RIVISTA AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 3/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 10/07/2020

AUTORE: Giovanna Razzano*

RIFLESSIONI A MARGINE DELLE RACCOMANDAZIONI SIAARTI PER L'EMERGENZA COVID-19, FRA TRIAGE, POSSIBILI DISCRIMINAZIONI E VECCHIE DAT: VERSO UNA RINNOVATA SENSIBILITÀ PER IL DIRITTO ALLA VITA?

Sommario: 1. Introduzione. - 2. L'esigenza di contestualizzare le Raccomandazioni della SIAARTI, il principio di autonomia e le DAT. - 3. Le Raccomandazioni possono essere paragonate ad un provvedimento contingibile e urgente, non ad una legge. - 4. Il criterio dell'appropriatezza clinica secondo il bisogno individuale e non secondo la categoria sociale e i documenti della SIAARTI, dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche e del Comitato di bioetica spagnolo a confronto. - 5. La prospettiva del CNB, del Comitato Sammarinese di Bioetica, del The Hastings Center, della PAV, della WHPCA. - 6. Il criterio della giustizia distributiva. - 7. Considerazioni d'insieme.

1. Introduzione

Tra gli effetti più drammatici della pandemia da Covid-19 si è ben presto evidenziato quello dell'alto, eccezionale e contemporaneo afflusso di pazienti, in gran numero bisognosi di terapie intensive, presso le strutture sanitarie, che in alcuni luoghi, e per un certo periodo, non sono riuscite a soddisfare tutte le domande, per l'insufficienza di risorse umane e terapeutiche, in special modo di ventilatori. Si è così determinato il problema di come allocare risorse mediche scarse, e del criterio per le conseguenti decisioni di razionamento. Si è creata una tensione fra il dovere medico di curare tutti, e l'impossibilità di farlo[1]. Non è mancato chi, sapendo di andare incontro alla morte, volontariamente ha rinunciato al ventilatore in

* Professore Associato di Istituzioni di Diritto pubblico (SSD IUS/09) presso il Dipartimento di studi giuridici ed economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza di Roma.

[1] Cfr. N. BERLINGER et al., *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19*, in *The Hastings Center*, March 16, 2020, 2.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

favore di qualcun altro[2]. Un episodio eroico, forse non isolato, che rende però l'idea del problema venutosi a creare, ossia l'essere costretti ad individuare, da parte dei medici, a chi assegnare le poche risorse. Un problema che, come si vede, non si è presentato solo in teoria[3].

Il dilemma è subito apparso globale e geograficamente esteso quanto la pandemia; storicamente, poi, è inquadrabile nella c.d. medicina delle catastrofi, per la quale non manca una letteratura etico-clinica di riferimento e, anche, un recente studio del Comitato Sammarinese di Bioetica[4]. Da quest'ultimo si evince, fra l'altro, la peculiarità della situazione pandemica, posto che i contesti presi a riferimento sono quelli del sisma, dell'incidente alle infrastrutture o dell'attacco terroristico, rispetto ai quali si osserva che «la prima fase dell'emergenza raramente si prolunga oltre le prime giornate, dopo le quali si comincia ad avere un graduale ritorno alla normalità e quindi alla funzionalità delle strutture sanitarie»[5]. Ben diverso è stato invece l'effetto della pandemia, che in alcuni luoghi ha comportato il sovraccarico delle strutture mediche per alcune settimane continuative. Una catastrofe, dunque, più imprevista delle altre[6], anche se altrettanto eccezionale è stata l'abnegazione dei medici e degli infermieri e la realizzazione in tempi da record di strutture ospedaliere, che hanno poi consentito di curare adeguatamente tutti.

Da tempo è in corso una riflessione sul tema, etico e sociale, della *distribuzione* delle risorse sanitarie[7], sul quale anche il Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) ha elaborato alcuni pareri[8]. Ordinariamente, poi, com'è esperienza comune, ogni pronto soccorso si trova a dover definire le *priorità*, il c.d. triage, assegnando precedenza o posteriorità in ragione delle condizioni di coloro che giungono e, anche, della situazione di fatto, da riferirsi sia agli opera-

---

[2] Il riferimento è al noto caso di Giuseppe Belardelli, sacerdote nella provincia di Bergamo, che ha rinunciato al ventilatore che gli avevano regalato i suoi parrocchiani quando si è ammalato, in favore di un paziente più giovane.

[3] Come osservano L. DE PANFILIS, S. TANZI, M. COSTANTINI, *Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l'etica medica e le cure palliative ai tempi del Covid-19*, in *Riv. di BioDiritto*, 30 marzo 2020, «la sfida della eccezionale situazione emergenziale è proprio quella di mantenere il sottile equilibrio tra la personalizzazione delle cure e l'allocazione delle risorse, senza trascurare la prima o *fingere di poter eludere la seconda*» (corsivo mio).

[4] *Bioetica delle catastrofi* (luglio 2017). Cfr. inoltre i documenti pubblicati dall'Associazione Italiana Medicina delle Catastrofi: http://www.aimcnet.it/content/ e il documento della WMA (World Medical Association), World Medical Association Statement on Medical Ethics in the event of disasters (Stockolm, September 1994), in Bulletin of Medical Ethics, 1994, 102.

[5] *Bioetica delle catastrofi*, cit., 44.

[6] Ma si veda *Piano svizzero per pandemia influenzale, Strategie e misure di preparazione a una pandemia influenzale*, 5ª edizione 2018, cap. 6.1. e in particolare la Parte III del Piano pandemico svizzero 2006 «Questioni etiche», parere della Commissione nazionale d'etica per la medicina NEK-CNE n. 12/2006. Il Center for Strategical and International Studies ad ottobre 2019 aveva simulato una pandemia simile a quella accaduta, prevedendone anche l'impatto. Anche il Robert Koch Institut, in Germania, aveva svolto, in passato, studi rispetto ad una pandemia da virus (https://www.rki.de/SharedDocs/Publikationen/DE/2010/D/Drexler_JF.html?cms_abstrakt=true).

[7] Cfr. ad es. G. PERSAD, A. WERTHEIMER, EJ. EMANUEL, *Principles for allocation of scarce medical interventions*, in *Lancet* 2009; 373: 423-31. D.B. WHITE et al., *Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions*, in *Ann Intern Med*., 150(2), 2009,132–138; IY LEONG et al., *The challenge of providing holistic care in a viral epidemic: opportunities for palliative care*, in *Palliative Medicine* 18 (1), 2004, 12-18

[8] CNB, *Etica, sistema sanitario e risorse* (1998) e *Orientamenti bioetici per l'equità nella salute* (2001).

tori sanitari e ai mezzi disponibili, sia alla gravità e al numero degli altri pazienti accorsi. Da entrambi questi fattori, com'è evidente, dipendono i tempi d'attesa e d'intervento, a cominciare dall'esame clinico. In tutte queste situazioni, ordinarie o straordinarie che siano le circostanze, quando le risorse a disposizione sono limitate, occorre, infatti, *inevitabilmente scegliere* ed individuare dei *criteri*, a meno che non si voglia lasciare tutto al caso, attraverso il sorteggio o la regola della priorità temporale *first come, first served*[9], che comunque è anch'essa una scelta[10]. Non manca neppure, almeno in letteratura, la soluzione in base al rango delle persone, che assegna la precedenza a quelle con un "elevato valore sociale", ipotesi che tutte le prospettive etiche escludono; anche se merita speciale considerazione la condizione dei professionisti della sanità, particolarmente esposti per il bene comune e quindi meritevoli di protezione da parte della società[11].

Alla ricerca, dunque, di criteri di attribuzione delle risorse scarse coerenti con la Costituzione, nonché con i diritti umani così come sanciti in ambito internazionale[12], i principi di riferimento sono senz'altro il diritto alla vita, riconducibile all'art. 2 Cost. - ed espressamente all'art. 2 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea - che riconosce i diritti inviolabili e, al contempo, richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà; il diritto alla salute, nei termini contemplati dall'art. 32 Cost., che la tutela in quanto «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»; il principio di uguaglianza, per la pari dignità sociale, ai sensi dell'art. 3 Cost., punto di riferimento per il criterio di ragionevolezza, che implica la considerazione della diversità di situazioni di fatto e, quindi, di trattamento giuridico[13].

---

[9] Criterio ritenuto inaccettabile dall'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse*, versione del 24 marzo 2020. Cfr. N. BERLINGER et al., *Ethical Framework*, cit. 3: «First come, first served is an unsatisfactory approach to allocating critical resources: a critically ill patient waiting for an ICU bed might be better able to benefit from this resource than a patient already in the ICU whose condition is not improving»; anche il Comitato di bioetica spagnolo nel suo parere *Informe del comité de bioética de españa sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del Coronavirus*, del 25 marzo 2020, 8, lo ritiene un criterio poco rispettoso dell'uguaglianza e della giustizia, per quanto apparentemente lasci tutto al caso. Infatti, nel non considerare nessun ulteriore criterio, si basa sull'erronea presunzione che la comunità sia costituita da soggetti in perfetta situazione di identità e non occorra alcun meccanismo correttivo.

[10] Come rileva A. RUGGERI, *Scelte tragiche e Covid-19*, Intervista in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020, «non v'è dunque una "non scelta"». Sul punto cfr. poi la lucida analisi di P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Tragic choices in the time of pandemics*, in *Riv. di BioDiritto*, 20 marzo 2020.

[11] Il parere del Comitato di bioetica spagnolo, *Informe*, cit., 11, ha affermato che i medici, in questo contesto, debbono avere priorità di accesso ai trattamenti, per una duplice ragione: per proteggere indirettamente tutti gli altri, e per il principio etico di reciprocità, che implica che la società sostenga le persone che assumono un peso sproporzionato a protezione del bene comune. Simili considerazioni in Nuffield Council on Bioethics, *Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic*, 17 marzo 2020, 4.

[12] Vale al riguardo la *Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani* dell'Unesco (2005), art. 2, lett. *c)*, per cui «va promosso il rispetto per la dignità umana e la protezione dei diritti umani, assicurando il rispetto per la vita degli esseri umani, e le libertà fondamentali, basandosi sulla legislazione internazionale sui diritti umani»; così come la *Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite* (2006), non irrilevante rispetto a questo contesto, come si tornerà a dire.

