la disponibilità del digiunante. Laddove questo continui a rifiutare il cibo, è inevitabile ricorrere a tecniche di alimentazione forzata, con conseguente sottoposizione del soggetto a interventi invasivi del suo corpo. Il digiunante potrebbe però giungere a rifiutare, oltre agli alimenti, anche ogni intervento del sanitario, sia a scopo diagnostico sia a scopo terapeutico. In tal caso si pone la questione della liceità o meno di un trattamento imposto dall'amministrazione penitenziaria al detenuto al fine di impedire a ogni costo il verificarsi dell'esito mortale. Più in generale si pone il problema di chiarire se lo stato di detenzione in cui versa il soggetto giustifichi o meno una limitazione del suo diritto alla salute, nel suo risvolto negativo

---

<sup>4</sup> Ivi, 16. Occorre precisare come, accanto ai digiuni volontari aventi una specifica finalità comunicativa, la prassi penitenziaria abbia conosciuto anche situazioni in cui il rifiuto del cibo costituisce solo l'effetto di un atteggiamento di rinuncia a vivere una condizione esistenziale, percepita dal detenuto come indegna di essere vissuta. Una tale percezione non deriva necessariamente dall'asprezza del regime detentivo o dallo stigma sociale connesso allo status di detenuto. Nondimeno nella medicina legale, come chiarito nel testo il fine rivendicativo non è considerato elemento costitutivo essenziale dello sciopero della fame, che si risolve nel mero rifiuto di alimentarsi protratto nel tempo e non avente una giustificazione medica plausibile.

<sup>5</sup> Ciò importa una serie di pratiche complesse come il transitorio ricovero in ambiente intensivo, la sedazione, la protezione delle vie aeree mediante intubazione, la graduale reidratazione e supporto nutrizionale, la graduale rialimentazione enterale, l'assidua valutazione dei parametri metabolici. Sul punto si rinvia per approfondimenti a F. BUZZI, *op. cit.*, 282.

di facoltà di rifiutare le cure mediche, ancorché necessarie per impedire l'estremo evento della morte.

Sul punto appare necessaria una precisazione preliminare. È evidente che un problema di riconoscimento del diritto al rifiuto delle cure in capo al detenuto che attui lo sciopero della fame si pone solo se e nei limiti in cui si qualifichi l'alimentazione forzata come atto di natura medica posto che solo in questa ipotesi la stessa ricadrebbe sotto l'ambito operativo dell'art. 32, comma 2 Cost. che vieta i trattamenti sanitari obbligatori salvo questi siano imposti da un'apposita previsione di legge.

In merito alla natura dell'alimentazione forzata, in effetti, è emerso un contrasto nella comunità scientifica. Una prima tesi nega che si tratti di un vero e proprio trattamento sanitario: si sottolinea che l'acqua e il cibo sono elementi indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere e non possono tramutarsi in una terapia medica solo perché somministrati in via artificiale<sup>6</sup>. La tesi di gran lunga prevalente afferma per contro la natura di trattamento sanitario<sup>7</sup> tanto dell'alimentazione quanto dell'idratazione forzata: in primo luogo, si tratta di interventi che richiedono conoscenze di tipo scientifico e l'utilizzo di tecniche sanitarie complesse; in secondo luogo, l'intervento ha lo scopo tipico dell'atto medico, ossia quello di preservare la salute di un individuo.

Alla luce di un simile approdo, appare evidente che l'eventuale decisione dell'amministrazione penitenziaria di ricorrere a pratiche di alimentazione forzata per salvare la vita di un detenuto in sciopero della fame si pone in conflitto con il diritto di ogni individuo a non essere curato. La vicenda pone un delicato equilibrio tra interessi tutti meritevoli di tutela e di attenzione da parte dell'interprete, quali la dignità del detenuto in quanto persona, la salvaguardia della vita umana, l'esigenza di garantire la sicurezza nei luoghi di detenzione, nonché la stessa effettività del sistema sanzionatorio.

Soprattutto si ripropone la delicata questione dei rapporti intercorrenti tra il regime detentivo e la soggettività giuridica della persona ristretta<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Si tratta del punto di vista espresso dalla seduta plenaria del Comitato nazionale per la bioetica nel parere, intitolato *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, adottato in data 30 settembre 2005 e citato da G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 178.

<sup>7</sup> La natura di atto medico dell'alimentazione forzata è sostenuta da Cass., Sez. I pen., 4 ottobre 2007, n. 21748, in *Federalismi.it* secondo cui l'alimentazione e l'idratazione artificiali «integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche». In dottrina si vedano V. ONIDA, *op. cit.*, 362; G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 178.

<sup>8</sup> Il tema della soggettività giuridica della persona ristretta era stato già affrontato in epoca anteriore alla riforma dell'ordinamento penitenziario operata dalla l. n. 354 del

Sul punto la giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo opera anche nei confronti della persona detenuta, sia pure con le limitazioni che sono coesenziali allo stato detentivo<sup>9</sup>. L'art. 2 Cost. afferma il primato della persona umana nei confronti di ogni istituzione politica, compreso il legislatore ordinario o costituzionale. Si configura così un limite alla potestà punitiva dello Stato, nel senso che l'esecuzione della pena detentiva non può mai tradursi nel disconoscimento dei diritti fondamentali di ogni persona<sup>10</sup>. Una diversa soluzione condurrebbe alla negazione della dignità umana, trasformando il trattamento detentivo in un trattamento contrario al senso di umanità in contrasto con il precetto di cui all'art. 27, comma 3 Cost.<sup>11</sup> nonché con l'art. 3 CEDU.

---

1975: v. R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 258; A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1/1973, 17; E. MASSARI, *La condizione giuridica delle persone detenute*, in *Riv. dir. penit.*, 1/1930, 7. Tuttavia, dopo la riforma, l'argomento è stato trattato con maggiore attenzione dalla dottrina: V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 36 ss.; L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 351; C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 7 ss.; P. TRONCONE, *op. cit.*, 152 ss.

<sup>9</sup> Valga per tutte il riferimento alla celeberrima Corte cost., 19 aprile-25 luglio 1979, n. 114.

<sup>10</sup> Come acutamente sottolineato da C. FIORIO, *op. cit.*, 9, l'appartenenza di un individuo all'ordinamento penitenziario trasforma il contenuto dell'«inviolabilità», propria dei diritti fondamentali, in una garanzia dal «contenuto minimo» dei singoli diritti personali, vale a dire in una garanzia dei diritti a un livello compatibile con la salvaguardia della dignità umana.

<sup>11</sup> Significative sul punto sono le statuizioni offerte da Corte cost. 16 giugno 1998-8 febbraio 1999, n. 26, in cui si afferma che «L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 Cost. pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione. L'art. 27, terzo comma Cost. stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Tali statuizioni di principio, nel concreto operare dell'ordinamento, si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovano in esse ristretti. Cosicché l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in “trattamenti penitenziari” che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro

Tra i diritti fondamentali della persona va senz'altro annoverato il diritto alla salute, in quanto presupposto imprescindibile per la stessa fruizione delle libertà individuali, che, dunque, è tra quelle posizioni giuridiche che spettano alla persona *in vinculis*. Ciò è confermato a livello normativo dall'art. 11 ord. penit., che assicura la presenza di un servizio medico e farmaceutico capace di rispondere alle esigenze di cura della salute dei detenuti, ferma restando la possibilità del trasferimento in appositi ospedali civili, ove occorranza interventi diagnostici o terapeutici che non possano essere apprestati dai servizi interni. È interessante evidenziare come il d. lgs. n. 230 del 1999<sup>12</sup> abbia peraltro inserito la medicina penitenziaria nel Servizio sanitario nazionale, affermandosi l'importante principio generale secondo cui il diritto alla salute spetta ai detenuti e agli internati alla pari dei cittadini in stato di libertà (art. 1, comma 1)<sup>13</sup>. Si tratta di indicazioni dalle quali si ricava una tendenziale pienezza del diritto alla salute del detenuto<sup>14</sup>.

Malgrado la generale condivisibilità di queste premesse, non può libertà. La dignità della persona (art. 3, primo comma Cost.) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo comma, della l. n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario».

<sup>12</sup> In ordine alla tutela della salute nel carcere e per un'ampia disamina delle novità apportate dal d. lgs. n. 230 del 1999 si rinvia per approfondimenti a M.L. FADDA, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 3/613 ss.; C. FIORIO, *op. cit.*, 44 ss.; A. BERNASCONI, *op. cit.*, 141. Per una disamina generale del diritto alla salute: M. LUCIANI, voce *Salute. 1) Diritto alla salute – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4; F. RAMACCI, R. RIZ, M. BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/1983, 848.

<sup>13</sup> *Amplius* G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *questo volume*.

