

SCIOPERO DELLA FAME DEL DETENUTO: VINCOLATIVITÀ DELLE DAT E RILEVANZA DEI FINI

di Anna Maria SINISCALCHI*

ABSTRACT

Sulla base della recente esperienza di un detenuto in sciopero della fame contro l'applicazione dell'art. 41-bis, che prevede il "c.d. carcere duro", il lavoro si interroga sulla validità delle DAT, regolate dalla legge n. 219/2017, qualora esse siano impiegate per fini ulteriori rispetto a quelli strettamente connessi alle scelte relative alla libertà di cura, come l'ottenimento di utilità materiali o immateriali.

Based on the recent experience of a prisoner on a hunger strike against the application of Article 41-bis, which mandates the so-called "hard prison" regime, this study questions the validity of Advanced Healthcare Directives (AHDs), regulated by law n. 219/2017, should they be used for purposes beyond those strictly related to choices regarding healthcare freedom, such as the attainment of material or immaterial benefits.

SOMMARIO

1. Premessa..... 1
2. Rifiuto dell'alimentazione forzata e sua finalità..... 3

* Professore associato presso L'Università degli Studi di Cagliari.

¹ Sul punto v. l'art. 1, comma 5, l. n. 219/2017, il quale, dopo aver affermato che "Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso", chiarisce che «Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

² Con riferimento alla nutrizione ed alimentazione dei pazienti in stato vegetativo persistente, il Comitato Nazionale per la Bioetica nel testo approvato il 30 settembre 2005, ritiene che "Nutrizione e idratazione vanno considerati atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere (garantendo la sopravvivenza, togliendo i sintomi di fame e sete, riducendo i rischi di infezioni dovute a deficit nutrizionale e ad immobilità). Anche quando l'alimentazione e l'idratazione devono essere forniti da altre persone ai pazienti in SVP per via artificiale, ci sono ragionevoli

3. Della possibilità del detenuto di impiegare lo strumento delle DAT per rifiutare l'alimentazione..... 5
4. Sciopero della fame e sopraggiunto stato di incapacità del detenuto 7
5. Vincolatività delle DAT e rilevanza dei fini: il giudizio di congruità e la *ratio* della Legge nr. 219/2017..... 8

1. PREMESSA

L'attuale normativa sul fine vita ha consentito di superare l'ampio e articolato dibattito circa la qualificazione giuridica dell'idratazione e dell'alimentazione forzata, riconducendo entrambe le ipotesi tra i trattamenti sanitari¹. Il problema, come è noto, aveva lungamente impegnato la dottrina e la giurisprudenza in assenza di un'espressa previsione legale. Infatti, si erano delineate due diverse tesi sulla legittimità del rifiuto del paziente. Secondo una prima ricostruzione, l'idratazione e l'alimentazione forzata non potevano essere configurate come trattamenti sanitari, con la conseguenza per il paziente di non poterne rifiutare la somministrazione². In senso contrario, ricondotte l'alimentazione e l'idratazione tra i trattamenti

dubbi che tali atti possano essere considerati "atti medici" o "trattamenti medici" in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica (p. 2).

Nella nota integrativa che correda il documento si segnala la posizione critica di alcuni componenti che "si esprimono favorevolmente rispetto all'ipotesi di sospensione dell'idratazione e della nutrizione a carico di pazienti in SVP, in determinate circostanze e con opportune garanzie. Gli stessi Professori dichiarano quindi il proprio voto contrario al Documento approvato dalla maggioranza dei Componenti del CNB". Il testo può essere letto in https://bioetica.governo.it/media/1861/p66_2005_alimentazione-pazienti-stato-veg_it.pdf.

Cfr. anche il disegno di legge, c.d. "ddl Calabrò" (*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*), che prevedeva all'art. 3 (Contenuti e limiti delle dichiarazioni anticipate di trattamento) che, "(...) l'alimentazione e l'idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di Dichiarazione Anticipata di Trattamento".

sanitari in senso proprio non vi sarebbe stata ragione per negare al paziente il diritto di rifiutare la cura³. In ragione di una carente disciplina legale, il problema era venuto alla ribalta della cronaca con riferimento al noto caso Englaro⁴, la cui rilevanza ha travalicato il piano strettamente giuridico in ragione delle forti e inevitabili implicazioni di ordine etico e morale ad esso sottesi. Ovviamente la soluzione era strettamente commessa, in questo caso specifico, all'ulteriore problema, altrettanto complesso, della ricostruzione della volontà del paziente, ormai incapace e dunque impossibilitato ad esprimere una volontà attuale. Questo tema, peraltro, era ricorrente con riferimento alle altrettanto frequenti ipotesi di rifiuto delle trasfusioni di sangue da parte dei Testimoni di Geova⁵. Anche in questo caso,

infatti, seppure non vi fosse discussione sulla pratica trasfusionale quale trattamento sanitario, il problema si incentrava sull'attualità di un rifiuto espresso prima che il paziente divenisse incapace e sulla legittimità di un rifiuto del trattamento, necessario per la salvaguardia del bene vita, espresso dai genitori con riguardo ai figli minori.

Nell'attuale quadro normativo, come è noto, risulta un dato acquisito che un paziente pienamente capace possa sottrarsi a qualsivoglia trattamento terapeutico, anche a costo di giungere all'epilogo più drammatico, la perdita della vita. Peraltro, la disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 219/2017) fornisce una risposta al problema della vincolatività delle disposizioni assunte dal paziente in ordine alla propria salute prima di una

³ Cfr. A. FERRATO, *I nuovi confini dell'autodeterminazione terapeutica: il diritto di rinuncia ai trattamenti di idratazione ed alimentazione artificiale*, in *Archivio pen.*, 2019, 1 ss., la quale esamina il tema anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁴ Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 74 ss., con nota di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: Il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro* e di P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello «ius quo utimur» in materia di relazione di cura*. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che “a fronte del diritto, involabile, che il paziente ha, e –nel caso di specie– si è visto dal giudice ordinario definitivamente riconosciuto, di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta correlativamente l'obbligo, da parte dell'amministrazione sanitaria, di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure”. Cfr., inoltre, Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025, dove si afferma il principio di diritto secondo cui «Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo

modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo 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 e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa”.

Tra i numerosi commenti suscitati dalla richiamata vicenda cfr. F. MANTOVANI, *Caso Eluana Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2009, p. 7 ss.; F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e «attivismo giudiziale»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1594 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 68 ss.; M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, p. 331 ss.; F. GALOFARO, *Eluana Englaro. La contesa sulla fine della vita*, Roma, 2008; V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli, II, 2018, p. 1313 ss.

