

Lo sciopero della fame in regime di detenzione carceraria: aspetti morali e giuridici del diritto alle cure in rapporto ai quesiti sottoposti al CNB

Hunger strike in prison: moral and legal aspects of the right to treatment in relation to the questions submitted to the CNB

di Giampaolo Ghilardi e Rosa De Vito

Abstract

In questo studio vengono presentate e valutate dalla prospettiva etica e giuridica le risposte elaborate dal Comitato Nazionale di Bioetica ai quesiti posti dal Ministero della Giustizia in relazione alla legittimità morale di un eventuale abbandono terapeutico da parte del personale sanitario di un paziente che, in stato di detenzione carceraria e durante lo sciopero della fame, chiedesse di non essere assistito. Lo studio rassegnerà le posizioni assunte dalla giurisprudenza più recente per passare poi all'analisi morale più propria.

This study presents and evaluates from the ethical and legal perspective the answers developed by the National Bioethics Committee to the questions posed by the Ministry of Justice regarding the moral legitimacy of a possible therapeutic abandonment by health care personnel of a patient who, while in prison custody and on hunger strike, asked not to be assisted. The study will review the positions taken by the most recent case law and then move on to the more proper moral analysis.

Sommario: 1. Introduzione; 2. Analisi bio-giuridica; 3. Analisi morale; 4. Il principio del doppio effetto; 5. Conclusioni

1. Introduzione

In data 6 febbraio 2023 il Capo Gabinetto del Ministero della Giustizia italiana ha trasmesso al Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) quattro quesiti relativi alla possibilità/liceità di aderire, rifiutare o rinunciare a

Il lavoro è frutto della collaborazione di entrambi gli autori che hanno condiviso l'impostazione metodologica e i risultati conseguiti, nello specifico poi i paragrafi 1 e 2 sono stati redatti dalla Dott.ssa De Vito, mentre i paragrafi 3, 4 e 5 sono a cura del Prof. Ghilardi.

trattamenti sanitari, anche salvavita, da parte di persone in condizioni di limitazione della libertà personale, come ad esempio la detenzione carceraria.

I quesiti sono articolati e, come sempre in casi di bioetica, coinvolgono ambiti scientifici, giuridici e morali difficilmente scorporabili. Tralasciando gli aspetti sanitari, in questo lavoro ci concentreremo sugli aspetti bio-giuridici e sul lato morale della questione, non solo per l'importante e indifferibile valore intrinseco del tema, ma anche per l'esplicito riferimento alla dimensione etica espresso chiaramente in almeno tre dei quesiti posti all'attenzione del Comitato. Nelle prossime pagine ci proponiamo di valutare le risposte elaborate dal CNB dal punto di vista giuridico ed etico, valutando, in riferimento a quest'ultimo, quali siano stati i modelli morali di riferimento. Occorre precisare che il documento di risposta del CNB offre un quadro articolato, dove si differenziano tre modelli di risposta con diversi firmatari. Il parere A ha ricevuto 19 voti a favore, laddove i pareri B e C hanno totalizzato rispettivamente 9 e 2 consensi.

Preliminarmente, occorre soffermarsi sulla cornice normativa e costituzionale all'interno della quale i quesiti sono stati formulati, e precisamente, la legge n. 219 del 2017 recante “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”, l'art. 32 della Costituzione sul diritto alle cure e la sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale.

L'inserimento nel panorama giuridico italiano della legge n. 219 sancisce l'*habeas corpus* di chi si sottopone alle cure, richiamando sin dall'articolo 1, i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) con precipuo riferimento all'invulnerabilità della libertà personale (art.13 Cost.) e alla tutela della salute, (art. 32 Cost.) da cui consegue come logico corollario che nessuno potrà essere obbligato ad un trattamento sanitario contro la sua volontà, neppure in forza di una disposizione di legge, ove ciò risultasse contrario alla dignità umana.

Fondamentale risulta altresì soffermarsi sul rinvio ad alcuni valori della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea fra i quali si colloca

l'inviolabilità della dignità umana, il cui rispetto e la cui tutela costituiscono la base stessa di diritti fondamentali, quali il diritto alla vita e all'integrità fisica e psichica della persona.

Non può in questo contesto non rilevare un definitivo mutamento del concetto di salute, già avviatosi con pronunce della Corte Costituzionale¹, della Cassazione² e del Consiglio di Stato, intesa non più come mera euritmia organo-funzionale (“assenza di malattia”) ma quale “modello funzionale” in cui si devono valutare tutte le potenzialità del corpo e da cui discende un modello giuridico che non consente di separare la *salus aegroti* dalla *voluntas aegroti*, subordinando la legittimità dell'intervento medico al previo consenso del paziente.

Vale tuttavia la pena precisare che la fase di acquisizione del consenso informato potrà essere superata in situazioni di emergenza o di urgenza, laddove si ponga la necessità di salvare la persona assistita dal pericolo attuale di un danno grave per la salute o per la vita, non altrimenti evitabile³.

La legge in esame si è dunque presa l'onere di determinare un nuovo paradigma nella relazione di cura, riconoscendo alla persona interessata la possibilità di disporre del proprio corpo, della propria salute e della propria vita per mezzo del consenso informato, della pianificazione delle cure e delle direttive anticipate di trattamento.

Ciò premesso, ricapitoliamo sinteticamente i quesiti per comprendere la posta morale della questione. La richiesta di parere si apre ricordando che:

L'adesione, il rifiuto (inteso come richiesta di non inizio) e la rinuncia (ovvero richiesta di sospensione) consapevole ai trattamenti sanitari, anche salvavita, sono finalizzati all'autodeterminazione del paziente, ed il consenso informato è lo strumento per attuare tale finalità,

¹ Cfr. ad es. Corte cost. 23 dicembre 2008 n. 438. Consultabile all'indirizzo web: https://www.cortecostituzionale.it/actionScheda_Pronuncia.do?anno=2008&numero=438

² Cfr. ad es. Cassazione civile, sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

³ Cassazione Penale Sez IV, 18 aprile 2018, n.31628

cioè esprimere la propria volontà di ricevere o meno i trattamenti sanitari offerti⁴.

Questa premessa permette di inquadrare il tema all'interno del delicato rapporto tra diritto alla cura e autodeterminazione del paziente, collocandoci dunque in ambito sanitario.

La legge 219, infatti, recepisce una inevitabile evoluzione del diritto alla cura che con l'entrata in vigore della Costituzione è divenuta diritto sociale, per pervenire oggi a "*diritto soggettivo assoluto e primario volto a garantire l'integrità psico-fisica della persona bisognosa di cura*"⁵. Infatti, cuore della legge in esame è il consenso informato⁶, inteso come possibilità per il paziente capace di autodeterminarsi, adeguatamente informato e consapevole delle conseguenze, tanto del diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso, quanto il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento⁷.

Questa precisazione svolgerà un ruolo importante nel prosieguo dell'analisi, dunque merita di essere rimarcata sin d'ora.

D'altra parte, prosegue poi il testo, viene posto il caso:

di un consenso al rifiuto o rinuncia di trattamenti sanitari, specie se salvavita, che sia però subordinato al conseguimento di finalità estranee alla situazione clinica personale, come ad esempio l'ottenimento di un bene in discussione [...]: in questo caso il rifiuto/rinuncia sarebbe

⁴ Cfr. l'allegato del Ministero della Giustizia in calce alla *Risposta [ai] quesiti del ministero della giustizia 6 febbraio 2023*, disponibile online presso il sito del Ministero della Giustizia <https://bioetica.governo.it/media/4802/risposta-a-ministero-giustizia.pdf> p. 18.

⁵ Cassazione Civile SS.UU., 1 agosto 2006 n.17461.