[13] Nella sconfinata letteratura, cfr. A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Soc*., 1975, 561; cfr. inoltre i contributi raccolti nel volume R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario tenutosi a Pisa il 5 maggio 1990, Torino, 1991; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur*., XXV, 1991; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzio-*

Tutti principi che si trovano in rapporto di integrazione con quelli sanciti dalla Convenzione di Oviedo (2007), che garantisce ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (art. 1), oltre che l'«accesso equo a cure della salute di qualità appropriata» (art. 3)[14]. In ambito bioetico, tutto ciò è riassunto nei quattro classici principi di beneficenza, non maleficenza, rispetto dell'autonomia e giustizia[15]. La *scelta* a fronte di risorse limitate, comunque *ineludibile*, non può allora che operare in modo coerente con questo quadro etico-giuridico di riferimento[16].

Il primo documento ad avere indicato criteri rispetto alla situazione pandemica in corso è, non a caso, italiano, ed è stato elaborato dalla SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia intensiva), che tempestivamente, il 6 marzo 2020, mentre le curve dei contagi e dei decessi salivano a dismisura, soprattutto in alcune zone settentrionali del Paese, ha pubblicato alcune brevi *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*. Sempre in ambito clinico, meritano attenzione le indicazioni dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM), *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse*, del 24 marzo 2020. In ambito bioetico va poi segnalato il parere del Comitato Sammarinese di Bioetica, del 16 marzo 2020, intitolato *Risposta alla richiesta di parere urgente su aspetti etici legati all'uso della ventilazione assistita in pazienti di ogni età con gravi disabilità in relazione alla pandemia di Covid-19*; vi sono poi, fra gli altri, il citato documento dell'Hastings Center, *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19),* pubblicato pure il 16 marzo; la nota della Pontificia Accademia pro Vita, *Pandemia e fraternità universale*, del 30 marzo, mentre il CNB ha pubblicato, l'8 aprile 2020, il parere *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza*

---

nale, riferimenti comparatistici. Atti del seminario di studio svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994; J. LUTHER, *Ragionevolezza* (delle leggi), in *Dig. Disc. Pubbl*., XII, Torino, 1997, 351; L. PALADIN, *Ragionevolezza* (principio di), in *Enc. dir*., Agg. I, 1997, 899; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. Soc*., 2001, 567; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; M. LA TORRE, A. SPADARO A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2002; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

[14] Com'è noto, il Parlamento ha autorizzato la ratifica della Convenzione con la l. 28 marzo 2001, n. 145, ma non è stato ancora depositato lo strumento di ratifica. Sul piano del sistema delle fonti del diritto, quindi, trattandosi di un accordo valido sul piano internazionale ma non ancora eseguito, le disposizioni della Convenzione hanno una funzione ausiliaria sul piano interpretativo, per cui cede dinanzi a norme interne contrarie ma può e deve essere utilizzata nell'interpretazione delle norme interne al fine di dare a queste un'interpretazione il più possibile conforme.

[15] Cfr. ad es., molto emblematicamente, Consiglio d'Europa, *Guida al processo decisionale nell'ambito del trattamento medico nelle situazioni di fine vita*, 2014, 9. I quattro principi sono stati originariamente enunciati all'inizio dell'elaborazione della stessa bioetica (intesa come ambito autonomo di riflessione scientifica), da T..L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, 1979 *(*tr. it. a cura di F. Demartis, *Principi di etica biomedica*, Bagno a Ripoli, 1999), e hanno dato luogo al c.d. "principialismo".

[16] Come affermano L. DE PANFILIS, S. TANZI, M. COSTANTINI, *Il processo decisionale per le cure intensive*, cit., 5, «la situazione di estrema crisi sanitaria non presuppone necessariamente una negazione *tout court* della valutazione morale delle scelte ma, al contrario, una loro maggiore problematizzazione».

pandemica". Infine si segnala la *Briefing Note* dell'International Association for Hospice & Palliative Care (IAHPC), del 23 aprile 2020, intitolata *Bio-Ethical Principles, Practices and Recommendations Relevant to the Covid-19 Pandemic*.

2. L'esigenza di contestualizzare le Raccomandazioni della SIAARTI, il principio di autonomia e le DAT.

Le Raccomandazioni della SIAARTI hanno suscitato subito alcune perplessità[17], fondamentalmente a motivo della raccomandazione n. 3, per la quale «può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI[18]». Questa indicazione è apparsa infatti contrastante con i menzionati principi di pari dignità sociale, di giustizia, di equità[19]. Sembra però fondamentale considerare attentamente e nel suo insieme il documento, alla ricerca della ragione e del contesto per cui «può rendersi necessario» quel limite.

In primo luogo, sul piano ancora metodologico, se si conviene sul fatto che in una situazione di emergenza pandemica occorrono regole chiare da seguire, perché orientano i primi soccorritori a stabilire rapidamente le priorità per i pazienti e i diversi livelli di assistenza a fronte di risorse scarse, l'elaborazione di protocolli di triage rappresenta un vero e proprio dovere etico[20]; anche se resta sempre il dovere del medico di considerare il caso specifico

---

[17] Il giorno successivo, il 7 marzo 2020, il Prof. Filippo Anelli, Presidente della FNOMCEO, ha pubblicato una nota https://portale.fnomceo.it/anelli-fnomceo-su-documento-siaarti-nostra-guida-resta-il-codice-deontologico/ in cui richiama al rispetto del codice deontologico e ribadisce il dovere di curare tutti senza discriminazioni: «Dobbiamo prevenire ed evitare il verificarsi delle condizioni definite 'di Medicina delle Catastrofi' prospettate, seppure come mera ipotesi, dalla Siaarti. Non dobbiamo metterci nelle condizioni di applicare questi inaccettabili triage di guerra». Cfr. anche I. CAVICCHI, *Gli anestesisti-rianimatori alla prova, fallita, con l'etica medica*, in *Quotidiano sanità*, 9 marzo 2020, cui ha replicato F. BRESSAN, *La posizione della Siaarti è scomoda, ma realistica e giusta*, *ivi*, 11 marzo 2020 e, anche, M. COZZOLI, *A chi dare la precedenza? Riflessioni etiche sulle Raccomandazioni della Siaarti*, *ivi*, 19 marzo 2020, che, nel difendere la prospettiva etica del documento, ha ricordato l'analoga logica sottesa alle precedenze per i trapianti di organo.

[18] Terapia Intensiva.

[19] Cfr. anche la nota congiunta dell'Associazione medici cattolici e del Centro Studi Livatino, *Emergenza Covid19 e risorse disponibili*, del 10 marzo 2020 https://www.centrostudilivatino.it/emergenza-covid19-e-risorse-disponibili-perplessita-sulle-raccomandazioni-siaarti/ che ha espresso perplessità sulle raccomandazioni della Siaarti. In particolare ha espresso rispetto e sostegno ai medici e ha auspicato che ciò significhi anche cessare di considerare il medico una controparte da chiamare in giudizio, con «assurde attitudini di colpevolizzazione dei medici», auspicando anche «che non si favorisca la presentazione di querele pretestuose, che si eviti di dar seguito a denunce infondate, che si articolino delle regole che permettano di affrontare con minore angoscia una eventuale chiamata in giudizio, in linea con la c.d. "medicina difensiva"». La nota, nel considerare il caso di presenza contestuale di più pazienti, afferma: «In tal caso *ad impossibilia nemo tenetur*, ed è chiaro che il medico dovrà fare valutazioni che tengano conto del quadro clinico complessivo, cioè, unitamente alle altre circostanze, anche dell'età del paziente, che incide sulle prospettive complessive di guarigione. Si tratta invece di evitare il preventivo abbandono in attesa di pazienti più meritevoli».

[20] Così N. BERLINGER et al., *Ethical Framework*, cit., 2-3. Si tratta de "*duty to plan*", che insieme al "*duty to safeguard and to guide*", sono indicati come i doveri spettanti a coloro che hanno ruoli decisionali nell'ambito del sistema sanitario. Dello stesso orientamento la Pontificia Accademia pro Vita (PAV), *Pandemia e fraternità universale*, 30 marzo 2020, che afferma la necessità di «formulare criteri per quanto possibile condivisi e argomentativamente fondati, per evitare l'arbitrio o l'improvvisazione nelle situazioni di emergenza, come la medicina delle catastrofi ci ha insegnato». Diversa la prospettiva della citata nota congiunta dei Medici cattolici e del Centro Studi Livatino, in cui si osserva: «Se la situazione è eccezionale, in quanto tale essa non può essere oggetto di regole di carattere generale e astratto, se pure nella forma delle "raccomandazioni". Un documento che abbia caratteristiche generali è logicamente incompatibile con quello stato di emergenza che sfugge alle catalogazioni».

del singolo paziente che gli è dinanzi, perché ogni essere umano ha diritto ad una considerazione personale[21].

In questo quadro va osservato, secondariamente, che il criterio del limite d'età non è stato richiamato dalla SIAARTI come *criterio di selezione sociale*, sulla base di una *presunta minore dignità personale* di chi è più anziano o in base ad una *ragione economica*, ad esempio per risparmiare risorse, evitando di destinarle a chi è ormai improduttivo. La motivazione risulta piuttosto legata a due argomenti, fra loro in rapporto di subordinazione. Il primo è quello dell'*appropriatezza clinica* e il secondo, da considerare eventualmente, è quello della *giustizia distributiva*, principio universalmente riconosciuto in ambito etico-clinico. Lo si desume dall'affermazione contenuta nella stessa raccomandazione n. 3: «Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha *in primis* più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone». Lo si ricava anche dalla raccomandazione successiva (n. 4), dalla quale si evince che quello dell'età non è l'unico criterio, dato che «la presenza di comorbidità e lo status funzionale devono essere attentamente valutati, in aggiunta all'età anagrafica. È ipotizzabile che un decorso relativamente breve in persone sane diventi potenzialmente più lungo e quindi più "resource consuming" sul servizio sanitario nel caso di pazienti anziani, fragili o con comorbidità severa». Ne deriva che il criterio di base è quello per cui la risorsa medica limitata va assegnata a chi se ne può giovare meglio e in più breve tempo. Un criterio che, inteso in questo senso e non presupponendo una diversa dignità fra le persone, risulta coerente con i principi di *beneficialità, non maleficenza* e *giustizia* e che, peraltro, si applica quotidianamente nel caso dei trapianti di organo; una risorsa limitata che si assegna a chi si ritiene che ne riceverà maggiori benefici e per un tempo maggiore[22].