<sup>14</sup> Così anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*. Si tratta di principio più volte affermato anche dalla Corte EDU: emblematico il caso Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara Damiani v. Italy*, ric. n. 2447/2005, in cui la Corte europea evidenzia limpidamente come l'art. 3 CEDU imponga che ai soggetti detenuti, «tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, siano assicurati in maniera adeguata la salute e il benessere del prigioniero, in particolare tramite la somministrazione delle cure mediche richieste» e che queste cure dispensate in ambiente carcerario «devono essere appropriate, ossia di un livello paragonabile a quello che le autorità dello Stato si sono impegnate a fornire a tutta la popolazione»: per più ampie indicazioni relative alla pronuncia in questione e, in generale, alla tutela del diritto alla salute nella giurisprudenza di Strasburgo v. F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questo volume*.

escludersi che le particolari esigenze di sicurezza e di controllo che connotano la detenzione possano giustificare una compressione di tale diritto. La caratteristica principale che distingue la posizione del ristretto rispetto alla totalità dei cittadini è la limitazione della libertà terapeutica del malato. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla scelta del luogo di cura che è effettuata dall'amministrazione penitenziaria e dall'autorità giudiziaria sulla base delle prevalenti esigenze di sicurezza e di adeguatezza della struttura carceraria<sup>15</sup>. La scelta del medico di fiducia è subordinata alla disponibilità economica del detenuto<sup>16</sup>. Quest'ultimo è sottoposto a visita medica, indipendentemente da una sua richiesta, all'atto di ingresso e nel corso della sua permanenza nell'istituto penitenziario<sup>17</sup>.

In definitiva può affermarsi che il detenuto conserva, durante l'esecuzione della pena, tutti i diritti fondamentali della persona, tra cui il diritto alla salute, salve le limitazioni motivate dall'assetto comunitario del carcere e dagli interessi collettivi che esso reca con sé.

I problemi sollevati dallo sciopero della fame del detenuto devono pertanto essere affrontati tenendo ben presente i suddetti principi generali. Procedendo con ordine, occorrerà innanzi tutto valutare se in capo agli operatori penitenziari possa configurarsi una posizione di garanzia in relazione ai beni giuridici della vita e della incolumità personale del detenuto, essendo la stessa il presupposto indispensabile per poter eventualmente ravvisare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento mortale in capo ai suddetti soggetti.

Successivamente si procederà all'analisi del valore da attribuire al rifiuto dell'alimentazione da parte del detenuto digiunante. Più precisamente bisognerà stabilire se il detenuto conservi integralmente il diritto di non curarsi o se le speciali esigenze del regime detentivo impongano un suo affievolimento con conseguente liceità dell'alimentazione forzata disposta al fine di salvare la vita del soggetto ristretto.

<sup>15</sup> M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 21. Sul punto G. CAMERA, *op. cit.*

<sup>16</sup> Sul punto va ricordato che la recente circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del luglio 2010 intitolata «Nuovi interventi per ridurre il disagio derivante dalla condizione di privazione della libertà e per prevenire i fenomeni auto-aggressivi» ha disposto un potenziamento del potere di scelta del medico curante. Si afferma che, pur non essendo replicabile il sistema dell'assistenza territoriale di base nel quale il cittadino può nominare il proprio medico di medicina generale, nulla preclude la possibilità di perseguire nuovi modelli organizzativi che consentano ai detenuti di effettuare una scelta, sia pure nel solo ambito del personale medico operante nell'istituto. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a M.L. FADDA, *op. cit.*, 613 ss.

<sup>17</sup> A. BERNASCONI, *op. cit.*, 145.

## 2. La posizione di garanzia degli operatori penitenziari

Qualora la protrazione dello sciopero della fame conduca alla morte del detenuto, si pone il problema di stabilire se gli operatori penitenziari possano reputarsi responsabili penalmente per tale evento: il riferimento è al direttore dell'istituzione carceraria, agli agenti della polizia penitenziaria, ai medici penitenziari.

La questione si pone come preliminare a quella della rilevanza del dissenso esplicito del digiunante all'alimentazione artificiale. Invero, laddove possa escludersi un qualsiasi obbligo dell'amministrazione penitenziaria di impedire eventi mortali ai danni dei detenuti, la stessa, dinanzi a uno sciopero della fame, potrebbe mantenere un atteggiamento di assoluta indifferenza. Di conseguenza l'eventuale dissenso del digiunante nei confronti dell'alimentazione artificiale non altererebbe i termini della questione: l'amministrazione penitenziaria resterebbe irresponsabile per la morte dello stesso.

Ciò posto, l'imputazione della morte del detenuto digiunante in capo agli operatori penitenziari può giustificarsi esclusivamente nei limiti in cui possa individuarsi in capo agli stessi un obbligo giuridico di impedire la morte del detenuto affidato alla loro custodia. Solo in tale ipotesi può operare la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma c.p., secondo cui «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo»<sup>18</sup>, con la conseguenza per cui la responsabilità penale per la morte del detenuto si fonderebbe sul combinato disposto tra l'art. 40, secondo comma c.p. e la disposizione di parte speciale che punisce l'omicidio doloso (art. 575 c.p.) o colposo (art. 589 c.p.).

Prima di affrontare tale specifica questione, appare opportuno ricostruire brevemente i requisiti necessari della posizione di garanzia. Secondo l'impostazione tradizionale, questa può definirsi come uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto e un bene giuridico, giustificato dall'incapacità del titolare a proteggerlo autonomamente<sup>19</sup>. Pertanto, nell'individuazione dell'obbligo di garanzia, l'interprete deve attenersi ai seguenti criteri: in primo luogo, non è sufficiente la mera possibilità materiale di impedire l'evento, né un obbligo di attivarsi che abbia fonte in una norma di natura

---

<sup>18</sup> In ordine ai caratteri e ai principi generali dei reati omissivi impropri si rinvia, anche per l'ulteriore bibliografia, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 154 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 231 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 640 ss.; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 6/1999, 629.

<sup>19</sup> Per tutti G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, *passim*.



etico-sociale ma è necessario che l'azione impeditiva dell'evento sia imposta da una norma giuridica<sup>20</sup>; in secondo luogo, è necessaria la specificità dei beneficiari dell'altrui obbligo, poiché una tutela così incisiva va ammessa solo per i soggetti incapaci di adeguata autotutela; in terzo luogo, attesa l'insussistenza di un generale dovere dei cittadini di proteggere gli altrui beni giuridici, l'obbligo di garanzia può gravare esclusivamente su specifici soggetti che si trovino in un particolare rapporto giuridico con il bene da proteggere o con la fonte di pericolo da controllare; infine, è necessario che il garante sia titolare di adeguati poteri giuridici di impedimento dell'evento, nonché l'effettiva possibilità di esercitarli<sup>21</sup>.

Appare quindi evidente che la posizione di garanzia degli operatori penitenziari non possa basarsi sul mero rilievo per cui se lo Stato limita la libertà personale di un cittadino, esso assume per ciò stesso l'obbligo di garantirne la sopravvivenza e di proteggerne la salute<sup>22</sup>. Un siffatto rilievo può essere utile per cogliere il fondamento politico di un'eventuale posizione di garanzia posta a carico dell'amministrazione penitenziaria, non per stabilire se la stessa sussista. Superando un simile approccio, è pertanto necessario valutare se dall'esame complessivo della normativa penitenziaria possa desumersi un obbligo di garanzia a carico degli operatori penitenziari avente i requisiti in precedenza descritti.

Innanzitutto è necessario individuare le disposizioni legislative che

<sup>20</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 216, il quale evidenzia come la fonte dell'obbligo di garanzia può essere ricercata in qualsiasi norma giuridica extrapenale ovunque ubicata. Potrà trattarsi di norme contenute in leggi e atti aventi forza di legge, in fonti secondarie, fonti di diritto privato. *Contra* F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 161, il quale afferma che, alla luce del principio di legalità formale, le fonti secondarie non potrebbero mai fondare una posizione di garanzia penalmente rilevante, dovendosi le stesse limitare a specificare gli obblighi posti dalle fonti primarie.

<sup>21</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 157. La ricostruzione in esame non è l'unica proposta dalla dottrina che si è interessata della problematica dei reati omissivi impropri. Per una completa illustrazione delle ulteriori teorie concernenti la posizione di garanzia si rinvia a G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

<sup>22</sup> Questo è il ragionamento riportato in generale dalla dottrina che ha affrontato la tematica e che sembra riprendere l'ormai superata concezione sostanziale della posizione di garanzia: a titolo esemplificativo v. G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 238 e M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 145. La posizione di garanzia in questo modo sarebbe fondata implicitamente sul dovere generico di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Sulla possibilità di fondare la posizione di garanzia su clausole generali o comunque generiche sono state espresse riserve in dottrina. Sul punto si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 157 e G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 215.

consentono di rinvenire una posizione di garanzia in capo agli operatori penitenziari. In riferimento al direttore dell'istituzione carceraria, è possibile fare riferimento all'art. 2 del d. lgs. n. 63 del 2006 inerente all'ordinamento sulla carriera dirigenziale penitenziaria che individua, tra le varie funzioni spettanti ai dirigenti penitenziari, anche quella di attendere al corretto funzionamento delle strutture penitenziarie allo scopo di «garantire la tutela della salute delle persone detenute ed internate, anche attraverso l'integrazione con i servizi sanitari del territorio».