⁶ L.PALAZZANI, *Biogiuridica, Teorie, questioni, analisi*, Giappichelli, Torino 2021

⁷ M. RIZZUTI, *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, in *Diritto e Salute*, 4, 2018, p. 166 ss., on-line al link <http://www.dirittoesalute.org/2018/10/30/minori-incapaci-e-dat-i-primi-contenziosi/>.

finalizzato non già all'autodeterminazione mediante l'esercizio della libertà di cura (v. art. 32 della Costituzione), ma piuttosto all'ottenimento di un bene, materiale o immateriale, ovvero finalizzato a una modifica di condizione personale in relazione a un contesto estraneo a quello sanitario⁸.

Viene cioè messo in luce come il tema del rifiuto delle cure possa essere utilizzato anche in ambito extra-sanitario, uscendo dunque dal contesto all'interno del quale dette possibilità sono state pensate e previste.

Secondo il classico vocabolario morale dovremmo dire che muta l'oggetto intenzionale, il che, come si vedrà, comporta delle conseguenze.

Queste premesse hanno un valore etico importante. Non solo aiutano a comprendere l'oggetto morale della questione - di che cosa si tratta - ma specificano anche le circostanze all'interno delle quali tale oggetto si viene a definire o ridefinire. È infatti un caposaldo della riflessione morale classica che l'azione morale sia definita da tre elementi: l'oggetto morale, le intenzioni e le circostanze⁹. La formula latina che illustra la dinamica tra queste realtà è *Bonum contingit ex tota integra causa, malum autem ex singularibus defectibus*¹⁰, vale a dire che, perché un'azione sia buona, essa deve procedere dalla bontà di tutti e tre gli elementi presenti, laddove è sufficiente che uno solo degli stessi sia negativo per giudicare negativamente l'azione nel suo complesso.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Sul tema su può vedere il classico G. GRISEZ, J. BOYLE, J. FINNIS, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, in "American Journal of Jurisprudence", 32 (1987), pp. 122-125. L'argomento trova le sue radici nel pensiero aristotelico e successivamente nella sua sistemazione scolastica, segnatamente quella tommasiana prima e tomista poi. Sul tema il topos più citato è la Quæstio 18, nella Secunda Secundæ, della *Summa Theologica* di SAN TOMMASO D'AQUINO, a sua volta dipendente dalla lettura di ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 1, 1111 a 3-6. Per una contestualizzazione moderna del tema si possono vedere KEVIN L. FLANNERY, *Action & Character According to Aristotle. The Logic of the Moral Life*, CUA, Washington 2013.

¹⁰ La formula si trova originariamente in DIONIGI L'AEROPAGITA, *De Divinis Nominibus*, IV cap., e viene ripresa variamente nella tradizione morale latina a partire dall'AQUINATE, *Summa Theologica*, I^a II^æ Q. 71, art. 5 *ad primum*; II^a II^æ, Q. 79, art. 3, *ad quartum*.

Non solo. E' un punto importante della riflessione etica riconoscere come le circostanze, in determinate condizioni, possano mutare l'oggetto morale stesso, così che azioni giudicate positivamente in sé stesse, mutano qualità morale ove vengano ripetute in contesti differenti. Se ad esempio il cantare tra amici ad una festa può essere un oggetto morale buono, farlo fuori contesto durante un rito funebre non sarebbe solo inappropriato, ma muterebbe l'oggetto dell'azione, che da pratica di convivialità diverrebbe azione di disturbo.

Le premesse dei quesiti ci ricordano dunque che il consenso o il rifiuto alle cure in ambito sanitario assumono un diverso valore e conseguentemente un diverso dovere di tutela del paziente laddove non siano più all'interno dell'ambito sanitario, ma si inseriscano in un contesto differente, che andrà quindi nuovamente valutato. Anche le intenzioni giocano un ruolo importante in questa dinamica, poiché è evidente che il valore etico di un comportamento dipende in buona misura anche dalle finalità per cui lo si intraprende, così che un conto è accettare/rifiutare trattamenti sanitari secondo la propria autodeterminazione, altro è farlo strumentalmente per conseguire altra finalità. Il ragionamento morale per propria natura si deve far carico non solo dei mezzi scelti per conseguire determinate finalità, ma anche, e se non soprattutto, della bontà o malizia delle finalità perseguite.

Ciò detto, ora analizzeremo dapprima il profilo bio-giuridico degli istituti sottesi ai singoli quesiti posti al CNB, per poi sviluppare l'analisi morale.

2. Analisi bio-giuridica

L'ordinamento giuridico italiano riconosce a ciascun soggetto la libertà di disporre della propria persona. La libertà in parola si traduce nel diritto di ogni cittadino di disporre di sé senza limiti e coercizioni. Ciò trova conferma nell'articolo 2 della Costituzione, che riconosce il primato della persona umana

nei confronti di ogni istituzione politica compreso il legislatore ordinario o costituzionale¹¹.

Se l'articolo 13 della Carta Costituzionale afferma l'inviolabilità della persona intesa come libertà di disporre del proprio corpo e di autodeterminarsi secondo la propria coscienza¹², nell'articolo 32 tale principio si riafferma in relazione al trattamento sanitario¹³. Ne consegue che per il detenuto sottoposto al controllo dello Stato, sia pure con le limitazioni connesse alla sua condizione, sopravvivono diritti costituzionalmente protetti, ed in particolare un "residuo" impregiudicato di libertà personale, ultimo ambito in cui può espandersi la sua personalità¹⁴.

Ragionando a contrario, la pena si tradurrebbe nella negazione della dignità umana e la stessa detenzione potrebbe qualificarsi come un trattamento contrario al senso di umanità, in conflitto con il terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione¹⁵ e dell'articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo¹⁶.

In sintesi, il carcere quale formazione sociale, seppur totalizzante e coattiva, deve garantire a chi sconta la pena l'esercizio di due diritti legati al principio personalistico che ispira la Costituzione: da un lato il diritto ad un percorso rieducativo così come statuito dall'articolo 27 della Costituzione e dall'altro l'esercizio di diritti fondamentali all'identità, all'integrità psicofisica,

¹¹ Cost., art. 2: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

¹² Cost., art. 13: La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

¹³ Cost., art. 32: La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.

¹⁴ Corte cost. 24 giugno-28 luglio 1993 n. 349. Consultabile all'indirizzo web: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1993&numero=349>.

¹⁵ Cost., art. 3: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

¹⁶ Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 3: Proibizione della tortura. Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti.

alla scelta religiosa, al lavoro, all'istruzione, alla salute, alla socialità, quale patrimonio di tutti gli esseri umani, compresi i detenuti.¹⁷

Le questioni sollevate dallo sciopero della fame del detenuto non possono analizzarsi senza tener conto di quanto sopra esplicitato.

Lo sciopero della fame della persona detenuta è una forma di protesta di frequente riscontro negli istituti penitenziari e rappresenta una forma di comunicazione all'interno della struttura carceraria o, se vogliamo, un linguaggio utilizzato dal soggetto al fine di provocare cambiamenti nella condizione detentiva.

Lo sciopero rappresenta il mezzo per raggiungere uno scopo nel quale “si permette la messa a repentaglio della propria vita”, per fini discutibili ma non orientati alla morte¹⁸.

Infatti, il quadro clinico di un detenuto in sciopero della fame muta rapidamente.

Superati i primi tre o quattro giorni dominati dalla sensazione di fame, subentra uno stato di indifferenza verso il cibo e di astenia crescente con rapido dimagrimento. Per scongiurare i danni alla salute quali l'intossicazione, il rallentamento della produzione di calore, nonché l'insorgere di patologie neurologiche e la conseguente morte del digiunatore occorre interrompere lo sciopero della fame e sottoporre il detenuto ad adeguate terapie di supporto alimentare.