Nella valutazione medica viene in rilievo anche il principio di *autonomia*. Al riguardo la SIAARTI afferma[23] che «deve essere *considerata con attenzione*»[24], l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse dai pazienti attraverso eventuali DAT, (che, come rivela l'espressione, assai opportunamente non vengono considerate come *assolutamente vincolanti*) e «in modo particolare, quanto definito (e insieme ai curanti) da parte delle persone che stanno già attraversando il tempo della malattia cronica attraverso una pianificazione condivisa delle cure». Come si vede, in modo assai appropriato, la SIAARTI, nel tenere conto della l. n. 219/2017, art. 4 e 5, riserva una considerazione specifica alla *pianificazione condivisa*, ben più conforme al principio del consenso informato di quanto lo siano le DAT, che per definizione sono *anticipate* rispetto alla situazione in cui dovrebbero applicarsi, *sganciate* da una

[21] Comitato di bioetica spagnolo, *Informe*, cit., 6.

[22] Cfr. sulla questione Consiglio d'Europa, *Guide to the Quality and Safety of Organs for Transplantation*, 2016; inoltre World Health Organization, *Organ donation and transplantation: striving to achieve self-sufficiency*, Madrid, 2010.

[23] Raccomandazione n. 5.

[24] Corsivo mio.

specifica relazione di cura, e soprattutto, pericolosamente *avulse* dal contesto reale, come ogni documento redatto *ora per allora*[25].

Occorre infatti considerare che fra i disponenti che finora hanno redatto le DAT - pochissimi in Italia, meno dello 0,5 %,[26] - ve ne sono molti che hanno indicato limitazioni di trattamento e, in particolare, di non volere il trattamento della ventilazione (a volte indotti dai medesimi moduli precompilati)[27]. Nessuno di loro, tuttavia, avrebbe mai potuto prevedere che, da un giorno all'altro, sarebbe scoppiata una pandemia per la quale proprio i ventilatori si sarebbero rivelati essenziali - oltre che necessari, in taluni casi, per lunghe settimane - per la cura dei pazienti infettati dal virus, così da richiedere delle tragiche scelte da parte dei medici. Risulta evidente, quindi, la rischiosità, per la propria vita, la salute e la stessa autodeterminazione, di dichiarazioni anticipate, decontestualizzate per definizione[28]. In altre parole, le DAT potrebbero diventare un *boomerang*, ove si pensi che, in contesti come quelli di cui si sta trattando, il rifiuto di taluni trattamenti (come la ventilazione invasiva), potrebbe determinare l'esclusione a priori dal triage dei disponenti, i quali forse, nella specifica situazione ve-

---

[25] Cfr. sul punto G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019, 121.

[26] Il dato è ricavabile da un'indagine diffusa lo scorso dicembre 2019 e condotta dall'Associazione Luca Coscioni, che ha promosso un accesso agli atti per richiedere ai 106 Comuni con più di 60 mila abitanti quante DAT fossero state ricevute dall'entrata in vigore della legge 219 del 2017. Secondo l'Associazione suddetta i "biotestamenti" sarebbero 170.000 in tutto. Tale cifra, ove effettiva, se riferita al dato degli elettori della Camera dei Deputali alle elezioni del 2018, di circa 50 milioni e 800 mila, implica che la percentuale di coloro che hanno depositato le DAT a livello nazionale è dello 0,33 della popolazione che ne avrebbe avuto la possibilità, ossia dei maggiorenni. Il Ministero della Salute non ha ancora pubblicato alcun dato, nonostante l'art. 8 della stessa l. 219/2017 preveda che le Regioni siano tenute a fornire il dato al Ministero entro il mese di febbraio di ciascun anno, sulla base di questionari predisposti dallo stesso.

[27] La campagna a favore delle disposizioni di trattamento – *in primis* quella promossa dalla stessa Associazione Coscioni - è stata del resto sempre incentrata su questa funzione limitativa dei trattamenti medici e in particolare di quelli vitali, quale appunto la ventilazione.

[28] Va osservato che la l. n. 219/2017, art. 4, comma 5, non contempla espressamente, fra i motivi in base ai quali il medico può discostarsi dalle DAT, una situazione di fatto di carattere imprevedibile e straordinario. Anche per questo, alla luce dei fatti relativi all'emergenza sanitaria Covid, l'interpretazione preferibile è quella di una vincolatività non assoluta delle DAT. Per comodità del lettore si ricorda che, da un lato, l'art. 4, comma 5, della legge prevede che il medico possa disattendere in tutto o in parte le DAT «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»; dall'altro, la legge prevede che ciò avvenga «in accordo col fiduciario» e che, ai sensi dell'art. 3, comma 5, in caso di disaccordo si ricorra al giudice tutelare. Al riguardo è significativo lo scostamento con il c.d. testo "Calabrò", elaborato nel 2012, che invece prevedeva un più ampio margine di apprezzamento in capo al medico, ossia che il medico, qualora non intenda seguire gli «orientamenti» espressi dal paziente nelle «dichiarazioni» anticipate di trattamento (termine diverso da «disposizioni», nelle intenzioni dei fautori della legge n. 219/2017 più vincolante), «è tenuto a sentire il fiduciario o i familiari e ad esprimere la sua decisione motivandola in modo approfondito e sottoscrivendola nella cartella clinica o su un documento scritto allegato alla dichiarazione anticipata di trattamento». In dottrina si è sostenuto, comunque, che la formulazione attualmente in vigore permette un rigoroso scrutinio di ragionevolezza del contenuto delle DAT, specie quando la loro esecuzione possa configurarsi non come rinuncia alle cure ma come omicidio del consenziente (M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali,* Torino, 2018, 514). Si è poi affermato che occorre evitare che all'antico paternalismo medico si sostituisca l'esecuzione acritica di qualsiasi volontà anticipata del paziente, che tralasci nuove opportunità di cura, contrasti con la legge, la deontologia e le buone pratiche cliniche (G.F. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'art. 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in AA.VV., *Forum: La legge 219 del 2017*, in *Riv. di BioDiritto*, 1/2018, 59). Propende per una interpretazione che attenui il carattere vincolante delle DAT anche G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT*, cit., 125.

nutasi a creare, avrebbero invece ben accettato il trattamento della ventilazione. Molto opportunamente quindi, a maggiore tutela dei pazienti, la SIAARTI afferma di considerare «con attenzione» l'eventuale presenza di DAT.

È preoccupante, invece, che il Ministero della Salute, nel recente *Regolamento concernente la banca dati nazionale destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento*[29], abbia previsto, all'art. 11, che i notai, gli ufficiali di stato civile e i soggetti a ciò eventualmente deputati dalle regioni trasmettano l'elenco nominativo di tutti quelli che abbiano compilato DAT antecedentemente alla realizzazione della stessa banca dati, senza alcun consenso esplicito da parte loro, in modo che la banca renda poi disponibile, al medico e al fiduciario che ne facciano richiesta, l'esistenza delle DAT e il luogo in cui si trovano. Assai esplicite le FAQ che compaiono sul sito istituzionale dello stesso Ministero, che per la domanda n. 14 - *Per le DAT espresse prima del 1° febbraio 2020 è necessario acquisire il consenso dell'interessato per la trasmissione di copia della DAT alla banca dati nazionale?*- prevedono la seguente risposta: «Per le DAT pregresse non sarà necessario acquisire il consenso dell'interessato alla trasmissione di copia delle DAT alla banca dati nazionale in quanto sarebbe troppo oneroso per i soggetti alimentanti ricontattare tutti i disponenti. È comunque diritto degli interessati, nel caso, richiederne la cancellazione dalla banca dati nazionale direttamente al Ministero della salute come indicato nella relativa informativa»[30].

Oltre che potenzialmente dannoso, in riferimento alle conseguenze che un generico rifiuto di ventilazione potrebbe determinare in concreto, l'art. 11 del regolamento ministeriale appare, più in generale, illegittimo e lesivo dei diritti costituzionali richiamati dalla stessa l. n. 219/2017, oltre che dello stesso principio del consenso *informato*. Per non parlare della garanzia del diritto alla riservatezza rispetto alla trasmissione al Ministero, a loro insaputa, da parte dei notai e degli altri «soggetti alimentanti», dell'elenco nominativo di coloro che in passato abbiano elaborato DAT, affinché poi il Ministero trasmetta nomi e DAT ad una banca dati che, al momento della redazione delle DAT - e anche della relativa legge -, neppure esisteva. Della possibilità di cancellazione il disponente verrebbe poi "informato" attraverso link e "informative" presenti su di un sito internet ministeriale. Il Regolamento, per questo aspetto, si pone, fra l'altro, in aperto contrasto con i pareri del Consiglio di Stato e del Garante per la privacy[31]. Come si vede, la serietà della questione meriterebbe un'attenzione specifica, che queste pagine non consentono. Ma è sembrato importante, proprio in relazione al principio

---

[29] Cfr. decreto n. 168 del 10 dicembre 2019.

[30] http://www.salute.gov.it/portale/dat/dettaglioFaqDat.jsp?lingua=italiano&id=229 accesso il 5 maggio 2020.

[31] Il Garante della protezione dei dati personali (Registro dei provvedimenti, n. 123 del 29 maggio 2019) aveva evidenziato infatti profili di criticità in merito allo schema di tale regolamento sul punto concernente «la condivisione tra i diversi soggetti richiamati di informazioni delicate - quali quelle riferite alle DAT - con una modalità diversa ed ulteriore rispetto a quella prevista dal legislatore». Il Consiglio di Stato aveva poi dato per scontato, nei suoi pareri, che è «su richiesta dell'interessato» che la banca dati nazionale deve poter contenere copia delle DAT stesse, escludendo implicitamente trasmissioni automatiche all'insaputa dell'interessato (Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 18 luglio 2018, n. affare 01298/2018, parere richiesto dal Ministero della salute, pubblicato il 31 luglio 2018).

bioetico di autonomia, segnalare la problematicità delle DAT in relazione a contesti emergenziali, dove quell'autonomia è a rischio.

