



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. I

(ESTRATTO)

BRUNO BRANCATI

**LA SELEZIONE DEI PAZIENTI PER L'AMMISSIONE ALLE TERAPIE
INTENSIVE. UNA SCELTA TRAGICA DURANTE LA PANDEMIA DI COVID-19**

27 MARZO 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Bruno Brancati

La selezione dei pazienti per l'ammissione alle terapie intensive. Una scelta tragica durante la pandemia di Covid-19*

ABSTRACT: *The essay addresses the problem of selection for admission to intensive care units under conditions of insufficient resources during the Covid-19 pandemic. After presenting an overview of different possible approaches, also considering foreign experiences, it dwells especially on the approaches adopted in Italy. The focus is directed in particular towards the selection criterion based on the assessment of chances of survival, investigating the implications from the point of view of the principle of equality and the possibility of recognising a constitutional anchorage for this criterion.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una panoramica di diversi approcci possibili. – 3. Gli approcci adottati in Italia. – 4. Criteri di selezione e Costituzione italiana. – 4.1 Insuperabile impossibilità di garantire l'uguale diritto di accesso alle cure e alle risorse salvavita. – 4.2 L'eguaglianza possibile, e quindi imprescindibile: in particolare, la tutela antidiscriminatoria – 4.2.1 Sull'ammissibilità di selezioni basate su alcune particolari condizioni – 4.3 Sul criterio che assegna priorità alle maggiori *chance* di sopravvivenza e sul radicamento costituzionale del conflitto da esso deciso.

1. Introduzione

Con il presente contributo si intende affrontare la tematica delle scelte tragiche del diritto¹, declinandola con particolare riferimento al caso della selezione dei pazienti per l'ammissione alle terapie intensive durante la pandemia di Covid-19. La formula "scelte tragiche", assai potente ed evocativa, rischia di risultare anche di non immediata comprensione e indeterminata², capace di riferirsi a ipotesi molto diverse tra loro, sicché si rende necessario individuare una nozione, per lo meno basilare, che funga da punto di riferimento. Si deve riconoscere che l'operazione è particolarmente ardua e delicata. Sebbene lo stesso approccio adottato da Calabresi e Bobbitt nel loro celebre volume non sia spiccatamente votato alle definizioni, quanto piuttosto basato sull'uso di esempi, di casi paradigmatici³, in taluni passaggi gli autori tratteggiano le caratteristiche che permetterebbero di riconoscere le scelte tragiche: si tratterebbe, cioè, di quelle scelte contrassegnate



¹ Occorre menzionare sin da subito l'opera di G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978, un libro «ormai divenuto un classico» e «un ineliminabile punto di partenza» per l'approfondimento su questo tema (S. RODOTÀ, *Prefazione* a G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, 2006, XVII-XVIII). Certamente, la riflessione sulle scelte tragiche è ormai molto ampia e articolata. Per alcuni studi sulle scelte tragiche nell'ambito del diritto nell'ultimo quarto di secolo, si rinvia a M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars int.*, 1999, 293-319; G. LARIGUET, *Conflictos Trágicos y derecho. Posibles desafíos*, in *Doxa*, n. 27 del 2004, 317-348; V. NITRATO IZZO, *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. Pomarici (cur.), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Napoli, 2010, 163-186; S. ROSSI, *Il diritto in equilibrio: il mestiere dei giudici e le 'scelte tragiche' di ogni giorno*, in *Dir. società*, 2013, 127-168; V. NITRATO IZZO, *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, Napoli, 2019. La riflessione sulle scelte tragiche è stata inserita da Luhmann nel contesto della questione sull'esistenza o meno di "norme indispensabili": vedi N. LUHMANN, *Are There Still Indispensable Norms in Our Society* in W. Rasch (cur.), «*Tragic choices*», *Luhmann on Law and States of Exception*, in *Soz. systeme*, 2008, 18-37. Per uno studio sul rapporto tra valore della vita umana e scelte tragiche nella riflessione condotta in Germania a cavaliere tra il XIX e il XX secolo, si rinvia a A. GROMPI, «*Scelte tragiche*» e «*valore della vita*»: *riflessioni a partire da Il diritto di morire (1895) di Adolf Jost*, in *Dianoia*, n. 2 del 2015, 351-378. Inevitabilmente, la pandemia di Covid-19 ha riaperto l'interesse per questo tipo di tematiche. Lo stesso Philip Bobbitt ha svolto una riflessione sulle scelte tragiche nel contesto della pandemia, in un'intervista rilasciata a Roberto Conti: vedi R. CONTI, *Tragic choices, 42 anni dopo. P. Bobbitt riflette sulla pandemia*, in *Giustizia Insieme*, 17 maggio 2020. Per un'ampia disamina di problematiche relative alle scelte tragiche, con particolare (ma non esclusivo) riguardo alla pandemia di Covid-19, vedi G. Losappio (cur.), *Scelte tragiche. Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" - Taranto 11 dicembre 2020*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, n. 18 del 2021.

² Si è osservato che il nucleo concettuale della categoria di "conflitto tragico" non risulta del tutto chiaro, e pertanto è complicato stabilire quando un conflitto sia tragico (vedi G. LARIGUET, *Conflictos Trágicos y derecho*, cit., 321).

³ Vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 7-8.

da conflitti di valori moralmente irrisolvibili che sorgono a causa dell’allocazione di risorse scarse⁴. In dottrina, peraltro, si è tentato di elaborare una nozione di “scelta tragica” che sia adeguata ai casi trattati da Calabresi e Bobbitt, identificandola in ogni scelta che coinvolga – almeno probabilisticamente - la vita e la morte, o altri beni personali vitali, la quale comporti l’opzione tra alternative attuabili, il cui effetto (non necessariamente consapevolmente perseguito) consista nelle differenti distribuzioni di tali beni e mali (o della probabilità di causarli) in diversi modi e quantità tra i vari destinatari⁵. Si osserva, peraltro, che la nozione segnalata trova una corrispondenza con quella ricavabile dalla [sent. n. 118 del 1996](#) della Corte costituzionale – il cui redattore era Gustavo Zagrebelsky – avente ad oggetto la disciplina legislativa di una vaccinazione obbligatoria, nella quale si affermava che le “scelte tragiche” sono «le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene [...] che comporta il rischio di un male [...] L’elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri»⁶. All’interno di questa nozione, “bene” e “male” sono intesi nel senso di “benessere” e “sofferenza”, termini con i quali in via generale è possibile riferirsi a molti diversi stati o condizioni, positivi o negativi, in cui può versare l’essere umano, ma risulta chiaro che alla dimensione legata alla salute e alla vita si riferiva la [sent. n. 118 del 1996](#) della Corte, visto che in quel caso il “bene” era costituito dall’eliminazione della poliomielite, e il “male” dall’infezione che poteva derivare dal vaccino. La nozione suddetta può costituire un punto di riferimento, almeno per due ragioni. Innanzitutto, essa esplicita il legame con la vita (e la morte), o altri beni personali vitali: in modo sintetico, si può dire che sono in gioco la vita e la salute. Non si intende escludere che si possano concepire indagini che facciano uso della categoria delle scelte tragiche anche con riferimento a “beni” e “mali” non riconducibili alle coppie vita/morte e salute/malattia⁷. Tuttavia, ciò potrebbe comportare un notevolissimo ampliamento dell’orizzonte di indagine, e l’identificazione di tali ulteriori “beni” e “mali” sarebbe suscettibile di dare luogo facilmente a divergenze e contrasti. Invece, il riferimento alla vita e alla salute consente di delimitare una nozione basilare di scelte tragiche, sufficiente per affrontare le questioni oggetto del presente contributo. La seconda ragione consiste nel fatto che la suddetta nozione non restringe il campo alle ipotesi di distribuzione di risorse scarse, ma è in grado di includere anche altre ipotesi. Le scelte tragiche a cui ci si sta riferendo comportano una distribuzione di vita o morte, salute o malattia, ma, come si vedrà *infra*, non necessariamente ciò avviene mediante la distribuzione di una risorsa scarsa⁸. Tutte le scelte tragiche sono scelte di distribuzione di “bene”, nel senso di benessere, e “male”, nel senso di sofferenza, ma non tutte si realizzano mediante la distribuzione di “un bene”, inteso quale risorsa (in particolare – in questo contesto – risorsa finalizzata alla protezione della salute o della vita), di cui si lamenta la disponibilità in quantità insufficienti per soddisfare l’esigenza di tutti coloro che ne hanno bisogno. Certamente queste ultime occupano una posizione assai rilevante all’interno della riflessione sulle scelte tragiche, assumendo un carattere assai controverso⁹. Ovviamente, nei diversi contesti storico-sociali possono cambiare i particolari tipi di beni scarsi¹⁰. Un caso che assumeva particolare rilievo

⁴ Vedi *ivi*, 8-9. Vedi anche C. M. MAZZONI, V. VARANO, *Presentazione*, in G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., VII.

⁵ B. BARRY, *Tragic Choices – Review Essay*, in *Ethics*, 1984, 304. Adottano questa definizione anche C. M. MAZZONI, V. VARANO, *Presentazione*, cit., VII.

⁶ [Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118](#).

⁷ Ad esempio, per una indagine che estende il campo di interesse oltre la salute e la vita vedi L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of fundamental legal rights in Europe and the USA*, New York, 2007.

⁸ Come osserva Rodotà, nel corso del tempo è stato possibile assistere ad un ampliamento della sfera delle scelte tragiche, che si manifestano non più soltanto «nella scarsità delle risorse» (S. RODOTÀ, *Prefazione*, cit., XVII). In effetti, il libro di Calabresi e Bobbitt si focalizza soprattutto sulle scelte caratterizzate essenzialmente dalla scarsità di risorse, ma lo stesso Calabresi ha ricordato la necessità di dedicare attenzione anche ad altri tipi di scelte tragiche, non indagate nel libro, nelle quali la scarsità delle risorse non rappresenta la questione principale, quali l’aborto, il suicidio assistito, la pena di morte (vedi G. CALABRESI, *Premessa alla seconda edizione italiana* di G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., XXII, XXIII).

⁹ Lo evidenzia R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, in “*Frontiere della vita*”, in [Trececani Online](#), 1999.

¹⁰ Veniva osservato da G. CALABRESI, *Premessa alla seconda edizione italiana*, cit., XXI.

nella trattazione di Calabresi e Bobbitt è quello relativo ai dispositivi per l'emodialisi (reni artificiali)¹¹. Un altro caso particolarmente rilevante è quello relativo all'allocazione di organi da trapiantare¹². Durante la pandemia di Covid-19, si sono presentati il caso della selezione per l'accesso alle terapie intensive, e il caso della distribuzione dei vaccini tra varie categorie di persone, in un momento in cui la quantità disponibile non era sufficiente per soddisfare tutti¹³. Come già si è anticipato, però, esistono anche scelte tragiche che non consistono – almeno non principalmente – nel decidere come allocare risorse (indispensabili per la vita e la salute) scarse. Si pensi alla richiesta o pretesa, da parte del decisore pubblico, di un comportamento attivo (o, eventualmente, di un *non facere* o di un *patis*) che comporti un sacrificio o il rischio di un sacrificio per la salute o la vita, in vista di un beneficio altrui, oppure alla scelta di causare un tale sacrificio o rischio di sacrificio in capo a soggetti che non hanno nemmeno la possibilità materiale di sottrarsi (senza che tale causazione avvenga mediante la negazione di una risorsa scarsa, ovviamente, altrimenti si rientrerebbe nella prima tipologia). All'ipotesi di soggetti che non hanno neppure la possibilità materiale di sottrarsi al sacrificio (o, eventualmente, rischio di sacrificio) si possono ricondurre il celebre “problema del carrello” (“*trolley problem*”), nelle sue diverse varianti¹⁴, ed anche il caso, oggetto di una nota decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco, in cui la protezione della collettività da un attacco terroristico mediante un aeromobile diretto verso obiettivi civili o militari può essere ottenuta soltanto con l'abbattimento dell'aeromobile e la soppressione della vita dei passeggeri e dell'equipaggio innocenti¹⁵. Un ambito di riflessione più recente avente ad oggetto casi che possono rientrare in questa ipotesi è quello dei veicoli a guida autonoma, eventualmente capaci di “prendere decisioni” di vita e di morte¹⁶. Il servizio militare obbligatorio, durante lo svolgimento

¹¹ Gli AA. si concentrano su questo caso soprattutto nel VI capitolo (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 174 - 238).

¹² Vedi G. CALABRESI, *Premessa alla seconda edizione italiana*, cit., XXI. Per una riflessione specificamente dedicata all'allocazione di reni per il trapianto, si rinvia a B. HOFFMASTER, C. HOOKER, *Tragic Choices and Moral Compromise: the Ethics of Allocating Kidneys for Transplantation*, in *The Milbank Q.*, 2013, 528-557. Il problema della selezione del beneficiario di un organo da trapiantare è stato affrontato da R. ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, in *Sanità pubblica*, 2001, 1159-1180.

¹³ Sulla distribuzione di una insufficiente quantità di vaccini, vedi R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in [Questione Giustizia](#), 6 settembre 2021, 1-2.

¹⁴ Vedi P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in *Oxf. rev.*, 1967, 5-15; J. JARVIS THOMSON, *Killing, letting die and the Trolley Problem*, in *Monist*, 1976, 204-2017; Id., *The Trolley Problem*, in *Yale L. J.*, 1985, 1395-1415. Da questo tipo di problema è scaturito addirittura un vero e proprio ambito specifico di studi, per il quale è stato coniato il nome di “carrellologia” (“*trolleyology*”): vedi K. A. APPIAH, *Experiments in Ethics*, Cambridge, 2010; D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, tr.it., Milano, 2014 (lo ricorda M. B. SAPONARO, *L'insostenibile leggerezza del tragico*, in G. Losappio (cur.), *Scelte tragiche*, cit., 78). Il dilemma elaborato da Foot, con cui si confronta anche Thomson, è impostato essenzialmente in questi termini: il conducente di un veicolo su rotaia si accorge che sul suo percorso sono presenti cinque uomini; per evitare di investirli e ucciderli, dovrebbe frenare, ma i freni non funzionano; il conducente può soltanto operare una deviazione su un altro binario, dove però si trova un uomo, da solo, che in caso di deviazione morirebbe; è moralmente lecito per il conducente effettuare la deviazione? (vedi J. JARVIS THOMSON, *The Trolley Problem*, cit., 1395).

¹⁵ [BVerfG, 1 BvR 357/05, 15 febbraio 2006](#). Il giudice doveva pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della Legge sulla Sicurezza Aerea dell'11 gennaio 2005, e in particolare della previsione che autorizzava l'aviazione militare ad abbattere un aereo civile dirottato da terroristi e utilizzato da questi ultimi per colpire la collettività, con la conseguenza di autorizzare l'uccisione dei passeggeri e dei membri dell'equipaggio innocenti. Com'è noto, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha dichiarato incostituzionale la previsione, ritenendo che essa confligga con la dignità umana e con il diritto alla vita, comportando l'equiparazione di esseri umani innocenti a meri oggetti. Vedi A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, nel sito dell'[AIC](#), 20 marzo 2006; J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in [POLIS Working Papers](#), n. 79 del 2006, 1-18; K. VOLK, *La normativa di contrasto al terrorismo in Germania*, in [Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche](#), n. 4 del 2007, 257-265.

¹⁶ Vedi M. B. SAPONARO, *L'insostenibile leggerezza del tragico*, cit., 76-85; P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Break the chains: a new way to consider machine's moral problems*, in [BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto](#), n. 3 del 2018, 241-257; G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Driverless car e responsabilità civile*, in *Riv. dir. banc.*, supplemento n. I del 2020, 7-21; R. E. LEENES, F. LUCIVERO, *Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design*, in *Law Innov. Technol.*, n. 2 del 2014, 194-222.

di conflitti armati che vedano coinvolte le forze militari di uno Stato, costituisce un'ipotesi di scelta tragica che comporta la configurazione di un obbligo, con implicazioni quantomeno rischiose. Ciò è particolarmente evidente nell'ipotesi di guerra difensiva (l'unica, com'è noto, ammessa dalla Costituzione italiana), in cui si richiede a chi presta servizio militare di accettare il rischio (o eventualmente, in alcuni casi, la certezza) del sacrificio della salute o della vita, per "difendere la Patria" (art. 52, comma 1, Cost.) e salvaguardare così (tra le altre cose, anche) la salute e la vita di chi non deve prestare servizio militare, esposte alla minaccia bellica. Peraltro, si potrebbe ritenere che pure nell'ipotesi di guerra non difensiva il servizio militare obbligatorio rappresenti una scelta tragica, visto che il rischio o la certezza di un sacrificio per la salute o la vita gravano su alcuni (coloro che devono prestare il servizio) e non su altri (coloro che non lo devono prestare)¹⁷.