Quanto agli agenti di polizia penitenziaria, l'art. 5 della l. n. 395 del 1990 attribuisce ai corpi di polizia penitenziaria il compito di garantire l'ordine e la sicurezza negli istituti di pena e le altre funzioni previste dall'ordinamento penitenziario. Al riguardo l'art. 41, comma 1 ord. penit. stabilisce che gli agenti di polizia penitenziaria<sup>23</sup> possano impiegare la forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati ove ciò sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti. Dunque la disposizione autorizza l'uso della forza per impedire qualsiasi atto di violenza idoneo ad arrecare lesioni agli interessi personali e patrimoniali degli altri detenuti e degli operatori penitenziari<sup>24</sup>. Infine, è opportuno osservare come l'art. 2 del d.P.R. n. 230 del 2000 attribuisca alla polizia penitenziaria la custodia dei detenuti negli istituti penitenziari.

In relazione al personale sanitario, bisogna rilevare che l'art. 11 ord. penit. prevede la costituzione di servizi medici all'interno di ciascun istituto e l'obbligo dei rispettivi titolari di monitorare costantemente la salute dei detenuti e degli internati. A specificazione di tale obbligo interviene l'art. 18 del d.P.R. n. 230 del 2000, il quale impone al personale sanitario il compimento di una continua attività di medicina preventiva in modo da prevenire qualsiasi

---

<sup>23</sup> Per la precisione la disposizione si riferisce al «personale» dell'istituto penitenziario e non esplicitamente agli agenti di polizia penitenziaria. Per tale ragione A. PENNISI, *op. cit.*, 86, ritiene che il disposto possa riferirsi a tutti gli operatori penitenziari. Tuttavia, come evidenzia G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 167, appare preferibile circoscrivere la disposizione ai soli agenti di polizia penitenziaria, atteso che una diversa soluzione rischierebbe di ampliare in modo incontrollato l'ambito soggettivo dell'art. 41, comma 1 ord. penit., nonostante la natura eccezionale dello stesso. Del resto è il corpo della polizia penitenziaria che ha il compito di garantire la sicurezza nei luoghi di detenzione.

<sup>24</sup> G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 167-168, il quale sottolinea come l'uso della forza vada incontro a un duplice limite: quello della indispensabilità, nel senso che l'uso della forza deve costituire l'unico mezzo efficace per il conseguimento degli obiettivi indicati dall'art. 41, comma 1 ord. penit.; infine quello della proporzionalità tra i beni in conflitto, nel senso che la natura e il grado del sacrificio imposto al ristretto siano sempre giustificate in ragione della particolare rilevanza delle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza dell'Istituto.

patologia clinica ai danni dei soggetti detenuti. Tale quadro è corroborato dalle disposizioni del d. lgs. n. 230 del 1999 che, come anticipato, ha attribuito al Servizio sanitario nazionale il compito di garantire l'incolumità personale delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale.

In definitiva può affermarsi l'esistenza di una sufficiente base giuridica su cui fondare un obbligo di garanzia in capo agli operatori penitenziari in relazione alla salute dei detenuti e, in particolare, la sussistenza di una vera e propria posizione di protezione.

Non essendovi dubbi circa la specificità dei destinatari e dei beneficiari di tali posizioni di garanzia, resta da valutare se sussistano in capo ai suddetti soggetti adeguati poteri giuridici di impedimento dell'evento, requisito indispensabile per mantenere la responsabilità penale entro i limiti del principio di personalità di cui all'art. 27, comma 1 Cost.

In ordine agli agenti di polizia penitenziaria, si è già fatto riferimento all'art. 41, comma 1 ord. penit. che autorizza l'uso della forza fisica per respingere atti di natura violenta idonei a ledere la salute di un detenuto o di un qualsiasi altro soggetto. Adeguati poteri impeditivi sono riscontrabili anche in capo al direttore dell'Istituto. Invero egli esercita i poteri inerenti all'organizzazione, al coordinamento e al controllo dello svolgimento delle attività dell'istituto e a tal fine può servirsi del personale di polizia penitenziaria (art. 3 d.P.R. n. 230 del 2000). Più precisamente il direttore ha, tra l'altro, il potere di richiedere il trasferimento dei detenuti che tengano comportamenti che esigono cautela anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni (art. 32 d.P.R. n. 230 del 2000) o per comprovati motivi di sicurezza (art. 85 d.P.R. n. 230 del 2000), di disporre perquisizioni personali per motivi di sicurezza (art. 32 ord. penit.), di utilizzare la forza fisica e i mezzi coercitivi nei casi di cui all'art. 41 ord. penit., nonché di chiedere in casi eccezionali la collaborazione delle forze di pubblica sicurezza (artt. 74 e 93 d.P.R. n. 230 del 2000), di disporre il trasferimento d'urgenza per ragioni di salute in luoghi esterni di cura, ove sia impossibile richiedere prima l'autorizzazione della competente autorità giudiziaria (art. 18 d.P.R. n. 230 del 2000)<sup>25</sup>.

Quanto al personale sanitario, questo, oltre alle ordinarie attività terapeutiche e agli strumenti predisposti dalla l. n. 833 del 1978, può altresì avvalersi dell'uso di mezzi di coercizione fisica ai sensi dell'art. 41, comma 3 ord. penit. il quale prevede che l'utilizzo dei predetti mezzi è consentito al solo fine di evitare danni a persone o a cose o di garantire l'incolumità del soggetto contro cui il mezzo è usato. Ai sensi dell'art. 82 d.P.R. n. 230

<sup>25</sup> Per ulteriori approfondimenti sulle funzioni del direttore e sui suoi rapporti con l'autorità giudiziaria e con la polizia penitenziaria si rinvia ad AA. VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Bologna, 2015, 38 ss.

del 2000 l'uso della coercizione fisica, per le finalità anzidette, «si effettua sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche». Ciò lascia intendere che la coercizione fisica può usarsi solo per i ristretti affetti da gravi alterazioni psichiche e che siano in preda a uno stato di agitazione violenta non altrimenti contenibile e pericoloso per l'incolumità di terze persone. Di conseguenza l'art. 41, comma 3 ord. penit. può essere invocato esclusivamente dal personale sanitario operante all'interno dell'Istituto, attesa la peculiare natura dell'intervento coattivo, non anche dalla polizia penitenziaria<sup>26</sup>.

Tirando le fila del discorso, gli operatori penitenziari sono titolari di un vero e proprio obbligo di garanzia nei confronti delle persone detenute, il cui inadempimento potrebbe condurre alla configurazione della fattispecie di omicidio colposo o di lesioni colpose in virtù del combinato disposto dell'art. 40, secondo comma c.p. con gli artt. 589 o 590 c.p.<sup>27</sup>.

### 2.1. *Una ricostruzione alternativa: il garante come gestore di un rischio*

Come già chiarito, la dottrina tradizionale ha ricostruito la posizione di garanzia penalmente rilevante focalizzando l'attenzione sulla ricerca di norme giuridiche che stabiliscano in capo a uno specifico soggetto un obbligo di impedimento dell'evento tipico e adeguati poteri di impedimento dello stesso.

La prassi ha dimostrato che una siffatta metodologia mal si presta a delineare compiutamente l'area della responsabilità penale nell'ambito delle organizzazioni dotate di una qualche complessità. All'interno di tali organizzazioni in effetti è ben possibile che vi siano diversi soggetti, con diverse competenze, chiamati a ricoprire il ruolo di garante di un medesimo bene giuridico. La scarsa considerazione delle diverse sfere di competenza gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione ha condotto

---

<sup>26</sup> In tal senso G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 176, il quale sottolinea come «l'impiego di tecniche sanitarie di controllo dei ristretti violenti o agitati – consentito dall'art. 41, terzo comma ord. penit. – implica necessariamente che il personale autorizzato a farne uso abbia ricevuto una adeguata formazione, dovendosi trattare di operatori in grado non solo di scegliere lo strumento di coercizione più adeguato alla situazione concreta, ma anche di graduarne l'impiego in relazione alle specifiche esigenze del caso. È ovvio pertanto che tale personale non possa che essere quello medico o infermieristico operante all'interno dell'Istituto, il solo, quindi, autorizzato a provvedere all'impiego dei mezzi di contenzione fisica».

<sup>27</sup> Si tratta di conclusione cui aderisce unanimemente la dottrina penalistica: si veda per tutti G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 238; M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 145; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 30.

a una generalizzata e indiscriminata affermazione di responsabilità dei vari garanti per la mera verifica dell'evento tipico, in ragione dell'unitarietà tipologica del bene protetto.

Per superare questa tendenza la più recente giurisprudenza di legittimità ha riconsiderato la nozione di garante, ridisegnando le sfere della responsabilità penale all'interno delle organizzazioni complesse. La giurisprudenza ha evidenziato come in simili organizzazioni esistano diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare: in altri termini, l'ordinamento giuridico prevede differenziate figure di soggetti, investiti di ruoli gestionali autonomi, aventi il compito di controllare e di gestire le diverse cause potenziali di un evento dannoso. Ciò conduce a configurare, già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale che conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto ritenuto "gestore" del rischio.