Orbene, circoscritto il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, una prima ed immediata riflessione potrebbe attenersi alla questione se in capo agli operatori penitenziari – al pari del rapporto tra un medico ed il suo paziente - possa ravvisarsi una posizione di garanzia in relazione ai beni giuridici della vita e della incolumità personale del detenuto,

¹⁷ G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*. Consultabile all'indirizzo web: https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/pdf/MaterialeDidattico/Giovanni_Maria_Flick-I_diritti_dei_detenuti_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf.

¹⁸ M.G. MAFFEI, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*. Consultabile all'indirizzo web: <https://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/21144.pdf>.

rappresentando il presupposto per il riconoscimento di una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento mortale.

Preme a questo punto chiarire cosa debba intendersi per posizione di garanzia, muovendo dalla posizione dottrinale per poi passare all'esame complessivo della normativa penitenziaria.

Ebbene aderendo all'impostazione tradizionale la posizione di garanzia è quella che si fonda su un vincolo tra un soggetto ed un bene giuridico, giustificato dall'incapacità del titolare di proteggerlo autonomamente¹⁹.

Secondo la dottrina prevalente²⁰, per ravvisare un obbligo di garanzia occorre in primo luogo che l'azione impeditiva dell'evento sia imposta da una norma giuridica; in secondo luogo è necessaria l'individuazione dei soggetti incapaci di adeguata autotutela, ed in terzo luogo l'individuazione di coloro che si trovano in un particolare rapporto giuridico con il bene da proteggere e sui quali grava conseguentemente l'obbligo di garanzia; in ultimo che il garante sia titolare di adeguati poteri giuridici di impedimento dell'evento.²¹

Si rende all'uopo necessario individuare le disposizioni legislative che consentono di rinvenire una posizione di garanzia in capo agli operatori penitenziari.

Con il d.lgs. n. 230 del 1999, la medicina penitenziaria è stata inserita nel Servizio Sanitario Nazionale, riconoscendo al pari dei cittadini in stato di libertà, l'erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, monitorando in tal modo costantemente la salute dei detenuti e degli internati; ed ancora, con l'obiettivo di assicurarne l'incolumità, è opportuno menzionare l'art. 41 dell'ordinamento penitenziario, che autorizza, in determinati casi, pur sempre nei limiti del regolamento e comunque al fine di evitare danni alla persona o al fine di garantirne l'incolumità della persona stessa, l'uso della coercizione fisica per il soggetto affidato alla custodia.

¹⁹ G.FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979.

²⁰ G.MARINUCCI, E.DOLCINI, G.L.GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 2022.

²¹ F.MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova 2020

Anche la Corte Costituzionale²² ha chiarito come spetti all'amministrazione penitenziaria cui è affidato il detenuto, garantirne l'incolumità, ed in particolare, come all'obiettivo di custodia conseguano tutta una serie di obblighi a carico dei pubblici poteri.

Non in ultimo anche l'OMS ha riconosciuto che “gli istituti penitenziari hanno l'obbligo di preservare la salute e la sicurezza dei detenuti, ed un eventuale fallimento di questo mandato può essere perseguito dalla legge”.

Pertanto, ne deriva, in capo ai professionisti sanitari penitenziari, un dovere di protezione della salute delle persone detenute, tanto da potersi configurare anche una responsabilità penale (ex.40 co. 2 c.p.)²³ in caso di mancato intervento a tutela della persona sottoposta a restrizione di libertà personale. Tale dovere, incontra tuttavia un limite nel diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente sulla base dei principi costituzionali sinora richiamati, che trovano espressione nella legge n. 219 del 2017.

Il riconoscimento del dovere di custodia e di intervento nei confronti del soggetto sottoposto a privazione della libertà personale impone una riflessione anche sul diverso aspetto determinato dalla facoltà del detenuto in sciopero della fame di rifiutare ogni forma di alimentazione forzata e la conseguente liceità dell'intervento coattivo ad opera dell'amministrazione penitenziaria²⁴.

A tal fine appare necessario intraprendere uno sviluppo concettuale per esaminare la natura giuridica dello sciopero della fame. Secondo un primo orientamento la questione andrebbe risolta sulla base delle coordinate normative del suicidio, in quanto il digiuno è destinato a sfociare nella morte del digiunante. Orbene, non essendo configurabile un diritto soggettivo di suicidarsi con obbligo per i terzi di favorire o non impedire il fatto suicidario,

²² Sent.n.526/2000.

²³ Art. 40 comma 2 codice penale: “Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”.

²⁴ V. MEDAGLIA. Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto. Consultabile all'indirizzo web: <https://romatrepress.uniroma3.it/repository/59/pdf/26896c0d-8d6e-4d0e-9c7a-65170c6cbac9.pdf>

come confermato dagli artt. 579 e 580 c.p. che puniscono l'omicidio del consenziente e l'istigazione al suicidio, risulterebbe lecito l'atto di salvataggio della persona che sta per suicidarsi²⁵. Pertanto, l'amministrazione penitenziaria, titolare di una posizione di garanzia è tenuta ad intervenire impedendo l'evento morte.

Diversa è la posizione di coloro che ravvisano nell'alimentazione forzata un atto medico limitante l'autodeterminazione del detenuto. Vieppiù, il detenuto che intende attuare uno sciopero della fame diversamente dal soggetto che intende suicidarsi non ha come fine esclusivo la morte, poiché l'astensione dal nutrimento è rivolta al raggiungimento di un fine diverso dalla morte, seppur discutibile.

Un ulteriore orientamento, invero sostenuto dalla dottrina prevalente²⁶, ritiene che la liceità dell'alimentazione forzata vada risolta attraverso il ricorso alla disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori.

I trattamenti sanitari obbligatori richiedono *in primis* la necessità di cura della persona che li subisce, avendo come obiettivo quello di salvaguardare la salute della collettività. L'orientamento in questione aderisce al principio dell'indisponibilità della vita umana quale limite al principio di autodeterminazione. Di conseguenza, nel bilanciamento tra diritto alla vita e diritto alla salute, il diritto all'autodeterminazione dovrebbe essere subordinato al bene della vita. Secondo impostazione più risalente, aderendo al principio dell'indisponibilità della vita umana, l'amministrazione avrebbe il potere e il dovere di intervenire nel caso di danni gravi alla salute dello scioperante.

Anche predetta impostazione è stata oggetto di alcune critiche, con preciso riferimento alla enunciazione della nutrizione artificiale ed all'idratazione artificiale quali trattamenti sanitari, ai sensi dall'art. 1, comma 5

²⁵ M. CANEPA, S. MERLO. *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*. Giuffrè Editore, Milano, 2010.

²⁶ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

della Legge 22 dicembre 2017, n. 219²⁷. In tal senso, la nutrizione forzata per sua natura di trattamento imposto contro la volontà della persona e incidente sulla sua integrità fisica non sarebbe compatibile con l'art. 32 comma secondo della Costituzione in base al quale “Nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Pertanto, qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico dovrebbe prospettare al paziente e, previo consenso del medesimo, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative nonché promuovere ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Questa previsione fornisce una disciplina in relazione al caso del rifiuto ad ogni trattamento sanitario. In altri termini, un provvedimento volto a disporre la nutrizione forzata nei confronti di una persona che rifiuta di nutrirsi sarebbe illegittimo per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione.

Per quel che concerne invece la situazione carceraria, è possibile richiamare la *Dichiarazione di Malta dell'Associazione medica mondiale* riguardo agli scioperi della fame dei detenuti²⁸, la quale prevede che la nutrizione artificiale può essere considerata eticamente appropriata soltanto se il paziente espressamente vi consente. Di medesimo tenore *Le linee guida per i medici in materia di tortura e di altri trattamenti crudeli*²⁹. Ne deriva che la persona detenuta che rifiuta consapevolmente di alimentarsi non deve essere nutrita artificialmente³⁰.