Sono pure espressione di scelte tragiche che comportano obblighi con implicazione di un rischio le vaccinazioni obbligatorie, con le quali si esige dagli obbligati che venga assunto, insieme con il vaccino, anche un rischio per la salute o la vita, in vista di un beneficio per la salute collettiva¹⁸ - benché per l'individuo il rischio sia piuttosto limitato e sia ben più significativa la probabilità che dal vaccino derivi pure un beneficio per la salute dello stesso obbligato. Com'è noto, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che la legge che stabilisce un trattamento sanitario obbligatorio (quale è una vaccinazione obbligatoria) è compatibile con la Costituzione se il trattamento è diretto a produrre un beneficio sia per la salute del singolo obbligato, sia per la salute collettiva, se si prevede che esso non incida negativamente sulla salute del singolo obbligato, salvo che per le sole conseguenze che si considerano normalmente associate agli interventi sanitari, quindi tollerabili, in quanto temporanee e di scarsa entità, e se è previsto un indennizzo, per il caso in cui il trattamento cagioni un pregiudizio alla salute dell'obbligato, ulteriore rispetto alle conseguenze tollerabili¹⁹. La [sent. n. 307 del 1990](#) sottolineava che il rilievo costituzionale della salute quale interesse della collettività «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri», ma al contempo ricordava che è possibile rendere obbligatorio un trattamento sanitario, «anche se questo importi un rischio specifico» (e aggiungeva che, «per il caso che il rischio si avveri», deve essere contemplato un equo ristoro del danno)²⁰. La richiamata [sent. n. 118 del 1996](#) della Corte costituzionale qualificava espressamente come "scelta tragica" la vaccinazione obbligatoria contro la poliomielite, grave malattia contagiosa. Posto che tale vaccinazione era certamente diretta a tutelare sia la salute collettiva sia quella dell'individuo obbligato, la Corte evidenziava anche che da tale vaccinazione derivava un rischio di contagio «preventivabile in astratto – perché statisticamente rilevato – ancorché in concreto» non fossero prevedibili i soggetti che avrebbero subito il danno. E affermava che, finché ogni rischio di complicanze derivanti da un trattamento sanitario «non sarà completamente eliminato»²¹, la scelta di renderlo obbligatorio rientrerà nel novero delle scelte tragiche.

¹⁷ Alessandra Grompi ricorda che Adolf Jost considerava la guerra come ipotesi di morte di alcuni individui (coloro che vengono mandati sul campo di battaglia) nell'interesse di altri loro simili (vedi A. GROMPI, "Scelte tragiche", cit., 355-356). Ribadendo che non è mai consentito un sacrificio della dignità umana, Silvestri evidenzia che è invece contemplata dalla Costituzione la possibilità che la Repubblica chieda, «in casi estremi, ai cittadini anche il sacrificio del bene supremo della vita (nel caso di guerra difensiva, l'unica ammessa dalla Costituzione italiana)», posto che, ai sensi dell'art. 52 Cost., «la difesa della patria è sacro dovere del cittadino» (G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009, 87). Calabresi e Bobbitt dedicano particolare attenzione alla selezione di coloro che devono prestare servizio militare, rischiando così la vita, quale scelta tragica (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., in particolare 184-199). Tuttavia, sebbene il volume dei due autori sia dedicato essenzialmente, come già detto, alle scelte tragiche che si realizzano mediante allocazione di risorse scarse necessarie per tutelare la salute o la vita, il caso del servizio militare obbligatorio pare rientrare nel secondo gruppo di scelte tragiche individuato *supra*: l'individuazione degli obbligati comporta la distribuzione di un male, e cioè il rischio per la salute e la vita, senza che venga in gioco la distribuzione di una risorsa scarsa indispensabile per la salute e la vita.

¹⁸ Lo ha detto esplicitamente [Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118](#).

¹⁹ Vedi [Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307](#), tenendo conto che tali affermazioni si possono ritenere consolidate nella giurisprudenza costituzionale in materia.

²⁰ [Corte cost., n. 307 del 1990](#), cit.

²¹ [Corte cost., n. 118 del 1996](#), cit.

Sebbene il presente contributo sia dedicato essenzialmente ad un caso di scelta tragica che consiste nell'allocazione di una risorsa scarsa necessaria per la salute e la vita, si ritiene opportuno assumere come riferimento una nozione da cui si possa evincere che il panorama delle scelte tragiche include anche ipotesi che hanno una diversa conformazione. In particolare, nella parte finale del contributo, sarà interessante operare un confronto tra la scelta tragica per l'ammissione alle terapie intensive (allocazione di risorse scarse e necessarie per la salute e la vita) e le vaccinazioni obbligatorie (imposizione di un obbligo rischioso per la salute e la vita).

Con particolare riguardo al senso con cui intendere il diritto alla vita nell'ambito del caso che si affronterà, si deve considerare che esso si trova in una posizione di contiguità con il diritto alla salute nella sua declinazione di diritto a ricevere prestazioni sanitarie: viene in gioco, infatti, il diritto a ricevere prestazioni sanitarie talmente necessarie e urgenti che la loro negazione condurrebbe verosimilmente alla morte dell'individuo²². Nella [sent. n. 309/1999](#)²³, la Corte costituzionale ha affermato che il diritto alla salute, inteso quale diritto a ricevere cure, può giungere, in casi estremi, a risolversi nel diritto alla vita.

Si segnala, infine, che nella trattazione sarà data una particolare attenzione al profilo dell'eguaglianza in relazione ai diritti fondamentali. Come è stato autorevolmente affermato, questi ultimi sono i diritti in cui siamo uguali²⁴. Da quanto già detto, risulta che le scelte tragiche sfidano proprio il principio dell'eguaglianza nei diritti fondamentali, dal momento che la salute e la vita, a cui ovviamente corrispondono diritti fondamentali, sono ripartite in quantità e/o modi non omogenei tra i singoli destinatari. Pertanto, risulta alquanto interessante concentrarsi su tale aspetto.

2. Una panoramica di diversi approcci possibili

Com'è tristemente noto, durante la pandemia di Covid-19 – come, del resto, avviene tipicamente in occasione delle pandemie o disastri di massa – le risorse sanitarie si sono dimostrate spaventosamente inadeguate dinanzi al numero di pazienti in pericolo di vita bisognosi di terapie intensive²⁵, ponendo il personale sanitario nella terribile condizione di dover stabilire quali pazienti

²² Come il diritto alla salute, anche il diritto alla vita presenta una grande ricchezza di significati, ed una pluralità di possibili declinazioni. Certamente, esso si può configurare come diritto alla tutela da aggressioni provenienti dallo Stato o da soggetti privati nei confronti del bene-vita: in questo senso, il diritto alla vita si manifesta nel divieto della pena di morte sancito dall'art. 27, comma 4, Cost. (come ha ricordato [Corte cost., 21 giugno 1979, n. 54](#)), o nella repressione penale dell'omicidio o dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio (si rinvia a [Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207](#) e [22 novembre 2019, n. 242](#)). Il diritto alla vita, però, può anche configurarsi come diritto a ricevere prestazioni indispensabili per impedire la cessazione della vita di un soggetto in condizioni particolarmente precarie: a tal riguardo, la Corte costituzionale ha espressamente ricordato che «il confine tra il diritto alla cura immediata e il diritto all'integrità della persona può risultare in concreto assai labile, e il contenuto dell'un diritto può confondersi, in casi estremi, col contenuto dell'altro fino anche a risolversi nel diritto alla vita» ([Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309](#)). Inoltre, si ricorda che la Corte costituzionale non ha mancato di osservare che nel diritto alla vita trovino un necessario presupposto tutti gli altri diritti fondamentali, e di evidenziare una sorta di “precedenza” del primo rispetto agli altri (ad esempio, [Corte cost. 27 giugno 1996, n. 223](#), presenta il diritto alla vita come «il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2»; [Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238](#), afferma che il diritto alla vita «concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona»; vedi anche [Corte cost., n. 242 del 2019, cit.](#) e [2 marzo 2022, n. 50](#)). Non stupisce affatto, dunque, che il diritto alla vita sia ascritto alla dimensione dei “valori supremi” della Costituzione (vedi, ad esempio, [Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35](#) e [n. 50 del 2022, cit.](#)). Su tali aspetti e, in generale, per una recente riflessione sul diritto alla vita, vedi A.I. ARENA, A. RANDAZZO, *Prime note sul diritto alla vita nell'ordinamento costituzionale*, in [lacittadinanzaeuropea online](#), n. 3 del 2022, 73-88.

²³ [Corte cost., n. 309 del 1999, cit.](#)

²⁴ Vedi L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2019, 6.

²⁵ Cfr. C.L. SPRUNG, G.M. JOYNT, M.D. CHRISTIAN, R.D. TRUOG, J. RELLO, J.L. NATES, *Adult ICU Triage During the Coronavirus Disease 2019 Pandemic: Who Will Live and Who Will Die? Recommendations to Improve Survival*, in *Crit Care Med.*, 2020, 1196-1202; M. BAKER, S. FINK, *At the Top of the Covid-19 Curve, How Do Hospitals Decide Who Gets Treatment?* in *The New York Times*, 31 marzo 2020; J. GOLDSTEIN, M. ROTHFELD, B. WEISER, *Patient Has Virus and Serious Cancer. Should Doctors Withhold Ventilator?* [ivi](#), 1° aprile 2020. Si è osservato che nella prima parte del 2020 «il razionamento delle risorse sanitarie intensive è diventato una realtà in molti ospedali italiani, soprattutto lombardi, ma

ammettere alla terapia intensiva e quali escludere, nella consapevolezza, spesso, che per i soggetti esclusi sarebbe (certamente o quasi) derivata come conseguenza la morte. Nel nostro Paese, e specialmente nel Nord Italia, questo tipo di situazione si è verificato durante la prima fase della pandemia, risultando ormai manifesto nel mese di marzo 2020²⁶. Si può provare a considerare le problematiche connesse da diversi punti di vista teorici²⁷, che sono stati ricondotti a tre alvei principali: la teoria libertaria, l'utilitarismo, e le teorie incentrate sull'eguaglianza tra esseri umani²⁸.

La prima, enfatizzando i diritti individuali di libertà e l'autodeterminazione individuale, e negando che la collettività sia tenuta a ridurre le diseguaglianze, individua nella capacità del paziente di pagare le prestazioni sanitarie un criterio per effettuare la selezione dei pazienti²⁹. Evidentemente, questa teoria entra in collisione con il principio dell'eguaglianza nei diritti fondamentali, quali il diritto alla salute e alla vita, intesi in questo contesto quali diritti a ricevere prestazioni volte alla tutela di tali beni. L'eguaglianza nei diritti fondamentali, infatti, non implica soltanto la tutela delle differenze tra le persone e dei diritti di libertà, civili e politici (eguaglianza formale), ma esige anche il contrasto alle disuguaglianze e la garanzia dei diritti sociali, e in primo luogo dei minimi vitali (eguaglianza sostanziale), come, del resto, emerge chiaramente dall'art. 3, 2° c. della Costituzione italiana e dalle sue previsioni specificamente dedicate ai diritti sociali³⁰, quale, in particolare, quella relativa alla garanzia di cure gratuite agli indigenti (art. 32, 1° c., Cost.).

Gli approcci di tipo utilitaristico perseguono la massimizzazione dei benefici e la minimizzazione dei danni per il maggior numero possibile di persone³¹. Evidentemente, la massimizzazione dei benefici può essere intesa in modi diversi, dipendenti non solo da valutazioni mediche, ma anche etiche e sociali³². In generale, per quanto concerne le prestazioni sanitarie, vengono in rilievo i risultati intesi soprattutto in termini di vite salvate, anni di vita, qualità della vita³³, considerati alternativamente o cumulativamente; quindi, con varie possibili combinazioni; il criterio che deve guidare la distribuzione delle risorse consiste nel perseguimento del miglior risultato possibile a parità di spesa. Da ciò discende la tendenza a giustificare l'impiego di risorse soprattutto per quei pazienti per i quali sono apprezzabili le prospettive di riuscita del trattamento sanitario e di tempo e qualità di vita, mentre si configurano le premesse, quantomeno nelle forme più spinte di utilitarismo, per negare l'impiego delle risorse nei confronti di soggetti anziani, malati, con disabilità, ovvero i soggetti più

anche europei e americani, e i medici sono stati costretti a decidere quali malati (non) ammettere in TI adottando linee-guida che definiscono i criteri di scelta (*triage*)», pur ricordando che la pressione della pandemia nel mondo occidentale ha avuto anche altre gravi ripercussioni sui sistemi sanitari, quali l'annullamento di interventi chirurgici elettivi e la riduzione della qualità dell'assistenza alle persone affette da patologie cardiovascolari e cancro: vedi G.R. GRISTINA, M. PICCINNI, *Il Sistema Sanitario Nazionale e la pandemia da SARS-CoV-2: un disastro annunciato? Riflessioni per un cambiamento*, in *Recenti Progressi in Medicina*, n. 1 del 2022, 41-53.

²⁶ Vedi *ibidem* e l'intervista di E. Dusi a M. Riccio, *La confessione del primario di Rianimazione Riccio: "Così abbiamo dovuto scegliere chi intubare e chi no"*, in *la Repubblica*, 8 maggio 2020. Ovviamente, l'insufficienza delle risorse di terapia intensiva è andata a discapito anche dei pazienti non malati di Covid-19 (vedi G. 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?* in *Rivista AIC*, n. 3 del 2020, 115).

²⁷ Per una visione generale di diversi modelli teorici relativi all'allocazione di risorse sanitarie scarse, vedi R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit.

²⁸ Vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?* in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 1 del 2020, 359-370.

²⁹ Ivi, 361.

³⁰ Vedi L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., 6, 19.

³¹ Vedi J.C. HARSANYI, *L'utilitarismo* (S. Morini cur.), Milano, 1988, 68.

³² Vedi S. JÖBGES, R. VINAY, V.A. LUYCKX, N. BILLER-ANDORNO, *Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis*, in *Bioethics*, n. 9 del 2020, 949. Evidenzia la varietà di modi con cui è stata definita l'utilità sociale da diversi autori utilitaristi J.C. HARSANYI, *L'utilitarismo*, cit., 68-69.

³³ Di tipo utilitaristico è l'approccio dei cosiddetti "QALY" ("*quality-adjusted life of years*"), che riscuote un certo consenso particolarmente nei Paesi anglosassoni, il quale contempla che nel determinare l'ordine di priorità tra persone si tenga conto anche della qualità di vita futura delle stesse, oltre che degli anni di vita (vedi L. D'AVACK, *COVID-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, *Special Issue*, n. 1 del 2020, 373-374). Ai "QALY" è stata rivolta l'"accusa" di essere discriminatori contro gli anziani (vedi R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit.).

deboli³⁴. Emerge, dunque, un conflitto tra utilitarismo e eguaglianza nei diritti fondamentali: quest'ultima, infatti, è, tra l'altro, una "legge del più debole", implica la tutela dei più deboli³⁵. Un'ispirazione utilitarista, temperata dal riconoscimento di un ambito di operatività per l'equità, si può cogliere in alcune parti del documento dell'Organizzazione mondiale della sanità ("OMS") del 2016, consistente in una guida per affrontare questioni etiche nell'ambito di epidemie di malattie infettive³⁶. In questo documento, si afferma che le decisioni sull'allocatione delle risorse devono essere guidate dai principi di "utility and equity"³⁷, e che, per quanto riguarda il primo, occorre identificare i tipi di risultati corrispondenti al miglioramento del benessere, e quindi definire il significato di utilità, essenzialmente in relazione a benefici per le condizioni di salute, nella consapevolezza che esistono diverse opzioni possibili, quali il numero totale di vite salvate, il numero totale di anni di vita salvati, oppure gli anni di vita salvati in rapporto con la qualità; in questa prospettiva, si ritiene eticamente ammissibile l'assegnazione di priorità alle persone che svolgono funzioni essenziali per fronteggiare un'epidemia, ma non a persone cui viene attribuito un elevato "valore sociale" sulla base di considerazioni non collegate allo svolgimento di siffatte funzioni³⁸. Nel dibattito relativo alla pandemia di Covid-19 hanno occupato una posizione importante le questioni legate ad approcci ispirati all'utilitarismo, tra le quali si annovera anche quella delle possibili discriminazioni a danno di categorie deboli, quali le persone con disabilità e gli anziani. Il tema delle discriminazioni era già emerso, peraltro, prima della pandemia di Covid-19, ad esempio negli Stati Uniti, in particolare a seguito dell'epidemia H1N1 del 2009, quando diversi Stati e ospedali adottarono, su richiesta dell'*Institute of Medicine*, standard di cura per situazioni di crisi, nei quali si poteva riscontrare la previsione espressa della possibilità di negare trattamenti sanitari a causa della disabilità (nonché dell'età)³⁹. Tra i documenti che, nell'ambito del contrasto alla pandemia di Covid-19, sono stati considerati come espressione di un'impostazione utilitaristica si possono annoverare il documento "*Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*", elaborato dal gruppo di lavoro di bioetica della società spagnola dei medici di terapia intensiva⁴⁰ e il documento elaborato dal gruppo di lavoro della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva ("SIAARTI"), intitolato "*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*", del 6 marzo

³⁴ Vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 363.