Il garante pertanto è più significativamente colui che è deputato sul piano ordinamentale a gestire uno specifico rischio. Viene superata l'idea tradizionale che configura il garante come soggetto genericamente deputato a proteggere un bene giuridico (anzi, la figura di garante si trova "affrancata" dalla responsabilità per omissione)<sup>28</sup>, con inevitabili ripercussioni sui criteri di individuazione del garante. A tal fine occorrerà muovere dalla identificazione del rischio che si è concretizzato e quindi dall'individuazione del soggetto che era deputato al governo del rischio stesso, in relazione al ruolo che questi rivestiva nell'organizzazione complessa. Inoltre, il garante

<sup>28</sup> La teoria del garante come gestore di un rischio è stata proposta con particolare riferimento al settore della sicurezza sui luoghi di lavoro. Molteplici le pronunce che hanno accolto tale impostazione: Cass., Sez. IV pen., 23 novembre 2012, n. 49821, in *Dejure*, in cui si afferma altresì che «Questa esigenza di delimitazione delle sfere di responsabilità è tanto intensamente connessa all'essere stesso del diritto penale quale scienza del giudizio di responsabilità, che si è fatta quasi inconsapevolmente strada nella giurisprudenza, attraverso lo strumento normativo costituito dall'art. 41 cpv. c.p. Infatti, la diversità dei rischi interrompe, per meglio dire separa le sfere di responsabilità»; la tesi è stata accolta altresì dalle Sezioni unite chiamate a pronunciarsi sul noto caso *ThyssenKrupp*: Cass., Sez. un. pen., 24 aprile 2014, n. 38343, *ivi*; la tesi è stata confermata anche da recenti pronunce: Cass., Sez. IV pen., 25 settembre 2014, n. 46437, *ivi*; Cass., Sez. IV pen., 19 marzo 2015, n. 22378, *ivi*. Per una attenta e dettagliata analisi della sentenza *ThyssenKrupp*, si vedano i commenti di G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2014, 1938; G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, *ivi.*, 1/2015, 77; L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, *ivi.*, 2/2015, 623; M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, *ivi.*, 559; R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 11/2014, 2566.

non potrà ritenersi responsabile nel caso in cui l'offesa al bene giuridico protetto non derivi dalla concretizzazione del rischio specifico che egli era chiamato a governare.

Sebbene i principi in questione siano stati elaborati con esclusivo riferimento alla responsabilità penale per violazione della normativa antinfortunistica, non può escludersi che gli stessi vengano estesi anche in altri ambiti, come quello della responsabilità penale degli operatori penitenziari<sup>29</sup>. Anche nell'ordinamento penitenziario pare invero riscontrarsi una pluralità di figure professionali cui compete la gestione di diverse sfere di rischio incidenti sulla vita e la salute dei detenuti. Ciò sembra emergere, in particolare, dal novero dei poteri impeditivi che sono riconosciuti a ciascun operatore penitenziario: la polizia penitenziaria è chiamata a gestire il rischio connesso alla sicurezza e all'ordine nei luoghi di detenzione, sicché tutela l'incolumità dei detenuti contro i fattori di rischio connessi alle aggressioni provenienti da terzi (art. 41, comma 1 ord. penit.); il direttore assume un rischio propriamente organizzativo, dovendo curare anche le relazioni con l'autorità giudiziaria e con i servizi sanitari esterni; il personale medico invece assume su di sé il rischio propriamente terapeutico, come confermato dagli stessi artt. 11 ord. penit. e 18 d.P.R. n. 230 del 2000. Una ricostruzione di questo tipo consentirebbe di prevenire una indiscriminata imputazione della responsabilità per decesso di un detenuto su ogni operatore, nel rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. Nondimeno un siffatto approdo resta per ora una mera prospettiva futura e non un principio del diritto vivente penitenziario.

### *3. Il problema della liceità dell'alimentazione forzata del detenuto in sciopero della fame*

Come è stato già chiarito, gli operatori penitenziari sono titolari di una posizione di garanzia a tutela dell'incolumità personale del detenuto.

---

<sup>29</sup> Una tendenza a favorire una suddivisione delle competenze tra gli operatori penitenziari in funzione di una gestione più accurata del rischio suicidario sembra riscontrarsi nella Circolare del D.A.P., del 25/11/2011, intitolata "Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione". Per il testo della circolare e un commento sui caratteri innovativi della stessa si rinvia a A. DELLA BELLA, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime "aperto" per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario all'interno delle carceri*, in *Penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2011.

Essi pertanto, nel caso in cui un detenuto inizi uno sciopero della fame, devono, di regola, attivarsi per evitare che la protrazione eccessiva del digiuno possa condurre alla morte del detenuto o comunque a danni gravi e irreversibili per la salute di questo.

L'amministrazione penitenziaria, una volta ricevuta la dichiarazione del ristretto di voler iniziare lo sciopero della fame, attiva una serie di interventi disciplinati in varie circolari<sup>30</sup>. Il soggetto viene sottoposto a costante osservazione e controllo medico per monitorare le sue condizioni di salute e viene visitato due volte al giorno con particolare attenzione al peso<sup>31</sup>. Egli non viene isolato dagli altri compagni di detenzione e diviene destinatario di un'apposita attività di sostegno psicologico.

L'aggravamento delle condizioni di salute potrebbe determinare il pericolo di morte del digiunante entro tempi relativamente brevi. In questo caso si pone il problema, già accennato, della facoltà del soggetto di rifiutare ogni forma di alimentazione forzata offerta dall'amministrazione penitenziaria. Più precisamente si tratta di stabilire se il rifiuto esplicito del detenuto di ricevere qualsiasi intervento salvifico si ponga come limite alla sussistenza della posizione di garanzia gravante sugli operatori penitenziari. Parallelamente occorre valutare se, nel silenzio legislativo, possa o meno ritenersi lecito un eventuale atto di alimentazione forzata disposta dall'amministrazione penitenziaria al fine di scongiurare la morte del detenuto digiunante.

Sul punto la dottrina ha fornito una pluralità di soluzioni, ciascuna fondata su diverse motivazioni giuridiche. Volendo semplificare il discorso, i vari orientamenti emersi possono ricondursi a tre impostazioni fondamentali: una prima impostazione riconduce la fattispecie in esame a quella del suicidio, propendendo per la liceità dell'alimentazione forzata; una seconda impostazione ritiene che la omissione vada risolta alla luce del diritto di autodeterminazione terapeutica sancito dall'art. 32, comma 2 Cost.; una terza impostazione, infine, tende a valorizzare la scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.

### 3.1. *La tesi che identifica lo sciopero della fame con il suicidio*

Secondo un primo orientamento, allo stato minoritario, lo sciopero della fame può essere assimilato a un vero e proprio atto di suicidio.

<sup>30</sup> Sul punto anche per l'indicazione delle circolari rilevanti si veda M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 17.

<sup>31</sup> Ivi, 18, il quale evidenzia come il controllo del peso sia funzionale altresì alla scoperta di eventuali simulazioni dello sciopero.

Il digiuno prolungato attiva un *iter* causale che è inevitabilmente destinato a sfociare nella morte del suo autore e pertanto non è nient'altro che un modo per attuare un proposito suicidario, con la conseguenza per cui non sarebbe ravvisabile alcuna differenza tra uno sciopero della fame e un atto di auto-impiccagione<sup>32</sup>. Una diversa soluzione finirebbe per trattare diversamente situazioni invece del tutto identiche: lo sciopero della fame si distinguerebbe da altre forme di suicidio, come l'impiccagione, solo per il diverso lasso temporale sussistente tra la condotta e la morte.

Ne consegue che la questione andrebbe risolta in base alle coordinate normative previste per il suicidio. Come è noto, l'ordinamento mantiene una posizione di assoluta neutralità verso la condotta suicidaria, la quale non può definirsi in assoluto né lecita, né illecita<sup>33</sup>. In ogni caso non è configurabile un diritto soggettivo di suicidarsi con connesso obbligo per i terzi di favorire o di non impedire il fatto suicidiario, come può agevolmente desumersi dalla previsione degli artt. 579 e 580 c.p., che puniscono, rispettivamente, l'omicidio del consenziente e l'aiuto o l'istigazione al suicidio: ciò conduce a ritenere lecito l'atto di salvataggio di una persona che sta per suicidarsi. Laddove un soggetto sia titolare di una posizione di garanzia a tutela della vita altrui, egli è tenuto a impedire il fatto suicidario senza che possa assumere rilevanza il dissenso della persona protetta, non sussistendo, come si è detto, un diritto soggettivo di suicidarsi<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 146, il quale evidenzia come «nessuno abbia mai dubitato della legittimità dell'intervento coattivo per impedire un'impiccagione o per eliminare gli effetti di atti auto-soppressivi in corso, diversi dallo sciopero della fame». Sulla stessa linea M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 640, il quale afferma che, quando lo sciopero della fame trascende verso una situazione di potenziale irreversibilità con pericolo di vita, «non può che ritenersi sussistente l'obbligo, anche giuridico, di intervento così come del resto sussisterebbe in qualsiasi tentativo di suicidio che non può consentire al personale di vigilanza, tenuto non solo alla sorveglianza ma anche alla custodia ed al rispetto di tutti i restanti diritti costituzionali spettanti al detenuto, di assistere passivamente alla fine di un essere umano, così ridotto». Parla espressamente di suicidio anche il Trib. Milano, ordinanza del 13/11/1981 in *Foro it.*, 1983, II, 245.

<sup>33</sup> Per un'analisi del fenomeno del suicidio nell'ordinamento italiano: M. BERTOLINO, voce *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1999, 113 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1957, 55 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *I delitti contro la persona*, Padova, 2013, 152 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, Bologna, 2013, 42 ss.