²⁷ Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Art. 1: La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

²⁸ WMA Declaration of Malta on Hunger Strikers, revised by the 68 WMA General Assembly, Chicago, United States, October 2017

²⁹ WMA Declaration of Tokyo, Settembre 2022

³⁰ L.BUSATTA, M. PICCINNI, D. RODRIGUEZ, G.MARSICO, P.ZATTI ET AL. Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione. Disponibile all'indirizzo web: https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=111285

Analogamente si esprime anche il Codice di Deontologia Medica. Sul punto si segnala l'art. 51 del Codice, il quale prevede che il medico che assiste una persona in condizioni di limitata libertà personale è tenuto al rigoroso rispetto dei suoi diritti, ed ancora all'art. 53 “Il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l'assistenza, non assumendo iniziative restrittive né collaborando a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale”³¹.

Non risultano in sintesi norme nell'ordinamento penitenziario, né nelle leggi speciali che disciplinano lo *status* giuridico delle persone detenute che permettono di opporsi alla volontà consapevole del soggetto capace ed informato e di procedere ad una nutrizione forzata.

Ciò però non può in alcun modo rendere lecito un abbandono terapeutico. Infatti, il medico dovrebbe promuovere ogni azione di sostegno al paziente, informandolo sulla circostanza che alcuni trattamenti potrebbero garantire una migliore qualità di vita e talvolta anche assicurare la sopravvivenza, permettendo al contempo il protrarsi dello sciopero della fame. Inoltre, sul piano etico il medico non sarebbe esonerato, in caso di imminente pericolo di vita e quando la persona non sia in grado di confermare la sua volontà, dal porre in essere tutti quegli interventi atti minimamente invasivi con lo scopo di salvare la vita.

Sul punto preme evidenziare anche quanto statuito dalla recente pronuncia della Corte di Strasburgo³², che, in linea con una consolidata giurisprudenza, ha ribadito la legittimità del ricorso all'alimentazione forzata in

³¹ Codice di Deontologia Medica. Art. 51: Soggetti in stato di limitata libertà personale. Il medico che assiste una persona in condizioni di limitata libertà personale è tenuto al rigoroso rispetto dei suoi diritti. Il medico, nel prescrivere e attuare un trattamento sanitario obbligatorio, opera sempre nel rispetto della dignità della persona e nei limiti previsti dalla legge; Art 53: Rifiuto consapevole di alimentarsi. Il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l'assistenza, non assumendo iniziative costrittive né collaborando a procedure coattive di alimentazione e nutrizione artificiale.

³² Eur. C. Human Rights, Fifth section, Yakovlyev v. Ukraine, 8 December 2022, application no. 42010/18). [Disponibile all'indirizzo web: https://osep.jus.unipi.it/2023/03/02/lalimentazione-forzata-del-detenuto-che-pratica-lo-sciopero-della-fame-in-una-recen-te-decisione-della-corte-di-strasburgo-eur-c-human-rights-fifth-section-yakovlyev-v-ukraine-8-decem-2/](https://osep.jus.unipi.it/2023/03/02/lalimentazione-forzata-del-detenuto-che-pratica-lo-sciopero-della-fame-in-una-recen-te-decisione-della-corte-di-strasburgo-eur-c-human-rights-fifth-section-yakovlyev-v-ukraine-8-decem-2/)

presenza di tre condizioni: in primo luogo che vi sia un'accertata "necessità medica" di procedere all'intervento; in secondo luogo che vi siano garanzie procedurali adeguate; infine che le modalità di esecuzione non rendano il trattamento un'attività "disumana" o "degradante" ai sensi dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Tuttavia, i firmatari della posizione A non si sono spinti fino ad affermare la liceità dell'intervento coattivo, ma hanno sottolineato l'obbligo di sostenere anche con l'alimentazione il detenuto in caso di emergenza – urgenza nel dubbio sulla sua volontà attuale.

All'uopo, occorre evidenziare come la stessa legge 219, si presenti lacunosa per l'assenza di riferimento al principio di benevolenza e non malevolenza per il paziente³³, testimonianza del diritto alla vita ed alla salute in ambito sanitario, come sancito invece dalla stessa Convenzione di Oviedo³⁴.

Per quanto sopra evidenziato, è opportuno che il detenuto venga attentamente monitorato al fine di capire se la sua scelta di non alimentarsi è frutto della sua volontà o invece si trova in uno stato confusionale che gli impedisce di decidere con consapevolezza.

Infatti, come chiarito dall'OMS³⁵, i tentativi di suicidio tra i quali rientra lo sciopero della fame, possono portare alla morte del detenuto anche se questo non era l'intento originale. Tuttavia, poiché non tutti i tentativi di suicidio possono essere prevenuti, si rende necessaria l'implementazione di programmi generali per la prevenzione del suicidio in tutto il mondo al fine di ridurre il numero.

In ordine, invece, all'ammissibilità di dichiarazioni anticipate di trattamento redatte per scopi estranei alla *ratio* della legge, non si considerano

³³G. RAZZANO. *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasci*. Giappichelli Editore, Torino, 2019

³⁴ Cfr. l'art 6 della Convenzione di Oviedo, dispone che "un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per diretto beneficio della stessa", nonché l'art.8, per cui "allorquando in ragione di una situazione d'urgenza il consenso appropriato non può essere ottenuto, si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.

³⁵WHO, La prevenzione del suicidio nelle carceri. Disponibile all'indirizzo https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43678/9789241595506_ita.pdf

ricevibili, al pari di quanto sostenuto dagli autori della posizione A, poiché, come statuito dall'art 4 comma 5 della stessa legge 219, palesemente incongrue, in quanto utilizzate per finalità estranee al contesto sanitario cui si riferisce la stessa legge.

Allo stesso modo, il caso di specie è del tutto lontano alla sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019, in cui la non punibilità – che non equivale ad affermare il diritto di aiuto al suicidio – è circoscritta ad un ambito strettamente clinico ed è subordinata ad un proposito formato autonomamente e liberamente in persona capace di prendere decisioni libere e consapevoli, alla sussistenza di trattamenti di sostegno vitale ed alla esistenza di una patologia irreversibile che sia fonte di sofferenze fisiche o psicologiche repute intollerabili. A conferma del setting esclusivamente clinico a cui si riferisce la giurisprudenza in questione, si rappresenta che dette condizioni devono essere verificate da una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, unitamente al parere del Comitato etico competente, chiamato alla verifica del coinvolgimento del paziente in un percorso di cure palliative.

3. Analisi morale

Quesiti e risposte del gruppo “A”

Quesito 1

1) È possibile considerare questa espressione di volontà come un libero consenso informato in ambito sanitario? Ovvero: il paziente che rifiuta i (o rinuncia ai) trattamenti sanitari in subordine all'ottenimento di beni diversi (materiali o immateriali) dalla libertà di cura, al fine di

modificare una situazione personale, avrebbe espresso la medesima rinuncia in presenza del bene desiderato?

Rifiuto e rinuncia a trattamenti sanitari possono essere considerati una scelta libera, se il fine non è la libertà di cura?

E quindi, in questa situazione, sono da considerarsi le Disposizioni Anticipate di Trattamento, qualora dispongano il rifiuto o la rinuncia a trattamenti sanitari?³⁶

A questo quesito articolato in tre interrogativi il gruppo A del CNB ha risposto dicendo che:

il rifiuto e la rinuncia a trattamenti sanitari, espressi tramite DAT, ove siano subordinati all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui - al fine di ottenere una modifica della condizione personale o di conseguire un bene in discussione (materiale o immateriale) - non possono considerarsi validi, in quanto utilizzati al di fuori della ratio della legge di riferimento. In questo senso, qualora venissero redatte, il medico sarebbe legittimato a disattenderle in quanto indebitamente condizionate e, dunque, «palesamente incongrue» (art. 4, comma 5, Legge n. 219/2017)³⁷.