³⁵ Vedi L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., 15-17.

³⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, [Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks](#). *World Health Organization*, 2016.

³⁷ *Ibid.*, 21.

³⁸ *Ibidem*. Un orientamento favorevole ad assegnare priorità ai professionisti del settore sanitario e altri professionisti che svolgono un ruolo rilevante nell'affrontare la pandemia di Covid-19 è espresso dal COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, [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](#), 25 marzo 2020, in, 11-12 (anche se tale documento non accetta un'impostazione puramente utilitarista, anzi, si mostra ispirato in misura rilevante all'eguaglianza, come si vedrà *infra*).

³⁹ Ad esempio, nello Stato dell'Alabama, il documento del 2010 "*Criteria for Mechanical Ventilator Triage Following Proclamation of Mass-Casualty Respiratory Emergency*" (allegato al piano per le operazioni di emergenza dello Stato dell'Alabama) contemplava la restrizione all'accesso alla terapia per pazienti "con ritardo mentale grave o profondo", "demenza da moderata a grave", e "grave lesione cerebrale traumatica" (vedi S. BAGENSTOS, *Who Gets the Ventilator? Disability Discrimination in COVID-19 Medical-Rationing Protocols*, in [Yale Law Journal Forum](#), 27 maggio 2020, 2, 3; R. ADAMS, *Urgent care: disability, pandemic, and the value of a life*, in [The Lancet](#), 29 gennaio 2022, 430-431). Si deve anche ricordare che nel dibattito statunitense si osserva l'esistenza di un rapporto tra discriminazioni nella selezione di pazienti basate sulla disabilità o in generale su condizioni di salute e discriminazioni razziali. Si è evidenziato che il Covid-19 ha avuto un significativo impatto differenziato, più forte, su gruppi di afroamericani, nativi americani e latinoamericani, anche perché tendenzialmente le loro condizioni di salute sarebbero tali da renderli più vulnerabili rispetto a questa malattia (vedi D. HELLMAN, K.M. NICHOLSON, *Rationing and Disability: The Civil Rights and Wrongs of State Triage Protocols*, in [Washington and Lee Law Review](#), n. 4 del 2022, 1214, 1229).

⁴⁰ SEMICYUC, [Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos](#) in https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf.

2020⁴¹, che si affronterà più specificamente *infra*. Nel suddetto documento della società spagnola si dichiara, oltre all'ispirazione al principio di "giustizia distributiva", il perseguimento della "massimizzazione del beneficio globale", e si considera imprescindibile un *triage* che assegni priorità, tra gli altri fattori, alla "maggiore speranza di vita"⁴² - cosa che tendenzialmente favorisce i più giovani (anche se non necessariamente in tutti i casi). Inoltre, il documento richiama espressamente i c.d. "QALY"⁴³, definiti come "indicatore combinato dello stato di salute che unisce quantità e qualità della vita", raccomandando: che tra due pazienti simili occorra dare priorità a quello con più anni di vita ponderati secondo la qualità; che, per quanto concerne le persone anziane, la sopravvivenza senza disabilità dovrebbe ricevere maggiore considerazione della sopravvivenza in sé; che occorre tenere conto dell'esistenza di persone a carico del paziente e del "valore sociale" della persona malata; che non dovrebbe essere richiesta la ventilazione meccanica invasiva per pazienti con deterioramento cognitivo, dovuto a demenza o altre malattie degenerative⁴⁴. Dunque, non soltanto emerge una scelta che preferisce tendenzialmente i più giovani ai più anziani, ma anche un giudizio che opera distinzioni, a parità di sopravvivenza, tra persone diverse, fondate su valutazioni, operate "dall'esterno", della qualità della vita, sulla disabilità, sul "valore sociale" della persona, etc.: si pretende, dunque, di distinguere vite "migliori" e "peggiori", o vite di "maggior valore" e di "minor valore", in base a determinati parametri e valutazioni.

Le teorie che invocano a proprio fondamento il principio di eguaglianza affermano il diritto di tutti ad essere curati e la necessità di garantire eque opportunità di accesso alle prestazioni sanitarie e, nel caso in cui la situazione di fatto renda indiscutibilmente impossibile assicurare le cure necessarie a tutti, legittimano il ricorso ad un criterio di selezione basato su una valutazione medica oggettiva delle condizioni cliniche di ciascun paziente, secondo proporzionalità e appropriatezza, che tenga in considerazione sia la gravità del bisogno sia la prognosi sull'efficacia del trattamento, mentre altri criteri dovrebbero essere considerati discriminatori⁴⁵. In questa prospettiva, per quanto riguarda in particolare l'età, essa non può essere assunta quale criterio extra-clinico, sul presupposto, rifiutato, di una preferenza della vita del più giovane a quella del più anziano, ma potrà ovviamente avere un rilievo nella misura in cui è presa in considerazione, insieme con altri fattori, nella valutazione delle condizioni cliniche del paziente⁴⁶. Nella misura in cui, assegnando priorità ai pazienti che hanno maggiori *chance* di sopravvivenza, tendono al perseguimento dello scopo di salvare il maggior numero possibile di vite, che è uno dei possibili modi in cui si può intendere la "massimizzazione dei benefici" (vedi *supra*), pare di potersi affermare che questi approcci contengano anche un elemento convergente con alcune impostazioni utilitaristiche⁴⁷, sebbene siano impegnati nel contrasto alle possibili discriminazioni che vengono imputate agli approcci puramente e marcatamente utilitaristici. Vi sono, però, approcci ispirati all'eguaglianza nei quali il contrasto con l'utilitarismo è ancora più netto. Com'è stato evidenziato, la pandemia di Covid-19 ha fatto emergere forti disuguaglianze strutturali⁴⁸. Ebbene, al fine di tutelare i gruppi più vulnerabili (innanzi tutto, da un punto di vista socio-economico), sono stati elaborati approcci che teorizzano l'applicazione di un "fattore di correzione" nel *triage* a favore dei soggetti appartenenti a tali gruppi, anche se avessero meno *chance*

⁴¹ Vedi L. D'AVACK, *COVID-19: criteri etici*, cit., 373; C. DI COSTANZO-V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in [BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto](#), Special Issue 1 del 2020, 445; L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 364-365.

⁴² Vedi SEMICYUC, *Recomendaciones éticas*, cit., 5.

⁴³ Vedi *supra*.

⁴⁴ Vedi SEMICYUC, *Recomendaciones éticas*, cit., 11-12.

⁴⁵ Vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 365-370.

⁴⁶ Vedi *ivi*, 367. Per una ricognizione di diverse società scientifiche e Comitati di bioetica che si sono ispirati a questi approcci, per contrastare, tra l'altro, anche le discriminazioni in base all'età, vedi *ivi*, 367-370.

⁴⁷ Evidenzia il carattere utilitaristico dell'impostazione tesa a salvare il maggior numero di vite C.P. LIVELY, *Adding a Correction Factor to The Allocation of Scarce Life-Saving Resources in a Pandemic: One Step Closer to Dismantling Structural Inequities*, in [Voices in Bioethics](#), 15 febbraio 2022, 2. Al contempo, è stato osservato che nell'utilitarismo non manchi l'apporto del principio di eguaglianza, inteso come uguale considerazione per gli interessi di individui diversi, in quanto assegna «uguale peso alle utilità di ciascun individuo» (vedi J.C. HARSANYI, *L'utilitarismo*, cit., 104).

⁴⁸ Vedi C.P. LIVELY, *Adding a Correction Factor*, cit., 1-2.

di sopravvivere, in modo da compensarli degli svantaggi derivanti dall'appartenenza a suddetti gruppi⁴⁹. In base a questi approcci, poiché la società sarebbe responsabile delle disuguaglianze, occorrerebbe creare tale compensazione a favore dei soggetti svantaggiati, anche se ciò dovesse comportare il salvataggio di un numero di vite inferiore a quelle che si sarebbero potute salvare impostando diversamente il triage⁵⁰.

Un'attenzione particolare nei confronti delle persone e dei gruppi esposti al rischio di divenire vittime di criteri selettivi discriminatori è stata dimostrata anche dalla guida dell'OMS del 2016 richiamata *supra*, la quale, come già anticipato, non si limitava a propugnare l'*utility*, ma sottolineava pure l'importanza dell'*equity*⁵¹. Poi, una volta manifestatasi la pandemia di Covid-19, negli Stati Uniti, contro gli orientamenti che contemplavano la possibilità di negare le cure a soggetti fragili, alcune persone con disabilità e diverse organizzazioni volte alla tutela dei diritti delle persone con disabilità hanno presentato ricorsi amministrativi all'*Office for Civil Rights* del *Department of Health and Human Service*, che nel marzo 2020 ha ribadito il divieto di discriminazioni sulla base di diversi fattori, tra cui la disabilità e l'età⁵². A seguito di tali ricorsi, taluni Stati hanno effettuato degli interventi atti a impedire che dai criteri per la selezione dei pazienti potessero derivare discriminazioni siffatte⁵³. In Europa, tra le istituzioni che hanno prodotto documenti che si mostrano ispirati all'eguaglianza, si possono menzionare il Comitato nazionale per la bioetica italiano (il cui parere dell'8 aprile 2020 verrà considerato specificamente *infra*) e il *Comité de Bioética* spagnolo. Quest'ultimo, seppure dichiara espressamente di non rinunciare neanche al criterio di "*utilidad social*"⁵⁴, ha mosso dei rilievi critici nei confronti delle *Recomendaciones éticas* elaborate dal Gruppo di lavoro di bioetica della società dei medici di terapia intensiva (vedi *supra*), evidenziando, tra l'altro, profili in contrasto con la Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità⁵⁵. Il *Comité* spagnolo ha affermato espressamente che assumere che le vite delle persone con disabilità abbiano qualità inferiore e quindi meritino in misura inferiore di essere curate è in totale contraddizione con la visione della disabilità della società spagnola, con la Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità e con l'ordinamento giuridico spagnolo⁵⁶. Più problematiche sono le affermazioni del *Comité* spagnolo allorché evoca la possibilità di una "*discriminación positiva*" a favore delle persone con disabilità, in considerazione della loro vulnerabilità al coronavirus e della loro appartenenza a un gruppo soggetto a discriminazione strutturale e sistemica⁵⁷. Se tale passaggio del documento si dovesse interpretare nel senso di configurare una priorità di accesso delle persone con disabilità, al fine di realizzare una compensazione di condizioni di svantaggio, allora sembrerebbe che il *Comité* stia configurando una sorta di azione positiva "di risultato"⁵⁸. Lo stesso si può dire degli approcci, richiamati *supra*, volti a introdurre un "fattore di correzione" nel *triage* a favore di gruppi svantaggiati da un punto di vista economico-sociale. Tali impostazioni presentano criticità perché, nella situazione data, adottare una siffatta misura di favore nei confronti di soggetti appartenenti a gruppi svantaggiati implica non un sacrificio qualunque, ma il sacrificio del diritto alla vita di soggetti non appartenenti a tali categorie.

⁴⁹ Vedi *ivi*, 1-6.

⁵⁰ Vedi *ivi*, 3.

⁵¹ OMS, *Guidance for Managing*, cit., 21.

⁵² Vedi HHS OFFICE FOR CIVIL RIGHTS IN ACTION, *Bulletin: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)*, 28 marzo 2020, in.

⁵³ In particolare, tra la primavera e l'estate del 2020, si registrano gli interventi di Alabama, Pennsylvania, Tennessee, Utah (vedi in [HHS.gov](https://www.hhs.gov)). Sono state comunque messe in luce le discriminazioni e le disuguaglianze nell'accesso alle cure a sfavore delle persone con disabilità negli USA (vedi K.J. JOHNSTON, H.A. POLLACK, *COVID-19 Reveals Longstanding Health Inequities and Discrimination Against Americans With Disabilities*, in [Medical Care](https://www.medicare.gov), n. 2 del 2023, 55-57).

⁵⁴ Vedi COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité*, cit., 9.

⁵⁵ Vedi *ivi*, 9-11.

⁵⁶ *Ivi*, 10.

⁵⁷ *Ivi*, 11.

⁵⁸ Sulle azioni positive "forti" o "di risultato", o misure preferenziali dirette, vedi A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, in particolare 274-308.

Provando a considerare tali criteri dal punto di vista del diritto costituzionale italiano, pare plausibile affermare che difficilmente essi potrebbero trovare giustificazione alla luce del principio di eguaglianza sostanziale: infatti, l'art. 3, 2° c. Cost., richiedendo di rimuovere gli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana per i soggetti più svantaggiati, non può legittimare il sacrificio del diritto alla vita degli altri soggetti, diritto che evidentemente è presupposto del pieno sviluppo della persona umana⁵⁹.

Il problema delle discriminazioni che possono essere perpetrate a danno di persone con disabilità nel contesto delle selezioni dei pazienti in condizioni di risorse insufficienti è stato anche oggetto di una significativa decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco⁶⁰. I ricorrenti lamentavano la mancanza di un intervento legislativo finalizzato a garantire, nell'eventualità di *triage*, un'effettiva protezione delle persone con disabilità. Si evocava, quindi, una violazione del divieto di trattamenti sfavorevoli basati sulla disabilità⁶¹, della dignità umana e dei diritti alla vita e alla salute⁶², nonché dell'art. 25 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, che concerne specificamente il diritto alla salute e il diritto all'accesso ai servizi sanitari. Secondo il Tribunale costituzionale, dal divieto di trattamenti sfavorevoli basati sulla disabilità discende, tra l'altro, un compito di protezione in capo al legislatore, che può implicare uno specifico dovere di apprestare un intervento di tutela, quando si configurano esclusioni mirate, capaci di dare luogo ad attacchi alla dignità umana, oppure disuguaglianze strutturali, o rischi di livello eccezionalmente elevato in materia di diritti fondamentali. Considerate le valutazioni di terzi esperti e le raccomandazioni professionali destinate a orientare la prassi, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha constatato che la protezione effettiva delle persone con disabilità non è stata garantita. Troverebbe riscontri accreditati l'idea che nella gestione delle terapie intensive si possono innestare elementi soggettivi e rischi di discriminazione sulla base della disabilità, soprattutto in condizioni di carenza di risorse. Inoltre, secondo terzi esperti, i professionisti sbagliano spesso nel valutare le circostanze di vita di persone con disabilità, e stereotipi inconsci possono influenzare a danno di queste le decisioni mediche. Il rischio che le persone con disabilità vengano penalizzate non sarebbe fugato, secondo il Tribunale, dalle raccomandazioni dell'associazione interdisciplinare tedesca per la terapia intensiva e la medicina di emergenza. Infatti, pur considerando inammissibile l'assegnazione di priorità sulla base di condizioni preesistenti e della disabilità, esse generano una possibile confusione tra disabilità e comorbidità e una presunzione di peggiori possibilità di recupero basata su stereotipi. Inoltre, le raccomandazioni fanno riferimento anche alle probabilità di sopravvivenza del paziente – criterio di per sé accettabile – ma avrebbero dovuto specificare con maggior chiarezza di riferirsi esclusivamente alla sopravvivenza all'evento medico acuto. Quindi, il legislatore tedesco non avrebbe adempiuto il dovere di tutelare effettivamente le persone con disabilità. Nel configurare il necessario intervento protettivo, il legislatore godrebbe di un ampio margine di valutazione e di apprezzamento, pur, dovendo tenere in considerazione alcuni elementi, quali l'ovvio dovere di proteggere la vita e la salute anche degli altri pazienti, l'esigenza medica di un processo decisionale rapido, l'attribuzione della responsabilità finale per le valutazioni mediche su ciascun caso in capo ai medici che se ne occupano. Il legislatore potrebbe fissare criteri sostanziali per l'assegnazione delle risorse con cui salvare vite umane, criteri che di per sé non sarebbero incompatibili con l'inviolabilità della dignità umana, anche se questa impedisce di soppesare una vita a confronto con un'altra vita. In alternativa, potrebbe fissare requisiti procedurali, come l'attribuzione delle decisioni ad una molteplicità di persone o la necessità

⁵⁹ Sulle azioni positive di risultato e in generale sulle azioni positive, sulla loro valutazione in base al principio di eguaglianza sostanziale, e sui limiti che la loro legittimità incontra, vedi *ivi*, in particolare 221-308.