3. Le Raccomandazioni possono essere paragonate ad un provvedimento contingibile e urgente, non ad una legge

Tornando al documento degli anestesisti, questo prevede anche che «l'applicazione di criteri di razionamento è giustificabile soltanto dopo che da parte di tutti i soggetti coinvolti (in particolare le "Unità di Crisi" e gli organi direttivi dei presidi ospedalieri) sono stati compiuti tutti gli sforzi possibili per aumentare la disponibilità di risorse erogabili (nella fattispecie, letti di Terapia Intensiva) e dopo che è stata valutata ogni possibilità di trasferimento dei pazienti verso centri con maggiore disponibilità di risorse». Il testo prospetta, inoltre, quanto purtroppo si sta verificando al momento in cui si scrive, ossia «l'aumento prevedibile della mortalità per condizioni cliniche non legate all'epidemia in corso, dovuta alla riduzione dell'attività chirurgica ed ambulatoriale elettiva e alla scarsità di risorse intensive»[32]. Il contesto a cui si riferiscono le Raccomandazioni è, quindi, di «grave di carenza» e di «straordinaria criticità». In altre parole, la situazione di riferimento è ben determinata: è quella in cui le risorse del reparto e i letti ubicati fuori reparto non sono più sufficienti per accogliere tutti i pazienti che necessitano di un trattamento di terapia intensiva, siano essi malati per il Covid o per altre patologie.

Va detto, per inciso, per quanto la notazione possa apparire banale, che la scarsità di risorse umane (medici e infermieri) e sanitarie non è addebitabile agli stessi medici, bensì al decisore politico e alla sua poca lungimiranza[33], per non aver messo in conto, nel calcolo delle risorse, l'eventualità di ipotesi catastrofiche e neppure l'ipotesi di una domanda superiore a quella media[34]. Quel che è certo è che la necessità di selezionare gli ingressi in terapia intensiva, così come quella di ritrovarsi con risorse umane e tecniche inadeguate a far fronte contemporaneamente agli ingressi massivi, alla cura di altre gravi patologie croniche e pregresse, agli interventi di elezione, agli screening, ecc., certamente non dipende da chi pone il problema ed è costretto ad individuare criteri per soluzioni d'emergenza[35]. Né si può pre-

---

[32] La limitazione degli interventi di elezione è stata comunque disposta anche dalle autorità elvetiche, che hanno previsto che le strutture sanitarie quali ospedali e cliniche, studi medici e dentistici devono rinunciare a interventi medici e terapie non urgenti (ordinanza 2 COVID-19, art. 10a cpv. 2, https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20200744/index.html)

[33] Sul punto D. RODRIGUEZ, *Dagli anestesisti-rianimatori una difficile presa in carico di responsabilità che merita rispetto*, in *Quotidiano sanità*, 9 marzo 2020.

[34] A. PIOGGIA e C. BOTTARI, nei loro interventi al webinar su *Emergenza sanitaria, diritti e (in)certezza delle regole* del 30 aprile 2020, organizzato da M.A. Sandulli, hanno denunciato l'assenza colpevole di piani di prevenzione da parte del sistema sanitario italiano, carente di terapie intensive e di ventilatori e impreparato ad una domanda più alta di quella media. Anche L. EUSEBI, *Scelte tragiche e Covid-19,* Intervista, in *Giustizia insieme*, 24 marzo, 2020, ha auspicato che lo Stato si occupi di tutelare, in primis, la sicurezza delle persone, contro l'esasperazione delle logiche di mercato, osservando come «abbiamo le scorte di gas e di petrolio, ma ci siamo accorti di non avere risorse banali ma essenziali per fini sanitari».

[35] Cfr. il successivo documento della SIAARTI, condiviso con l'Associazione Anestesisti rianimatori ospedalieri italiani emergenza area critica (AAROI-EMAC), *Appello congiunto siaarti/aaroi-emac covid.19: l'emergenza chiede urgentemente specialisti appello alle istituzioni per una nuova responsabilità su competenze, organizzazione terapie intensive e risposte appropriate per i bisogni di cure avanzate dei cittadini*, riportato anche da

scindere dalla gravità e dall'eccezionalità della catastrofe; e quindi dal dato per cui il numero quotidiano dei deceduti, in alcune province italiane e per diversi giorni consecutivi, è stato analogo a quello delle vittime del terremoto di Amatrice, che fu, come quello dell'Aquila, di circa 300 persone. Il numero corrispondente dei malati, in taluni ospedali, è stato dunque simile o superiore a quello che si sarebbe avuto ove ci fosse stato, ogni giorno e per alcune settimane di seguito, un terremoto di quella portata[36].

La considerazione del contesto aiuta a focalizzare la relazione fra il contenuto del documento e la sua forma. C'è infatti il rischio di attribuire impropriamente alle Raccomandazioni degli anestesisti un valore *normativo*, quasi fossero, nell'ambito delle fonti del diritto, familiare al giurista, una sorta di *legge*, ossia una nuova regola generale ed astratta, valevole per una serie indefinita di fattispecie e in grado di prevalere su norme già vigenti di rango primario, scardinando l'universalità del sistema sanitario[37]. Si tratta invece di un documento che deve essere interpretato nella cornice della situazione straordinaria a cui espressamente si riferisce, quali «raccomandazioni» riferite a «condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili», che sono fortunatamente durate solo alcune settimane e che si spera non si ripresentino. Il documento della SIAARTI non è, quindi, una sorta di *legge*, quanto, semmai, un insieme di indicazioni di una società medica scientifica che, traslate nel sistema giuridico, potrebbero definirsi come *provvedimenti contingibili e urgenti*, giustificati dalla situazione di fatto da cui traggono origine, eccezionali e transitori quanto quest'ultima, e ammissibili fintantoché essa perduri, in base a quel criterio di proporzionalità e temporalità indicato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alle ordinanze in deroga[38].

Quotidiano sanità (*Coronavirus e terapie intensive. Siaarti e Aaroi-Emac: "Come riorganizzare il futuro in cinque punti qualificanti"*), 15 aprile 2020.

[36] Solo nel comune di Bergamo, i dati ufficiali della Protezione civile hanno indicato 2.060 decessi alla data del 1° aprile 2020, mentre altre stime hanno calcolato che quella cifra fosse sottostimata, parlando di 4.500 morti per il mese di marzo (cfr. Eco di Bergamo e InTwig, dati pubblicati il 1° aprile 2020). A livello nazionale i deceduti, alla data del 15 maggio 2020, sono 31.368.

[37] La l. 833/78, istitutiva del SSN, com'è noto, prevede che la cura vada assicurata secondo un criterio universalistico ed egualitario. Cfr. sul tema, in relazione all'assetto costituzionale e alle riforme, R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 67.

[38] Corte cost., sentenze n. 115/2011, n. 277/2008, n. 284/2006, n. 82/2006 e n. 327/2003, n. 127/1995, n. 201/1987, n. 4/1977, n. 26/1961, n. 8/1956. In dottrina, sul tema, cfr. G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 91; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; G. MANFREDI, *Le insidie del potere di ordinanza*, in *Riv. Giur. Amb*. 1/2004, 102; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2005, 641; F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Dir. amm*., 3, 2005, 764-775 V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl*., 2007, 377; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 133 G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; M. BROCCA, *L'altra amministrazione*, Napoli, 2012; F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir*., ann. VI., Milano, 2013; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm*., 2016, 37.

4. Il criterio dell'appropriatezza clinica secondo il bisogno individuale e non secondo la categoria sociale e i documenti della SIAARTI, dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche e del Comitato di bioetica spagnolo a confronto.

Venendo al criterio dell'appropriatezza clinica nella situazione di pandemia con risorse mediche divenute insufficienti, la valutazione assume certamente i contorni di un triage drammatico; comporta infatti una *scelta*, ossia una *selezione* degli ingressi e della permanenza in terapia intensiva. Si deve operare, di fatto, una sorta di *discriminazione*, perché si tratta di preferire un paziente rispetto ad un altro. Certamente il termine suona insopportabile agli orecchi del giurista. Tuttavia, in questo caso, va inteso in senso etimologico, quale *criterio ragionevole di discernimento* fra situazioni distinte.

Proprio nell'ottica costituzionale e del principio di uguaglianza, quel che allora occorre non è tanto rivendicare, nella specifica situazione considerata, il diritto per tutti alla salute e quindi alla risorsa medica, che per tutti, di fatto, non c'è; occorre piuttosto esigere che sia evidenziata la ragione in base alla quale si sceglie. Il diritto alla vita, alla salute, all'uguaglianza[39], così come i principi di giustizia ed autonomia, vengono allora in rilievo, in questo caso, per evidenziare in modo trasparente i criteri e i processi decisionali, secondo motivazioni scientifiche, medico-cliniche e di giustizia. Se in talune situazioni si deve per forza operare una discriminazione, occorre allora che questa, per così dire, sia "una discriminazione giusta", ossia un giudizio selettivo ragionevole, pubblico, verificabile.

Quanto al fattore dell'età e alla "sua giustizia", in relazione all'appropriatezza clinica, il documento dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, così come quello del Comitato di bioetica spagnolo, sembrano fornire una luce a questo riguardo, forse perché i relativi documenti sono stati redatti successivamente a quello della SIAARTI, con la consapevolezza delle critiche suscitate e con qualche ulteriore parola di chiarificazione. Si legge nel documento dell'Accademia svizzera che «l'età in sé e per sé non è un criterio decisionale applicabile, in quanto attribuisce agli anziani un valore inferiore rispetto ai giovani e vìola in tal modo il principio costituzionale del divieto di discriminazione. Essa, tuttavia, viene considerata *indirettamente* nell'ambito del criterio principale "prognosi a breve termine", in quanto gli anziani presentano più frequentemente situazioni di comorbidità. Nelle persone affette da

[39] L'espressione è adottata nella consapevolezza delle diverse posizioni espresse dalla dottrina a questo riguardo. Ci si limita qui a ricordare che, fin dagli esordi della giurisprudenza costituzionale in merito, si sono fronteggiate da un lato la posizione di C. Esposito, il quale riteneva che l'uguaglianza fosse da intendersi in senso strettamente formale, considerando grave affermare la sussistenza di un obbligo generale del legislatore di eliminare ogni situazione ingiusta (C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia dell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, 1954, 62) e, dall'altro, quella di C. Mortati, che riteneva che dall'art. 3 Cost. derivasse la necessità che a diversità di situazioni corrispondesse diversità di trattamento, sussistendo un vero e proprio obbligo di non violare le leggi della logica, quale limite giuridico all'esercizio di ogni attività discrezionale (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, II, 838). Nota è anche la differente impostazione di L. Paladin e di G.U. Rescigno. Per quest'ultimo infatti la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale di cui all'art. 3, comma 2, si risolverebbe in una promessa, senza contenere alcuna regola giuridica; sarebbe piuttosto una regola sulle regole, che prescrive quali confini il legislatore non può superare nel disciplinare ogni materia (G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1996, 675, nt. 18). Per il primo, invece, «la proclamata esigenza dell'uguaglianza sostanziale o materiale (…) rappresenta il titolo giustificativo delle discipline necessarie per attuare il programma in questione, quand'anche si tratti di misure che altrimenti potrebbero sembrare discriminatorie ed illegittime» (così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 573).