La risposta presenta due profili, uno più strettamente giuridico, relativo all'applicabilità della Legge n. 219/2017 e uno più morale, relativo alla *ratio* della legge stessa. Vi è un aspetto etico di questa risposta che riteniamo corretto, ma meritevole di approfondimento. La *ratio* della legge è appunto ciò che la anima, "il contenuto intenzionale" potremmo dire con vocabolario più propriamente filosofico. Ora il parere specifica correttamente che la finalità per

³⁶ Cf., *Risposta cit.*, p. 18.

³⁷ Cf., *Ivi*, p. 7.

la quale è stata istituita la legge è interna al contesto medico sanitario e nel dettaglio al valore che in tale ambito riveste il consenso informato.

La situazione che invece viene presentata ai componenti del CNB non è di ordine strettamente sanitario, ma fa parte del più ampio tema della libertà di espressione e delle forme nelle quali questa possa declinarsi. Questo diverso contesto operativo muta sostanzialmente la natura morale del fenomeno sotto scrutinio, così come appunto intenzioni e circostanze possono mutare l'oggetto morale delle azioni. Lo sciopero della fame come atto di protesta pubblica è senz'altro un'azione propria con una finalità ben precisa, che esula dal contesto sanitario. Il fine di chi mette in atto questo programma non è quello di giovare o danneggiare la propria salute, ma quello di conseguire delle specifiche finalità, ed è disposto a pagare i costi sanitari che questa condotta può comportare.

La salute in questo scenario entra come mezzo, non come fine dell'azione. È questo un punto oggettivo importante da rilevarsi, perché appunto ricontestualizza il senso da accordare all'azione. L'intenzione di chi, in condizioni di detenzione, avvii uno sciopero della fame, è differente da chi in contesto sanitario anticipi le proprie volontà sulle possibili future necessità di cura.

Non entriamo nell'ambito giuridico dell'applicabilità della legge 219/2017. Ci limitiamo a notare che sotto il profilo morale le intenzioni qualificano gli atti differentemente³⁸ e l'atto di chi attua lo sciopero della fame è diverso da chi rifiuti alimentazione e nutrizione per ragioni sanitarie. La parte finale delle due azioni può sembrare la stessa, il rifiuto di nutrirsi, ma l'oggetto intenzionale ne muta la natura, configurando due azioni differenti³⁹. È dunque corretto non sussumere questa fattispecie di azione sotto la specie di quelle considerate all'interno della finalità sanitaria. La salute in questo caso è al

³⁸ Sul tema si possono vedere: G. M. A. ANSCOMBE, *Intention*, Blackwell, Oxford 1963; WARREN S. QUINN, *Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Doing and Allowing*, in *The Philosophical Review*, Vol. 98 (3), 1989, pp. 287-312; E. J. FURTON, *A Common Misunderstanding of Intention*, in *Ethics and Medics*, 45 (11), 2020, pp. 3-4.

³⁹ L'AQUINATE lo spiega con chiarezza in *Summa Theologica*, I^a II^{ae} Q. 18, a. 6.

massimo un mezzo, ma non il fine dell'agente, il quale infatti non vuole morire. Eventualmente accetterebbe l'epilogo tragico come effetto secondario previsto ma non intenzionato del proprio agire, secondo quella che va sotto il nome di dottrina del doppio effetto.

Quesito 2

2) In condizioni di limitazione della libertà personale, come ad esempio la detenzione carceraria, rifiuto e rinuncia di trattamenti sanitari possono consistere in una condotta autoaggressiva, diventando una modalità per rivendicare i propri diritti, piuttosto che una scelta consapevole nell'esercizio della propria libertà di cura. In questo contesto, considerando che la persona è completamente affidata alle istituzioni statali, è eticamente accettabile che esse consentano a chi mette in atto questi comportamenti di lasciarsi morire?

Notiamo che da questo quesito in avanti la richiesta di parere è esplicitamente di ordine etico e si riferisce alla situazione di chi è detenuto; dunque, ci rifaremo agli strumenti messi a disposizione dalla riflessione morale per valutare se la risposta offerta dal CNB sia appropriata anche da questo punto di vista. A partire dal capo 13 del documento prodotto dal gruppo A, si risponde al quesito ricordando le condizioni in base alle quali la sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019 riconosce la depenalizzazione dell'aiuto al suicidio e come anche in questo caso le condizioni siano tutte di ordine sanitario. Il parere di maggioranza del CNB è dunque quello di non confondere gli ambiti, identificando con precisione la natura dello sciopero della fame in riferimento alle condizioni alle quali la Corte subordina la non punibilità del reato.

A tal proposito osserviamo che l'introduzione della fattispecie morale del suicidio, ancorché esplicita nei quesiti e nelle sentenze riportate, potrebbe essere forviante per l'analisi morale. Come si è notato sopra, il fine interno qualificante l'azione dello scioperante non è il suicidio o il procurarsi dei danni di salute: queste sono semmai le conseguenze indesiderate che il detenuto è disposto a tollerare. Questa precisazione permette di collocare fini e mezzi nel loro ordine pratico. La questione morale a questo punto diventa: è accettabile assistere ad una condotta che abbia come collateralità l'epilogo suicida senza intervenire? E ancor più, è accettabile da parte dello Stato che ha in carico in modo completo la vita del detenuto assistere inerte a questo effetto secondario?

La risposta della maggioranza dei membri del CNB è stata negativa in entrambi i casi, e ha specificato che la situazione particolare del detenuto in condizione di sciopero non è assimilabile a quella di chi versi in condizioni sanitarie disperanti o comunque normate dai dispositivi giuridici richiamati.

Dal punto di vista morale si deve riconoscere che, senz'altro, la fattispecie oggettiva della situazione è differente, dunque è ragionevole differenziare le risposte, ma si deve anche aggiungere che, proprio nel rispetto dell'intenzionalità del detenuto, è corretto non fraintendere un effetto secondario collaterale per un oggetto intenzionale primario. In altri termini, non solo è doveroso distinguere l'ambito sanitario all'interno del quale sono stati pensati e previsti i dispositivi giuridici delle DAT e della depenalizzazione dell'aiuto al suicidio, ma è anche opportuno attenersi all'oggettività dell'azione che ha un contenuto specifico, e questo non è la propria morte.

I quesiti 3 e 4

3) In regime di detenzione carceraria, si possono individuare limiti o peculiarità, dal punto di vista etico, nell'applicazione della L. 219/2017, specie in riferimento al rifiuto o alla rinuncia a trattamenti sanitari?

4) In regime di detenzione carceraria, si possono individuare limiti o peculiarità, dal punto di vista etico, nell'aiuto al suicidio, come depenalizzato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019?

La risposta sintetica data dalla maggioranza dei componenti del CNB è la seguente:

1. Sul piano etico è possibile sostenere che il medico non è esonerato, nel caso di imminente pericolo di vita e quando il detenuto non sia in grado di esprimere la sua volontà attuale, dal porre in essere tutti gli interventi atti a salvare la vita.

2. Il rifiuto e la rinuncia a trattamenti sanitari, espressi tramite DAT, ove siano subordinati all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui, non possono considerarsi validi, in quanto utilizzati al di fuori della *ratio* della legge di riferimento. In questo senso, qualora venissero redatte, il medico sarebbe legittimato a disattenderle in quanto indebitamente condizionate e, dunque, «palesamente incongrue» (art. 4, comma 5, Legge n. 219/2017).