⁶⁰ [BVerfG, 1 BvR 1541/20](#), 16 dicembre 2021. Sulla decisione, vedi P. ADDIS, *Il Bverfg e la vita delle persone con disabilità: il triage per l'accesso ai reparti di terapia intensiva in tempo di pandemia*, in [Diritti Comparati](#), 17 giugno 2022, I. DOMENICI, *Inerzia del legislatore e triage secondo il Bundesverfassungsgericht: una falsa vittoria?* in [Corti supreme e salute](#), n. 2 del 2022, 1-15 (che ha considerato deludente, anche se non del tutto, la decisione: vedi *ivi*, in particolare 11-15) e, anche per una particolare riflessione sul dibattito e sugli sviluppi sul piano legislativo in Germania, M. GIORGIANNI, *Scelte tragiche in tempi di pandemia. Chi ha più diritto di vivere?* in *Pol. dir.*, 2022, 555-595.

⁶¹ Ex art. 3, c. 3 del *Grundgesetz*.

⁶² Ex artt. 1, c. 1 e 2, c. 2 del *Grundgesetz*.

di adeguata documentazione. All'ampio margine di cui gode il legislatore corrisponderebbe il limitato standard di controllo giurisdizionale da parte del Tribunale costituzionale federale, che potrebbe accertare una violazione solo se non fossero adottate affatto misure protettive, o queste si rivelassero manifestamente inadatte o insufficienti per il raggiungimento dell'obiettivo⁶³.

3. Gli approcci adottati in Italia

Com'è stato anticipato, in Italia, la SIAARTI ha prodotto un "documento tecnico", pubblicato il 6 marzo 2020, intitolato "*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*"⁶⁴. L'obiettivo di fondo che il documento pone viene espresso al punto 3 in termini di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone, obiettivo che dovrebbe giustificare «*un eventuale giudizio di inappropriata accessibilità all'accesso a cure intensive basato unicamente su criteri di giustizia distributiva (squilibrio estremo tra richiesta e disponibilità)*» (punto 7). All'interno di questo quadro di riferimento, il documento propone due criteri operativi destinati a orientare le scelte degli operatori sanitari, nonché la possibilità di stabilire una soglia di età per l'accesso alla terapia intensiva. I due criteri si applicano secondo un ordine di priorità: il primo consiste nel selezionare coloro che hanno maggiori probabilità di sopravvivenza; una volta operata questa prima selezione, si applica il secondo, che consiste nell'ammettere «chi può avere più anni di vita salvata», e quindi tendenzialmente, anche se non necessariamente in ogni caso, le persone più giovani⁶⁵. Tra gli aspetti del documento che hanno destato notevoli perplessità, rientra la possibilità di fissare una soglia di età per l'ammissione alla

⁶³ Nel novembre 2022 il Bundestag ha approvato una modifica alla legge sulla protezione dalle infezioni, al fine di adempiere il dovere che il Tribunale costituzionale federale ha ravvisato in capo al legislatore per il contrasto delle discriminazioni contro le persone con disabilità, ma non mancano voci critiche che contestano l'adeguatezza della modifica (vedi [Deutscher Bundestag beschließt umstrittenes Triage-Gesetz](#), 11 novembre 2022, in). In senso critico nei confronti della legge si è espressa, ad esempio, la Direttrice dell'Istituto tedesco per i diritti umani, Beate Rudolf, la quale ravvisa una violazione di un saldo principio della Costituzione e dei diritti umani nella possibilità di decidere chi debba ricevere un trattamento salvavita e chi no sulla base della probabilità di sopravvivenza attuale e a breve termine (vedi [Triage-Gesetz stellt Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens in Frage](#), 11 novembre 2022). Sulle problematiche connesse all'intervento legislativo del Bundestag, vedi J. HÜBNER, *Das Gesetz zur Regelung der Triage: Mehr Fragen als Antworten*, in *Dtsch Med Wochenschr*, 2023, 55-58.

⁶⁴ SIAARTI, *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*, 6 marzo 2020. Il documento è stato oggetto di un acceso dibattito e di valutazioni divergenti. Ha ritenuto che fornisce ai medici le «necessarie indicazioni di base» A. RUGGERI, Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020, 13. Ha difeso alcuni profili del documento che avevano destato perplessità G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 107-129. Mori ha espresso una posizione di minoranza nell'ambito del Parere del Comitato nazionale per la Bioetica dell'8 aprile 2020 (vedi *infra*), nella quale ha mostrato apprezzamento per le Raccomandazioni della SIAARTI (*Posizione di minoranza del Prof. Maurizio Mori: le Raccomandazioni Siaarti puntano nella direzione giusta*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*, 8 aprile 2020, in 11-14). Spinsanti ha affermato che la diffidenza nei confronti del documento è stata dovuta anche a una «lettura frettolosa» (S. SPINSANTI, *Una diversa fiducia. Per un nuovo rapporto nelle relazioni di cura*, Roma, 2022, 33). Altri hanno messo in rilievo, in linea generale, la difficile compatibilità dei "criteri di massima utilità" con il principio personalista e il riconoscimento del diritto fondamentale alla salute, strettamente connesso alla dignità umana, che caratterizzano la Costituzione italiana, pur riconoscendo che in una situazione di emergenza quale quella cui si riferiscono le Raccomandazioni della SIAARTI la questione deve essere affrontata tenendo conto di ulteriori considerazioni (ad esempio, vedi C. DI COSTANZO-V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive*, cit., 446). Una immediata reazione che non pare in armonia con le Raccomandazioni della SIAARTI è stata espressa dal Presidente della FNOMCeO (in [FNOMCeO](#), 7 marzo 2020). Per una critica al criterio fondato sull'età, che assume un importante rilievo nelle Raccomandazioni della SIAARTI, vedi L. FERRAJOLI, in Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, cit., 3.

⁶⁵ È stato evidenziato che il legame tra anni di vita salvata ed età del paziente è più probabilistico che necessario, riconoscendo che nella maggior parte dei casi il criterio del maggior numero di anni di vita salvata sarà favorevole al più giovane (M.G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria*, in [BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto](#), n. 3 del 2020, 152).

terapia intensiva⁶⁶. Taluno vi ha scorto una discriminazione fondata sul mero fattore anagrafico. Tuttavia, è stata anche sostenuta la plausibilità di una diversa interpretazione della possibilità di individuare una soglia di età, in base alla quale la valutazione del fattore anagrafico non sarebbe mai disgiunta da una complessiva valutazione di appropriatezza clinica dei pazienti: l'eventuale indicazione di un limite di età, dunque, secondo questa interpretazione, sarebbe sempre espressione di una valutazione di appropriatezza clinica, in base alla quale, oltre una certa soglia anagrafica, l'età stessa sarebbe un fattore clinico decisivo in termini negativi per il paziente⁶⁷. In ogni caso, però, il fattore anagrafico pare poter essere assunto, secondo il documento, come fattore di selezione autonomo dalla valutazione di appropriatezza clinica in base al criterio che assegna preferenza a «chi può avere più anni di vita salvata»⁶⁸.

Su tali problemi si è espresso un mese dopo il Comitato nazionale per la bioetica italiano, con il parere dell'8 aprile 2020 “*Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*”⁶⁹. Tale parere, pur prendendo le mosse dai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nonché dal criterio universalistico che ispira la l. 23 dicembre 1978, n. 833, che impongono di «fare sempre tutto il possibile per garantire a tutti, nessuno escluso, la tutela della salute»⁷⁰, prende atto che la carenza di risorse emersa nel contesto della pandemia costituisce una situazione in cui è di fatto impossibile garantire a ciascuno l'accesso alle cure. In una tale situazione, il Comitato ritiene che l'allocazione delle risorse debba essere effettuata in base al criterio clinico, giudicando «eticamente inaccettabile» qualsiasi altro criterio, come «l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi»⁷¹. Il Comitato delinea l'impostazione del “*trriage in emergenza pandemica*”, in cui l'elemento preliminare è costituito dall'approntamento di strategie per gestire il conflitto che si crea, durante le emergenze pandemiche, tra gli obiettivi della salute pubblica, che prefiggono il raggiungimento del massimo beneficio per il maggior numero di persone, e il principio etico della medicina che prescrive di ricercare il massimo beneficio possibile per il singolo malato, evocando la possibilità che vengano assunte decisioni molto delicate sulla vita e la morte delle persone, che «non devono costituire precedenti da applicare in un futuro tornato alla normalità»⁷². Tratto caratterizzante di questo *trriage* è il concetto di “attualità”, che comporta, a differenza del *trriage* in condizioni normali, l'inserimento del paziente in una comunità di pazienti, e cioè la considerazione non solo di quelli fisicamente presenti in pronto soccorso, ma anche di quelli già valutati che sono ricoverati o si trovano nel loro domicilio⁷³. In questa cornice, la priorità dei pazienti andrebbe stabilita, secondo il Comitato,

⁶⁶ Per delle riflessioni sul punto, vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 364-365; L. CONTE, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in federalismi.it, 1 aprile 2020, 7; G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 111; S. ROSSI, *Società del rischio e scelte tragiche al tempo del coronavirus*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), n. 3 del 2020, 252-253.

⁶⁷ Afferma la plausibilità di tale ultima interpretazione delle Raccomandazioni della SIAARTI, pur riconoscendo che la sinteticità del testo si presta a far sorgere l'ambiguità, G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 117-120, che cita, a sostegno dell'idea che l'età sia un fattore dirimente nella valutazione clinica, anche il documento dell'Accademia svizzera delle scienze mediche, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse*, 24 marzo 2020, 3-5.

⁶⁸ Riconosce che «il richiamo al più alto numero di anni di vita salvati che viene effettuato nel documento può aprire a considerazioni di carattere extra-clinico» M.G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione?* cit., 152). Si segnala che la tendenziale preferenza per la persona più giovane, a parità di chance di sopravvivenza, non è stata intesa come espressione di un'attribuzione di minor valore agli anziani, bensì di una giustizia distributiva da G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 124. Ferrajoli ha criticato, invece, l'adozione del criterio fondato sull'età, ritenendolo in contraddizione con la dignità della persona, che prescinde dalle sue condizioni personali (vedi L. FERRAJOLI, in Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, cit., 3).

⁶⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, [Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica](http://Covid-19:la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica), 8 aprile 2020.

⁷⁰ IVI, 6.

⁷¹ IVI, 7.

⁷² IVI, 7-8.

⁷³ IVI, 9.

attraverso il criterio della maggiore efficacia ragionevolmente prevedibile del trattamento, e quindi delle maggiori possibilità di sopravvivenza: si tratta, cioè, di dare rilievo all'appropriatezza clinica, nella cui valutazione rientrano, oltre al grado di urgenza, anche altri fattori, quali la gravità del quadro clinico, la comorbidità, l'età, etc., senza ammettere un'eventuale esclusione del paziente sulla base dell'appartenenza a categorie predeterminate⁷⁴. Il parere del Comitato nazionale per la bioetica, dunque, pare discostarsi dalle Raccomandazioni della SIAARTI del marzo 2020 nella misura in cui non avalla un criterio di selezione fondato sull'età di per sé considerata, mentre converge con le suddette Raccomandazioni sull'adozione del criterio delle maggiori possibilità di sopravvivenza.

La riflessione ha avuto degli sviluppi presso importanti istituzioni della medicina e della sanità italiane. La Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e odontoiatri ("FNOMCeO") ha creato, d'accordo con la SIAARTI, una commissione paritetica col compito di avviare una riflessione congiunta e condivisa sul piano deontologico, considerando peraltro la possibilità di modifiche del Codice di deontologia medica, la quale ha prodotto un documento approvato dal Comitato centrale della FNOMCeO il 29 ottobre 2020⁷⁵. Il documento ribadisce come principio cardine per lo Stato e per i medici «il diritto individuale all'eguale accesso alle cure sanitarie», ma al contempo legittima – anche se solo «in stato di assoluta necessità» - l'adozione di criteri selettivi che comportino differenziazioni nella cura, i quali non possono essere intesi «come il diniego del principio non negoziabile dell'eguaglianza di valori di ogni essere umano» (punto d.3); inoltre, individua l'ordine di precedenza, in caso di risorse scarse, fondato sulla previsione dell'ottenimento tramite le terapie intensive di «un concreto, accettabile e duraturo beneficio», mediante criteri «rigorosi, espliciti, concorrenti e integrati, valutati sempre caso per caso» che possono includere le comorbidità, lo stato funzionale pregresso, la gravità del quadro clinico e l'età biologica, senza che questa assuma un peso preponderante (punto d.1). Pochi mesi dopo, il 13 gennaio 2021, è stato pubblicato un ulteriore documento, prodotto dalla SIAARTI e dalla Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni ("SIMLA"), dal titolo "*Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19*"⁷⁶, realizzato a seguito della convergenza, manifestatasi nell'estate del 2020, della Presidenza della SIAARTI, della Presidenza dell'Istituto superiore di sanità ("ISS"), e del Centro nazionale per l'eccellenza clinica, la qualità e la sicurezza delle cure ("CNEC")⁷⁷ sull'idea che fosse necessario un documento siffatto, e dell'invito rivolto da parte dell'ISS ai Presidenti di SIAARTI e SIMLA a preparare una bozza, da sottoporre a un confronto con società scientifiche e tecnico-professionali, associazioni e altri *stakeholder*. Per lo svolgimento del compito, è stato nominato un gruppo di lavoro che viene definito "multidisciplinare", entrato in funzione il 28 luglio 2020, costituito da 9 membri esperti, dotati di diverse competenze in vari campi d'interesse, tra cui quello giuridico⁷⁸. A seguito di una consultazione pubblica, svoltasi nella parte finale del 2020, a cui hanno partecipato alcuni *stakeholder*⁷⁹, il documento è stato pubblicato il 13 gennaio 2021 nel sito del Sistema nazionale delle linee guida dell'ISS, nella sezione "buone pratiche". Il documento riconosce l'esistenza di due paradigmi diversi, quello dell'etica clinica ("*patient-centered*"), e quello dell'etica della sanità pubblica ("*community-centered*"): il primo ha il suo baricentro nel singolo paziente; il secondo delinea i suoi orizzonti sulla base del principio di giustizia, mettendo in rilievo l'equa allocazione delle risorse sanitarie. Mentre nei periodi

⁷⁴ IVI, 8. Si rammenta che nell'ambito del Comitato ha espresso una posizione di minoranza il Prof. Maurizio Mori, giudicando inadeguato ad affrontare il problema l'orientamento della maggioranza, e mostrando apprezzamento, invece, per le Raccomandazioni della SIAARTI (vedi *supra*).

⁷⁵ [Comitato centrale della FNOMCeO, 29 ottobre 2020](#).

⁷⁶ SIAARTI-SIMLA, [Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19](#), 13 gennaio 2021.

⁷⁷ Il CNEC è un "gruppo multiprofessionale e multidisciplinare con competenze in tema di sviluppo e valutazione di linee guida, metodologia della ricerca sui servizi sanitari e formazione", di cui si avvale l'ISS per il miglioramento del Servizio sanitario nazionale.

⁷⁸ Sulla metodologia seguita per l'elaborazione del documento, vedi SIAARTI, SIMLA, *Decisioni per le cure*, cit., 6-8.