<sup>34</sup> Occorre segnalare la posizione mediana di G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 238, il quale, sebbene rinvenga nello sciopero della fame le dinamiche proprie del suicidio, ritiene comunque invalicabile il limite della libertà della persona, trattandosi di limite che permea l'intero trattamento penitenziario. A riprova di ciò l'Autore evidenzia che neppure il trattamento rieducativo potrebbe essere forzatamente imposto al detenuto che vi si opponga. Di conseguenza la posizione di garanzia dell'amministrazione



Peraltro l'art. 41, comma 3 ord. penit. afferma la liceità *tout court* dei mezzi di coercizione fisica volti a tutelare lo stesso soggetto che li subisce e questo dato confermerebbe la liceità dei trattamenti coattivi verso il detenuto digiunante se finalizzati a salvare la sua vita.

Infine, si evidenzia che il detenuto è radicalmente privo di autonomia nel carcere, essendo totalmente dipendente dall'amministrazione penitenziaria per sopravvivere. Omettere l'alimentazione forzata potrebbe configurare la fattispecie di cui all'art. 591 c.p. che punisce colui che abbandoni un soggetto incapace di provvedere a se stesso e di cui abbia la custodia.

L'impostazione in questione non è andata esente da critiche.

Innanzitutto si ritiene erronea ogni sovrapposizione tra il suicidio e il fenomeno dello sciopero della fame. Attraverso il digiuno la persona ristretta mette a repentaglio la sua vita per fini che possono essere discutibili ma che non sono rivolti verso la morte: più che il desiderio di morire, il soggetto afferma la sua volontà di vivere, di lottare per migliorare le condizioni della detenzione, per rimediare a eventuali ingiustizie di cui assume essere stato vittima<sup>35</sup>. Pertanto risulta del tutto distonico trarre dallo sciopero della fame le conseguenze giuridiche proprie del suicidio.

Inoltre – si sostiene – l'alimentazione artificiale costituisce un atto di natura medica e dunque la sua somministrazione entra in conflitto con il diritto all'autodeterminazione terapeutica riconosciuto dall'art. 32, comma 2 Cost. Ridurre lo sciopero della fame a una forma di suicidio implicherebbe l'elusione delle garanzie costituzionali relative ai trattamenti sanitari obbligatori<sup>36</sup>.

Deve infine rilevarsi che l'art. 41 ord. penit. può anche fondare una posizione di garanzia in capo agli operatori penitenziari, ma ciò non esclude che il diritto di autodeterminazione del detenuto possa costituire un limite alla rilevanza penale di tale posizione.

---

penitenziaria troverebbe comunque un limite nel rifiuto di alimentarsi del detenuto in sciopero della fame.

<sup>35</sup> Sottolinea efficacemente questo aspetto M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 16: lo sciopero della fame è volto a «trasmettere alla società esterna, al mondo giudiziario, politico e legislativo dei messaggi su problemi singoli o, anche, collettivi».

<sup>36</sup> Nondimeno resterebbe aperto il problema della liceità dell'alimentazione forzata, quale atto coercitivo, rispetto all'art. 13 Cost., che fissa per gli atti limitativi della libertà personale una riserva di legge e una riserva di giurisdizione.

### 3.2. *La tesi che valorizza il diritto di autodeterminazione terapeutica quale risvolto negativo del diritto alla salute*

La dottrina prevalente sostiene che il problema della liceità dell'alimentazione forzata del detenuto digiunante vada risolto alla luce della disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori, avendo tale pratica natura medica.

Ciò posto, prima di proseguire ulteriormente con l'analisi, è opportuno formulare delle brevi considerazioni sui principi generali in materia di trattamenti sanitari obbligatori.

Ai sensi dell'art. 32, comma 2 Cost. «nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizioni di legge», fermo restando che questa «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Si pone una riserva di legge che fissa un vincolo a carico del legislatore e della pubblica amministrazione a tutela della libertà di autodeterminazione terapeutica degli individui<sup>37</sup>. I principi in esame sono stati attuati con l'art. 33 della l. n. 833 del 1978, istitutiva del SSN che afferma il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari<sup>38</sup>. Ne deriva che il fondamento della liceità del trattamento sanitario

<sup>37</sup> Particolarmente discussi sono i rapporti tra l'art. 32, comma 2 Cost. e l'art. 13 Cost., in quanto un trattamento sanitario obbligatorio potrebbe comprimere altresì la libertà personale rendendo necessaria anche la garanzia rappresentata dalla riserva di giurisdizione. Sul punto v. D. VINCENZI-AMATO, *Art. 32 Cost. - II) Il 2° comma dell'art. 32*, in, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1976, 167 ss., la quale esclude che ai trattamenti sanitari obbligatori sia applicabile necessariamente l'art. 13 Cost., ritenendo che l'equivoco sia frutto di ragioni storiche più che giuridiche. Tuttavia ove un intervento comporti una misura restrittiva della libertà, nulla esclude l'operatività delle garanzie di cui all'art. 13 Cost. *Contra*, A. BERNASCONI, *op. cit.*, 161; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, il quale distingue i trattamenti obbligatori e quelli coattivi, questi ultimi sottoposti alle garanzie di cui all'art. 13 Cost.

<sup>38</sup> A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la quale, all'art. 5, pone la seguente "regola generale" (secondo la rubrica della disposizione): «*Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé*». Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (Capo I, Dignità; art. 3, Diritto all'integrità della persona). Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente».

è, di regola, il consenso informato del paziente. Senza il consenso informato, il trattamento medico è illecito, anche quando esso è finalizzato alla conservazione o al miglioramento della salute di questo<sup>39</sup>.

Se il consenso del paziente rappresenta la regola, i trattamenti obbligatori costituiscono evidentemente un'eccezione, sicché gli stessi sono ammissibili solo se autorizzati da una specifica disposizione di legge. Peraltro affinché la riserva di cui all'art. 32, comma 2 Cost. sia rispettata, secondo la tesi prevalente è necessario che siano rispettati taluni limiti fondamentali da parte del legislatore.

In primo luogo, il trattamento obbligatorio è ammissibile nei limiti in cui vi sia una necessità di cura della persona che lo subisce<sup>40</sup>. In secondo luogo, è necessario che il trattamento miri a salvaguardare la salute della collettività, intesa come somma dei singoli individui che costituiscono la comunità sociale<sup>41</sup>. Infine, sul piano contenutistico, la legge che prevede il trattamento deve fissare i presupposti e il tipo di trattamento autorizzato e deve riferirsi alla generalità dei consociati, senza distinzioni fondate su fattori diversi da quelli specificamente attinenti al male da curare o da prevenire<sup>42</sup>.

Alla luce dei principi generali appena illustrati, è necessario valutare se l'ordinamento giuridico consenta ai servizi sanitari penitenziari un trattamento sanitario obbligatorio, qual è l'alimentazione forzata, per salvare la vita o l'integrità psico-fisica di un detenuto che stia attuando uno sciopero della fame.

Secondo la tesi più risalente l'amministrazione penitenziaria avrebbe il potere, nonché il dovere, di eseguire un intervento di alimentazione forzata nei confronti del detenuto digiunante nel caso in cui si prospetti un

<sup>39</sup> Questo è principio ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità: si rinvia sul punto a Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, in M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 294 ss., in cui si è ritenuto il consenso informato del paziente vero e proprio presupposto di liceità dell'attività terapeutica.

<sup>40</sup> D. VINCENZI-AMATO, *op. cit.*, 173, la quale ricollega tale limite al principio personalistico che vieta di ridurre l'individuo a mezzo per il perseguimento di interessi collettivi. Del resto l'origine storica dell'art. 32, comma 2 Cost. risiede proprio nel ripudio dell'uso dei trattamenti sanitari per scopi estranei alla tutela della salute.

<sup>41</sup> Ivi, 176, la quale evidenzia come in tale ipotesi non si configura un conflitto tra la volontà del singolo e un contrapposto interesse generico, bensì tra la volontà del singolo e il diritto alla tutela della propria salute degli altri componenti della collettività. Ciò rende il trattamento rispettoso altresì del limite della dignità umana, posto che il suo scopo è la protezione della salute della restante comunità sociale.

<sup>42</sup> Ivi, 177, la quale evidenzia come il logico corollario di questo limite è che non possono essere predisposte alternative, riguardo alla specifica malattia da curare, in considerazione del maggiore o minore affidamento che la persona o i familiari offrano, delle condizioni economiche che le stesse possano dare.

rischio di danni irreversibili alla salute di questo<sup>43</sup>.

L'orientamento in questione muove dal principio dell'indisponibilità della vita che si pone come limite alla libertà di autodeterminazione terapeutica dell'individuo. La vita e la salute individuale costituirebbero valori irrinunciabili, indisponibili e incompressibili, alla luce dell'art. 2 Cost. che afferma il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona. Ciò si desumerebbe da una pluralità di disposizioni normative: a venire in rilievo è anzitutto l'art. 5 c.c. (secondo cui gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica, così affermando un principio di relativa indisponibilità del corpo umano), una serie di disposizioni penali identifica come reati dei comportamenti incidenti sull'integrità della persona, anche nel caso in cui questa vi consenta (artt. 579 e 580 c.p.), con ciò confermando il principio di indisponibilità della vita e della integrità psico-fisica.