3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 242 non ha introdotto alcun diritto a ottenere l'assistenza al suicidio da parte delle strutture pubbliche del Servizio Sanitario Nazionale, avendo subordinato la non punibilità dell'aiuto al suicidio alle condizioni espressamente indicate e menzionate *supra* al punto 13⁴⁰.

Vengono quindi ribaditi: il dovere morale del medico di esercitare il proprio ruolo di garante⁴¹ della salute dei propri assistiti; la non applicabilità

⁴⁰ Cfr. *Risposta cit.*, p. 8.

⁴¹ Sul tema del ruolo di garanzia del medico in ambito bioetico è utile a vedersi S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, Milano 2013.

delle DAT, in quanto la fattispecie dello sciopero della fame è estranea alla *ratio* della legge stessa, e la non assimilabilità del comportamento in questione alla fattispecie prevista dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 242 relativa all'assistenza al suicidio.

Gli ultimi quesiti, come si è visto, aggiungono al tema l'aspetto circostanziale della detenzione carceraria. Sotto il profilo etico si evidenzia cioè quanto si veniva dicendo poc'anzi, vale a dire che un problema con un chiaro profilo morale può mutare natura laddove le circostanze che lo accompagnino siano differenti e rilevanti. In questo caso, il fatto "ambientale" rientra in questo scenario. Il trovarsi da parte del detenuto in carcere non è indifferente rispetto alla valutazione etica delle azioni che ruotano attorno al suo sciopero della fame.

Notiamo ancora come i quesiti chiedano se "dal punto di vista etico" siano ravvisabili limiti o peculiarità. Vale a dire se esistano ragioni di ordine morale diverse da quelle strettamente giuridiche. Di qui non solo la pertinenza dell'analisi sopra esposta, ma anche l'avvertenza del fatto che in ambito morale le condizioni da valutare sono più ampie di quelle normalmente adottate. Sarà infatti su questo punto, come vedremo subito, che si trovano sostanziali differenze con le analisi degli altri gruppi.

Posizione "B"

Il gruppo B, che ha ricevuto 9 consensi, al contrario di quanto sostenuto dal gruppo A, specifica che:

Il diritto inviolabile di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – derivazione logica del diritto all'intangibilità della sfera corporea di ogni essere umano

– costituisce un principio costituzionale fondamentale del nostro ordinamento.

Non vi sono motivi giuridicamente e bioeticamente fondati che consentano la non applicazione della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») nei confronti della persona detenuta e, per le ragioni che si sono esposte, ciò vale anche se questa ha intrapreso uno sciopero della fame⁴².

Come si vede, differentemente da quanto argomentato dal gruppo A, in questo caso si ritiene che il diritto all'eventuale rifiuto delle cure sia preminente rispetto a qualsiasi altro ordine di considerazione, puntando tutta l'argomentazione sull'applicabilità della legge n. 219/2017, che viene in qualche modo ritenuta assoluta.

Si specifica anche, e questo è d'interesse etico, che:

Non sarebbe equo, dunque, avanzare limiti (giuridici o etici) alla pratica dello sciopero della fame solo perché una persona è in condizioni di limitazione della libertà, leggendolo come “autoaggressione” (come suggerito nella nota del Ministero della Giustizia) o come aggressione nei confronti dell'istituzione carceraria, in quanto si tratta di una, seppur “estrema”, modalità di comunicazione.⁴³

In altri termini si puntualizza che le circostanze all'interno delle quali avviene una determinata forma protesta non ne muterebbero la natura, ritenendo in ultima analisi fuorvianti le precisazioni dei quesiti posti dal governo, che invece tengono a rimarcare il differente contesto. Per le ragioni su esposte, non si può concordare con questo corso argomentativo, poiché le

⁴² Cf. *Risposta cit.*, p. 13.

⁴³ Cf. *Ivi*, p. 9.

circostanze possono sì mutare l'oggetto morale di un'azione e debbono pertanto essere valutate. In questo caso le circostanze ambientali, il fatto cioè di trovarsi in carcere, in un luogo dove il dovere di tutela da parte dello Stato è massimo, apporta elementi significativi in ordine al dovere morale di intervento in caso di condotta autolesiva.

La condizione di detenzione carceraria impatta significativamente sul mezzo "sciopero della fame", poiché in tale contesto il dovere di tutela della salute da parte dello Stato non è lo stesso di quello che si avrebbe nei confronti di altro cittadino, ma superiore, essendo il detenuto completamente affidato alla responsabilità dell'amministrazione carceraria.

E questo risulta non tanto, o non solo, per la forma "estrema" della protesta, quanto per il fatto che questa è stata posta in opera all'interno di un'istituzione statale molto specifica con precisi doveri (anche morali) di tutela della salute dei detenuti da parte dell'amministrazione.

Il gruppo B poi specifica e sottolinea fortemente la non equiparabilità dello sciopero della fame con la fattispecie del suicidio in carcere, il che è obiettivamente corretto. Solo da ciò non viene tratta la conclusione logica per cui il fine primario dello sciopero non è appunto la propria morte, ma l'accoglimento delle proprie richieste, e dunque interventi mirati a scongiurare l'effetto collaterale indesiderato della morte per stenti non possono essere considerati in contrasto con la *ratio* della protesta. Al contrario, evitare la morte del detenuto, è condizione di possibilità per il prosieguo della sua protesta.

Il tenore argomentativo della posizione B è tutto centrato sul piano giuridico, su come nello specifico le DAT non siano suscettibili di interpretazione alcuna, ma debbano valere sempre e in qualsiasi circostanza, prevalendo su ogni altro ordine di ragioni. Una posizione così massimalista mal si concilia con la forma dell'argomentazione morale, che invece per propria natura richiede lo studio e la comprensione specifica degli elementi contestuali.

Posizione “C”

La posizione C elaborata da due membri del CNB potrebbe dirsi in qualche modo intermedia tra le due precedenti, con alcuni distinguo, il primo dei quali è senz'altro dato dalla preoccupazione per l'amministrazione penitenziaria e per i medici:

Coloro che hanno la responsabilità di decisioni tanto delicate, inclusi ovviamente i medici, hanno il diritto di sapere non solo quale sia il loro dovere dal punto di vista etico e deontologico, ma anche quali saranno le conseguenze delle loro azioni sul piano della loro responsabilità penale e civile⁴⁴.

Posta quindi la doverosa attenzione al profilo etico, deontologico e giuridico dell'agire medico⁴⁵ gli estensori della nota sembrano comunque appoggiare ancora una lettura univoca delle DAT, non suscettibile di interpretazioni differenti neppure laddove le intenzioni di chi le avesse sottoscritte fossero esplicitamente diverse, dicendo:

Le DAT non sono in senso proprio un testamento, danno disposizioni che riguardano un bene particolarissimo e “personalissimo” come l'inviolabilità della sfera corporea e non prevedono una valutazione del motivo alla base della decisione di rifiutare un trattamento sanitario e di mantenere questo rifiuto fino alle estreme conseguenze⁴⁶.

Se nella posizione B in qualche modo venivano ritenute irrilevanti le circostanze ai fini della valutazione della specie morale dell'atto, in questa si

⁴⁴ Cf. *Ivi*, p. 14.

⁴⁵ Sul profilo etico deontologico del medico si rinvia a V. TAMBONE, G. GHILARDI, *Philosophy and deontology of medical practice. Ethics of job well done in bio-medical sciences*, SEU, Roma 2020.

⁴⁶ Cf. *Risposta cit.*, p. 14.

ritiene che ad esserlo siano le intenzioni che, come abbiamo ricordato poco sopra, sono invece un elemento altrettanto fondamentale della valutazione etica. Sotto questo aspetto entrambe le posizioni B e C, ciascuna a proprio modo, soffrono il difetto di non considerare un aspetto costitutivo della dottrina morale, dando origine così ad una parzialità analitica eticamente rilevante.