⁷⁹ V. i risultati della [consultazione pubblica](#).

ordinari è possibile rendere compatibili i due paradigmi, durante un'emergenza sanitaria del calibro della pandemia di Covid-19 si può riscontrare un attrito tra questi, data l'insufficienza delle risorse⁸⁰. Il documento riconosce espressamente che, nell'ipotesi di saturazione delle risorse di terapia intensiva, insufficienti per dare a tutti le cure necessarie, bisogna ricorrere, piuttosto che al criterio cronologico o a un criterio casuale come il sorteggio, al *triage*, finalizzato alla massimizzazione del beneficio: quest'ultima consiste nell'offrire la cura salvavita al maggior numero di pazienti che possano trarne beneficio. Pertanto, l'età viene in rilievo come fattore che, assieme ad altri (comorbidità, etc.), deve costituire oggetto di una valutazione clinica globale del paziente, mentre, a differenza delle Raccomandazioni della SIAARTI del marzo 2020, non sono contemplate soglie predefinite di età. La valutazione comparativa delle condizioni complessive delle persone malate è volta a comprendere quali pazienti abbiano maggiori probabilità di sopravvivere alla condizione critica grazie alle cure intensive, «con una ragionevole aspettativa di vita al di fuori della Terapia intensiva», da intendersi in termini di «sopravvivenza a breve termine (alcuni mesi) dopo la dimissione dall'ospedale»⁸¹. Se invece fosse considerata come un obiettivo da perseguire una prospettiva di sopravvivenza per periodi di tempo più lunghi, si sarebbero aperti dei varchi per far assurgere l'età (nonché anche altri fattori) a criterio autonomamente in grado di dare luogo a una preferenza, in quanto strettamente collegato al tempo di vita salvato⁸².

Potrebbe apparire che la differenza rispetto alle Raccomandazioni della SIAARTI del marzo 2020 si riduca, con particolare riferimento all'affermazione, contenuta nel documento SIAARTI-SIMLA pubblicato nel gennaio 2021, secondo cui «solo a parità di altre condizioni, il mero dato anagrafico (età in anni) può avere un ruolo nella valutazione globale della persona malata in quanto con l'aumentare dell'età si riducono le probabilità di risposta alle cure intensive». In verità, però, si può cogliere una diversa sfumatura in quest'ultima affermazione, che risiede nella diversa prospettiva in cui viene considerato il fattore anagrafico: nelle Raccomandazioni della SIAARTI del marzo 2020, si persegue, nel criterio di seconda istanza, il maggior numero di anni di vita salvata, mentre il documento SIAARTI-SIMLA pubblicato nel gennaio 2021 riconnette comunque il rilievo del mero dato anagrafico, a parità di altre condizioni, alla valutazione dell'efficacia del trattamento e delle sue *chance*.

4. Criteri di selezione e Costituzione italiana

Come dianzi affermato, gli approcci basati sull'eguaglianza propugnano il criterio di selezione fondato su una valutazione esclusivamente medico-clinica delle condizioni in cui versa il paziente, in particolare dello stato di bisogno e della prognosi di efficacia del trattamento, caratterizzata da proporzionalità e appropriatezza. Tale criterio assegna priorità ai pazienti le cui *chance* di sopravvivenza a breve termine sono repute maggiori, perseguendo così il fine di salvare il maggior numero di persone. Questo tipo di impostazione è stato adottato in Italia dal documento SIAARTI-SIMLA pubblicato il 13 gennaio 2021 e dal parere del Comitato nazionale per la Bioetica dell'8 aprile 2020, richiamati *supra*. Tuttavia, i rapporti che si instaurano tra il principio di eguaglianza e questo tipo di impostazione non sono esenti da profili problematici, meritevoli di una riflessione. Nella parte seguente del lavoro, si rifletterà sul “raggio d'azione” del principio di eguaglianza in situazioni in cui non è possibile salvare tutte le vite umane in pericolo, e sul criterio che assegna priorità alle maggiori

⁸⁰ Vedi SIAARTI, SIMLA, *Decisioni per le cure*, cit., 3. Del resto, il conflitto tra singolo e comunità rappresenta una delle più importanti questioni controverse nel dibattito sull'allocazione di risorse sanitarie scarse, come ha ricordato R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit. Sottolinea il conflitto tra etica clinica, focalizzata sull'individuo, ed etica della sanità pubblica C.P. LIVELY, *Adding a Correction Factor*, cit., 3.

⁸¹ SIAARTI, SIMLA, *Decisioni per le cure*, cit., 10-11.

⁸² Sulla possibilità che valutazioni sulla sopravvivenza di lungo periodo possano comportare discriminazioni in base all'età, alla disabilità, etc. vedi J.G. HODGE JR, J.L. PIATT, *Legal Decision-making and Crisis Standards of Care. Tiebreaking During the COVID-19 Pandemic and in Other Public Health Emergencies*, in [JAMA Health Forum](#), n. 1 del 2022, 2.

chance di sopravvivenza a breve termine. In particolare: 1) si osserverà che almeno una “concretizzazione” del principio di eguaglianza, consistente in una certa regola derivante dalla sua combinazione con il diritto fondamentale a ricevere cure salvavita, non ha la possibilità di inverarsi; 2) si evidenzierà che esiste certamente una declinazione del principio di eguaglianza che può, e quindi deve operare (la tutela anti-discriminatoria); 3) si rifletterà sul criterio che assegna priorità alle maggiori *chance* di sopravvivenza a breve termine⁸³, sulla sua *ratio* e sul radicamento costituzionale del conflitto da esso deciso.

4.1 *Insuperabile impossibilità di garantire l'uguale diritto di accesso alle cure e alle risorse salvavita*

Innanzitutto, occorre mettere in evidenza l'importanza che ha il dato fattuale nel condizionare il tipo di regola (il criterio di selezione è, infatti, una regola) che si decide di adottare. L'interpretazione della Costituzione secondo ragionevolezza e l'elaborazione di regole costituzionalmente compatibili, inoltre, dovrebbero assumere che la stessa Costituzione richieda – senza avere necessariamente bisogno di dirlo esplicitamente – di tenere conto dei dati di realtà, che a volte sono condizioni di attuabilità e di invero dei principi costituzionali. La Costituzione tutela senz'altro il diritto alla vita, che può essere declinato in modi diversi; tra questi, vi è anche il diritto a ricevere cure salvavita e quindi ad accedere a risorse sanitarie salvavita, che può essere considerato come una manifestazione particolare del diritto alla salute quale tipico diritto sociale ad ottenere prestazioni. Notoriamente, i diritti sociali, intesi quali diritti all'ottenimento di prestazioni, sono stati qualificati come diritti condizionati. Con particolare riferimento al diritto sociale alla salute, la Corte costituzionale ha affermato che si tratta di «un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»⁸⁴. Come emerge anche da tale affermazione della Corte, di solito, quando si parla di diritti sociali condizionati, si fa riferimento al condizionamento derivante dal fatto che il legislatore deve tenere conto, nell'attuazione, di altri interessi costituzionalmente protetti e dell'insieme dato di risorse disponibili, da distribuire in vari campi di intervento. Dunque, si intende che i diritti sociali sono condizionati, in parte rilevante, sul piano economico e finanziario – anche se si deve ricordare che non sono gli unici diritti con tale caratteristica⁸⁵ – e che tale condizionamento opera dal momento in cui il legislatore compie le scelte per configurarli e delinearli (si potrebbe dire che il condizionamento opera “a monte”). Tale tipo di condizionamento, che pare porsi sul piano della cosiddetta “decisione di primo grado”⁸⁶, secondo la terminologia di Calabresi e Bobbitt, sembra - in una certa misura almeno - “relativo”, nel senso che il decisore può svolgere una valutazione politica circa la distribuzione delle risorse, da canalizzare più in un ambito o più in un altro. Peraltro, la Corte costituzionale ha anche affermato che il condizionamento derivante dalle esigenze economico-finanziarie trovi un limite nei diritti sociali incompressibili⁸⁷. Invece, nella situazione “tragica”, cui si

⁸³ La specificazione “a breve termine” è utile per precisare che ci si sta riferendo a una selezione che non assegna al fattore anagrafico un valore autonomo. D'ora in poi, quando si parlerà di *chance* di sopravvivenza, ci si riferirà implicitamente alla sopravvivenza “a breve termine”.

⁸⁴ Vedi, ad esempio, [Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455](#).

⁸⁵ Come è stato evidenziato, tutti i diritti, non solo quelli sociali, hanno un costo (vedi, ad esempio, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 28; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2016, 7-8).

⁸⁶ Si tratta della decisione circa la quantità di beni scarsi da produrre (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 10).

⁸⁷ Su tale giurisprudenza, vedi ad esempio L. ANTONINI, *Tecniche decisorie e bilanciamento tra diritti e finanze*, in F. Pammolli, C. Tucciarelli (a cura di), *Il costo dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2021, 95-108; B. BRANCATI, *Crisi economica e diritti sociali nella giurisprudenza delle corti costituzionali. Casi significativi dell'ultimo decennio*, in F. Pammolli, C. Tucciarelli (curr.), *Il costo dei diritti*, cit., 81-82; A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in [Rivista AIC](#), n. 4 del 2017, 21.

rivolge la “decisione di secondo grado”⁸⁸, il condizionamento si manifesta in maniera più determinante, anzi invincibile. Il diritto a ricevere le prestazioni si rivela condizionato da dati fisicamente misurabili, in cui rientra l’esistenza materiale effettiva delle risorse salvavita al momento in cui un paziente ne ha bisogno: se la risorsa sanitaria non c’è nel momento in cui serve per salvare la vita del paziente, non può essere creata in un istante *ex nihilo*. Tale dato materiale condiziona in modo insuperabile la garanzia del diritto a ricevere certe cure salvavita per certi soggetti determinati⁸⁹, perché la mancanza della risorsa pregiudica una condizione di possibilità di soddisfazione di tale diritto⁹⁰; non può essere garantito un certo diritto in una data situazione fattuale nella quale la soddisfazione dello stesso è impossibile *in rerum natura*⁹¹.

Pertanto, se le risorse sanitarie materialmente disponibili in una certa situazione non sono sufficienti per tutti coloro che ne hanno bisogno, non è più possibile impiegare la regola “a tutti deve essere garantito l’accesso alla risorsa salvavita”, perché mancano le necessarie precondizioni reali per poterla applicare. Ci si può chiedere se tale situazione di scarsità sia stata generata da decisioni umane, ma, una volta che una siffatta situazione si è verificata, l’impossibilità di curare alcuni pazienti bisognosi dipende da un dato di realtà oramai invincibile, non più umanamente modificabile; invece, è rimesso alla decisione umana lo stabilire a chi dare le cure salvavita e a chi non darle, una volta assodato che non sarà materialmente possibile darle a tutti.

La regola per cui tutti devono avere accesso alle cure (e quindi alle risorse) salvavita è certamente un’attuazione del combinato disposto degli artt. 3 e 32, Cost., ma bisogna prendere atto che è ineluttabilmente condizionata dalla sussistenza di una situazione materiale in cui sono presenti risorse sufficienti per l’accesso di tutti⁹². Quindi, questa particolare manifestazione o declinazione del principio di eguaglianza, in combinazione con il diritto costituzionale a ricevere cure salvavita, che si sarebbe potuta concretizzare nella regola dell’accesso alle risorse per tutti, non si può inverare nella situazione di insufficienza delle risorse: in altri termini, i principi costituzionali coinvolti non sono attuabili attraverso la suddetta regola nelle condizioni reali date⁹³.

Pure nell’ipotesi in cui si adottassero il criterio c.d. “*first come first served*” o il sorteggio⁹⁴, non sarebbe possibile evitare che ad alcuni soggetti venga negato l’accesso alla risorsa salvavita. Con particolare riferimento al sorteggio, si potrebbe affermare che da un certo punto di vista appaia come il criterio più ugualitario, assegnando a ciascuno una pari probabilità di accesso alla risorsa salvavita, senonché il diritto ad una *chance* - uguale a quella altrui - di accesso alla risorsa è cosa ben diversa dal diritto all’accesso effettivo alla stessa, che il diritto fondamentale alla salute e alla vita esigerebbe. Il sorteggio implica l’applicazione della regola “tutti devono avere pari probabilità di accesso alla risorsa salvavita”, che è ben diversa dalla regola “a tutti deve essere garantito l’accesso alla risorsa salvavita”.

⁸⁸ Secondo la terminologia di Calabresi e Bobbitt, si tratta della decisione che determina i soggetti che potranno beneficiare del bene scarso, posto che questo non è sufficiente per tutti quelli che lo richiedono (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 10).

⁸⁹ Il condizionamento, quindi, opera stavolta in riferimento alla situazione concreta in cui si trovano certi soggetti determinati: si potrebbe dire che opera “a valle”.

⁹⁰ Ovviamente, deve ritenersi preclusa la garanzia dello specifico diritto a ricevere determinate prestazioni di cura, quelle per le quali occorrerebbero risorse che, nella situazione data, si rivelano insufficienti. Rimane impregiudicata la garanzia del diritto a ricevere altre prestazioni di cura.

⁹¹ Si può rammentare che, ai sensi degli artt. 1256 ss. del codice civile, l’impossibilità sopravvenuta della prestazione estingue l’obbligazione.

⁹² Ovviamente, fare in modo che si verifichi la situazione materiale in cui le risorse sono sufficienti per tutti è compito degli apparati pubblici. Rimane però la constatazione che, in assenza di una siffatta situazione materiale, dovuta o a colpa degli apparati pubblici, o ad altri fattori, la regola per cui a tutti deve essere garantito l’accesso alle risorse non è impiegabile.

⁹³ Con un’espressione forte, ha affermato che «il diritto per tutti alla salute e quindi alla risorsa medica, [...] di fatto, non c’è» G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 117.

⁹⁴ Calabresi e Bobbitt fanno notare che i due criteri presentano elementi comuni (vedi G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, cit., 40-42). Per quanto riguarda il sorteggio nell’ambito della pandemia di Covid-19, cfr. E. DUSI, *Coronavirus, la lotteria del respiratore. Negli ospedali americani si usa anche la monetina per scegliere chi intubare*, in [la Repubblica](#), 20 maggio 2020.

L'impossibilità di attuare l'eguaglianza nel diritto fondamentale all'accesso effettivo a una risorsa salvavita costituisce la cornice inamovibile in cui la scelta tragica deve operare, la sua stessa condizione generatrice (senza la quale la scelta non sarebbe tragica), e non un problema che l'individuazione di un criterio piuttosto che di un altro possa aspirare a risolvere: *ad impossibilia nemo tenetur*.

4.2 L'eguaglianza possibile, e quindi imprescindibile: in particolare, la tutela antidiscriminatoria

Cionondimeno, il fatto che la determinata attuazione del principio di eguaglianza in connessione col diritto alla vita, consistente nella regola per cui a tutti deve essere garantito accesso effettivo alla risorsa salvavita, sia preclusa, non impedisce che possano e, quindi, debbano operare altre manifestazioni del principio di eguaglianza nell'effettuazione della scelta tragica di allocazione delle risorse, quantomeno attraverso la necessaria esclusione di alcuni criteri. Posto che ad alcuni pazienti saranno inevitabilmente negate certe terapie, l'individuazione di questi non potrà sicuramente avvenire sulla base di alcuni fattori, inadeguati a costituire valide ragioni differenziatrici. Occorre ricordare che nella giurisprudenza costituzionale italiana è stata affermata l'esistenza di un nucleo essenziale o irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana⁹⁵: tale scaturigine, comune a ogni persona indistintamente, è la premessa dell'impossibilità di creare ordini di priorità o di preferenza sulla base di caratteristiche o condizioni inadeguate a costituire fondamento di una differenziazione. In particolare, non è tollerabile che certe caratteristiche o condizioni attribuibili alla persona si eleggano a *ratio* di differenziazione circa il nucleo irriducibile del diritto alla salute: da differenziazioni siffatte trasparirebbero giudizi sul (diverso) valore delle persone.

Dunque, il principio di eguaglianza formale e i correlati divieti di discriminazione devono trovare garanzia attraverso l'esclusione di certi criteri di selezione. Il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali ha affermato – proprio con riferimento alla salute – che, così come va riconosciuto che esistono limiti derivanti dalla disponibilità delle risorse e che la piena realizzazione del Patto sui diritti economici, sociali e culturali avviene progressivamente, è altrettanto vero che esistono “obblighi ad effetto immediato” per gli Stati, tra i quali rientra il divieto di discriminazioni, ai sensi dell'art. 2, par. 2 del Patto⁹⁶. La precisazione del Comitato coglie la capacità del divieto di discriminazioni (che è una peculiare manifestazione del principio di eguaglianza) di sottrarsi al condizionamento dell'insufficienza delle risorse, e quindi di essere comunque operativo: pertanto, deve essere necessariamente applicato. Tale precisazione è stata richiamata e condivisa dal Tribunale costituzionale federale tedesco, che, tra l'altro, ha sottolineato che l'interpretazione del *Grundgesetz* deve tenere in considerazione anche il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali⁹⁷. Alla luce di ciò, si intende osservare, dunque, le varie declinazioni del divieto di discriminazioni, con riguardo alla Costituzione italiana. Innanzi tutto, sebbene il 1° comma dell'art. 3 faccia espresso riferimento ai soli cittadini, è noto che la Corte costituzionale ha affermato l'applicazione del principio anche agli stranieri, con particolare riguardo, in virtù di un'interpretazione sistematica dell'art. 3 con gli artt. 2 e 10 della Costituzione, ai diritti fondamentali⁹⁸, nel cui novero deve

⁹⁵ Vedi, ad esempio, [Corte cost. 17 luglio 2001, n. 252, n. 309 del 1999](#), cit., [15 luglio 1994, 304](#). Si ricorda che nella dottrina costituzionalistica è stato evidenziato in generale che il fondamento dei diritti sociali risiede nella dignità dell'uomo, da intendersi quale valore di base dell'ordinamento, e non come scopo da raggiungere (vedi, *ex multis*, F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2018, 154; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte dell'uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in [Costituzionalismo.It](#), n. 3 del 2019, 1-32; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 247-306).