⁵ Per un quadro delle diverse posizioni emerse e delle soluzioni prospettate, cfr. C. FUCCI, *Ancora una pronuncia in favore dell'obiezione di coscienza rispetto all'esecuzione di trattamenti sanitari, pur in presenza di un pericolo di vita*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 514 ss.; C. MIGHELA, *Trasfusioni eseguite contro la volontà del paziente e risarcimento del danno da lesione della libertà di autodeterminazione*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 899; V. BUSI, *“Sangue o no sangue?” questo è il problema...dei medici*”, in *Corr. merito*, 2009, p. 492 ss.; F. FORTE, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1674 ss.; G. FACCI, *I medici, i Testimoni di Geova e le trasfusioni di sangue*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 932 ss.; Id., *I testimoni di Geova ed il «dissenso» all'atto medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 116 ss.; A. SANTOSUOSSO e F. FIECCONI, *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 38 ss.

eventuale perdita della capacità decisionale. La soluzione adottata dal legislatore, in linea con le riflessioni di un'ampia parte della dottrina e della giurisprudenza, risulta coerente con il riconoscimento di un contenuto ampio al diritto all'autodeterminazione. Infatti, già a partire dalla nota sentenza della Corte Costituzionale del 22 ottobre 1990, n. 471⁶, che aveva superato l'angusta lettura dell'art. 5 c.c. sugli atti di disposizione del proprio corpo, si riteneva che il diritto all'autodeterminazione ricomprendesse anche il diritto di rifiutare le cure, nonostante esse rappresentassero l'unica opzione possibile per la salvaguardia della salute. Tale ricostruzione, come è noto, è stata confermata nelle numerose decisioni successive fino a divenire indirizzo consolidato⁷.

La normativa sul fine vita, peraltro, ha fornito una risposta efficace a molti problemi emersi in passato, riducendo il rischio di difformità giurisprudenziali su aspetti delicati che attengono al

diritto fondamentale dell'individuo alla libertà di cura, espressione della più generale libertà personale⁸.

2. RIFIUTO DELL'ALIMENTAZIONE FORZATA E SUA FINALITÀ

La complessità delle tematiche connesse al rapporto tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute, richiede, tuttavia, specifiche valutazioni nei casi in cui il rifiuto di un trattamento sanitario non rappresenti la mera espressione della libertà individuale rispetto alle scelte sulla salute ma sia strumentale alla realizzazione di fini che le trascendono.

Una prova di ciò si rinviene nel dibattito recentemente acceso da un caso che ha destato l'interesse della pubblica opinione, nel quale lo sciopero della fame⁹ ha rappresentato una forma di ribellione a fronte della sottoposizione al

⁶ Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, c. 14, con nota di R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, la quale ha ricondotto il diritto di autodeterminazione tra i diritti di libertà attraverso una lettura evolutiva degli artt. 5 c.c. e 13 Cost. In particolare, la sentenza chiarisce che i divieti previsti dall'art. 5 non trovano applicazione allorché si tratti di "atti di esercizio del diritto alla salute", manifestazione "della sfera soggettiva di libertà inviolabile del paziente", e che l'art. 13 è espressione della libertà "nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo". Sul tema Cfr. G. FACCI, *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una "trappola" per il sanitario?*, in *Resp. civ.*, 2006., p. 488, il quale sottolinea come si affermi il principio secondo cui il diritto all'autodeterminazione non è espressione del solo diritto alla salute ma del più "generale diritto di libertà dell'individuo". Sul punto cfr. anche Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 4945, con nota di R. BALDUZZI e D. PARIS, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4953; *ivi*, con nota di D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438 del 2008 della Corte Costituzionale*, p. 4970; *ivi*, con nota di C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, p. 4981, secondo la quale il consenso informato "espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico" è un "vero e proprio diritto della persona" che "trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 (...) e negli artt. 13 e 32 della Costituzione".

⁷ Si ritiene, tra le numerosissime decisioni sul diritto all'autodeterminazione, opportuno richiamare quelle c.d. di San Martino del 2019, in ragione dell'esplicita funzione nomofilattica ad esse attribuita. In esse si riafferma la rilevanza

costituzionale del diritto all'autodeterminazione ed il suo ampio contenuto, comprensivo del diritto di rifiutare le cure: cfr. Cass., 15 novembre 2019, n. 29709; Cass. 14 novembre 2019, n. 29496; Cass., 11 novembre 2019, n. 28985; Cass., 8 novembre 2019, n. 28814, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di R. Pardolesi, in *Foro it. - Gli Speciali*, 2020, c. 41 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Il rasoio della Cassazione e la violazione del consenso informato*, c. 70 ss., e di A. PALMIERI, *Il restatement della terza sezione in tema di consenso informato, (di segno negativo per il paziente)*, c. 78 ss.

⁸ In assenza di una disciplina legale, anche sulle materie del fine vita, il ruolo della giurisprudenza è stata determinante. C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino-c. Tripodina., Milano, 2012; Cfr. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consultaonline*, 2015, 10 ss., il quale si sofferma sul caso Englaro e sulla decisione del Consiglio di Stato svolgendole riflessioni sui "diritti senza legge (...) espressioni negative di libertà positive. Si pensi, ad esempio, al "diritto di rifiutare le cure" negli stadi terminali dell'esistenza" (p. 25 s.).

⁹ L'impiego dello sciopero della fame come strumento di protesta non è certo nuovo. Cfr., tra l'ampia letteratura, Buzzi, *L'alimentazione coatta nei confronti dei detenuti*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1982, p. 282; I. ALLEGRIANTI e G. GIUSTI, *Lo sciopero della fame del detenuto*, Padova, 1983; G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, 1982, II, c. 235; M. G. MAFFEIS, *Sciopero della fame della persona detenuta*, in *Rass. penit. e crim.*, 2003, p. 15 ss.; F. DAL CANTO, *Lo sciopero della fame in carcere*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 906 ss.; V. MEDAGLIA, *Il diritto di rifiutare le cure: lo sciopero della fame da parte del detenuto*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di A. Massaro, Roma, 2017, p. 177 ss.

trattamento carcerario dell'art. 41-*bis*, ritenuto iniquo dal detenuto¹⁰. La rilevanza mediatica della vicenda ha indotto il Ministero della Giustizia a porre alcuni quesiti al Comitato Nazionale per la Bioetica¹¹, tra cui quello relativo alla validità delle disposizioni anticipate di trattamento qualora prevedano il rifiuto di (o la rinuncia a) trattamenti sanitari, anche salvavita, per conseguire fini estranei alla situazione clinica personale¹².