D'altra parte, nel prosieguo del testo troviamo anche specificato che “la concentrazione sulle DAT rischia di essere fuorviante” rassegnando posizioni legislative di altri Stati che, pur riconoscendo i diritti all'autodeterminazione, trovano un diverso punto di equilibrio tra il dovere di rispettare la libera volontà del detenuto e quello di rispettarne la vita da parte dello Stato. Il parere termina quindi con l'auspicio di una Legge:

Con un intervento del legislatore si porrebbero, in ogni caso, anche le premesse per arrivare a un giudizio di legittimità da parte della Corte costituzionale, che risolverebbe definitivamente divergenze interpretative che appaiono insormontabili. A salvaguardia, in primo luogo, dei medici e di tutti coloro che sono chiamati a prendere decisioni tanto difficili in questo tipo di circostanze⁴⁷.

Come si può vedere il *focus* rimane la salvaguardia dell'operato dei medici e lo strumento giuridico viene invocato a tutela di quest'attività.

Avendo osservato sin dal principio la natura etica delle questioni poste, vista anche la sottolineatura data all'aspetto morale del tema da parte dei quesiti stessi rivolti al CNB, ci sembra che un approccio concentrato sull'aspetto giuridico normativo possa in qualche modo disattendere il mandato ricevuto. Il tema infatti non era se fosse o meno legale, legittimo e giuridicamente accettabile assistere inerti ad uno sciopero della fame che finisca con la morte

⁴⁷ *Ivi*, p. 16.

dello scioperante, ma se fosse eticamente accettabile l'omissione di soccorso da parte dello Stato e degli operatori sanitari operanti all'interno dell'amministrazione pubblica in una situazione di questo genere.

Il *focus* etico delle domande richiede un'analisi che si non limiti al pur importante ambito giuridico legislativo, ma che si allarghi agli elementi salienti di ogni studio morale, con particolare attenzione, quindi, ai diversi oggetti possibili dell'azione, le intenzioni ad essi sottese e le circostanze specifiche in gioco. Tutti questi elementi vanno poi ulteriormente considerati nelle reciproche relazioni, e solo allora si può giungere ad una valutazione etica pertinente. Diversamente potremo avere fini analisi giuridiche, scientifiche o sociali, ma non etiche.

4. Il Principio del doppio effetto

È giunto ora il momento di trovare un punto di sintesi su quanto articolato sin qui. La dottrina morale a cui si è fatto riferimento è quella classica, radicata nel pensiero aristotelico prima, e scolastico poi, per cui le azioni umane si caratterizzano moralmente per il loro riferimento oggettivo (oggetto morale), intenzionale e per le circostanze nelle quali si vengono a svolgere le azioni. Tradizionalmente le circostanze erano specificate in *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*⁴⁸ (chi, cosa, dove, con che mezzi, perché, in che modo, quando).

Preferiamo quest'impostazione rispetto ad altre, perché più comprensiva delle infinite specificità che l'agire porta con sé. Le alternative formaliste *à la Kant* o utilitariste nelle loro varianti consequenzialiste ci paiono soffrire di parzialità nella restituzione dei fenomeni morali. Un formalista si concentrerà sull'aspetto dell'intenzione retta, del consenso, della volontà; laddove un utilitarista si focalizzerà su quello delle conseguenze, della fattualità, dei

⁴⁸ L'elenco si trova originariamente in CICERONE, *Rhetoricorum, seu De inventione rhetorica*, e viene poi sistematizzato DALL'AQUINATE in I^a II^{ae}, Q. 7, art. 3, che a sua volta riprende il classico passo aristotelico di Etica III, 1, già segnalato.

costi/benefici. Entrambe queste scuole non sbagliano tanto per quello che dicono, quanto per quello che tacciono. Al contrario, la dottrina classica non omette alcuno di questi aspetti e cerca di riflettere a livello teorico la complessità che troviamo necessariamente nella realtà.

Un principio sviluppato in seno, dunque, a questo modello di ragionamento etico è quello cosiddetto del doppio effetto, che ci pare utile ai fini della situazione di cui stiamo parlando. In estrema sintesi questa proposta spiega che, laddove un'azione consegua più effetti, e questi siano buoni e cattivi, intesi e previsti, occorre ragionare minutamente su quale sia l'effetto primario e quello/i secondari, per valutare il rapporto che intercorra tra effetto/fine primario e secondario, la loro eventuale proporzionalità, la bontà dei fini intenzionati e la tollerabilità delle eventuali conseguenze indesiderate ma previste/prevedibili.

Con le parole di San Tommaso, che per primo formalizzò questa dottrina:

Niente impedisce che un atto abbia due effetti, di cui l'uno intenzionale e l'altro involontario. Gli atti morali però ricevono la specie da ciò che è intenzionale, non da ciò che è involontario, essendo questo un elemento accidentale⁴⁹.

Nella situazione che stiamo analizzando ci troviamo proprio di fronte ad un'azione configurabile secondo la dottrina del doppio effetto. Abbiamo infatti un'azione, lo sciopero della fame, che intende conseguire un effetto, il mutamento di uno stato di cose, ma che potrebbe conseguirne uno collaterale indesiderato: la morte dello scioperante. L'effetto secondario non desiderato è

⁴⁹ S. TOMMASO, *Summa Theologica*, II^a II^o Q. 64, art. 7. Sul tema la letteratura è amplissima, si può vedere L. MASEK, *Intention Character and Double Effect*, University of Notre Dame Press, Indiana 2018; P. KNAUER, The Hermeneutic Function of the Principle of Double Effect, in *Natural Law Forum*, 1967, Paper 127, pp. 132-162.

appunto previsto, ma non intenzionato. In questi casi la dottrina del doppio effetto chiede che vengano onorate quattro condizioni per procedere:

- 1) che l'atto sia in sé buono o moralmente neutrale;
- 2) che la conseguenza negativa non sia voluta come fine;
- 3) che la conseguenza negativa non sia voluta neppure come mezzo per la produzione della conseguenza buona;
- 4) che vi sia proporzionalità tra la conseguenza buona e quella negativa.

È cioè richiesto che la conseguenza negativa sia collaterale, non intenzionale e soprattutto non strutturale all'economia dell'azione. In altri termini, la conseguenza negativa può al massimo essere tollerata come effetto collaterale secondario, previsto ma non intenzionato, in nessun caso come obiettivo in sé, neppure come mezzo ordinato ad un fine buono. Il fine quindi non giustifica mai i mezzi. Non si dovrebbe scegliere mai il male minore, ma sempre un bene reale, che può anche avere delle collateralità negative.

Alla luce di questa dottrina possiamo ora valutare sia l'azione dello sciopero della fame, dove viene tollerata da parte dello scioperante la possibilità dell'epilogo tragico (collateralità negativa), ove non fossero accolte le proprie richieste, permettendoci di non considerare la sua come azione suicida; sia l'azione del presidio medico statale che intervenisse per salvaguardare la vita e la salute del detenuto, pur in violazione di eventuali sue DAT (collateralità negativa).

Lo sciopero della fame ha infatti come proprio oggetto la scelta di rinunciare ad un bene primario, quale la nutrizione, per il conseguimento di altro bene ritenuto altrettanto importante, se non addirittura superiore. L'intenzione primaria dello scioperante è dunque quella di astenersi dal cibo (e acqua in certi casi), per ottenere un mutamento di stato di cose. La morte non è la sua finalità primaria. Essa è eventualmente una conseguenza secondaria della

propria azione. Chi attui lo sciopero della fame non è un suicida, così come non furono suicidi martiri ed eroi che con le proprie condotte hanno poi subito una morte prevedibile, prevista, ma non desiderata né intenzionata. Sarebbe del tutto scorretto pertanto considerare la fattispecie di questa condotta sotto la categoria del suicidio e analizzarla attraverso i dispositivi giuridici che lo normano.