⁹⁶ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS – CESCR, [General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health \(Art. 12\)](#), UN Doc. E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000, para. 30, 11.

⁹⁷ Vedi [BVerfG, 1 BvR 1541/20](#), cit.

⁹⁸ Sull'applicazione del principio di eguaglianza agli stranieri, vedi C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi economici-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza*

senz'altro farsi rientrare il diritto alla salute e alla vita nella specifica declinazione del diritto di ricevere un intervento sanitario salvavita: la Costituzione, quindi, non potrebbe consentire alcun criterio di selezione basato sulla cittadinanza. Il legislatore ordinario, peraltro, ha ribadito esplicitamente, all'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 286/1998, l'applicazione del principio di eguaglianza relativamente ai diritti fondamentali agli stranieri, pure se la loro condizione non è conforme alle norme sull'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato. Proprio con riguardo all'ascrivibilità del diritto alla salute agli stranieri, la Corte costituzionale, nella sent. n. 252 del 2001⁹⁹, concernente la garanzia di trattamenti terapeutici essenziali per stranieri extracomunitari non in regola con le norme sull'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, ha evidenziato - con affermazione dalla portata generale - che deve essere sempre garantito «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»: se tale nucleo irriducibile, al quale pacificamente appartiene il diritto a ricevere prestazioni sanitarie salvavita, costituisce «ambito inviolabile della dignità umana», non è concepibile alcuna preferenza di certe categorie di soggetti rispetto ad altre, quindi nemmeno dei cittadini rispetto agli stranieri.

Com'è noto, esprimendo il suo «nucleo forte»¹⁰⁰, l'art. 3, 1° c., Cost. enuncia un elenco di categorie sulla base delle quali è espressamente vietato disporre discriminazioni. È stato osservato che da tale enunciazione non deriva una assoluta preclusione di differenziazioni di trattamento riconducibili ad uno qualunque dei motivi menzionati, ma piuttosto la necessità di una rigorosa giustificazione della ragionevolezza di misure differenziatrici basate su quei motivi. Per queste ultime, infatti, sussiste una presunzione di incostituzionalità - «salvo il giudizio di ragionevolezza della distinzione»¹⁰¹ - che comunque non si atteggia allo stesso modo in relazione a ciascuna delle categorie, essendo più facilmente superabile per alcune, e particolarmente rigida per altre¹⁰². Per quanto concerne il sesso, la «razza», la lingua, il fattore religioso e le opinioni politiche non ha bisogno di particolari dimostrazioni l'affermazione per cui criteri di selezione dei pazienti basati su tali fattori comporterebbero certamente discriminazioni vietate: sarebbe senz'altro inconcepibile tentare di giustificare un ordine di priorità fondato su siffatti criteri nell'accesso a un intervento sanitario salvavita, e quindi nella tutela del diritto alla vita, considerato dalla Corte costituzionale come il primo dei diritti inviolabili¹⁰³ e ambito inviolabile della dignità umana (vedi *supra*).

dell'Università di Cagliari, Padova, 1953, 14ss.; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 205 ss.; M. LUCIANI, [I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato. Italia](#), Studio EPRS – Servizio Ricerca del Parlamento europeo, ottobre 2020, 38; M. LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza, in [Rivista AIC](#), n. 1 del 2016, 1-24 (sulla tutela antidiscriminatoria offerta agli stranieri dal principio di eguaglianza, vedi *ivi*, 22-24). Si può richiamare a tal proposito [Corte cost., 23 novembre 1967, n. 120](#), che afferma: «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [...] diritti fondamentali». Oltre tutto, la giurisprudenza costituzionale ha affermato (ad esempio [Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432](#)) che, pure al di fuori del novero dei diritti fondamentali, le differenziazioni poste dal legislatore tra cittadini e stranieri non possono sfuggire a un controllo di ragionevolezza (come ricordano C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), n. 3 del 2014, 3, e M. LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale, *cit.*, 8-9). Con particolare riferimento ai diritti sociali dello straniero, vedi F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, e C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali*, *cit.*, 2-30. In dottrina, comunque, non mancano posizioni significative, sostenute anche in tempi relativamente recenti, di quanti hanno affermato la non applicabilità del principio di eguaglianza agli stranieri (ad esempio, vedi A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in [Rivista AIC](#), 2 luglio 2010, 6-9; *Id.*, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, I ed., Padova, 1984, 133ss.; *Id.*, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 38 ss.; C. ESPOSITO, *Eguaglianze e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *Id.*, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 24).

⁹⁹ [Corte cost., n. 252 del 2001, cit.](#)

¹⁰⁰ Vedi A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, 127-129.

¹⁰¹ F. SORRENTINO, *Dell'eguaglianza*, Modena, 2014, 56; vedi anche M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza*, *cit.*, 15-16.

¹⁰² Vedi A. CERRI, *Principio di uguaglianza*, in [Treccani OnLine](#), 2018.

¹⁰³ Vedi [Corte cost. n. 223 del 1996](#), *cit.*

Con riguardo al sesso, si può evidenziare, tra l'altro, che nel nostro ordinamento non sono contemplate diversità di trattamento fondate su questo fattore in relazione all'accesso ai diritti sociali, quale è il diritto che interessa in questa sede¹⁰⁴.

Con particolare riferimento alla "razza", si ricorda che ai sensi dell'art. 1, par. 1, della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale¹⁰⁵, per discriminazione razziale si intende «ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica»¹⁰⁶, e che l'art. 5 della stessa Convenzione impegna gli Stati a «garantire a ciascuno il diritto all'eguaglianza dinanzi alla legge senza distinzione di razza, colore od origine nazionale o etnica, nel pieno godimento» di una serie di diritti espressamente menzionati, tra cui figura il diritto alla sanità e alle cure mediche (lett. e, iv)). Un contrasto alle discriminazioni fondate sulla "razza" o l'origine etnica viene condotto anche dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215¹⁰⁷, che individua, tra le aree in cui in modo specifico si applica il principio di parità di trattamento, l'assistenza sanitaria (art. 3, comma 1, lett. f)). Inoltre, come si può osservare, tali previsioni di contrasto alle discriminazioni richiamano, accanto alla nozione di "razza", anche quella di etnia, per la quale la lingua costituisce un connotato particolarmente importante, come ha affermato la Corte costituzionale nella sent. n. 62 del 1992¹⁰⁸. In relazione al fattore religioso e alle opinioni politiche, si può aggiungere che qualsiasi forma di distinzione dei pazienti su tali basi confliggerebbe, rispettivamente, anche con il principio di laicità dello Stato, con la libertà religiosa e di coscienza, con la libertà di manifestazione del pensiero, con il principio democratico e con quello pluralista. Nessun trattamento sfavorevole potrebbe essere ammesso nemmeno in connessione con le opinioni politiche in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione (anche quelle opinioni più ripugnanti e riprovevoli), non essendo idoneo a giustificare una distinzione sulla base di opinioni politiche neanche il dovere di fedeltà alla Repubblica: quest'ultimo, infatti, non solo non può imporre l'intima adesione ai principi costituzionali - «l'adesione ai quali è certo una condizione di sopravvivenza dell'ordinamento, ma non può essere assicurata con ogni mezzo» - ma non può prescindere dal rispetto per i diritti inviolabili di tutti¹⁰⁹.

4.2.1 *Sull'ammissibilità di selezioni basate su alcune particolari condizioni*

L'elenco dell'art. 3, 1° c., Cost. si conclude con le "condizioni personali e sociali", formula idonea a ricomprendere tutti i possibili fattori riferibili al soggetto sulla cui base sarebbe astrattamente possibile stabilire differenze di trattamento, la cui giustificazione e legittimità andranno vagliate caso per caso: rimane fermo il canone per cui deve assicurarsi pari trattamento alle situazioni assimilabili, e trattamento differenziato a quelle che non lo sono¹¹⁰. Posto che del divieto di discriminazione in base alle condizioni personali e sociali non è possibile una trattazione specifica - non essendo il divieto dotato di una sua autonomia¹¹¹ - né esaustiva, in questa sede si prenderanno in considerazione soltanto alcune condizioni significative.

Tra le "condizioni personali e sociali" di cui all'art. 3, 1° c., Cost., rientrano anche le condizioni economiche. Facendo tesoro di quanto affermato in relazione alla libertà personale dalla Corte

¹⁰⁴ Vedi M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza*, cit., 33.

¹⁰⁵ Aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, resa esecutiva in Italia con la l. 13 ottobre 1975, n. 654.

¹⁰⁶ Di tale formula il legislatore italiano si è avvalso per fornire la nozione di discriminazione all'art. 43, comma 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

¹⁰⁷ Esso attua la direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000.

¹⁰⁸ [Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 62.](#)

¹⁰⁹ In questo senso, vedi A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, 217-218.

¹¹⁰ In questo senso, vedi M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza*, cit., 48.

¹¹¹ *Ibid.*, 36, 47.

costituzionale, nella sent. n. 131/1979¹¹², che ha dichiarato l'incostituzionalità della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva, si può affermare che neanche la vita umana sia monetizzabile. In rapporto alle condizioni economiche, il principio di eguaglianza formale e il divieto di discriminazioni operano in sinergia con il principio di eguaglianza sostanziale. Infatti, anche con tale ultimo principio, come già detto *supra* (vedi par. 2), confliggerebbe un criterio di selezione che assegnasse priorità ai pazienti con maggiori capacità di pagare, in tutto o in parte, le prestazioni sanitarie, dal momento che un vantaggio di ordine economico assurgerebbe addirittura a titolo preferenziale per consentire l'accesso a una risorsa salvavita, evidente presupposto del "pieno sviluppo della persona umana" che la Repubblica è impegnata a perseguire attraverso la rimozione delle disuguaglianze economiche e sociali, ai sensi dell'art. 3, 2° c., Cost.¹¹³. Una conferma dell'inammissibilità di selezionare i pazienti per l'accesso a risorse salvavita in base alla capacità di sopportare il costo economico dell'intervento sanitario deriva altresì dalla garanzia di cure gratuite agli indigenti, fissata dall'art. 32, 1° c., Cost., che, come ha evidenziato la Corte costituzionale nella [sent. n. 309/1999](#), impedisce di ledere il nucleo incompressibile del diritto alla salute anche quando si tratti di soggetti in disagiate condizioni economiche, viepiù nei casi estremi in cui questo diritto giunge «a risolversi nel diritto alla vita».

Un particolare interesse riveste la condizione di detenuto, anche per le implicazioni derivanti dal modo di intendere la dignità. La condizione di detenuto non potrebbe giustificare un abbassamento del livello di priorità del paziente nell'accesso alla terapia intensiva, in quanto il detenuto non deve essere mai privato durante l'esecuzione penale «del bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo»¹¹⁴. A tal riguardo, si concorda con chi ha sostenuto che alla Costituzione italiana sono sottese almeno due concezioni della dignità, una "statica" e una "dinamica": la prima si riferisce alla dignità "innata", intesa come la "dote" inamovibile e inalterabile, indisponibile e assoluta, assegnata a ciascun uomo in quanto tale, insuscettibile di subire eventuali conseguenze derivanti dal valore o disvalore del contegno del singolo, o da giudizi di merito o demerito; la seconda si riferisce alla dignità "acquisita", una meta, una conquista, un possesso che può essere conseguito tramite un contegno positivamente valutato, ma che può anche essere perduto a causa di un contegno negativamente valutato¹¹⁵. Questa seconda accezione della dignità emerge, ad esempio, nell'insieme di previsioni costituzionali che contemplano limitazioni di alcuni diritti fondamentali (a cominciare dalla libertà personale), ad esempio in relazione all'ipotesi di responsabilità penale, ma non solo. Per quanto riguarda il diritto di voto, per esempio, l'art. 48, 4° c., Cost. contempla la possibilità di una sua limitazione nelle ipotesi

¹¹² [Corte cost., 21 novembre 1979, n.131](#).

¹¹³ Sul valore normativo e la giuridicità del principio di uguaglianza sostanziale, vedi, tra gli altri, L. PALADIN, *Il principio costituzionale*, cit., 317-335; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 100. Com'è stato affermato, l'art. 3, 2° c., Cost. impegna a fornire protezione ai progetti di emancipazione personale di ciascuno, realizzabili attraverso i diritti inviolabili (cfr. M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza*, cit., 22). Luciani osserva l'impiego del principio di eguaglianza sostanziale - anche se implicitamente, e in aggiunta all'evocazione del divieto di discriminazione sulla base delle condizioni soggettive, ex art. 3, 1° c., Cost. - da parte di [Corte cost., n. 131 del 1979, cit.](#) (vedi ivi, 48).

¹¹⁴ [Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26](#). Si veda anche [Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135](#), che ha affermato che, in mancanza di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere, la limitazione dei diritti «acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.». La garanzia dei diritti fondamentali è ribadita per le persone private della libertà anche dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 (in particolare, art. 1, comma 3).

¹¹⁵ Vedi, a titolo esemplificativo, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 9-22. Analogamente, in Germania, sono state ravvisate due principali impostazioni, cui sarebbero ascrivibili le diverse teorie giuridiche tedesche, ovvero la «teoria della dote» (*Mitgifttheorie*) e la «teoria della prestazione» (*Leistungstheorie*), non incompatibili tra loro: ricostruisce così la riflessione giuridica tedesca Hofmann, il quale propone altresì una propria concezione di dignità, quale promessa reciproca che gli uomini, come appartenenti alla comunità giuridica, si fanno gli uni agli altri: vedi H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 620-650). Tra le possibili accezioni della dignità umana, oltre alla *Mitgifttheorie* e alla *Leistungstheorie* richiama pure la concezione della dignità promessa di Hofmann V. BALDINI, *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2013, 1.

di incapacità civile, sentenza penale irrevocabile e “indegnità morale”¹¹⁶. Evidentemente, l’influenza di una concezione piuttosto che dell’altra ha conseguenze di rilievo nella tutela giuridica che può essere riconosciuta¹¹⁷, sicché assume notevole importanza la corretta individuazione delle concezioni di dignità pertinenti alle varie situazioni di cui il giurista si occupa. Infatti, mentre soltanto la dignità “acquisita” può ammettere distinzioni tra individui, anche tramite la limitazione e la compressione di diritti fondamentali per alcuni, purché queste siano circoscritte e sempre razionalmente giustificate, la dignità “innata” appartiene irrevocabilmente sempre a tutti in modo uguale, e costituisce il baluardo che impedisce la possibilità di una completa privazione dei diritti¹¹⁸. La giurisprudenza costituzionale, qualificando il nucleo irriducibile del diritto alla salute come “ambito inviolabile della dignità umana” (vedi *supra*), fa chiaramente riferimento alla dignità “innata”, tanto più se si considera il diritto a ricevere cure salvavita, ascrivibile pure al diritto alla vita, che è il “primo dei diritti inviolabili” ([Corte cost., n. 223 del 1996, cit.](#)), posto che senza la vita non sarebbero concepibili gli altri diritti. Sul piano del diritto alla salute, e quantomeno su quello del nucleo irriducibile dello stesso, non è dunque ammissibile alcuna distinzione basata sulla responsabilità penale o su qualunque altro giudizio di disvalore o indegnità. Anche se la realtà carceraria ha per molto tempo ostacolato, e continua a farlo, il diritto a ricevere prestazioni sanitarie dei detenuti¹¹⁹, il legislatore ordinario ha interpretato correttamente i principi costituzionali tramite gli enunciati contenuti all’art. 1 del d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, in cui si afferma che, «al pari dei cittadini in stato di libertà», i detenuti e gli internati hanno diritto a prestazioni efficaci, tempestive ed appropriate di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione (comma 1), sottolineando esplicitamente, peraltro, che gli stranieri detenuti e internati in istituti penitenziari sono iscritti al servizio sanitario nazionale e «hanno parità di trattamento e piena eguaglianza di diritti rispetto ai cittadini liberi, a prescindere dal regolare titolo di permesso di soggiorno in Italia» (comma 5). Nel rispetto dei principi costituzionali, quindi, la giurisprudenza costituzionale e il legislatore convergono nell’affermare la piena eguaglianza nel diritto fondamentale alle cure, a prescindere da limitazioni della libertà personale dovute al sistema sanzionatorio penale. Dunque, nessuna influenza sull’ordine di priorità per l’ammissione alle terapie intensive potrebbe avere la condizione di detenuto.