Sul tema il Comitato Nazionale per la Bioetica non ha fornito una risposta unitaria sebbene ci sia un'ampia parte del documento, che ne rappresenta la premessa, condivisa all'unanimità da tutti i componenti¹³.

¹⁰ Il riferimento è al detenuto Alfredo Cospito, il quale ha iniziato lo sciopero della fame per opporsi all'applicazione dell'art. 41-*bis*, della legge sull'ordinamento penitenziario, che prevede il "c.d. carcere duro". Cfr. M. ALBORE, G. BOLINO, G. D'ANTONIO, V. FINESCHI, P. FRATI, L. SORACE, *Nutrire contro la volontà il detenuto al carcere duro: la bioetica si interroga (ancora) tra libertà di autodeterminazione e tutela della salute*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 643, i quali ripercorrono le posizioni espresse dal Comitato Nazionale per la Bioetica il 6 marzo del 2023 in risposta ai quesiti posti dal Ministero della Giustizia il 6 febbraio del 2023. Il documento può leggersi in (<https://bioetica.governo.it/media/4833/risposta-a-quesito-ministero-giustizia.pdf>); U. ADAMO, *La legge dimenticata. Le dat a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Consultaonline*, 2023, p. 455 ss., che richiama il "caso Cospito" nel § 6 del suo lavoro. In particolare, l'A. sottolinea la difficoltà di ricostruire con esattezza le modalità con cui il detenuto abbia espresso le sue intenzioni di rifiutare il trattamento di alimentazione e dunque di avere certezza circa lo strumento impiegato per rendere nota la sua volontà (in particolare se sia ricorso alle DAT ovvero alle PCC di cui all'art. 5, comma 1, l. 219/2017: v. nota 80; L. RISCATO, *Il confine tra ciò che è giusto e ciò che è consentito. Considerazioni a margine del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul caso Cospito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 77 ss.; S. CACACE, *Sulla legittimità dell'alimentazione coatta del detenuto in sciopero della fame*, in *Nuovo dir. civ.*, 3, 2023, p. 193 ss., la quale colloca la vicenda Cospito e il rifiuto di alimentazione da lui espresso nell'ambito della Pianificazione condivisa delle cure (p. 220 s.).

¹¹ Nel rispondere ai quesiti ministeriali il Comitato Nazionale per la bioetica ha tuttavia ribadito, richiamando L'art. 6, co. 4, del Regolamento, che non è competente ad esprimere pareri su singoli casi concreti. A tal riguardo, tuttavia, ha chiarito che "la presente risposta ha un carattere generale" e che "Il dibattito che si è svolto all'interno del CNB e le diverse posizioni emerse non esauriscono in ogni caso la complessità delle questioni coinvolte e il loro intreccio con altri problemi rilevanti per la riflessione".

¹² Per comodità del lettore si indicano testualmente tutti i quesiti, così come formulati: 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

L'aspetto che connota le diverse posizioni può risolversi proprio nella diversa rilevanza assegnata al fine cui lo sciopero della fame è diretto.

Infatti, il numero prevalente degli appartenenti al Comitato Nazionale per la Bioetica attribuisce rilievo alla circostanza che il rifiuto di (o la rinuncia ad) alimentarsi, espresso mediante le DAT, sia rivolto a conseguire finalità estranee alla situazione clinica personale, come ottenere un bene materiale o immateriale. In tali ipotesi, le DAT "da strumento per l'esercizio della libertà di cura diventerebbero strumento di pressione", eccedendo la *ratio* della normativa sulle disposizioni di fine vita", con la conseguenza che dovrebbero ritenersi invalide¹⁴.

medesima rinuncia in presenza del bene desiderato? Rifiuto e rinuncia a trattamenti sanitari possono essere considerati una scelta sanitaria libera, se il fine non è la libertà di cura? E quindi: in questa situazione, sono da considerarsi valide le Disposizioni Anticipate di Trattamento, qualora dispongano il rifiuto o la rinuncia a trattamenti sanitari? 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? 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?» (Il documento può leggersi in <https://bioetica.governo.it/media/4833/risposta-a-quesito-ministero-giustizia.pdf>).

¹³ Tali premesse condivise sono enunciate in 10 punti. Per una lettura integrale si rinvia al documento del Comitato Nazionale per la Bioetica del 6 marzo 2023, cit.

¹⁴ Cfr. il punto 11 della "Posizione A" espressa dal Comitato Nazionale per la Bioetica, cit., p. 7. Opinione opposta è espressa nella "Posizione B" secondo cui "Sul diritto della persona (informata, libera e ferma nella sua convinzione, consapevole delle conseguenze) a decidere se e quali cure accettare trovandosi in imminente pericolo di vita non incidono né la sede dove ciò avviene (ad esempio, ospedale con un reparto per detenuti) né il motivo iniziale che ha portato al pericolo di vita (ad esempio, lo sciopero della fame). Quanto alla libertà della scelta della persona in ambito sanitario, va ribadito che tale libertà esula dalle motivazioni che hanno portato il soggetto a tale scelta", p. 10. Per quanto attiene alla "Posizione C" si afferma che l'invalidità delle DAT volte a ottenere beni materiali o immateriali sembra basarsi sull'applicazione della disciplina dell'art. 626 c.c. Si precisa al riguardo che "Le DAT non sono in senso proprio un testamento, danno disposizioni che riguardano un bene particolarissimo e "personalissimo" come l'inviolabilità della

Proprio su questo aspetto sarà incentrata la riflessione che segue.

Le differenti finalità su cui la scelta di scioperare si fonda richiede, alla luce delle considerazioni emerse dal documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, un approfondimento per valutare la possibilità di trasporre le soluzioni ampiamente consolidate in tema di diritto all'autodeterminazione e al rifiuto delle cure al caso in cui nell'esercizio di tale diritto la circostanza da cui trae origine la compromissione dello stato di salute sia volontariamente determinata, attraverso lo sciopero della fame, e le motivazioni alle quali il comportamento autolesionistico è rivolto siano funzionali al perseguimento di utilità in ordine alle quali occorra una valutazione di meritevolezza se non anche un sindacato di liceità.