Pertanto, nel bilanciamento tra valori costituzionali, si dovrebbe propendere per la prevalenza del bene vita, in quanto valore irrinunciabile per l'ordinamento giuridico, rispetto al diritto di autodeterminazione terapeutica dell'individuo. Del resto – si aggiunge – se la salute è tutelata come interesse della collettività, allora deve esistere un generico dovere di curarsi e di mantenersi in uno stato di salute tale da poter adempiere i propri doveri di solidarietà sociale che l'art. 2 Cost. qualifica come inderogabili<sup>44</sup>. Di conseguenza l'art. 32, comma 2 Cost. certamente riconosce il diritto di rifiutare le cure, ma non fino al punto di poter rifiutare quelle necessarie per sopravvivere. A ulteriore supporto della tesi in esame, si evidenzia come il divieto di trattamenti obbligatori non possa mai valicare il limite del rispetto della dignità umana, sicché non potrebbe giammai ritenersi lecito l'omesso impedimento della morte di un soggetto in pericolo di vita. Peraltro si ritiene che lo stato di incoscienza in cui inevitabilmente viene a porsi colui che protragga oltremodo lo sciopero della fame renderebbe l'alimentazione priva di qualsiasi significato coattivo<sup>45</sup>.

Si tratta di una ricostruzione che non risulta convincente per una pluralità

---

<sup>43</sup> Sostengono questa tesi: V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1949, 532, nota 1; A. PALAZZO, *Sciopero della fame di detenuti e omissione di soccorso*, in *Riv. pen.*, 1935, 420 ss.

<sup>44</sup> Sul punto O. VANNINI, *Delitti contro la vita*, Milano, 1946, 5, il quale evidenzia come l'interesse alla vita assuma una duplice dimensione, come interesse del singolo alla conservazione della propria esistenza e come interesse dello Stato alla conservazione del proprio corpo sociale. Rifiuta una simile visione statolatrica M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, I, Torino, 2006, 200 ss. (con richiami di altra dottrina).

<sup>45</sup> M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 640.

di ragioni. È oramai indubbio che il diritto di autodeterminazione terapeutica sia un diritto assoluto, che non incontra limiti, neanche se il suo esercizio possa condurre al sacrificio del bene della vita<sup>46</sup>. Ciò si giustifica alla luce del principio personalistico che anima l'ordinamento giuridico e che conduce a una nuova dimensione della salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e che quindi coinvolge, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza. Né può obiettarsi che, nel bilanciamento tra valori costituzionali, la vita prevarrebbe sul diritto di non curarsi. Un problema di bilanciamento si pone solo tra interessi facenti capo a soggetti diversi, non tra interessi rientranti nella sfera giuridica dello stesso soggetto<sup>47</sup>. In tal caso è il titolare degli interessi in conflitto a scegliere la miglior strada per la loro tutela.

Riconosciuta l'esistenza di un diritto di rifiutare le cure finanche a lasciarsi morire, occorre valutare se di questo diritto possa ritenersi titolare anche il soggetto sottoposto a restrizioni della libertà personale. Bisogna chiedersi, innanzi tutto, se l'ordinamento penitenziario contenga disposizioni che autorizzino un trattamento sanitario obbligatorio, consentendo di superare il dissenso alle cure dell'interessato.

Secondo un primo orientamento<sup>48</sup> l'art. 41, comma 3 ord. penit. consentirebbe di intervenire coattivamente sul detenuto in pericolo di morte.

<sup>46</sup> Così Cass., Sez. I civ., 4 ottobre 2007, n. 21748, in *Dejure*, in cui si afferma che «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». In dottrina si veda: F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 525 ss.; M. RUOTOLO, *op. cit.*, 154 ss.; V. ONIDA, *op. cit.*, 363.

<sup>47</sup> Per un più ampio inquadramento della questione G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica&Politica*, 1/2006, 1 ss.

<sup>48</sup> M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 639.

La disposizione *de qua* autorizza l'uso della coercizione fisica al fine di tutelare l'incolumità dello stesso soggetto che la subisce e dunque l'eventuale dissenso del detenuto non osterebbe alla pratica di alimentazione forzata posta in essere dai servizi sanitari penitenziari. Una simile soluzione è criticabile sotto vari aspetti. Come è stato chiarito in precedenza, la riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2 Cost. esige che l'atto legislativo individui lo specifico trattamento autorizzato e la specifica malattia che esso mira a curare o a prevenire ma non sembra che questi "requisiti" minimi siano riscontrabili nell'art. 41 ord. penit. Inoltre tale disposizione consente l'uso della coercizione fisica solo per detenuti affetti da gravi patologie mentali, alla luce dell'art. 82 d.P.R. n. 230/2000<sup>49</sup>, e non può estendersi anche a quelli capaci di intendere e di volere. Infine, come sottolineato da attenta dottrina<sup>50</sup>, l'art. 41, comma 3 ord. penit. consente la coercizione fisica per rimuovere gli effetti autolesionistici prodotti da contegni commissivi del soggetto, non per rimuovere una condotta meramente passiva dello stesso.

A fronte di tali difficoltà, altri Autori hanno ritenuto utilizzabili gli artt. 34 e 35 della l. n. 833 del 1978, che consentono il trattamento sanitario obbligatorio nei confronti di persone affette da malattie mentali<sup>51</sup>, posto che la protrazione del digiuno per un periodo di tempo eccessivo farebbe cadere il detenuto in uno stato di incoscienza assimilabile allo stato di infermità mentale.

Anche tale soluzione non appare del tutto convincente. In primo luogo, occorrerebbe dimostrare quel che si dà per scontato, e cioè che il rifiuto protratto di alimentarsi sconfini sempre a partire da un certo momento in disturbo psicologico assimilabile alla malattia mentale<sup>52</sup>. La tesi in esame muove da un'errata interpretazione dell'art. 32, comma 2 Cost.: il trattamento sanitario obbligatorio, infatti, non potrebbe mai consentirsi quando lo stato di salute di un soggetto non metta a repentaglio anche la salute di terzi. Fuori di tale situazione sussiste un vero e proprio diritto a essere ammalato<sup>53</sup>. Infine, la soluzione prospettata produrrebbe un'evidente incoerenza sistematica, giacché attribuirebbe il compito di

---

<sup>49</sup> V. *supra* par. 2.1.

<sup>50</sup> M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 29.

<sup>51</sup> Sull'ammissibilità del t.s.o. nei confronti del detenuto digiunante: A. PENNISI, *op. cit.*, 100-101. In giurisprudenza si vedano Trib. Milano, ord. 13 novembre 1981, cit., 247.

<sup>52</sup> D. PULITANO, *op. cit.*, 373; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 34, il quale evidenzia come identificare lo stato di incoscienza con la malattia mentale significhi confondere la causa con gli effetti, sicché anche lo stato febbrile, potendo recare con sé deliri, costituirebbe esso stesso una malattia mentale.

<sup>53</sup> M. RUOTOLO, *op. cit.*, 159.

proteggere i diritti del ristretto a un'autorità amministrativa, qual è il sindaco, disapplicando, di fatto, la normativa penitenziaria che tale compito demanda ad altre autorità<sup>54</sup>.

In assenza di un'apposita disposizione legislativa<sup>55</sup> che autorizzi un trattamento sanitario obbligatorio, si deve ritenere che, in caso di sciopero della fame, valga la regola generale del consenso informato, quale elemento giustificativo dell'intervento medico. L'alimentazione forzata dovrebbe dunque in linea generale ritenersi illecita, ove volta a superare il rifiuto esplicito del detenuto di assumere qualsiasi forma di cibo.

Proprio per tale ragione una parte della dottrina ha cercato di giustificare l'intervento salvifico dei medici penitenziari facendo leva sul presunto carattere viziato della volontà del detenuto digiunante. Il diritto di autodeterminazione terapeutica si pone come limite all'intervento medico solo se e nei limiti in cui esso si manifesti in una scelta libera, informata e consapevole del titolare. Si sostiene, in particolare, che la scelta di lasciarsi morire in carcere per fame sarebbe libera solo in apparenza: il comportamento del soggetto sarebbe influenzato dallo stato detentivo che certamente può condurre a una distorsione della percezione della realtà. Lo *status detentionis*, non consentirebbe al soggetto di ponderare adeguatamente la propria condizione, sicché il carcere, in quanto luogo di restrizione della libertà, risulterebbe inadatto all'esercizio del diritto di non curarsi. In sostanza, pur dovendosi riconoscere astrattamente un siffatto diritto al detenuto, di fatto il suo esercizio risulterebbe impossibile nei luoghi di detenzione. Il vizio che inficia il rifiuto del cibo rende pertanto quest'ultimo inidoneo a porsi come valido limite alla posizione di garanzia dell'operatore penitenziario<sup>56</sup>.

Un simile ragionamento non pare tuttavia condivisibile per molteplici ragioni. Sostenere che il detenuto non sia capace di compiere scelte consapevoli è un'asserzione priva di validi riscontri sul piano empirico. La tesi in esame formula una sorta di presunzione assoluta di incapacità di autodeterminazione del detenuto che risulta del tutto irragionevole. Come ha indicato più volte la Corte costituzionale, «le presunzioni assolute, specie quando limitano diritti fondamentali della persona, violano il principio

<sup>54</sup> M.G. NAPOLI, *op. cit.*, 188.