Si consideri adesso un’altra condizione, collegata in modo peculiare alla pandemia di Covid-19: quella dei soggetti non vaccinati. Si segnala che il celebre bioeticista Peter Singer ha sostenuto che i pazienti vaccinati bisognosi di terapie intensive dovrebbero avere una priorità su quelli non vaccinati, i quali dovrebbero “sopportare le conseguenze delle loro scelte”¹²⁰. Come ricorda lo stesso Singer, è ormai noto che, sebbene l’efficacia del vaccino nel contrastare il contagio sia risultata limitata o

¹¹⁶ La Corte costituzionale, con la [sent. n. 43/1970](#), ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della previsione che escludeva dall’elettorato attivo, per indegnità morale, i commercianti falliti in costanza dello stato di fallimento, non oltre i cinque anni dalla sentenza che lo dichiarava, affermando che «l’elettorato, attenendo a diritti attribuiti nell’interesse generale, presuppone nel cittadino qualità adeguate all’altissima portata civica del suo contenuto», e che la limitazione nei riguardi del fallito era fondata «in una sfiducia dell’ordine giuridico verso la sua persona». Sulla limitazione del voto per indegnità morale, vedi M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 14-15. In generale, le limitazioni previste dall’art. 48, 4° c., Cost. devono essere interpretate tenendo conto che il voto corrisponde, oltre che a un diritto soggettivo, anche a una funzione (in questo senso, vedi B. BRANCATI, *Una riflessione sulla privazione del voto per effetto di sentenza penale irrevocabile*, in A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino (curr.), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, 421, 422). In tale prospettiva, poi, l’ipotesi della sentenza penale irrevocabile e della indegnità morale paiono accomunate dall’essere fondate su un giudizio di disvalore assegnato a certi contegni e dunque a un giudizio di indegnità: propone di includere le due ipotesi in una più generale, che suggerisce di denominare “indegnità sociale”, C. PEPE, *I limiti all’elettorato attivo: incapacitazioni e legislazione di emergenza*, Padova, 1997, 73, 74; vedi anche B. BRANCATI, *Una riflessione sulla privazione*, cit., 425-428).

¹¹⁷ Vedi V. BALDINI, *La dignità umana*, cit., 2.

¹¹⁸ Vedi M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 14.

¹¹⁹ In relazione a ciò, vedi *ivi*, 83 ss.

¹²⁰ Vedi P. SINGER, *Victims of the Unvaccinated*, in <https://www.project-syndicate.org>, 5 gennaio 2022. L’inserimento della vaccinazione tra i criteri di priorità è stato proposto anche in Italia: vedi ad esempio l’intervista a Mario Riccio di E. Dusi, “*Priorità ai vaccinati in rianimazione*”: la provocazione di Mario Riccio, il rianimatore di Welby, in [la Repubblica](#), 11 gennaio 2022.

addirittura, con riguardo alle nuove varianti, debole, è stata riconosciuta una notevole efficacia del vaccino nell'evitare le conseguenze più gravi della malattia, e quindi l'ospedalizzazione, l'esigenza di terapia intensiva, la morte¹²¹. Ciò posto, nella prospettiva di Singer, sarebbe ingiusto che chi ha deciso di non sottoporsi al vaccino¹²², sottraendosi al vincolo di solidarietà con la collettività, ed esponendosi a un maggior rischio di contrarre la malattia originata dal virus in forma grave, tale da necessitare di terapia intensiva, sia destinatario di un intervento di terapia intensiva prima di un soggetto ugualmente bisognoso, che però, essendosi vaccinato, ha rispettato il vincolo di solidarietà con la collettività e ha fatto il possibile per non aver bisogno di una terapia intensiva. La *ratio* sottesa alla proposta di Singer potrebbe estendersi ad altri casi. Si pensi a chi, durante la pandemia di Covid-19, in un momento, quindi, in cui le risorse di terapia intensiva sono particolarmente scarse, guidi un veicolo senza cintura di sicurezza, oppure faccia uso di sostanze che rischiano di provocare conseguenze che necessitano di terapia intensiva, o pratici sport pericolosi, o compia qualsiasi altro gesto pericoloso per la propria salute e integrità: in tutte queste ipotesi si potrebbe affermare che i soggetti, esponendosi consapevolmente al rischio elevato di versare in una situazione tale da esigere la terapia intensiva, durante l'imperversare di una pandemia che rende particolarmente scarse e preziose le relative risorse, dovrebbero sopportare pienamente anche le conseguenze estreme dei loro comportamenti, e ricevere una priorità inferiore rispetto ad altri soggetti, che non si sono intenzionalmente messi in pericolo. La *ratio* della proposta di Singer appare, quindi, problematica, anche perché è suscettibile di estendersi ad una casistica indeterminata di esposizione consapevole a rischi per la salute e l'integrità fisica, comportando la necessità di dover effettuare un sindacato, scivoloso e insidioso, sulle ragioni che renderebbero giustificate o meno tali esposizioni a rischi, con le relative implicazioni in termini di priorità per l'accesso alle terapie intensive¹²³. Comunque, l'obiezione principale contro la *ratio* di tale proposta è che essa fa dipendere la priorità nel diritto all'accesso alle cure salvavita da giudizi di merito o demerito, valore o disvalore, laddove tale diritto deriva direttamente dalla dignità umana "innata", sicché nessuna priorità può scaturire da siffatti giudizi: il diritto alla vita non può essere meritato¹²⁴.

Per quanto riguarda la condizione di disabilità, si può rinviare ai parr. 2 e 3 del presente contributo, facendo riferimento in particolare a quanto affermato dall'*Office for Civil Rights* del *Department of Health and Human Service* degli Stati Uniti, dal Tribunale costituzionale federale tedesco, dal *Comité de Bioética* spagnolo, dal Comitato nazionale per la bioetica italiano. Non sono ammissibili decisioni discriminatorie nei confronti delle persone con disabilità, né giudizi che assegnino preferenza alle vite umane senza disabilità rispetto alle vite umane con disabilità. In particolare, non è sufficiente escludere criteri di selezione che espressamente assegnino una priorità inferiore alla categoria delle persone con disabilità in quanto tale, ma è necessario fugare il rischio che questa venga discriminata in maniera silenziosa, non esplicita, attraverso criteri che implicitamente siano ingiustificatamente più svantaggiosi per essa. A tal fine, occorre predisporre nei processi decisionali che a vari livelli interessano la selezione dei pazienti dei sistemi di salvaguardia che impediscano di equiparare erroneamente, sulla base di stereotipi, la condizione della persona con disabilità a una condizione di fragilità che sempre e comunque implichi minori *chance* di sopravvivenza; la sopravvivenza, peraltro, deve essere intesa come "sopravvivenza a breve termine" all'intervento salvavita (come ricorda pure il documento della SIAARTI e della SIMLA del 13 gennaio 2021), altrimenti si rischierebbe di discriminare nella scelta persone con almeno alcuni tipi di disabilità.

¹²¹ Vedi P. SINGER, *Victims of the Unvaccinated*, cit.

¹²² Singer si era già espresso a favore dell'obbligatorietà del vaccino anti-Covid-19 (vedi P. SINGER, [Perché il vaccino dovrebbe essere obbligatorio](#), 4 agosto 2021).

¹²³ Evidenza in generale il problema di dover tracciare le linee di demarcazione, allorquando l'allocazione di risorse sanitarie avvenga secondo valutazioni di "merito" circa i comportamenti rischiosi per la salute, R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit.

¹²⁴ Il Comitato nazionale per la bioetica italiano ha ritenuto «eticamente inaccettabile» un criterio di selezione fondato sulla «responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia» (vedi COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: la decisione clinica*, cit., 3, 7).

Una condizione personale su cui è molto importante soffermarsi, anche per il rilievo che ha avuto nel dibattito sulle scelte nella pandemia, è l'età. Tra i vari ambiti in cui essa assume una notevole rilevanza giuridica, rientrano proprio le tutele offerte dall'ordinamento giuridico alla sfera della vita materiale¹²⁵. Durante la pandemia, il fattore anagrafico si è rivelato assai importante nei pronunciamenti dei diversi soggetti istituzionali e nel dibattito in generale. Soprattutto gli approcci di tipo utilitarista sono stati identificati come latori di forme di discriminazione in base all'età, o "ageism"¹²⁶, dal momento che hanno contemplato la possibilità che venisse deciso di assegnare una priorità inferiore a soggetti che, in caso di sopravvivenza, avrebbero avuto un'aspettativa di vita più breve (cosa che tendenzialmente – ma non necessariamente in tutti i casi - avrebbe implicato preferenza per i più giovani), o addirittura di non ammettere alla terapia intensiva persone oltre una certa età. Per affrontare la questione, complessa e controversa, da un punto di vista giuridico, bisogna assumere come dato di partenza che il nucleo irriducibile del diritto alla salute è "ambito inviolabile della dignità umana"¹²⁷, e come tale va riconosciuto a tutti. Ciò significa che, indipendentemente dall'età, in primo luogo in una situazione ordinaria, in cui salvare la vita di Tizio non è in alternativa con il salvataggio della vita di Caio, ciascuno ha un diritto fondamentale a ricevere un trattamento salvavita. Considerando a partire da tale assunto la situazione non ordinaria in cui bisogna scegliere tra l'offrire una terapia salvavita a Tizio e l'offrirla a Caio, si può affermare, circa gli approcci utilitaristi, che si possono nutrire dubbi sulla possibilità di misurare in modo oggettivo, ed "esterno" rispetto ai titolari del diritto, l'utilità corrispondente agli anni di vita salvata, e sul fatto che da una simile misurazione possano derivare conseguenze in termini di diritti fondamentali. Ovviamente, il titolare del diritto potrà disporre dello stesso rifiutando le cure, sulla base di valutazioni autonome e personali¹²⁸, ma è cosa ben diversa da ciò disporre del diritto altrui secondo un ordine di priorità non accettato dal titolare del diritto. Se la *ratio* dell'ordine di priorità è rinvenuta nell'utilità derivante dagli anni di vita salvata, che si pretende inferiore nel caso dell'età più avanzata, si fa ricorso a una giustificazione che difficilmente pare compatibile con l'idea di dignità umana innata, che dovrebbe prevalere su simili considerazioni¹²⁹. Si deve anche tener conto dell'argomento denominato "*fair innings*", in base al quale a tutti dovrebbe essere data una pari *chance* di raggiungere una soglia di età ritenuta adeguata, in quanto si ritiene che il raggiungimento di tale soglia corrisponda a un vero e proprio diritto di ciascuno, mentre il tratto di vita che oltrepassa tale soglia sarebbe un "di più" che potrebbe essere sacrificato, se necessario, al fine di far raggiungere ad altri la soglia adeguata¹³⁰. In base a questa impostazione, il fattore dirimente per scegliere tra il salvataggio di Tizio o Caio è proprio l'estensione del tratto di vita già vissuto tra i due, e la priorità è assegnata al più giovane anche nell'ipotesi in cui si potesse prevedere che, a seguito del salvataggio, entrambi potrebbero vivere per un pari numero di anni e in buona salute¹³¹. Si potrebbe affermare che, in base a tale argomento, il diritto a ricevere una terapia salvavita è pienamente un diritto fondamentale solo fino a una soglia di età; oltre tale limite, diventa recessivo al cospetto di un'altra persona che non ha raggiunto ancora quella soglia. In questa prospettiva, l'età fungerebbe da legittimo fattore di degradazione (o abbassamento del livello di priorità) del diritto fondamentale a ricevere una terapia salvavita, e il principio di eguaglianza sarebbe rispettato in quanto la differenza di età costituirebbe

¹²⁵ A tale tema è dedicato il saggio di L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, IV, 1117-1136.

¹²⁶ Vedi L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19*, cit., 363. Pare che il termine "ageism" sia stato coniato dallo psichiatra Butler nel 1969 (vedi W.A. ACHENBAUM, *A History of Ageism Since 1969*, in *Generations*, 2015, 10-16; R.N. BUTLER, *Age-Is: Another Form of Bigotry*, in *Gerontologist*, 1969, 243-246).

¹²⁷ [Corte cost., n. 252 del 2001](#), cit.

¹²⁸ In alcuni casi verificatisi durante la pandemia di Covid-19, riportati dalla cronaca, dei malati hanno espresso la volontà di rinunciare alla terapia a favore di pazienti più giovani (vedi S. SPINSANTI, *Una diversa fiducia*, cit., 38).

¹²⁹ Vedi, tra l'altro, COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité*, cit., 7-8.

¹³⁰ L'argomento è stato avanzato, nell'ambito della letteratura sulla salute pubblica, da J. HARRIS, *The Value of Life*, London, 1985, 91.

¹³¹ Vedi G. BOGNAR, *Fair innings*, in *Bioethics*, n. 4 del 2015, 254. Per alcuni riferimenti sulla letteratura in tema di *fair innings*, vedi M.D. ADLER, M. FERRANNA, J.K. HAMMITT, N. TREICH, *Fair innings? The utilitarian and prioritarian value of risk reduction over a whole lifetime*, in [Journal of Health Economics](#), 30 novembre 2020, 2.

un fattore che legittimerebbe un trattamento differenziato tra casi ritenuti non assimilabili. In tal modo, la priorità per i più giovani viene in qualche modo ricondotta a criteri di giustizia¹³². La questione è angosciante e spinosa: dare priorità al più giovane corrisponde, da un lato, ad una percezione diffusa¹³³, al comune senso di assurdità che si avverte in relazione a una morte precoce, e al contempo confligge con l'intima connessione del diritto alla vita con la dignità umana innata, che spetta a tutti gli esseri umani indistintamente, senza che una qualsiasi condizione personale e sociale possa fungere da *ratio* di una degradazione del diritto alla vita di taluno¹³⁴. L'idea che il diritto alla vita delle persone che hanno oltrepassato una certa età sia sacrificabile, se ciò è necessario per salvare persone che ancora non hanno raggiunto quell'età, si regge sulla pretesa di realizzare una certa forma di giustizia, in relazione al confronto tra chi, essendo più giovane, avrebbe "ricevuto di meno", e chi, essendo più anziano, avrebbe "ricevuto di più". Le fondamenta di una tale pretesa paiono, però, vacillare, in quanto il decisore potrebbe entrare in crisi nell'individuazione della persona che "ha ricevuto di più" e di quella che "ha ricevuto di meno", se solo conoscesse, della vita trascorsa da entrambi, elementi ulteriori rispetto al dato anagrafico. In generale, si può affermare che la pretesa di stabilire che un individuo vanta una priorità rispetto ad un altro nel diritto di sopravvivere, in virtù di una condizione della persona ritenuta di per sé meritevole di preferenza, attribuisce agli esseri umani un pericoloso potere di giudizio che pare esorbitare dalle capacità della conoscenza umana. In effetti, pare sovrumano il compito di "fare giustizia sulla durata delle vite umane", pur ignorando non solo i connotati che hanno avuto i sentieri di queste vite, ma anche i fattori imponderabili e nascosti che incidono sulla durata delle vite umane e sui plurimi sensi che esse possono assumere, a seconda delle convinzioni e delle esperienze personali.

Per quanto concerne specificamente la Costituzione italiana, si può affermare che in varie previsioni vengono prese in considerazione specifiche fasi della vita¹³⁵. In particolare, si pensi agli artt. 30 (mantenimento dei figli), 31, 2° c. (protezione dell'infanzia e della gioventù)¹³⁶, 37, 1° c. (speciale adeguata protezione del bambino figlio della donna lavoratrice), 2° e 3° c. (limite minimo di età per il lavoro salariato e lavoro dei minori), 38, 1° c. (mantenimento e assistenza sociale per soggetti inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere)¹³⁷ e 2° c. (previdenza sociale per la vecchiaia). L'art. 32 della Costituzione non menziona il fattore anagrafico, ma la l. n. 833 del 1978, all'art. 2, 2° c., prende esplicitamente in considerazione, tra le competenze del servizio sanitario nazionale, sia le prime («d) promozione della salute nell'età evolutiva [...]»), che le ultime fasi («f) la tutela della salute degli anziani, anche al fine di prevenire e di rimuovere le condizioni che possono concorrere alla loro emarginazione»)¹³⁸. Alla luce di ciò, non pare che dai principi costituzionali sia possibile, attualmente, ricavare la preferibilità della vita del più giovane in quanto tale, a scapito del più anziano¹³⁹. Si deve comunque ricordare che una situazione di scelta tragica del tipo che si sta

¹³² Come detto *supra*, ha ravvisato nel criterio di preferenza per i più giovani una espressione di giustizia distributiva G. RAZZANO, *Riflessioni a margine*, cit., 124.