Infatti, nell'ipotesi di sciopero della fame, effettuato in stato di detenzione e volto ad ottenere altre utilità materiali o immateriali non viene in considerazione solo la mera legittimità di rifiutare un trattamento sanitario non voluto e perciò la rilevanza costituzionale del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma anche il rilievo che deve attribuirsi alla possibilità che tale rifiuto sia impiegato in modo strumentale per il raggiungimento di uno scopo ulteriore e diverso da quello contemplato nelle disposizioni in questione. In particolare, la riflessione si appunta sulla

circostanza che lo sciopero della fame del detenuto in carcere rappresenti un mezzo per far valere rivendicazioni che attengono alla propria condizione di carcerato e mirino ad ottenere l'accoglienza delle proprie richieste nei confronti della pubblica autorità¹⁵.

Mentre ordinariamente il rifiuto della cura è espressione della volontà del paziente di decidere della propria vita, dunque anche di lasciarsi morire, nel caso di sciopero della fame, impiegato come strumento di protesta, il detenuto non vuole necessariamente perseguire il drammatico epilogo che al rifiuto inevitabilmente consegue, la morte, ma si limita ad accettare il rischio che ciò accada in vista del raggiungimento di un altro risultato che nella sua personale scala di valori appare prevalente. Infatti, la speranza dello scioperante, che impiega il digiuno come mezzo per il raggiungimento di altri fini, è quello di continuare a vivere, vista la disponibilità a cessare il digiuno qualora le sue rivendicazioni fossero accolte¹⁶.

3. DELLA POSSIBILITÀ DEL DETENUTO DI IMPIEGARE LO STRUMENTO DELLE DAT PER RIFIUTARE L'ALIMENTAZIONE

Non è dato dubitare dell'applicabilità della legge n. 219/2017 ad un detenuto che, in vista di un futuro

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 conseguenze. Prevedono semplicemente che la persona sia capace di intendere e di volere e abbia acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte. Una cosa è non concedere un bene che si richiede attraverso l'uso distorto di un diritto. Altra cosa è assumere che tale uso distorto - ma comunque libero - legittimi la violazione del principio di incoercibilità dei trattamenti sanitari" p. 14:

¹⁵ Ovviamente si tratta di un problema diverso rispetto al legittimo diritto del detenuto di manifestare il proprio pensiero mediante lo strumento dello sciopero della fame. In tal senso si esprime chiaramente il Comitato Nazionale per la Bioetica nel punto 7 delle riflessioni condivise all'unanimità, precisando che "Questa libertà va sempre pienamente rispettata, in particolare quando provenga da un soggetto che, dal regime di detenzione cui è sottoposto, individui nello sciopero della fame, in mancanza di altri mezzi, una forma estrema di comunicazione, mettendo anche a rischio la propria vita". Cfr. M.G. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 1, il quale sottolinea come esso rappresenti "uno dei particolari aspetti che può assumere la comunicazione nella istituzione penitenziaria". S. CACACE, *op. cit.*, p. 210, secondo la quale "la condotta di pacifica contrapposizione con il potere

pubblico soddisfa il giudizio di meritevolezza degli interessi e non può derubricarsi a mero, irresponsabile atto di arbitrio". Secondo l'A. "L'interruzione dello sciopero ad opera dello stesso potere nei confronti del quale è rivolta la contestazione assume i contorni di un esercizio indebito dell'autorità statale sulla persona, già da questa autorità ampiamente limitata, benché legittimamente, nelle sue libertà".

¹⁶ Secondo M.G. MAFFEIS, *op. cit.*, p. 16 s., il detenuto che effettua lo sciopero della fame "Più che il desiderio di morire (...) rivela il desiderio di vivere: trasmettere alla società esterna (...) problemi singoli o anche collettivi" relativi alla vita carceraria. Secondo l'A. i fini dell'azione "possono essere discutibili ma (...) non sono rivolti verso la morte". Dunque, nonostante il detenuto metta a serio rischio la vita, il tema dello sciopero della fame non può essere sovrapposto a quello del suicidio in carcere. Richiama il pensiero di M.G. Maffeis, P. SCARFÒ, *Lo sciopero della fame dei detenuti: profili psicologici e normativi*, in *SalvisJuribus*, 31 gennaio 2021, il quale precisa come dietro allo sciopero della fame "potrebbero celarsi diversi significati reconditi capaci di rendere molto labile la linea di demarcazione tra il desiderio di battersi per degli obiettivi precisi volti al riconoscimento di diritti fondamentali per ogni uomo e il desiderio di sottrarsi a tale negazione attraverso la ricerca passiva della morte"

stato di incapacità, liberamente decida di rendere note e vincolati le sue intenzioni in ordine ai trattamenti sanitari che intende rifiutare. Lo stato di detenzione, infatti, pur incidendo sulla libertà personale, non priva il soggetto detenuto dei diritti fondamentali non strettamente incisi dalla suddetta limitazione¹⁷. Questa ipotesi è ampiamente suffragata dall'affermarsi di una visione personalistica del diritto alla salute che comporta una piena autonomia nelle scelte ad essa attinenti, espressione della dignità personale¹⁸. Una diversa ricostruzione comporterebbe una compressione di un diritto fondamentale dell'individuo non giustificabile in ragione del suo stato di detenzione¹⁹. In questa prospettiva non può escludersi che un detenuto ritenga la sua vita non più degna di essere vissuta e decida di lasciarsi morire non alimentandosi più e magari renda note le sue intenzioni di rifiutare l'alimentazione forzata, eventualmente necessaria per la salvaguardia della vita, tramite le DAT. Del resto, la disciplina in materia di DAT non condiziona l'efficacia delle disposizioni anticipate alle ragioni personali e soggettive che hanno indotto l'individuo a dettarle. La normativa si preoccupa di delineare un procedimento volto ad assicurare la piena consapevolezza del soggetto, il quale dovrà assumerle nel rispetto delle regole apprestate

dall'ordinamento, a garanzia della sua scelta libera e cosciente²⁰.

Una conferma di ciò risulta dall'ampia e consolidata letteratura in materia di rifiuto delle trasfusioni di sangue per fini religiosi. Anche in questa ipotesi il motivo che ha determinato il soggetto a rifiutare le cure rappresenta un presupposto essenziale per la scelta del paziente ma non assume giuridica rilevanza nei casi in cui vi sia una espressa manifestazione di intenti del paziente resa nota attraverso le DAT. Ad una prima lettura, dunque, può ritenersi che le ragioni alla base della scelta del rifiuto delle cure si collocano sul mero piano di quelle motivazioni individuali che rimangono ordinariamente confinate nel campo della giuridica irrilevanza.

Pare dunque opportuno fissare alcuni punti fermi per le riflessioni successive.