Covid-19, peraltro, *l'età rappresenta un fattore di rischio a livello di mortalità, occorre quindi tenerne conto*»[40]. Il medesimo documento, rispetto al dovere di «inasprimento del parametro della prognosi a breve termine», in riferimento ad una situazione di saturazione di posti dentro e fuori la terapia intensiva e di afflusso di massa, individua, fra gli altri fattori a sfavore del ricovero, quello dell'età maggiore di 85 anni e, anche, quello dell'età maggiore di 75 anni, qualora vi sia presenza di cirrosi epatica o di insufficienza renale cronica stadio III (KDIGO) o di insufficienza cardiaca di classe NYHA > I[41].

Queste ultime indicazioni sul non ricovero del paziente maggiore di una certa età, apparentemente contraddittorie con le premesse, in realtà sono coerenti con le stesse ed esprimono una ragione fondamentale: nei pazienti affetti da Covid-19 l'età è un *criterio dirimente*, perché la pratica clinica mostra, al riguardo, minori probabilità di efficacia del trattamento intensivo a fronte di una maggiore durata del trattamento, che a sua volta implica il mancato uso da parte di altri pazienti della risorsa medica. In base all'evidenza scientifica, nella maggioranza dei casi si prospettano lunghi giorni di ventilazione assistita che si concludono purtroppo con la morte del paziente.

Da parte sua il Comitato di bioetica spagnolo (§ 9.9.) afferma che il criterio dell'età può essere considerato per individuare le priorità ma non per negare o limitare l'assistenza sanitaria e il ricorso a taluni mezzi di sostegno vitale. Certamente l'età, così come altri fattori, incide sulla prognosi, ma quest'ultima non deve comunque mai mancare. Occorre poi tenere conto della situazione concreta di ogni paziente, senza escludere nessuno a priori. Per questo documento l'unica discriminazione positiva ammissibile, con riguardo all'età, è quella in favore dei bambini e degli adolescenti[42]. Secondo altri pareri di Comitati nazionali di bioetica il criterio dell'età in sé considerato, così come le decisioni basate sullo status sociale o quelle motivate da un previo giudizio sulla qualità della vita, sono inaccettabili[43].

Alla luce di queste posizioni, sembra di poter dire che le Raccomandazioni della SIAARTI, se è forse vero che, a motivo della loro sinteticità, sembrano presentare l'età quale criterio aprioristico e ingiustificato ("può rendersi necessario porre un limite d'età all'ingresso in TI"), possono certamente essere interpretate nel senso di indicare, piuttosto, che l'età è un *fattore clinico dirimente* nella valutazione di appropriatezza clinica, rispetto ai casi specifici di pazienti affetti da Covid-19. In altre parole, il posto in terapia intensiva, quando i posti non ci sono per tutti, va dato a chi ha più possibilità di giovarsene. Il motivo non è l'età in sé, ma le minori probabilità di successo. Se riferite, dunque, all'incidenza dell'età nella valutazione di appropriatezza clinica e se riferite, come lo sono, all'epidemia in atto, le Raccomandazioni SIAARTI non esprimono una "discriminazione ingiusta". Del resto nessuno, a livello medico-

---

[40] ASSM, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti*, cit., 3. Corsivi miei.

[41] *Ibidem*, 5.

[42] Il Comitato richiama al riguardo il principio del superiore interesse del minore, sancito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 20 novembre 1989.

[43] Cfr, oltre a quello spagnolo, il Comitato di bioetica dell'Austria, *Management of scarce resources in healthcare in the context of the COVID-19 pandemic*, del 31 marzo 2020, 12; quello della Repubblica federale di Germania, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis*, 4; Department for Health, Ireland, *Ethical Framework for Decision-Making in a Pandemic*, 2020.

scientifico, negherebbe che l'età sia un fattore significativo nelle affezioni da Covid-19 e dirimente nei triage per l'accesso alle terapie intensive limitate[44].

Peraltro la SIAARTI, proprio nella prima delle sue Raccomandazioni, precisa che «i criteri straordinari di ammissione e di dimissione sono flessibili e possono essere adattati localmente alla disponibilità di risorse, alla concreta possibilità di trasferire pazienti, al numero di accessi in atto o previsto. I criteri riguardano tutti i pazienti intensivi, non solo i pazienti infetti con infezione da Covid-19», e chiarisce ulteriormente che «tutti gli accessi a cure intensive devono comunque essere considerati e comunicati come "ICU trial" e sottoposti pertanto a quotidiana rivalutazione dell'appropriatezza, degli obiettivi di cura e della proporzionalità delle cure»[45]. Non emerge, dunque, un'aprioristica esclusione, svincolata dall'evoluzione delle circostanze.

Di ben diverso tenore sono invece alcuni passaggi delle raccomandazioni dell'omologa società spagnola degli anestesisti, come quella per cui i pazienti con deterioramento cognitivo, demenza o altre infermità degenerative non saranno supportati dalla ventilazione meccanica invasiva; o come quella per cui occorre valutare la sopravvivenza considerando soprattutto se sia libera da incapacità[46]. La valutazione sembra così dipendere da un giudizio sulla qualità della vita di chi è incapace o meno incapace, esso stesso fattore di esclusione, a prescindere dal criterio della speranza di vita. Come ha rilevato lo stesso Comitato di bioetica spagnolo, si è qui di fronte ad una violazione dei diritti umani e a un evidente contrasto con la citata Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con Disabilità del 2006, che offre agli incapaci, al contrario, una speciale tutela, anche a fronte di situazioni di rischio o di emergenza umanitaria (art. 11).

La conoscibilità dei percorsi decisionali sembra poi importante. Al riguardo la SIAARTI specifica ancora che, «per i pazienti per cui viene giudicato "non appropriato" l'accesso a un percorso intensivo, la decisione di porre una limitazione alle cure ("ceiling of care") deve essere comunque motivata, comunicata e documentata». Anche il citato documento dell'Accademia Svizzera sottolinea che la fiducia, nelle decisioni di triage, va preservata anche nelle situazioni più gravi: «Per questo è importante applicare sempre in modo trasparente criteri di razionamento e processi ispirati a principi di equità. Le motivazioni per la concessione o la mancata concessione di determinate priorità devono essere documentate descrivendole con chiarezza, nonché aggiornate man mano che la situazione evolve. Lo stesso vale per i processi tramite i quali tali decisioni vengono prese. Ogni singola decisione deve

---

[44] Cfr. E.J. EMANUEL et al*., Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid19*, in *New England Journal of Medicine*, 23 March 2020; L. BOUADMA, F. LESCURE, J. LUCET et al., *Severe SARS-CoV-2 infections: practical considerations and management strategy for intensivists*, in *Intensive Care Med* (2020); S. MURTHY, C.D. GOMERSALL, R.A. FOWLER, *Care for Critically Ill Patients With COVID-19*, in *Jama*, 11 marzo 2020.

[45] Raccomandazione n. 11. Per ICU si intende "intensive care unit" e l'espressione si riferisce appunto alla valutazione sulle priorità di accesso alla terapia intensiva.

[46] Sociedad Española de Medicina Intensiva Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) y Sociedad Española de Enfermería Intensiva y Unidades Coronarias (SEEIUC). *Plan de Contingencia para los Servicios de Medicina Intensiva frente a la pandemia COVID19*. Testualmente «Cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia o otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva»; «supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada».

essere verificabile, ovvero documentata per iscritto indicando la motivazione e il nome di chi è stato chiamato a decidere».

Questa trasparenza è essenziale rispetto ai principi costituzionali di riferimento. E se è vero che comunicare e rendere di dominio pubblico il processo decisionale porta con sé il rischio di fraintendimenti, l'alternativa è peggiore. Si ricadrebbe in un paternalismo medico che significherebbe, in questo caso, che le drammatiche valutazioni sulle priorità siano una sorta di *interna corporis acta* insindacabili e incomunicabili[47]. Oltretutto, come si è detto, l'esistenza di un protocollo di triage è di aiuto innanzitutto per i medici, i quali in casi di afflusso massivo di pazienti si trovano a dover decidere in pochi minuti[48].

La conoscibilità significa poi controllo dell'equità. E ciò offre garanzie non solo alla comunità dei potenziali pazienti, ma anche a quella dei medici, quanto all'esposizione ad azioni legali. Un aspetto, quest'ultimo, considerato dal Parere del CNB che ci accingiamo a considerare, che nel propendere per la «massima trasparenza nei confronti dell'opinione pubblica, perché le scelte di ciascuno siano veramente libere e informate», segnala la proliferazione di contenziosi giudiziari nei confronti dei professionisti della salute nel contesto dell'attuale emergenza pandemica e ritiene che vada presa in considerazione l'idea di limitare eventuali profili di responsabilità professionale degli operatori sanitari in relazione alle attività svolte per fronteggiare l'emergenza Covid-19[49].

5. La prospettiva del CNB, del Comitato Sammarinese di Bioetica, del The Hastings Center, della PAV, della WHPCA

La prospettiva del citato parere del CNB evidenzia preoccupazioni di carattere propriamente bioetico, proiettate nel lungo periodo. Il Comitato, che comunque non prende posizione sulle Raccomandazioni della SIAARTI, limitandosi a citarle, ha dichiarato che è eticamente inaccettabile un criterio di selezione «quale ad esempio l'età, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comporta-

---

[47] Al riguardo L. DE PANFILIS, S. TANZI, M. COSTANTINI, *Il processo decisionale per le cure intensive*, cit., 6, sottolineano l'importanza di mantenere aperto il dialogo con i cittadini da parte «non soltanto delle istituzioni, ma anche della comunità scientifica ciascuno nei propri ambiti di competenza»; ritengono inoltre «necessario che sia utilizzata una comunicazione veritiera, chiara e adeguata mirante a responsabilizzare ed informare la popolazione».