<sup>55</sup> A conferma dell'assenza di una disposizione che autorizzi il trattamento sanitario obbligatorio verso il detenuto digiunante può ricordarsi che sono stati presentati vari disegni di legge che miravano a introdurre una disposizione che consentisse l'alimentazione forzata nei confronti del detenuto in sciopero della fame. Sul punto si veda G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 237, il quale esprime profondi dubbi sull'opportunità di una simile soluzione.

<sup>56</sup> M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 145; M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 640.

di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*: evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»<sup>57</sup>. Non sembra che la presunzione assoluta proposta dalla dottrina esaminata riesca a superare tale prova di resistenza. Senza considerare l'evidente rischio di scadere in un approccio paternalistico, del tutto inopportuno, per quanto animato da buone intenzioni, quando la posta in gioco è la compressione ulteriore dei diritti fondamentali di persone già private del bene insostituibile della libertà personale. Inoltre la libertà morale del detenuto è alla base dell'idea stessa della finalità rieducativa della pena, sicché postulare l'incompatibilità tra lo stato detentivo e la capacità di autodeterminazione pare essere una contraddizione sistematica o comunque dovrebbe condurre coerentemente all'affermazione della incostituzionalità della pena carceraria. In realtà la genuinità del consenso è solo un problema probatorio e, come tale, pone la mera esigenza di un accurato accertamento in sede processuale<sup>58</sup>.

Diversa è invece la questione della liceità dell'alimentazione forzata nel caso in cui il ristretto, a causa del prolungato rifiuto del cibo e delle cure, cada in uno stato di totale incoscienza, talché non sia in grado di reiterare il dissenso consapevole alle cure. Sul punto non vi è concordanza in dottrina.

Secondo un primo orientamento la posizione di garanzia del personale medico si riespanderebbe: venendo meno la costanza di una inequivoca manifestazione di volontà, si reputa ragionevole presumere che il detenuto, se fosse stato in condizione di farlo, avrebbe espresso il proprio consenso a quei trattamenti terapeutici idonei a garantirgli la conservazione della vita<sup>59</sup>. Una tale conclusione sarebbe imposta anche nell'ipotesi in cui il digiunante abbia manifestato preventivamente – in modo libero e consapevole – l'univoca volontà di non essere sottoposto a trattamenti sanitari anche nell'eventualità in cui la protrazione dello sciopero della

<sup>57</sup> Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48.

<sup>58</sup> Del resto non sembra dubitarsi della persistenza della posizione di garanzia dei medici penitenziari laddove si accerti che il rifiuto del cibo sia frutto di una malattia mentale preesistente. Resterebbe comunque aperto il problema dell'ammissibilità dell'alimentazione forzata, in assenza di una disposizione di legge che autorizzi il trattamento sanitario obbligatorio. Si veda per tutti: I. ALLEGRANTI, G. GIUSTI, *op. cit.*, 84-85, i quali escludono che possa parlarsi di sciopero della fame nei casi di anoressia indipendente dalla volontà del detenuto, espressione di una psico-somatosi riconducibile a una depressione, determinato dallo stato detentivo o da altre cause preesistenti; A. BERNASCONI, *op. cit.*, 163.

<sup>59</sup> G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 183.



fame determinasse uno stato di incoscienza. Ancora una volta, infatti, non si potrebbe sostenere con certezza che il rifiuto di alimentarsi sarebbe stato reiterato anche nella situazione estrema in cui occorra decidere sulla propria vita o sulla propria morte<sup>60</sup>.

Secondo una diversa tesi<sup>61</sup> il rifiuto delle cure in origine espresso dal detenuto digiunante rimarrebbe fermo anche in caso di sopravvenuta caduta di questo in stato di incoscienza: laddove il detenuto, informato delle conseguenze della propria scelta, abbia deciso di rifiutare ogni forma di aiuto, scontando il rischio della perdita di conoscenza e quindi dell'impossibilità del suo ritiro, allora il diritto di autodeterminazione terapeutica manterrebbe comunque il suo valore di limite alla posizione di garanzia degli operatori penitenziari. Del resto – si soggiunge – lo scopo dello sciopero della fame è proprio quello di giungere a uno stato di salute incompatibile con il regime carcerario, eludendo l'applicazione della misura detentiva.

A ben vedere tra i due orientamenti è possibile propendere per una soluzione intermedia. Nel caso in cui il detenuto decida di protrarre il digiuno accettando anche il rischio di morire, il sopravvenuto stato di incoscienza non dovrebbe giustificare l'intervento medico, operando il limite fondamentale della libertà terapeutica del soggetto che, come si è detto, implica anche la libertà di lasciarsi morire. Di contro un ragionamento analogo non può effettuarsi nel caso in cui il detenuto, prima di entrare in uno stato di incoscienza, avesse espresso solo la generica volontà di proseguire lo sciopero della fame, senza assumere una posizione netta sul rischio di morte o di caduta in uno stato di incoscienza: in tal caso dovrebbe prevalere l'istanza solidaristica di protezione della vita, come del resto evidenziato dalla stessa giurisprudenza di legittimità<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, 531; V. ONIDA, *op. cit.*, 362; G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 184, il quale ritiene che l'intervento medico debba essere finalizzato al solo recupero della capacità di autodeterminazione del detenuto, il quale, se vorrà, potrà comunque proseguire lo sciopero della fame.

<sup>61</sup> M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 34; F. DAL CANTO, *op. cit.*, 908 ss.

<sup>62</sup> V. sul punto Cass., Sez. I civ., 04 ottobre 2007, n. 21748, par. 8, cit., che sottolinea come, ove non si riesca a provare che il rifiuto dell'alimentazione artificiale con esito letale sia realmente espressivo, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, deve «allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici». Tale conclusione è peraltro coerente con la recente tendenza dell'Amministrazione penitenziaria a incentivare continui «contatti» tra il personale penitenziario e il detenuto,

In conclusione, alla luce dei rilievi appena svolti, deve riconoscersi al detenuto il diritto di rifiutare le cure, in quanto diritto fondamentale dell'individuo, salvo il caso in cui la situazione patologica metta in pericolo la salute dei terzi. Una sua limitazione non sembra giustificarsi alla luce dello *status detentionis*, salvo voler 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»<sup>63</sup>. Né può sostenersi che la giustificazione di una simile compressione possa essere la necessità di far espiare al condannato l'intera pena inflitta, non potendosi ritenere ragionevole una siffatta conclusione alla luce della natura costituzionale del diritto alla salute e della stretta attinenza del rifiuto delle cure con la dignità umana.

Dinanzi alla scelta libera e consapevole del detenuto di rifiutare le cure il medico deve dunque astenersi da qualsiasi trattamento coattivo. Egli non sarà penalmente responsabile dell'eventuale morte o delle lesioni che colpiranno il digiunante, in quanto, ponendosi il dissenso di quest'ultimo come limite alla posizione di garanzia del medico, verrebbe a mancare lo stesso fatto oggettivo del reato di omicidio o di lesioni personali<sup>64</sup>. Non mancano autori<sup>65</sup> che ritengono che il rifiuto del detenuto non provochi l'esclusione della posizione di garanzia del medico, bensì la sua attenuazione. Sul garante continuerebbe a incombere l'obbligo di informare il digiunante sulle conseguenze di una eccessiva protrazione dello sciopero della fame, al fine di persuaderlo ad accettare il cibo necessario a sopravvivere.

### 3.3. *La tesi che valorizza lo stato di necessità*

I risultati cui si è pervenuti potrebbero essere posti in discussione se si riconoscesse la facoltà dell'amministrazione penitenziaria di intervenire coattivamente sul detenuto in caso di stato di necessità. Secondo alcuni

---

come confermato dalle circolari indicate nella nota 27 e 28.

<sup>63</sup> M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 31.

<sup>64</sup> Sul punto si veda invece la sentenza di non luogo a procedere del G.U.P. presso il Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049 in M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 577 ss., che invece fonda la non punibilità del medico sulla scriminante dell'adempimento del dovere. Il rifiuto della terapia costituisce espressione di un diritto costituzionalmente garantito rispetto al quale grava sul medico il correlato dovere giuridico di consentirne l'esercizio, sicché, laddove la cessazione delle cure cagioni la morte del paziente, il medico non risponderebbe penalmente in virtù della scriminante di cui all'art. 51 c.p.

<sup>65</sup> G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 182; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 31.

Autori<sup>66</sup>, infatti, pur in difetto di disposizioni legislative che autorizzino un trattamento sanitario obbligatorio a tutela della vita del detenuto in sciopero della fame, l'intervento sanitario degli operatori penitenziari potrebbe ritenersi comunque lecito alla luce dell'art. 54 c.p. Si sostiene che, nel caso in cui il digiuno provochi una situazione di pericolo attuale e concreto per la vita del detenuto, l'amministrazione penitenziaria avrebbe la facoltà – non il dovere – di procedere all'alimentazione forzata, al fine di scongiurare un danno grave alla persona del ristretto, purché vi sia proporzione tra il fatto lesivo (l'alimentazione forzata) e il pericolo da evitare (lesione del bene della vita) e tale pericolo non sia altrimenti evitabile. In sostanza l'operatore penitenziario, pur non essendo gravato da una posizione di garanzia a fronte del rifiuto di alimentarsi del detenuto, conserverebbe comunque la facoltà di salvare la vita di quest'ultimo, nel rispetto delle condizioni fissate dall'art. 54 c.p.