1) Il detenuto, al pari di qualsiasi altro individuo, può dettare disposizioni anticipate di trattamento così come può impiegare lo strumento delle cure condivise se ne ricorrono i presupposti.

2) Manca nella disciplina sulle DAT una espressa previsione che attribuisca rilevanza alle ragioni sottese alla loro adozione.

La possibilità per il detenuto di operare scelte in ordine alla propria salute, anche mediante il ricorso alle DAT, è affermata chiaramente nella posizione

¹⁷ Sul punto cfr. Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, in *Foro it.*, 1995, I, c. 488, secondo cui "la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale". E' un "principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca: la lesione di un diritto fondamentale deve considerarsi in ogni caso non giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza".

¹⁸ P. ZATTI, *Il diritto di scegliere della propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, nota a Trib. Milano, 14 maggio 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 4 ss., il quale dedica ampio spazio alla definizione di salute sottolineando «l'involupamento di libertà, identità e salute. Il bene salute diviene, per così dire, incardinato nella libertà di disporre di sé - cioè della propria persona negli aspetti fisico, mentale e sociale che ne costituiscono il benessere conseguibile in circostanze date». Cfr. sul tema C. PILLA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1449, secondo cui «Con le locuzioni della relativizzazione e soggettivazione della salute, in sostanza, si

descrivono delle tendenze oramai diffuse che riconducono alla personale valutazione del paziente, quale si forma principalmente nel rapporto dialettico con il medico, la concreta definizione del contenuto del trattamento medico di cura e, quindi, della stessa nozione di salute individuale, intesa come benessere complessivo della persona nella dimensione fisica e psichica».

Sul punto cfr. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, cit., p. 33, secondo cui "la dignità è il cuore pulsante del principio personalistico, dell'antiorità del singolo rispetto allo Stato, divenendo il necessario presupposto assiologico dei diritti fondamentali".

¹⁹ Sul tema cfr. A. MASSARO, *op. ult. cit.*, p. 30, secondo la quale «Si tratta in altri termini di verificare se lo stato di detenzione possa, in quanto tale, determinare la parziale riscrittura dei diritti di cui i detenuti sono titolari o se, per contro, trattandosi di diritti "fondamentali", gli stessi non possano e non debbano subire variazioni di contenuto e di significato rispetto al medesimo diritto di cui sia titolare un soggetto non ristretto».

²⁰ Al riguardo, si è ipotizzato che la stessa condizione carceraria possa influire sulla piena consapevolezza delle scelte effettuate dal detenuto. Sul punto, in senso critico cfr. M. G. MAFFEIS, *Lo sciopero della fame della persona detenuta*, p. 32 ss.

condivisa dal Comitato Nazionale per la Bioetica²¹. Non si può infatti ricavare una diversa regola che limiti il diritto all'autodeterminazione in ragione dello stato di detenzione e legittimi, sotto questo aspetto, un diverso trattamento del detenuto rispetto al soggetto non sottoposto a misure restrittive della libertà personale.

Peraltro, l'esercizio del diritto all'autodeterminazione presuppone un consenso informato affinché l'attività medico-chirurgica sia legittimamente svolta. Il diritto all'autodeterminazione assume, peraltro, una piena autonomia rispetto al diritto alla salute. Ciò risulta evidente dalla distinta rilevanza del diritto al risarcimento per violazione di esso rispetto a quello per lesione del diritto alla salute²². Questa indipendenza viene ormai pacificamente affermata dalla giurisprudenza sebbene si debba rilevare come, in sede applicativa, il riconoscimento del risarcimento per lesione del diritto all'autodeterminazione venga a volte subordinato ad una serie di circostanze che rischiano di pregiudicarne la piena soddisfazione²³.

4. SCIOPERO DELLA FAME E SOPRAGGIUNTO STATO DI INCAPACITÀ DEL DETENUTO

Dai quesiti del Ministero di Giustizia e dalle risposte del Comitato Nazionale per la Bioetica si trae un ulteriore elemento di riflessione con riguardo alla condotta che deve assumere l'amministrazione penitenziaria una volta sopraggiunto lo stato di incapacità conseguente ad uno sciopero della fame.

Senza ripercorre le posizioni espresse dal Comitato Nazionale di Bioetica sul punto, ci si limita a qualche sintetica considerazione. Volendo stigmatizzare le situazioni che possono verificarsi in concreto, deve operarsi una netta distinzione a seconda che un detenuto in sciopero della fame abbia manifestato, prima di diventare incapace, un chiaro rifiuto all'alimentazione da quelle in cui rimanga incerta la sua reale intenzione. In questa seconda ipotesi, la soluzione a favore di un intervento di alimentazione coattiva trova fondamento non tanto nel dovere di custodia dello stato nei confronti di un individuo sottoposto alle sue cure²⁴, quanto nell'ordinaria necessità di

²¹ Cfr. in particolare il punto 6 dei 10 approvati all'unanimità dal CNB il 6 marzo 2023, cit., p. 3.

²² In giurisprudenza, sulla distinzione tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione, non si può prescindere dalla fondamentale decisione della Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 783 ss., con nota di S. CACACE «I danni da (mancato) consenso informato» e di A. Scacchi, «La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento non autorizzato» che chiaramente evidenzia come «la mancanza del consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione alla salute [...] o se la lesione della salute non sia causalmente ricollegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato; cfr. anche Cass., 16 maggio 2013, n. 11950, in *De jure* Giuffrè. Afferma A. CILENTO, *Oltre il consenso informato. Il dovere di informare nella relazione medico-paziente*, Napoli, 2014, p. 90 s., assunta l'idea «che il consenso non sia esclusivamente volto alla tutela della salute ma sia espressione anche di un diritto alla libertà personale se ne deve riconoscere la autonomia risarcibilità anche in assenza di un pregiudizio per la salute ovvero anche qualora l'intervento terapeutico subisca un esito positivo». Sul punto cfr. A.M. SINISCALCHI, *Il consenso informato nell'attività medica*, in *Diritto privato e interessi pubblici. Studi in onore di L.V. Moscarini*, a cura di N. Corbo, M. Nuzzo e F. Ricci, 2016, Roma, p. 371 ss.