[48] Il riferimento è al documento del The Hastings Center, cit. Sull'opportunità per gli stessi medici di una guida che evidenzi le loro responsabilità D. RODRIGUEZ, *Dagli anestesisti-rianimatori una difficile presa in carico*, cit.; sull'importanza di questa comunicazione con pazienti e famiglie, non solo per la trasparenza, ma anche per poter verificare competenza e diligenza (anche dal punto di vista della medicina difensiva), criteri di allocazione delle risorse sanitarie, e alleggerire la responsabilità medica rispetto a scelte difficili per ciascun caso, v. P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Tragic choices*, cit., 1-2.

[49] Sul punto assai opportunamente, nella prospettiva penale, insiste C. CUPELLI, *Emergenza covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema penale*, 30 marzo 2020, 9, in riferimento all'art. 590 sexies c.p., introdotto nel codice penale con la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) e alla soluzione offerta da Cass. Sez. un., 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti, in *Cass. Pen*., 2018, 1470. Ne conclude che nessuna delle condizioni richieste dall'art. 590 sexies c.p. fornisce una garanzia sufficiente ai medici che si sono assunti la responsabilità di operare in condizioni di emergenza pandemica; l'A. propone pertanto l'introduzione di una disciplina *ad hoc*, che ampli l'area dell'esonero da responsabilità colposa per gli esercenti la professione sanitaria e uno statuto penale speciale per la gestione organizzativa, clinica e assistenziale che tenga conto del diverso rischio durante una pandemia.

menti che hanno indotto la patologia, i costi». Ha poi escluso che, nella valutazione di appropriatezza clinica, si considerino criteri in base ai quali la persona malata verrebbe rifiutata perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente. Con riguardo all'età, afferma che «è un parametro che viene preso in considerazione in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l'unico e nemmeno quello principale».

Il parere, quindi, non si addentra a valutare il fattore dell'età in correlazione specifica con la patologia da Covid-19. Ma puntualizza un aspetto di non poco conto, che attiene al criterio dell'*attualità*, che insieme a quello della *preparedness* e dell'*appropriatezza clinica* vengono additati come quelli validi in emergenza pandemica. Si tratta dell'individuazione dell'*insieme dei pazienti da considerare* per l'ammissione alle terapie limitate. In questo insieme - specifica il CNB - sono inclusi, oltre a quelli che sono "fisicamente presenti", coloro che sono stati valutati e osservati da un punto di vista clinico, delle cui condizioni critiche si è già consapevoli. Bisogna quindi considerare non solo coloro che sono giunti al pronto soccorso, ma anche coloro che sono già ricoverati e coloro che sono risultati positivi al virus e gravemente malati a casa, con la probabile prospettiva di una possibile crisi respiratoria e di una conseguente necessità di supporto ventilatorio ospedaliero. Né, come si è detto, possono dimenticarsi i pazienti non affetti da Covid-19 che pure necessitano di ventilazione meccanica. Di qui la necessità di decidere e rivedere le liste di attesa in funzione della contingenza del momento e del criterio clinico, senza escludere nessuno a priori.

Il CNB, in effetti, manifesta una preoccupazione diversa rispetto a quella di fornire criteri per un triage di carattere clinico. Afferma che «l'adozione dei criteri di priorità nel mettere a disposizione risorse può innescare dinamiche che rischiano di non essere facilmente reversibili. Decisioni importanti, che impattano pesantemente sulla vita e la morte delle persone, in comunità rese fragili da un'epidemia, non devono costituire precedenti da applicare in un futuro tornato alla normalità». Il timore è quindi quello che si introducano, in occasione della pandemia, logiche incompatibili con i principi etici e giuridici richiamati, logiche magari utilitariste, che selezionano l'accesso alle cure, in generale, sulla base dell'identità sociale, delle capacità o della produttività.

Già all'indomani della pubblicazione delle Raccomandazioni SIAARTI, del resto, alcuni membri del CNB avevano manifestato preoccupazioni in tal senso. In particolare si era sottolineata l'incompatibilità con i diritti umani fondamentali, con la Costituzione e con i codici deontologici tanto della teoria libertaria («che interpreta la giustizia come tutela dell'autodeterminazione» e che giunge a ritenere i diritti di autonomia degli individui prevalenti sui doveri sociali di beneficenza), quanto di quella utilitarista (che opta per scelte selettive che privilegino chi ha maggior probabilità di tornare ad una vita proiettata nel futuro, di buona qualità e con costi contenuti). In base all'una si finirebbe infatti per introdurre, nelle scelte difficili, criteri economicistici; in base all'altra, si finirebbe per postulare una precedenza dei giovani rispetto agli anziani a motivo di una migliore qualità della vita[50]. Più ancora, si

[50] L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *Riv. di BioDiritto*, 22 marzo 2020.

è affermato, rispetto ai modelli di pensiero, che «è dunque evidente che la Siaarti si richiami a quello utilitarista», perché sceglie di allocare la risorsa medica scarsa fra «coloro che maggiormente se ne potranno avvantaggiare». Si è sostenuto che «selezioni di tal genere sono eticamente discutibili, in quanto introducono una gerarchia tra vite degne e non degne e una violazione dei diritti umani fondamentali»[51].

Da parte sua il Comitato Sammarinese di Bioetica dichiara di concordare con le premesse del documento della SIAARTI, che contestualizza il triage nell'ambito della medicina delle catastrofi, dalla quale si traggono indicazioni etiche, con cui si cerca di ottimizzare l'allocazione delle risorse. Chiarisce poi che «unico parametro di scelta, pertanto, è la corretta applicazione del triage, nel rispetto di ogni vita umana, sulla base dei criteri di appropriatezza clinica e proporzionalità delle cure. Ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età, il genere, l'appartenenza sociale o etnica, la disabilità, è eticamente inammissibile, in quanto attuerebbe una graduatoria tra vite solo in apparenza più o meno degne di essere vissute, costituendo una inaccettabile violazione dei diritti umani»[52].

Anche per la Pontificia Academia pro Vita, quando diventano necessarie decisioni di razionamento di risorse non disponibili per tutti, «la decisione non può basarsi su una differenza di valore della vita umana e della dignità di ogni persona, che sono sempre uguali e inestimabili. La decisione riguarda piuttosto l'impiego dei trattamenti nel modo migliore possibile sulla base delle necessità del paziente, cioè la gravità della sua malattia e il suo bisogno di cure, *e la valutazione dei benefici clinici che il trattamento può ottenere, in termini di prognosi*. L'età non può essere assunta come criterio unico e automatico di scelta, altrimenti si potrebbe cadere in un atteggiamento discriminatorio nei confronti degli anziani e dei più fragili»[53].

Interessante, infine, è un altro documento di carattere bioetico, la *Briefing Note* della WHPCA (Worldwide Hospice Palliative Care Alliance). Sul punto dell'appropriatezza clinica, il documento invita ad adottare valutazioni in termini di bisogno individuale del paziente, piuttosto che di status o condizione socio-economica[54]. Ma aggiunge anche che è opportuno intraprendere un trattamento solo se i benefici potenziali superano i danni potenziali. Quanto alla giustizia, afferma che i pazienti con condizioni di salute simili devono avere uguale accesso al trattamento sanitario, senza discriminazioni basate sull'appartenenza etnica, sulla religione, sul sesso, sull'età sulla disabilità, sulla condizione socio-economica o sull'orientamento politico. Le priorità per l'accesso alle risorse vanno stabilite in ragione del *beneficio potenziale*, che implica sia la possibilità di migliorare la qualità della vita, sia la du-

---

[51] L. D'AVACK, *Covid-19: criteri etici*, in *Riv. di BioDiritto*, 23 marzo 2020, 3-4. Analoghe le considerazioni di C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *Riv. di BioDiritto*, 2/2020, 15 marzo 2020, 7, secondo cui le Raccomandazioni SIAARTI sarebbero riconducibili all'etica utilitarista e incompatibili con la Costituzione, che tutela la salute come un diritto fondamentale della persona e ambito inviolabile della dignità umana.

[52] p. 4 del documento.

[53] PAV, *Pandemia e fraternità universale*, cit., 5. Corsivi miei.

[54] «Consider the appropriateness of any interventions in terms of individual patient need, rather than socio-economic status or identity» (p. 2 del documento della WHPCA).

rata[55]. Infine sottolinea il dovere di non abbandonare nessuno e di offrire l'assistenza palliativa, la quale si configura come un imperativo etico soprattutto nei confronti di coloro che non sono stati ammessi alle terapie intensive, per il principio del non abbandono[56].

6. Il criterio della giustizia distributiva

Le Raccomandazioni della SIAARTI, come accennato, oltre al criterio dell'*appropriatezza clinica* menzionano anche quello della *giustizia distributiva*, seppure in via residuale[57]. Al punto n. 7 infatti prevedono che «un eventuale giudizio di inappropriatezza all'accesso a cure intensive basato unicamente su criteri di giustizia distributiva (squilibrio estremo tra richiesta e disponibilità) trova giustificazione nella straordinarietà della situazione». Prima ancora, nelle premesse[58], nel precisare che lo scenario di riferimento è quello della medicina delle catastrofi, prospettano l'ipotesi «in cui potrebbero essere necessari criteri di accesso alle cure intensive (e di dimissione) non soltanto strettamente di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, ma ispirati anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate». Infatti, «non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone».

Se la giustizia, come si è visto, è considerato uno dei quattro principi fondamentali in materia di etica clinica, la giustizia definita "distributiva" è una dizione che rimanda alla filosofia e all'etica classica. In particolare Aristotele, nell'*Etica Nicomachea* (V, 3, 1131 a 10 – 1132 b 9), discute della giustizia distinguendo quella "equitativa", dove viene in rilievo l'uguaglianza e la parità fra gli individui, da quella "distributiva", dove fondamentale è la "proporzione" nei rapporti tra le cose e le persone. Un concetto che sarà ripreso da Cicerone (*De inventione*) e da Ulpiano (*Digesto*), secondo cui *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

Riportando il tutto al Coronavirus e ai suoi devastanti effetti, questo criterio, così come menzionato dalla SIAARTI, si riferisce alla ragionevolezza insita nella scelta di attribuire le risorse scarse a chi meglio può giovarsene. Si tratta dunque di un criterio generale di ca-

---

[55] «Prioritize patient access to scarce resources according to potential benefit, including to improve quality of life, as well as duration».