Non solo - e con questo consideriamo ora l'altro polo della relazione vale a dire l'Istituzione carceraria - sarebbe altresì scorretto considerare l'eventuale intervento salvavita del medico di guardia come contrario alle intenzioni/volontà del paziente. Infatti, come si è visto dall'analisi appena svolta, il fine primario del detenuto che pratici lo sciopero della fame non è quello di morire ma quello di manifestare una propria istanza. Se, in caso estremo, per prevenire la morte da stenti, il personale sanitario si dovesse trovare costretto a considerare una forma di alimentazione coatta, questa non sarebbe moralmente illecita stante il dovere di custodia della salute del paziente. Oltre a non essere eticamente scorretta questa valutazione, si può dire che sarebbe la scelta di maggior alleanza terapeutica verso il detenuto/paziente, poiché ne supporta non solo la condizione sanitaria, ma permette anche il prosieguo della sua azione di protesta.

Aristotelicamente le cause finali sono le più considerate nel ragionamento etico, così che il fine primario dell'intenzione è quello che dà la fattispecie morale dell'azione. Nell'azione dello sciopero della fame il fine primario è appunto quello dell'espressione della propria istanza, e a salvaguardia di questa possibilità si muoverebbe l'eventuale intervento medico salvavita.

È chiaro che l'oggetto morale di un intervento salvavita non è la violazione del principio di autodeterminazione, ma al contrario la salvaguardia delle condizioni di salute minime affinché quel principio possa essere

affermato, tollerando la parziale messa in mora di volontà relative al non trattamento sanitario.

La posizione di garanzia e di tutela del medico viene salvaguardata in questo modello, poiché si accorda all'operatore sanitario il pieno diritto di esercitare la propria professione a custodia della salute del paziente, al quale viene altresì garantita la possibilità di continuare a manifestare il proprio dissenso nei limiti naturali entro i quali è possibile manifestare le proprie richieste. Anzi, giova ribadirlo, l'intervento sanitario è a favore e non contro la libertà di espressione del paziente, mettendolo in condizione di continuare ad esprimere la propria protesta.

5. Conclusioni

La dottrina morale classica conosce il tema dei possibili conflitti tra valori, ma non estremizza il conflitto, lo tempera razionalizzando l'ordine dei beni e delle finalità coinvolte. Per fare ciò è necessario entrare *in medias res*, analizzando la complessità delle azioni, i loro moventi, le conseguenze volontarie e involontarie, e le circostanze rilevanti ai fini della specificazione morale degli atti.

Per queste ragioni ci pare di poter dire che la posizione A, espressa dalla maggioranza dei componenti del CNB, raccolga, seppur con diversi accenti e gerarchizzazioni, l'impianto che si è cercato di delineare nelle pagine precedenti.

Viene quindi correttamente valutato il tipo di azione ipotizzato dal Ministero, viene accolta e ragionata la contestualizzazione di questo genere di azioni all'interno dell'istituzione carceraria e vengono altresì rassegnate le intenzioni a monte di questo tipo di scelta. Dal complesso di tutte queste componenti viene quindi espresso un parere consultivo.

Sebbene non siano stati adottati il vocabolario e le argomentazioni tipiche del ragionamento etico filosofico, si può però dire che siano stati accolti

nella sostanza i punti necessari alla contestualizzazione morale di questo delicato caso. Si è correttamente inquadrato l'oggetto morale della scelta alla luce delle diverse componenti che ne configurano la natura, accordando a ciascun elemento il proprio ruolo costitutivo. Si è riconosciuta l'intenzionalità non suicidaria, il contesto detentivo e l'oggetto della protesta, potendo così procedere a valutare propriamente i doveri corrispondenti delle istituzioni di riferimento: personale medico e carcerario.

In conclusione, occorre ricordare che l'istituzione statale non è, né può essere, indifferente ai valori della vita e della libertà dei propri cittadini. Il *favor vitae* non è un'opzione tra le altre disponibili, ma un fondamento del vivere civile che ha un valore etico basilare. Il diritto a rifiutare le cure non può diventare il mezzo per recidere il legame tra chi soffre e la società, per cui ciascuno si chiude in sé stesso: libero l'uno di andare verso la morte; moralmente indifferente l'altra nel prenderne atto. Dovrebbe in realtà avvenire il contrario. Più il soggetto assume la tragica decisione di rifiutare o di rinunciare alle cure, più dovrebbero aumentare gli obblighi della società nel ridurre le condizioni di emarginazione e di sofferenza.

Ribadire questa dimensione morale non significa ammicciare ad una forma sorpassata e fuori tempo massimo di Stato etico hegeliano⁵⁰, quanto piuttosto recuperare quell'eticità propria delle istituzioni che non sono né possono essere indifferenti ai fini per i quali sono sorte, tentando volta per volta di bilanciare i differenti beni in gioco. Va ricordato infatti che le Istituzioni, e quella statale sopra tutte, non sono prive di orizzonte morale; al contrario hanno una moralità intrinseca derivante loro dal fatto che nascono per tutelare un bene, anzi un bene comune più propriamente, ed è questa finalità ad esprimere la natura etica dell'Istituzione.

Nello Stato etico di hegeliana memoria, l'ultimo momento dello Spirito oggettivo, l'individuo perde ogni consistenza di fronte alla ragion di stato,

⁵⁰ Il riferimento classico di questa dottrina è G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari 1979.

poiché solo nello Stato si realizza il vero bene e dunque non vi può essere altra istanza di moralità possibile al di fuori di esso, secondo una logica che può divenire totalizzante e totalitaria. Non è evidentemente a questo modello che ci stiamo riferendo quando diciamo della moralità delle istituzioni. Quello che si sta cercando di dire, invece, è che le forme statuali non sono contenitori vuoti, privi di valori, indifferenti ai contenuti che vi si riversino; al contrario è della natura di ogni istituzione presidiare i beni per i quali esse stesse sono sorte e di fronte ai quali pertanto non possono essere neutre, secondo una sbagliata idea weberiana di avalutatività⁵¹ .

Che lo Stato abbia a cuore la vita e la libertà dei propri cittadini non è indifferente sul piano morale, è un impegno etico, questo, che non sacrifica il bene della persona sull'altare dell'interesse collettivo, ma che al contrario richiede la tutela positiva di entrambi questi beni, poiché di essi vive la sua natura istituzionale. Neutralità, indifferenza o distanza rispetto a queste finalità sarebbero contrarie alla natura e alla genesi dell'impianto statale, che si costituisce a servizio della persona e non a suo danno⁵² .

Non è solo dunque pertinente la questione etica sollevata dai quesiti ministeriali, ma essenziale risulta soprattutto il confronto su questi interrogativi che mettono in luce le diverse prospettive morali presenti. Il fatto poi che la morale si presenti sempre secondo una pluralità di voci, non condanna ad un relativismo insuperabile, che sarebbe tanto irrazionale quanto contraddittorio, ma rende appunto necessario il confronto, sulla base di quella grammatica condivisa che è l'analisi etica, vale a dire la disciplina filosofica più antica sulla vita buona.

⁵¹ Cfr. M. WEBER, *L'autovalutatività nelle scienze sociologiche ed economiche*, M. Nocenzi (a cura di) Mimesis, Milano 2015. Sul tema lo stesso Autore si può vedere anche *La Scienza come professione*, Rusconi, Milano 1997.

⁵² Cf. G. CAPOGRASSI, *La vita etica*, Bompiani, Milano 2008, nello specifico il libro *Considerazioni sullo Stato*, dove questo viene definito *moderamen* che lotta contro il potere assoluto, pp 1333-1334.