²³ A.M. SINISCALCHI, *Riflessi della Cassazione dell'11 novembre 2019, n. 28985 sulla tutela del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Studi Economico-giuridici* (Università degli studi di Cagliari), vol. LXIII, 2021-2022, in onore di A. Luminoso, F. Sitia, P. Carlo, II, Napoli, 2022, p. 816 ss., secondo la quale nelle scelte operate nelle sentenze di S. Martino del 2019 può cogliersi «una posizione maggiormente restrittiva» che «appare, infatti, in controtendenza rispetto alle riflessioni di ampia parte della dottrina che aveva sottolineato la necessità, anche alla luce del più recente quadro normativo, di estendere l'area del danno risarcibile conseguente alla compressione dell'autonomia decisionale del paziente». Le sentenze sono state citate alla nota 7, cui si rinvia.

²⁴ Sul punto cfr. V. MEDAGLIA, *op. cit.*, p. 190 ss., il quale dopo aver chiarito che «gli operatori penitenziari sono titolari di una posizione di garanzia a tutela dell'incolumità personale del detenuto» ripercorre le tesi elaborate in dottrina a fronte del rifiuto di alimentarsi del detenuto. In particolare richiama «i vari orientamenti emersi» ed individua «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 l'omissione vada risolta alla luce del diritto all'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.» L'Autore, dopo aver analizzato diffusamente le varie ipotesi, ritiene che non sia ravvisabile nell'ordinamento, neanche in materia penitenziaria, una disposizione legislativa che autorizzi

salvaguardare il bene della vita a fronte di scelte in senso contrario non adeguatamente manifestate²⁵. Il dovere di salvaguardia del bene primario della salute non può che condurre alla legittimità del trattamento di alimentazione forzata, secondo una valutazione della rilevanza costituzionale del diritto alla salute, alla cui tutela sono tenuti in primo luogo gli operatori sanitari. In tal caso le ragioni sottese allo sciopero della fame non assumono alcuna rilevanza in quanto l'intervento di alimentazione necessario per la sopravvivenza è dovuto a prescindere dalle cause che hanno determinato la scelta originaria di non alimentarsi.

Il ragionamento si deve articolare diversamente qualora il detenuto abbia reso palese la sua intenzione di rifiutare l'alimentazione forzata attraverso l'adozione delle DAT²⁶.

A fronte di una ipotesi di questo tipo, si ripropone il problema prospettato nel quesito del Ministero della Giustizia, in ordine alla rilevanza o meno delle ragioni che a tale rifiuto sono sottese e della loro eventuale idoneità a determinare l'invalidità delle DAT.

Non si può, in ogni caso, condividere la posizione di chi ritiene che lo stato di incapacità, eventualmente sopravvenuto a causa dello sciopero

della fame, escluda una volontà certa in ordine al rifiuto di alimentazione. Tale incapacità, infatti, non può rilevare rispetto ad una volontà espressa coscientemente nelle DAT, prima che lo stato di incapacità si sia determinato²⁷.

5. VINCOLATIVITÀ DELLE DAT E RILEVANZA DEI FINI: IL GIUDIZIO DI CONGRUITÀ E LA RATIO DELLA LEGGE NR. 219/2017

Il Comitato Nazionale per la Bioetica, nella "Posizione A", formulata in risposta al quesito del Ministero della Giustizia, afferma che "il rifiuto e la rinuncia ai 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 disattendere in quanto indebitamente condizionate e, dunque, «palesamente incongrue» (art. 4, comma 5, Legge n. 219/2017)²⁸.

l'alimentazione forzata. Sul tema cfr. anche le riflessioni di M.G. MAFFEI, *op. cit.*, p. 28 ss.

²⁵ Nelle ipotesi in cui il paziente si trovi in una situazione di incoscienza che non gli consenta di manifestare le proprie intenzioni e tuttavia il medico debba intervenire con urgenza in quanto un eventuale ritardo possa comportare un rischio per la vita o un grave pregiudizio alla salute, l'idea consolidata, pur nella diversità della causa giustificativa dell'atto medico, è nel senso che sia possibile procedere comunque all'intervento in ragione dell'esigenza di garantire la salvaguardia dell'interesse fondamentale all'integrità fisica. Cfr. M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011., p. 206 ss., il quale ritiene che di fronte a una situazione di urgenza si sia in presenza di una "deroga" alla "regola del consenso". Cfr. B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, p. 204, e nota 17, la quale sottolinea come la sussistenza di uno stato di necessità «non consente di rinviare *sine die* la decisione in merito al percorso clinico» del paziente e subentra la diretta applicazione di cui agli artt. 54 c.p. e 2045 c.c.

²⁶ Sul punto cfr. M. ALBORE, G. BOLINO, G. D'ANTONIO, V. FINESCHI, P. FRATI, L. SORACE, *op. cit.*, p. 647, i quali distinguono l'ipotesi in cui "non siano state redatte delle chiare ed incontrovertibili DAT" da quella in cui chi effettua lo sciopero della fame "lo fa fino alle estreme conseguenze (non volute ma accettate) «disponendo» (non semplicemente dichiarando) con precisione il suo rifiuto vitale nel momento in

cui vedrà affievolirsi – fino a perdersi- lo stato di coscienza". Solo nel primo caso "prevale certamente la tutela della salute a fronte di un'autodeterminazione incerta".

²⁷ Affronta il tema della perdita di capacità determinato dalle conseguenze dello sciopero della fame V. MEDAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 200 s., il quale analizza le posizioni sostenute in dottrina sul tema. In particolare, tra la tesi che ravvisa nella perdita di capacità a seguito del digiuno una condizione atta ad escludere con certezza la volontà dello scioperante, anche nelle ipotesi in cui la volontà di rifiuto dell'alimentazione sia stata espressa prima del sopraggiungere dello stato di incapacità, e quelle che ritengono che il rifiuto "rimarrebbe fermo" anche sopravvenuto lo stato di incoscienza, l'A. propende per una tesi intermedia che attribuisce rilievo alla circostanza che il rifiuto di alimentazione, manifestata dal detenuto, sia accompagnata o meno da una chiara volontà di prostrarlo anche nell'ipotesi di rischio morte.

²⁸ Cfr. il punto 12, della "Posizione A", del CNB, del 6 marzo 2023, cit., p. 7.

Sul tema cfr. i rilievi critici svolti da M. ALBORE, G. BOLINO, G. D'ANTONIO, V. FINESCHI, P. FRATI, L. SORACE, *op. cit.*, p. 650 ss., i quali intitolano il § 4 del lavoro "La asserita (in) congruità e (in)validità delle dat". Secondo gli A., non si può configurare una invalidità delle DAT nel caso ipotizzato. Le scelte effettuate nelle DAT, in ragione dell'inequivocabile prevalenza del diritto all'autodeterminazione, sono valide "indipendentemente dai principi o fini a cui il soggetto le riconduca" (p. 653).