[56] Analoghe le indicazioni del Comitato Sammarinese, che proprio nelle conclusioni ribadisce che anche alle vittime "non trattabili" debba essere garantita uguale dignità, attraverso la presa in carico e l'eventuale sedazione del dolore. Da parte sua la SIAARTI, nelle raccomandazioni n. 10 e 11, menziona la necessità di sedazione palliativa nei pazienti ipossici con progressione di malattia e di rimodulazione delle cure da intensive a palliative in uno scenario di afflusso eccezionalmente elevato di pazienti. In proposito L. DE PANFILIS, S. TANZI, M. COSTANTINI, *Il processo decisionale per le cure intensive*, cit., 4, sottolineano il ruolo inedito ed efficace delle cure palliative durante l'emergenza pandemica anche per la capacità di risposta ai problemi multidisciplinari, per il supporto alle dinamiche comunicative e per quello alle problematiche etiche e decisionali.

[57] Sul criterio della giustizia distributiva in ambito medico e bioetico cfr. CNB, *Orientamenti bioetici per l'equità nella salute*, 25 maggio 2001, cui si rinvia anche per la ricchissima bibliografia in tema (http://bioetica.governo.it/media/3585/p49_2001_equita-nella-salute_it.pdf).

[58] Pag. 3.

rattere etico-politico, idoneo, per certi versi, ad includere anche il criterio di appropriatezza clinica. Ma poiché è richiamato in modo da distinguerlo da quest'ultima («…criteri…non soltanto strettamente di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, ma ispirati anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva…»), sembra indicare l'esistenza di una *ratio* diversa. La SIAARTI sembra voler dire che, oltre alla comparazione fra individui sulla base delle maggiori possibilità di successo della terapia, nel senso prima chiarito, vale anche una comparazione che riguarda la distribuzione dei pesi e dei vantaggi all'interno della società[59]. Torna dunque, anche in questo caso, il criterio dell'età, considerato però non già, questa volta, come fattore rilevante nella prognosi, ma come criterio che implica dare la possibilità di sopravvivere a chi ha davanti più anni da vivere[60].

La questione può dunque essere posta nei seguenti termini: ove in ipotesi l'appropriatezza clinica fosse la medesima per l'insieme delle persone da considerare e non aiutasse, dunque, ad operare la scelta, a chi attribuire la risorsa medica che non basta per tutti? La risposta offerta dal criterio di giustizia distributiva, in questo caso, è "a chi è più giovane". Si consideri anche che l'alternativa è quella del sorteggio, o della preferenza per la persona di "speciale valore sociale" o di chi è "arrivato prima" (con tutte le difficoltà che comporterebbe stabilirlo: *prima* al pronto soccorso, *prima* in quanto già positivo ma in cura a domicilio, *prima* quanto al sopraggiungere della polmonite o *prima* quanto alla crisi respiratoria?).

Al contempo è comprensibile che il criterio per cui la precedenza, a parità di condizioni, sia per il più giovane, possa risultare di difficile accettazione, in contrasto con gli orientamenti precedentemente considerati. Anche se, in questo caso, *non si tratta di attribuire agli anziani un valore inferiore ai giovani quanto alla dignità*. Né di attuare necessariamente criteri econometrici, riassunti nella formula del QALY[61], che calcola il numero di anni di vita tenuto conto della qualità e dei costi, per il maggior numero di individui. Si tratta semplicemente di preferire chi ha «più anni di vita salvata». Per certi versi è un criterio di senso comune. Ne è una riprova il fatto stesso che questa declinazione del criterio di giustizia distributiva - "prima i più giovani" - sia stato considerato da qualcuno troppo *elementare*, assimilabile alla vecchia regola del mare per cui, quando le scialuppe di salvataggio non ci sono per tutti, si sceglie di

---

[59] Il criterio è richiamato peraltro dal documento del The Hastings Center, *Ethical Framework*, cit., 2, che, oltre al dovere di curare, fondamentale in ambito medico, richiama anche «Duties to promote moral equality of persons and equity (fairness relative to need) in the distribution of risks and benefits in society».

[60] A. RUGGERI, *Scelte tragiche e Covid-19*, Intervista cit., richiama il dovere costituzionale di solidarietà e quello di fedeltà alla Repubblica: «L'uno spinge vigorosamente nel senso di perseguire una soluzione che, portandosi oltre l'interesse individuale, risulti la meno gravosa possibile per l'intera collettività; l'altro, in situazioni di autentica crisi ordinamentale, induce ad optare per una soluzione che metta al riparo la continuità del gruppo sociale, assicurandone la trasmissione - per quanto possibile, integra - nel tempo». Al riguardo, nella prospettiva medica, si è anche osservato come «la scelta prettamente sanitaria sia molto vicina a quella sociale…preferire infatti quadri clinici migliori comporta un risparmio di tempo e di risorse ed è normale che anche la giovane età del paziente incida, sia in considerazione di temi prettamente scientifici che in considerazione di risultanze prettamente sociali» (così G. TRIZZINO, nella medesima Intervista cit.).

[61] "Quality Adjusted Life Years". Si tratta di un criterio proprio dell'approccio etico utilitarista, che come osserva L. D'AVACK, *op. cit*., 3, è fatto proprio dai Paesi anglosassoni e di recente, in considerazione della pandemia Covit-19, dal gruppo di lavoro di bioetica della Società spagnola di medicina Intensiva, Critica e Unità Coronarie (Semicyuc).

salvare “prima le donne e i bambini”. Il documento SIAARTI, infatti, è stato criticato anche in quanto poco «originale» e improntato alla vecchia etica medica[62].

Agli antipodi di questa visione, sembra invece collocarsi la posizione di minoranza espressa dal Prof. Mori nell’ambito del parere del CNB in precedenza considerato, per il quale questo *fattore extra-clinico* dell’età sarebbe invece un criterio che apre «nuovi orizzonti che dovranno essere approfonditi e ulteriormente precisati»; l’Autore legge infatti nelle Raccomandazioni SIAARTI una svolta, in quanto il criterio extra-clinico additato sarebbe da riferire non già al triage durante la catastrofe, ma, più in generale, alle «scelte circa la cura della salute», rappresentando quindi un rivoluzionario paradigma progressista destinato a divenire centrale[63].

Ciò che divide, come si vede, attiene al futuro, al ritorno alla normalità, ai criteri che la governeranno e, soprattutto, alle possibili discriminazioni. Ma vi è davvero questo rischio? Si tratta di un timore fondato? Vi è effettivamente la possibilità che criteri di triage, giustificati nel contesto emergenziale, possano essere impropriamente riproposti una volta terminata la pandemia, magari non in riferimento alla scarsità dei ventilatori, ma alla scarsità di risorse finanziarie? È prevedibile che l’età, in particolare, possa divenire criterio di discriminazione nonostante il diritto universale alla salute? È possibile, insomma, che ciò che è provvedimento contingibile e urgente si trasformi in legge?

7. Considerazioni d’insieme

La risposta a queste domande è positiva, le preoccupazioni non sono infondate. I giuristi e i politici, del resto, fin dall’epoca dell’antica Roma, hanno sempre temuto che i governi straordinari - necessari in tempi eccezionali - si possano regolarizzare, perpetuandosi nel tempo, fino a divenire normali[64]. Ne è una riprova lo stesso tentativo di Mori di interpretare le Raccomandazioni SIAARTI in modo da ricavarne un significato non più riferito - come invece è - alla catastrofe, ma un significato trasferito al futuro, a «nuovi orizzonti», così da intendere in modo attuale il diritto alla salute, che si vorrebbe basato su «scelte», secondo il paradigma per cui «la vita biologica non è né l’unico valore né quello supremo»[65]. L’Autore ha così trasferito, com’è stato acutamente notato, «un criterio etico valido sul piano situazionale - in una situazione emergenziale, conflittuale, eccezionale - sul piano trascendentale del valore della vita», secondo la prospettiva per cui occorre distinguere - e discriminare - tra vita biologica e vita biografica, fra vita e dignità della vita[66].

Se questo è il rischio, le puntualizzazioni del CNB, così come quelle del Comitato Sammarinese, della WHPCA e di tutti coloro che hanno ribadito il criterio clinico

---

[62] V. M. BALISTRERI, *Gli anestesisti e la legge del mare: “Prima le donne e i bambini”*, in *Quotidiano sanità*, 15 marzo 2020.

[63] M. MORI, *Come mai l’emergenza pandemica ha azzerato il consenso informato?*, in *Quotidiano sanità*, 9 maggio 2020, 5.

[64] Cfr. Valerio Massimo 4, 1, 1-2, in riferimento alla dittatura di Furio Camillo e alla sua preoccupazione circa la “legalità” della sua stessa carica (o magistratura).

[65] M. MORI, *op. cit.*

[66] M. COZZOLI, *A chi dare la precedenza?*, cit.

dell'appropriatezza in riferimento al bisogno individuale del paziente, escludendo criteri attinenti all'identità socio-economica, sono allora assai opportune[67]. Ribadiscono infatti che «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione (…) di condizioni personali e sociali», in conformità con l'art. 3 Cost. Come si è cercato di dimostrare in queste pagine, non si ravvisa però un contrasto fra queste istanze e le Raccomandazioni della SIAARTI, che individuano le priorità in base a ragionevoli valutazioni legate alla capacità di recupero del paziente e alla speranza di vita, in coerenza con l'art. 3 Cost., che implica il riconoscimento delle situazioni oggettivamente diverse. Infatti, come ebbe modo di chiarire la Corte costituzionale nella storica sent. n. 53/1958, «una legge che pareggiasse situazioni che sono oggettivamente diverse violerebbe del pari il principio di uguaglianza» e pertanto «è da ritenere costituzionalmente legittimo il diverso regolamento legislativo di situazioni diverse»[68]. Pertanto, traslando il medesimo ragionamento giuridico, di rilievo costituzionale, sul piano etico-clinico, sarebbe poco coerente proprio con i principi di uguaglianza e giustizia lasciare tutto al caso o a priorità secondo l'ordine di arrivo (*first come, first served*), per l'erronea presunzione che la comunità sia costituita da soggetti in perfetta situazione di identità[69].