Si tratta di una soluzione che desta forti perplessità. Sorge infatti il rischio che l'uso dello stato di necessità conduca a eludere la garanzia costituzionale prevista dall'art. 32, comma 2 Cost., autorizzando un trattamento sanitario obbligatorio in assenza di una specifica disposizione di legge che stabilisca i presupposti e la natura dell'intervento, nonché i limiti dello stesso<sup>67</sup>.

Più in generale, non è affatto scontato che il personale amministrativo del carcere possa avvalersi della scriminante dello stato di necessità. Ciò in quanto si dubita che l'art. 54 c.p. possa operare anche in riferimento all'azione dei pubblici poteri. Sul punto, in effetti, non si registra unanimità di vedute. Un primo orientamento ammette l'applicabilità dello stato di necessità. Le cause di giustificazione, alla luce del principio di unità dell'ordinamento giuridico, hanno una portata applicativa tendenzialmente illimitata, sicché devono operare anche in relazione alle condotte tenute dai pubblici poteri. Sarebbe contraddittorio che una condotta di un pubblico agente sia lecita sul piano amministrativo e, al contempo, illecita sul piano penale<sup>68</sup>. Si rileva altresì che non osterebbe a tale conclusione la genericità dei presupposti dello stato di necessità. Vi sono varie

<sup>66</sup> M. CANEPA, S. MERLO, *op. cit.*, 147. In giurisprudenza ritiene applicabile lo stato di necessità Trib. Milano, ord. del 13/11/1981, cit., 237.

<sup>67</sup> G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame*, cit., 237, il quale evidenzia altresì come la tesi contraria ponga il problema, di non facile soluzione, di stabilire il momento a partire dal quale il digiuno trapassa in una «condizione suicidaria». Sulla stessa linea G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 188; F. VIGANÒ, *op. cit.*, 472.

<sup>68</sup> G. FIANDACA, *Lo sciopero della fame*, cit., 237 cui si rinvia per i riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca che della questione si è occupata maggiormente.

disposizioni del diritto amministrativo che presentano un analogo grado di indeterminatezza senza che ciò conduca a denunciare una violazione del principio di legalità vigente in materia di attività amministrativa. Pertanto lo stato di necessità sarebbe applicabile all'azione dei pubblici poteri, salvo che esistano norme specifiche che espressamente ne impediscano o limitino l'applicazione.

Un diverso e preferibile orientamento rifiuta l'applicabilità dello stato di necessità per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo si evidenzia che, laddove un determinato conflitto di interessi tra Stato e cittadini è compiutamente regolato mediante norme di diritto pubblico, ricorrere allo stato di necessità implicherebbe una rinuncia al principio di legalità nell'operato di organi pubblici. Del resto – si osserva – l'applicazione dello stato di necessità, comportando una ridefinizione del rapporto tra fini e mezzi istituzionali, demandata al solo legislatore, finirebbe per minare alle sue basi lo stesso Stato di diritto<sup>69</sup>. Si conclude – in via del tutto condivisibile – per l'impossibilità di usare la clausola dello stato di necessità per ampliare i poteri di intervento dell'amministrazione penitenziaria oltre i limiti di legge<sup>70</sup>.

Resta da valutare se lo stato di necessità possa essere invocato dai servizi medici penitenziari. Ciò importa l'esigenza di stabilire se l'art. 54 c.p. possa comunque applicarsi all'attività medico-chirurgica, questione tutt'altro che pacifica. Essendo un'attività giuridicamente regolata nei suoi presupposti e limiti, si discute se gli eventuali conflitti di interessi debbano ritenersi già previamente risolti dal diritto.

Ad avviso di chi esclude l'applicabilità dello stato di necessità, vi sarebbe il concreto rischio di alterare le scelte politiche effettuate a monte dal legislatore, vanificando i limiti di liceità posti dall'ordinamento giuridico. Inoltre risulterebbe distonica l'applicazione dell'art. 54 c.p. in ambito medico, posto che tale disposizione è finalizzata a risolvere conflitti tra interessi di soggetti diversi, non invece quelli tra interessi facenti capo alla stessa persona, come avviene normalmente in ambito sanitario<sup>71</sup>. Di diverso avviso è un'altra parte della dottrina<sup>72</sup> e la giurisprudenza di legittimità che

<sup>69</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 259, il quale evidenzia come acconsentire all'uso dello stato di necessità vorrebbe dire assoggettare i pubblici poteri a ogni forma di ricatto, stimolando l'ardire dei ricattatori sicuri di raggiungere lo scopo perseguito.

<sup>70</sup> Conclude per il rifiuto dello stato di necessità anche G.M. NAPOLI, *op. cit.*, 188; M.G. MAFFEI, *op. cit.*, 27.

<sup>71</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 259.

<sup>72</sup> M. BILANCETTI, F. BILANCETTI, *op. cit.*, 364 cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali; A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, 211, il quale ammette l'uso dello stato di necessità finanche nel caso in cui emerga il rifiuto esplicito delle cure da parte del paziente. Si tratta tuttavia di una posizione ormai isolata.

propendono invece per l'applicabilità dello stato di necessità nell'attività medico-chirurgica. Si evidenzia che lo scopo terapeutico dell'attività medica giustifica di per sé l'uso dello stato di necessità, laddove l'intervento abbia consentito di salvare la vita o la salute del paziente da un pericolo grave e imminente. Una siffatta soluzione non altererebbe il quadro dei valori costituzionali, in quanto limite dello stato di necessità resterebbe comunque la libertà di autodeterminazione del paziente, sicché in caso di rifiuto esplicito delle cure il medico dovrebbe comunque arrestare la propria opera. Dunque l'atto medico non è posto in essere contro la volontà del paziente in stato di necessità, bensì in mancanza della sua volontà. Lo stato di necessità opererebbe in funzione solidaristica nei casi di lacuna del consenso informato.

Ad ogni modo i termini del dibattito sopra illustrato non sembrano incidere significativamente sulla questione della liceità dell'alimentazione forzata nei confronti del detenuto in sciopero della fame. Posto che l'orientamento che ammette l'utilizzabilità dello stato di necessità in ambito sanitario riconosce comunque il limite del rifiuto esplicito alle cure del soggetto in pericolo, dinanzi al persistente rifiuto del detenuto di ottenere le cure necessarie a scongiurare la propria morte, il medico penitenziario deve mantenersi rispettoso di tale scelta e astenersi da qualsiasi intervento coercitivo.

#### 4. *Considerazioni conclusive*

Lo sciopero della fame del detenuto pone certamente una pluralità di interrogativi rispetto ai quali ogni risposta sembra essere precaria e tendenzialmente instabile, sempre suscettibile di essere smentita, considerata altresì la mancanza di una presa di posizione specifica da parte del legislatore in merito. Ciò pare del resto confermato dall'analisi del quadro dottrinale e giurisprudenziale emerso su tale tematica<sup>73</sup>. Un quadro caratterizzato da una notevole diversità di approcci, di soluzioni, di sensibilità. Non a caso taluno ha sostenuto che «alla fine del viaggio esegetico, il giurista si

<sup>73</sup> Tra gli operatori penitenziari pare prevalere la tendenza ad ampliare i margini della tutela della vita del detenuto in sciopero della fame. Sul punto si veda R. MORAMARCO, *La prevenzione dei suicidi in carcere*, in *Quad. ISSP*, 8/2011, in cui si afferma la liceità dell'intervento coercitivo in due situazioni: I) detenuto affetto da malattia mentale (non ritenendo tale lo stato di incoscienza indotto dal digiuno), ove sussistano i requisiti di cui alla normativa sul T.S.O. (art. 34 l. 833 del 1978); II) dissenso espresso in precedenza e non confermabile, ove il sanitario ragionevolmente ritenga che se il soggetto avesse conosciuto il rischio per la propria vita, avrebbe prestato il consenso all'attività terapeutica.

scopre nudo di certezze»<sup>74</sup>. Un esito del tutto comprensibile allorquando si tratta di decidere sulla vita di un individuo, in situazioni estreme, al confine tra il diritto e l'etica, in cui ogni bilanciamento tra valori fondamentali, tutti meritevoli di salvaguardia, si espone inevitabilmente a un incerto equilibrio.

La bussola dell'interprete deve comunque restare la Carta costituzionale e il principio personalistico che la anima. Ciò conduce a identificare nella persona umana un valore etico in sé, a concepire l'intervento sociale nell'ottica esclusiva dello sviluppo della persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. Ciò conduce al necessario riconoscimento a ciascuno della libertà di coscienza, vera essenza dell'essere umano. Lo sciopero della fame, una volta concepito come atto di autoaffermazione della propria coscienza individuale, non può tollerare alcuna restrizione che non sia fondata su chiare disposizioni legislative. Ciò nell'ottica di una crescente umanizzazione degli istituti penitenziari, coerente con il dettato dell'art. 27, comma 3 Cost.

---

<sup>74</sup> E. FASSONE, *op. cit.*, 345.