Sulla base di quanto appena riportato, dunque, a fondamento della mancata vincolatività delle DAT, appare rilevante il giudizio di congruità e la individuazione della *ratio* della legge

Al riguardo si deve ricordare che la possibilità di non dar esecuzione alle DAT è espressamente indicata dalla legge n. 219/2017 nel comma 5 dell'art. 4 dove è disposto che queste "(...) possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita".

La previsione deve leggersi in stretto collegamento con il primo comma dell'art. 4, che richiede un consenso sorretto da un'adeguata informazione medica sulle conseguenze delle proprie scelte al fine di assicurare una decisione libera e consapevole del soggetto che con le DAT

dispone per il futuro. La congruità implica che le disposizioni siano state formulate con una comprensione adeguata delle implicazioni mediche riconducibili alla scelta e delle possibili opzioni terapeutiche prospettabili²⁹.

È opportuno segnalare che la valutazione sulla congruità è rimessa al giudizio del medico, in accordo con il fiduciario. Tale valutazione concerne la compatibilità tra la situazione clinica attuale del paziente e quella ipotizzata al momento della redazione delle DAT³⁰. Il problema, dunque, è strettamente correlato al contenuto delle dichiarazioni, le quali devono assumere caratteristiche tali da escluderne la genericità e da assicurare la piena consapevolezza e coerenza della scelta effettuata rispetto alla situazione clinica che si verificherà in un momento successivo rispetto a quello nel quale la disposizione viene adottata. Un generico riferimento al rifiuto o ad una accettazione di un trattamento privo dell'adeguato contesto clinico potrebbe indurre a ritenere incongrue le disposizioni e giustificare la disapplicazione³¹. Il

²⁹ Cfr. sul punto A. Di SAPIO, D. MURITANO, A. PISCHETOLA, *Disposizioni anticipate di trattamento: tempo di comunicazione, tempo di cura*, in *Famiglia*, 2019, p. 423, i quali sottolineano che "Le DAT non possono essere disattese (neppure per accordo [a posteriori] tra il medico e il fiduciario o l'amministratore di sostegno) sulla base della presunta convinzione che il disponente non abbia acquisito adeguate informazioni mediche. Ciò che rileva non è dunque la mancanza di preventive adeguate informazioni mediche. Ciò che invece può eventualmente assumere rilievo è che la mancanza di preventive adeguate informazioni mediche si sia tradotta in una palese incongruità delle DAT"; cfr. inoltre A. GORGONI, *L'autodeterminazione nelle scelte di fine vita tra capacità e incapacità, disposizioni anticipate di trattamento e aiuto al suicidio*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 255 s., il quale, dopo aver evidenziato che la legge sulle DAT presuppone "un requisito di sostanza" che consiste nel fatto di "avere acquistato adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle (...) scelte" effettuate, ritiene che dalla congruità delle determinazioni del paziente, decisiva per valutare l'efficacia delle DAT, si possa evincere "ora lo svolgimento del colloquio con il medico, qualora di esso non sia stata fatta menzione nell'atto, ora la sua improduttività nonostante la menzione".

³⁰ S. CANESTRARI, *La legge n.219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La legist. penale*, 2018, p. 18, il quale, dopo aver sottolineato il carattere vincolante delle DAT, evidenzia come dal comma 5 dell'art. 4 risulta che "Non si tratta però di una natura inderogabilmente vincolante in quanto occorre verificare la corrispondenza tra la situazione ipotizzata e quella effettivamente verificatasi. Secondo l'A., prescindendo "da alcuni rilievi critici sulla qualità del testo (ad es., il termine «disattese» non esprime in maniera adeguata l'opera di adattamento delle DAT in relazione alle circostanze concrete),

tale presa di posizione del nostro legislatore consente di allineare la normativa italiana a quelle vigenti nella maggior parte degli Stati europei"; M. ALBORE, G. BOLINO, G. D'ANTONIO, V. FINESCHI, P. FRATI, L. SORACE, *op. cit.*, p. 655, secondo cui la palese incongruità delle DAT non deve essere valutata "rispetto ad una pretesa *ratio legis* (...) bensì rispetto ad una concreta attuale condizione clinica del paziente". Secondo S. CACACE, *Sulla legittimità dell'alimentazione coatta del detenuto in sciopero della fame*, *op. cit.*, p. 209, la "«palese incongruità» (...) rimanda a una volontà espressa in maniera incoerente, disordinata, confusa, sproporzionata". L'A. ritiene che "disporre del proprio corpo per finalità ideologiche e di protesta (...) non corrisponda a siffatta nozione di incongruità" in quanto "valore positivo di realizzazione individuale, che trascende la mera preservazione dell'integrità psico-fisica e attiene all'affermazione dell'identità personale del detenuto". Si deve solo rilevare che il giudizio sull'incoerenza, sproporzione etc. evocato dall'A. in tanto è possibile in quanto venga individuato il termine di riferimento che consente di formularlo. Infatti, le conseguenze sarebbero molto diverse se si prendesse come punto di riferimento il quadro clinico o i convincimenti personali di colui che adotta le Dat.

³¹ Cfr. le riflessioni di U. ADAMO, *op. cit.*, p. 447, il quale analizzando il concetto di congruità ritiene che "Per cogliere la *ratio* della previsione normativa, e definirne la portata, bisogna rifarsi alla *questio* di come si devono scrivere le DAT". L'A. analizza una serie di ipotesi nelle quali sono rifiutati trattamenti sanitari per giungere alla conclusione che il rifiuto o la rinuncia al trattamento debbano essere accompagnati "dal verificarsi di una precisa diagnosi", per cui «l'eccessiva "sinteticità" della scrittura non dovrebbe trovare spazio nella redazione delle DAT". In ordine al giudizio di congruità cfr., tuttavia, la posizione di A. Di SAPIO, D. MURITANO, A. PISCHETOLA, *op. cit.*, nota 89, secondo i quali "Sembra in realtà auspicabile che

giudizio sulla congruità, tuttavia, non implica una valutazione delle finalità né delle motivazioni che ne sono alla base bensì una mera valutazione circa l'adeguatezza tra decisione del paziente e quadro clinico di riferimento. Il giudizio di congruità consente di attualizzare la volontà pregressa attraverso un criterio di compatibilità del rifiuto (o della rinuncia) in relazione alla situazione patologica che concretamente si verifica nel momento in cui il rifiuto è destinato a produrre effetti giuridici³².