Al contempo, dinanzi allo sconcerto che inevitabilmente provoca lo scenario catastrofico, è opportuno anche confermare i principi. Per evitare che, ritornati alla normalità, la programmazione sanitaria segua una logica di impiego razionale ottimale delle risorse che significhi, di fatto, non garantire il diritto alla salute ad alcune categorie di persone, come anziani, disabili, persone la cui vita non pare di qualità, secondo una concezione utilitarista, ritenuta incompatibile con la Costituzione[70].

Se dunque la preoccupazione concerne il ritorno alla normalità, più che le Raccomandazioni SIAARTI, dovrebbero preoccupare quegli orientamenti giuridici, economici e politici, che in maniera esplicita, o più velata e indiretta, accolgono la discriminazione per eccellenza: quella fra la vita degna e la vita non degna di essere vissuta. Si tratta infatti di un paradigma discriminatorio molto più insidioso di quello per cui ci si domanda a quale paziente assegnare l'ultimo ventilatore. Anzi, sembra di poter dire che, se non si riesce a cogliere la differenza fra l'una e l'altra *discriminazione* (volendo pure qualificare il triage in emergenza pandemica come *dis-criminatorio*, in senso etimologico), neppure si comprende in base a quali motivazioni si dovrebbe poi esprimere *gratitudine anche giuridica* ai medici, offrendo loro tutela, ad esempio con tempestivi interventi legislativi, idonei a circoscrivere la respon-

---

[67] Per L. EUSEBI, *Scelte tragiche e Covid-19,* Intervista cit., la vicenda del Coronavirus «non deve essere utilizzata per dare una parvenza di eticità, anche per il futuro, a prospettive di questo genere».

[68] Sull'estrema ed eccezionale ragionevolezza dei criteri della SIAARTI, A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *Riv. di BioDiritto*, 15 marzo 2020, 7.

[69] Così il Comitato di bioetica spagnolo, *Informe*, cit., 8. Cercare "di salvare tutti", senza triage, inevitabilmente finisce per significare che si tratteranno anche persone con poche probabilità di sopravvivere, sottraendo così risorse ad altri, come mostrato da P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Tragic choices*, cit., 4.

[70] Sotto questo profilo, se si eccettua la posizione espressa dal Prof. Mori, si registra una convergenza unanime (cfr. ad es. L. D'AVACK, *op. cit*., 4; L. PALAZZANI, *op. cit*., 5; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *op. cit*., 7; nota del Presidente FNOMCEO, cit.; nota congiunta dei Medici cattolici e del Centro Studi Livatino, cit.).

sabilità penale e il relativo rischio durante la pandemia. In altre parole, se quello che gli anestesisti e i rianimatori hanno applicato durante i momenti critici della pandemia, in base alle Raccomandazioni, fosse davvero un triage inaccettabile rispetto ai fondamentali diritti costituzionali, non lo si potrebbe neppure, per così dire, "convalidare" con una legge. Occorre infatti considerare che tali Raccomandazioni, elaborate *ad hoc* da una società scientifica come la SIAARTI, proprio ai sensi dell'art. 590 sexies c.p. (come riformulato e interpretato[71]), sono l'imprescindibile punto di riferimento e di valutazione dei comportamenti rischiosi che i medici hanno adottato.

Per questo pare essenziale riuscire ad individuare la differenza che intercorre fra l'assegnare la scialuppa rimasta a chi è meno probabile che muoia comunque, e alle donne e ai bambini, ossia a chi rappresenta il futuro di una società, e l'assecondare, anche indirettamente, quelle spinte culturali che discriminano sulla base della dignità personale, dell'autonomia, della capacità, della consapevolezza, della produttività e della qualità della vita. Le Raccomandazioni SIAARTI sono allora sì un grido d'allarme, ma non tanto perché esprimono la tragicità della situazione in cui si sono venuti a trovare i medici e il loro timore di subire azioni legali, quanto perché, nel porre il problema, hanno richiamato l'attenzione dell'opinione pubblica sul diritto alla vita. A ben vedere infatti, quando il tema è scegliere a chi assegnare una *risorsa salvavita*, è in questione il diritto alla vita prima ancora del diritto alla salute. La gravità della scelta ha posto in evidenza l'importanza del relativo diritto, la sua consistenza corporea e biologica, si direbbe.

Il motto degli anestesisti e rianimatori, peraltro, è *pro vita contra dolorem semper*. E invece la cultura che si è fatta strada negli ultimi anni, quella che distingue fra la vita degna e la vita non degna di essere vissuta, ha ribaltato il motto. Ha insinuato l'idea che la vita in cui c'è dolore *non sempre è vita*. Come ricorda il Comitato Sammarinese nel suo parere, è presente «un fortissimo stigma sociale e culturale, che pone in evidenza l'insostenibilità di una vita sofferente, considerata di fatto non degna di essere vissuta». È questo stigma sociale e culturale, allora, il vero pericolo, non le Raccomandazioni legate ad una catastrofe e ad alcuni giorni critici. È dall'assunto per cui esisterebbero vite indegne di essere vissute che bisognerebbe distanziarsi, perché è ideologico, generale e pervasivo. Ed è uno stigma sociale che si alimenta di tante azioni - od omissioni - non prive di ricadute sociali e culturali[72]. Fra queste, anche una certa insistenza nell'accentuazione del diritto a rifiutare e a limitare i trat-

---

[71] Il riferimento è alla citata legge "Gelli-Bianco". Si rinvia sul punto a C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19*, cit.

[72] Cfr. A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC*, marzo 2011. Su una certa connotazione identitaria e ''personale'' della dignità, A. D'ALOIA, *Eutanasia* (dir. cost.), in *Dig. disc. pubbl*., Agg., Torino, 2012, 330; sulla ricaduta discriminatoria di talune teorie, V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito della disciplina sul trattamento del malato mentale)*, in *Dirittifondamentali*, 2/2012; M.E. GENNUSA, L. VIOLINI, *Dignità e diritto alla vita*, in *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, a cura di P. Gianniti, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna, 2013; sui possibili effetti della dignità intesa come autodeterminazione, A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, 154.

tamenti sanitari, a discapito del diritto di tutti, compresi gli indigenti, e i meno abili, ad ottenere le cure e la piena tutela della salute[73].

Ad ogni modo resta di senso comune che «la medicina esiste perché vi è qualcuno affetto da un problema di salute che cerca l'aiuto di qualcun altro competente in questo, dal momento che, evidentemente, non riesce a ripristinare da sé il proprio stato di salute»[74]. Il dramma causato dal Coronavirus sta per certi versi contribuendo a recuperare questa realtà, mostrando che il fondamento della medicina, in realtà, non è l'autonomia del paziente, la sua volontà e lo stesso consenso informato. Anche a volerle, in piena autonomia e consapevolezza, le risorse mediche non sono risultate purtroppo sufficienti per tutti, per quanto si stenti ad accettarlo. Il mito dell'autodeterminazione, quale prospettiva in grado di interpretare tutta la realtà delle relazioni, è andato in crisi. Ed è apparsa chiara anche l'*asimmetria* fra il paziente e il medico, nel momento in cui è stato quest'ultimo a dover assumere le decisioni tragiche[75]. Tutti, senza eccezione, hanno anzi sostenuto che nei triage solo la valutazione medica di appropriatezza clinica può accettarsi, e non altri criteri.

Di fatto poi molti medici hanno dato la propria vita per assistere i malati, di certo non per l'ideale rappresentato dal principio del consenso informato[76], ma per quello per cui dovere del medico è «la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo dalla sofferenza»[77]. È stato sempre questo motivo ad aver spinto medici e infermieri a partire per andare a supporto dei colleghi nelle zone più colpite, rischiando personalmente. Abbiamo assistito insomma a grandi cose, a confronto delle quali l'ideologia della vita indegna di essere vissuta è apparsa meschina e distante dalla realtà. Il senso di umanità si è infatti rivolto con apprensione verso le vite in pericolo, anche quelle ritenute *un po' indegne*, ed è parso ammirevole e "giusto" l'impegno eroico per loro, in ragione della comune dignità.

Al legislatore della ricostruzione spetta allora di procedere in maniera coerente con questo impegno, a cominciare da azioni concrete e coerenti con il diritto alla vita, mai indegna e sempre meritevole di cura. Un obiettivo verso il quale dovrebbero coerentemente con-

---

[73] Sul significato pieno di "tutela della salute" previsto dai Costituenti e sul "padre comune" - l'art. 3, comma 2 - del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. e del diritto all'assistenza di cui all'art. 38 Cost., R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *Riv. di BioDiritto*, 2/2019, 377; cfr. da ultimo D. MORANA, *Sulla fondamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline*, 30 aprile 2020.

[74] In ciò rintracciano il fondamento etico della relazione di cura I. CARRASCO DE PAULA, N. COMORETTO, *Per una medicina centrata sul paziente*, in *Medicina e Morale*, 2005, 55(3), 557-566.

[75] Tanto più distante appare il nuovo contesto di riferimento ove si consideri che, in relazione alla l. n. 219/2017, S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art. 1)*, in AA.VV., *Forum: la legge 219 del 2017*, in *Riv. di BioDiritto*, 1/2018, 23, aveva messo in guardia dai «rischi di deresponsabilizzazione da parte dei medici, di medicina difensiva e burocratizzata (da formulario), di sovraccarico decisionale e responsabilizzante del paziente».

[76] Sullo slittamento della procedura del consenso verso forme di gestione essenzialmente burocratiche e formalistiche, già A. D'ALOIA, *op. cit.*, 331, testo e note.

[77] Art. 3 del Codice di Deontologia Medica, 2014.

vergere tutti coloro che hanno giustamente espresso preoccupazione nei confronti dell'etica utilitarista, inconciliabile con il personalismo sul quale si fonda la Costituzione italiana[78].

[78] Sull'approccio personalista e sui suoi "vantaggi" rispetto all'utilitarismo, nell'ambito dell'etica della sanità pubblica, cfr. C. PETRINI, S. GAINOTTI, P. REQUENA, *Personalism for public health ethics*, in *Ann. Ist. Super. Sanità*, 2010, vol. 46, no. 2: 204-209.