In conclusione, può ritenersi che il giudizio di congruità, per come ricostruito, non implichi alcuna valutazione delle ragioni sottese alle scelte soggettive ed individuali che sono alla base della richiesta di accettare o rifiutare un trattamento sanitario. Tale giudizio, pertanto, non rileva come criterio utile al fine di fornire una risposta al quesito ministeriale circa la validità delle DAT, in cui il rifiuto di trattamenti medici è volto a perseguire utilità materiali o immateriali che trascendono il mero fine dell'esercizio della libertà di cura.

Anche con riguardo alla *ratio* delle DAT si deve osservare che essa è ravvisabile nella finalità di garantire piena esplicazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica consentendo la possibilità, per il soggetto capace di agire e di intendere e di volere, di dettare disposizioni in ordine ai trattamenti medici che lo riguardano, qualora sopraggiunga uno stato di incapacità. La validità delle DAT non è subordinata alla indicazione dei motivi soggettivi e personali che sono sottesi alle scelte terapeutiche in esse contenute. Infatti, oltre alla previsione del già richiamato art. 4, comma 5, che giustifica la disapplicazione delle DAT, ulteriori limiti sono espressamente previsti nell'art. 1, comma 6, nel

in sede di concretizzazione giurisprudenziale di questa clausola generale si faccia largo un indirizzo più in armonia con le linee guida della legge 219/2017. La «palese incongruità» – perché non basta una incongruità qualsiasi – si presta infatti meglio a essere riferita alle concrete conseguenze delle scelte espresse nelle DAT rispetto alla identità e ipseità del disponente. Nella maggior parte dei casi le scelte consistono nel rifiuto di determinati trattamenti e, in questa più desiderabile chiave di lettura, occorre verificare proprio le conseguenze di tale rifiuto raffrontando la loro adeguatezza alla persona del disponente e alla loro appropriatezza clinica, con prevalenza della prima sulla seconda³³.

³² Sul punto cfr. U. ADAMO, *op. ult. cit.*, p. 443, secondo il quale la vincolatività delle DAT “comporta non un'applicazione meccanica e acritica” di esse “quanto, piuttosto un'attuazione

quale, affermato il carattere vincolante delle disposizioni e l'esenzione dalla responsabilità sia civile che penale del medico a fronte della rinuncia o rifiuto del trattamento, si prevede che “Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali”.

Sulla base di queste sintetiche considerazioni, sembra doversi escludere che il giudizio sulla validità delle DAT volte alla realizzazione di fini che trascendano la libertà di cura possa fondarsi sulle motivazioni richiamate.

Peraltro, nel quesito n. 1, oggetto dell'indagine, il Comitato Nazionale per la Bioetica (“Posizione A”) sottolinea che «il Ministero si riferisce più in generale, a prescindere quindi dalla situazione di detenzione, all'ipotesi in cui il consenso al rifiuto o alla rinuncia di trattamenti sanitari, anche salvavita, sia subordinato al conseguimento di finalità estranee alla situazione clinica personale, come l'ottenimento di un bene, (materiale o immateriale) “in discussione”³³. A sostegno di quanto affermato, è il caso di ricordare che Il Ministero riporta come esempi il rifiuto dell'alimentazione artificiale finalizzato ad ottenere la proprietà di una casa contesa o quello in cui il rifiuto sia condizionato al mancato conseguimento di un regime di libertà dalla detenzione carceraria.

Messe da parte le questioni che possono essere correttamente ricondotte alla nozione di congruità, non viene tuttavia meno l'opportunità di dare ulteriore svolgimento ad una riflessione sulla validità del rifiuto di un trattamento sanitario contenuto nelle DAT condizionato al conseguimento di fini estranei alla situazione clinica o – ciò che per molti

sostanziale delle volontà prima espresse alla luce delle sopravvenute circostanze concrete: con il che (...) si verifica la congruità”. Svolgendo il ragionamento prima dell'entrata in vigore della legge sulle DAT sottolinea V. VERDICCHIO, *op. cit.*, p. 1321, che le direttive contenute nel testamento biologico “debbono essere sottoposte ad un duplice sindacato: di *congruenza*, diretto a verificare che effettivamente ricorrono i presupposti di fatto previsti dall'interessato al momento della redazione delle DAT; di *attualità*, volto a valutare se le maggiori conoscenze scientifiche e capacità di efficace trattamento terapeutico, eventualmente acquisite successivamente alla redazione delle DAT, debbano far ritenere superate queste ultime”.

³³ L'affermazione è contenuta nella nota 11 della “Posizione A”, del documento del CNB del 6 marzo 2023, cit., p. 6.

versi risulta non dissimile – motivato in ragione di tali finalità. Tale riflessione ovviamente prescinde dalle peculiarità del singolo caso, quale, nella specie, lo stato di detenzione in cui si trovi il disponente.

Prescindendo quindi dalla circostanza dell'adozione delle DAT da parte di un detenuto che esercita lo sciopero della fame, situazione fattuale che ha concretamente sollecitato i quesiti del Ministero di Giustizia e orientato le risposte del Comitato Nazionale per la Bioetica, il problema può astrattamente configurarsi in tutti i casi in cui il rifiuto o la rinuncia espressi nelle DAT abbiano uno scopo ultroneo rispetto a quello strettamente commesso alle scelte in ordine alla salute.

A tal stregua, al tema deve dunque riconoscersi una portata generale: si tratta, nella sostanza, di valutare se, nonostante la generale irrilevanza dei motivi sottesi alle DAT, un diverso trattamento possa configurarsi in presenza di un motivo illecito o di una condizione illecita che ne abbia costituito la ragione unica e determinate.

Per quanto chiarito in precedenza, l'ordine di problemi in tal modo evocati non deve essere confuso con il motivo incongruo. Il giudizio di congruità, evidentemente, è altra cosa dal giudizio di liceità in ordine ai fini perseguiti con le DAT, il quale non potrà che seguire i consueti percorsi imposti dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume, se non anche rispondere ad una valutazione di meritevolezza.

Per dare avvio a questo genere di considerazioni, ma solo a titolo di esempio e per ritornare all'ipotesi dello sciopero della fame del detenuto, ci si potrebbe chiedere se siano assimilabili, nel giudizio in ordine alla validità delle DAT, le ipotesi in cui il detenuto impieghi lo sciopero della fame per chiedere all'autorità di assumere un provvedimento che non ha adottato e che invece avrebbe dovuto adottare (attuare la riforma carceraria) da quella in cui il detenuto impieghi lo strumento dello sciopero della fame per ottenere la disapplicazione di una norma imperativa in vigore (disapplicazione dell'art. 41-*bis*).