¹³³ Secondo Razzano, la preferenza per chi può avere più anni di vita salvata corrisponde a «un criterio di senso comune», che si riflette anche nell'antica regola del mare che richiede di mettere prima in salvo i bambini, oltre alle donne (ivi, 124-125).

¹³⁴ Ferrajoli ha affermato che il criterio fondato sull'età è in contraddizione con la dignità della persona, che prescinde dalle sue condizioni personali (vedi L. FERRAJOLI, in Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, cit., 3).

¹³⁵ Una valutazione particolare dovrebbe essere effettuata per il servizio militare ai fini della difesa della Patria, contemplato all'art. 52 Cost., ove non è espressamente menzionato il fattore anagrafico: si potrebbe osservare, però, che il fattore anagrafico entra in gioco implicitamente, dato che l'età condiziona la possibilità di partecipare alla difesa armata.

¹³⁶ Mengoni afferma che tale comma delinea una «parziale periodizzazione della vita dell'uomo, assumendo ad oggetto di speciale tutela, oltre alla maternità e quindi ai periodi prenatale e perinatale della vita, l'infanzia e la gioventù, con riferimento a tutte le esigenze, non solo igienico-sanitarie, ma pure psichico-affettive, delle varie fasi dell'età evolutiva» (L. MENGONI, *La tutela giuridica*, cit., 1127).

¹³⁷ Evidenzia Mengoni che nel 1° comma dell'art. 38 il riferimento alla "terza età" c'è, ma è implicito, essendo questa una causa di inabilità al lavoro (ivi, 1128).

¹³⁸ Vedi *ibidem*.

¹³⁹ Pertanto, anche un criterio che assegnasse priorità ai bambini e agli adolescenti difficilmente potrebbe trovare un ancoraggio costituzionale. È stato sottolineato che l'espressione italiana "superiore o preminente interesse del minore"

indagando, incentrata sul fattore anagrafico, non è contemplata dal testo della Costituzione, e che una siffatta problematica è relativamente recente per il diritto costituzionale. Qualora problematiche di questo tipo fossero oggetto con maggiore intensità di un dibattito pubblico e si formassero orientamenti sufficientemente netti e uniformi in seno alla società (cosa nient'affatto scontata¹⁴⁰) circa l'accettabilità o meno di criteri di selezione incentrati sul fattore anagrafico, tali orientamenti potrebbero assumere rilievo nell'ordinamento¹⁴¹. Scenari di questo tipo, che potrebbero presentare anche risvolti rischiosi, o addirittura inquietanti, non possono essere esclusi.

4.3 Sul criterio che assegna priorità alle maggiori chance di sopravvivenza e sul radicamento costituzionale del conflitto da esso deciso

Nel paragrafo precedente, sono stati evidenziati alcuni criteri di selezione che non potrebbero essere applicati, essenzialmente in quanto discriminatori. Una volta esclusa l'adottabilità di certi criteri, rimane comunque l'interrogativo su quale o quali criteri siano adottabili. Nell'ultima parte del contributo, ci si limiterà a riflettere sul criterio che assegna priorità agli individui con maggiori *chance* di sopravvivenza, indagandone la *ratio* e valutando se sussistano elementi che potrebbero far ritenere non implausibile la sua compatibilità costituzionale, nella consapevolezza del carattere estremamente complesso e controverso di una questione gigantesca, e ancora relativamente recente. Tale consapevolezza induce a proporre semplicemente, e con molta cautela, un possibile inquadramento del problema, non certamente una soluzione che abbia pretesa di definitività.

Prima di addentrarsi in tale valutazione, occorre comunque fare una precisazione preliminare a qualunque ricerca di un criterio di selezione. La predeterminazione di uno o più criteri di selezione non garantisce di mettere al riparo con assoluta sicurezza gli operatori dal dover compiere una scelta tragica non contemplata dai criteri già fissati. Ad esempio, se il criterio prestabilito consiste nel selezionare i pazienti con maggiori *chance* di sopravvivenza, gli operatori potrebbero trovarsi nella situazione di dover scegliere tra più pazienti con *chance* di sopravvivenza equivalenti; e se anche si stabilisse che, a parità di *chance* di sopravvivenza, occorre seguire un ulteriore, diverso, criterio di preferenza (ad esempio, quello anagrafico, sulla cui adottabilità sono state espresse riserve *supra*), gli operatori potrebbero trovarsi nella situazione di dover scegliere tra pazienti che risultano parificabili in base ad entrambi i criteri; e così via. Sarebbe illusorio pensare che non possano verificarsi casi indecidibili attraverso i criteri prestabiliti, in quanto non contemplati da tali criteri; piuttosto, si deve essere consapevoli della possibilità che gli operatori si trovino nell'urgenza di compiere una scelta tragica dovendo ricorrere a criteri e ordini di priorità ulteriori, i quali dovrebbero essere estrapolati di volta in volta. L'individuazione *a priori* di criteri di selezione, quindi, è un'operazione che deve essere compiuta nella consapevolezza che essa non potrà esaurire completamente la (tragicamente) variegata casistica che si può presentare, e che i criteri prefissati potranno soltanto essere considerati come criteri da impiegare in prima istanza, potendo subentrare

non rispecchia fedelmente l'espressione inglese *best interests of the child*, perché quest'ultima non implica ciò che l'espressione italiana evoca, e cioè l'idea di una superiorità e preminenza degli interessi (e, si aggiunge, dei diritti) del minore su interessi e diritti di soggetti che entrano in relazione con il minore; l'idea che i diritti dei minori prevalgano in ogni caso nel bilanciamento con i diritti di altre persone è stata criticata in quanto genererebbe la configurazione di un "diritto fondamentale tiranno" (vedi E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, in particolare 77-86). Si segnala che il criterio che dà priorità a bambini e adolescenti è stato formulato dal Comitato di bioetica spagnolo, che lo ha considerato come unica "discriminazione positiva" ammessa in relazione all'età, sulla base dell'"interesse superiore del minore": vedi COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité*, cit., 11.

¹⁴⁰ Come è stato evidenziato, per quanto il consenso su questioni bioetiche possa ritenersi auspicabile, il raggiungimento di un consenso comunitario è ostacolato da difficoltà di non poco momento, nei contesti pluralisti occidentali odierni (vedi R. CHADWICK, *Salute e allocazione delle risorse*, cit.).

¹⁴¹ Con riferimento ai cosiddetti nuovi diritti, Ruggieri ha affermato che il loro riconoscimento e la loro affermazione è collegata a «consuetudini culturali di riconoscimento [...] diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale» (A. RUGGERI, *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in [Nuove Autonomie](#), n. 2 del 2022, 409).

talora, quando risultassero inadeguati a fare la selezione, il margine di valutazione e decisione degli operatori. Peraltro, una volta applicato un primo criterio di selezione, la difficoltà di individuarne uno ulteriore – qualora l'applicazione del primo non bastasse a individuare un numero di pazienti non eccedente rispetto alle risorse disponibili – pare ancora maggiore, sicché sembrerebbe che lo spettro tremendo di un criterio basato sul caso si riveli in ultima istanza come l'approdo inevitabile (una sorta di criterio di chiusura), una volta esauriti gli altri criteri¹⁴². Inoltre, occorre osservare che se il sorteggio fosse previsto *ex ante* come uno dei criteri o unico criterio, e non semplicemente rimesso alla decisione degli operatori una volta esauriti i criteri predeterminati, esso avrebbe eventualmente la potenzialità di assicurare da solo, senza ricorrere a successivi criteri, l'esclusione di tutti i pazienti eccedenti rispetto alle risorse e la selezione di un numero di pazienti esattamente corrispondente alle risorse disponibili. Il criterio del sorteggio, come detto, recupera una dimensione dell'eguaglianza, consistente nell'eguaglianza delle *chance* di accesso alla risorsa salvavita, laddove l'eguaglianza nell'accesso effettivo alla risorsa salvavita è preclusa in partenza. Ciò che ripugna del sorteggio è che mette dinanzi all'assurdità della morte di alcuni e della sopravvivenza di altri, la cui distribuzione, essendo decisa dal caso, appare in tutta la sua odiosa insensatezza¹⁴³.

Fatta questa precisazione, occorre evidenziare ulteriormente che la regola per cui «a tutti deve essere garantito accesso alla risorsa salvavita» certamente discende dal principio costituzionale di eguaglianza e dal diritto costituzionale alla vita, ma è anche ineluttabilmente condizionata dalla sussistenza di una situazione fattuale, ovvero quella in cui sono presenti risorse sufficienti per l'accesso di tutti.

Per valutare da un punto di vista costituzionale l'adottabilità, nella situazione di insufficienza delle risorse, del criterio che dà priorità a chi ha maggiori *chance* di sopravvivenza a breve termine, occorre considerare che tale criterio è orientato al raggiungimento di un fine, un risultato ritenuto degno di essere perseguito, consistente nel salvare il maggior numero possibile di vite umane: tale fine può essere considerato la *ratio* del criterio. È bene ricordare che i pazienti con minori *chance* di sopravvivenza, a cui verrebbero negate certe terapie salvavita, sono pazienti che, in condizioni ordinarie di risorse sufficienti per tutti, riceverebbero tali cure (se, pur in presenza di risorse sufficienti, essi non le ricevessero, a causa di una valutazione di inappropriata clinica di quelle cure effettuata nei loro riguardi, il problema non si porrebbe nemmeno quando le risorse non sono sufficienti). Tenuto conto di ciò, se non si perseguisse il fine di salvare il maggior numero possibile di vite umane, e l'orizzonte della selezione fosse tracciato soltanto dal diritto individuale a ricevere cure salvavita (“ambito inviolabile della dignità umana”), allora, poiché singoli diritti individuali siffatti sono uguali, non è possibile operare distinzioni tra loro sulla base di caratteristiche dei pazienti; a quel punto, si dovrebbe prendere in considerazione per la selezione un criterio che assegni uguali probabilità a ciascuno di ricevere le cure salvavita (sorteggio), o che comunque adotti un ordine di priorità non orientato a raggiungere fini ulteriori, ma frutto di elementi ed eventi accidentali (ad esempio, l'ordine cronologico della fila, “*first come, first served*”). Però, come si è potuto osservare ai par. 2 e 3, gli stessi approcci basati sull'eguaglianza hanno legittimato il criterio fondato sulla valutazione medica delle *chance* di sopravvivenza. Questo si può conciliare con l'eguaglianza nella misura in cui viene inteso – a differenza dei criteri discriminatori affrontati al par. 4.2 (cittadinanza, sesso, “razza” etc.) – non come preferenza per una condizione della persona, bensì come metodo operativo adottato per raggiungere un fine estrinseco alle condizioni personali, ovvero salvare il maggior numero possibile di vite umane.

Le condizioni delle persone che vengono in rilievo nella selezione sono le *chance* di sopravvivenza, ma queste non rappresentano la *ratio* della selezione. Infatti, non si assegna priorità a

¹⁴² Hübner pone la questione dei criteri da adottare nel caso in cui le risorse non fossero sufficienti per salvare più pazienti con le stesse *chance* di sopravvivenza, e riconosce che in via definitiva rimane il sorteggio, quando gli altri criteri sono stati applicati (J. HÜBNER, *Das Gesetz*, cit., 56).

¹⁴³ Ci si potrebbe chiedere se si possa sostenere che ciò confligga contro una certa idea di dignità umana, che esigerebbe l'impossibilità di dare luogo a una morte (almeno apparentemente) “insensata”. La questione, complessa e meritevole di un'indagine vasta e approfondita, non può essere qui sviluppata.

chi ha maggiori *chance* di sopravvivenza rispetto a chi ne ha minori in quanto si assume che il diritto individuale a ricevere cure salvavita dei primi prevalga su quello dei secondi (ciò sarebbe incompatibile con la qualificazione del diritto in questione come “ambito inviolabile della dignità umana”, necessariamente uguale per tutti), ma in quanto tale ordine di priorità costituisce un *modus procedendi* che dovrebbe permettere di salvare il maggior numero possibile di vite umane, sul presupposto che ogni vita umana (indipendentemente dalle condizioni del soggetto) sia estremamente preziosa: a certi soggetti viene negata la terapia salvavita perché si ritiene che sia più improbabile salvare la loro vita rispetto a quella di altri, ai quali si preferisce destinare le risorse scarse, per salvare il maggior numero possibile di vite. In questo senso, il criterio non pare discriminatorio, perché non nega la pari dignità umana (innata) di tutti i pazienti e non fonda la selezione sulla presunta meritevolezza o preferibilità di certe caratteristiche delle persone rispetto ad altre.

Posto ciò, occorre focalizzare l'attenzione sul fine, corrispondente alla *ratio* del criterio, ovvero salvare il maggior numero di vite possibile. A tal riguardo, è stato autorevolmente ricordato che i conflitti tra valori costituzionali dovrebbero essere affrontati attraverso la ricerca di «un esito del “bilanciamento” stesso che comporti il minor costo possibile per i valori nel loro fare “sistema” o – il che è praticamente lo stesso – che porti a fissare il più in alto possibile il punto di sintesi degli stessi»¹⁴⁴. Ebbene, pare plausibile ritenere, nella situazione tragica in questione, la salvezza del maggior numero possibile di vite umane come il punto a cui corrisponde il “minor costo possibile” per i valori in gioco. Al contempo, individuata la *ratio* del criterio, occorre sottolineare che lo stesso definisce un conflitto tra la dimensione collettiva e la dimensione individuale della salute, entrambe radicate nell'art. 32 Cost. Da quest'ultimo si evince il carattere ricco, complesso e articolato del rilievo costituzionale della salute. Le diverse dimensioni della salute sono contemplate e radicate nell'art. 32 della Costituzione, ma ciò non comporta che dal testo della Costituzione si evinca sempre una soluzione certa e pacifica per tutti i possibili casi della vita. Talvolta, l'apporto di alcuni attori (legislatore, Corte costituzionale, giudici comuni, etc.) è fondamentale per affrontare questioni molto controverse. I termini del conflitto definito dal criterio delle maggiori *chance* di sopravvivenza sono contemplati dalla Costituzione, ma dalla Costituzione non si ricava in modo pacifico la soluzione di tale conflitto nella peculiare situazione data.

A questo punto, può essere opportuno accostare al caso del *triage* per le terapie intensive un altro caso, quello delle vaccinazioni obbligatorie, non perché siano sovrapponibili, ma perché dal secondo si possono trarre alcune indicazioni utili anche per il primo. Occorre innanzitutto mettere in luce le differenze tra i due casi, per evitare equivoci. Per quanto riguarda le vaccinazioni obbligatorie, il danno alla salute o addirittura la morte possono essere conseguenze (eventuali) di un trattamento sanitario obbligatorio, mentre nel caso della selezione per le terapie intensive sono conseguenza della negazione dell'accesso a un trattamento sanitario. Poi, nel caso delle vaccinazioni obbligatorie, si accetta l'eventualità che possano verificarsi alcuni danni alla salute o alcune morti in conseguenza del vaccino¹⁴⁵, ma tali conseguenze vengono accettate in un momento in cui sono corrispondenti soltanto a valori statistici, non riguardano ancora individui identificati: infatti, non è consentito effettuare una vaccinazione obbligatoria su un certo individuo, se si ritiene probabile prima di effettuare la vaccinazione che essa gli cagionerà un danno serio. Nel caso del *triage* per le terapie intensive, invece, gli operatori effettuano delle scelte nella consapevolezza che esse comporteranno con elevata probabilità (forse, a volte, addirittura con certezza) la morte di certi individui, identificati,

¹⁴⁴ A. RUGGERI, Intervista di R. CONTI a L. FERRAJOLI, A. RUGGERI, L. EUSEBI, G. TRIZZINO, *Scelte tragiche e Covid-19*, cit., 3. Peraltro, secondo l'A., l'individuazione del minor costo possibile per i valori nel sistema va fatta, nella scelta tragica di cui ci si occupa, tenendo conto dei doveri di solidarietà e fedeltà alla Repubblica (e, quindi, anche dell'esigenza di assicurare la continuità del gruppo sociale e la sua trasmissione nel tempo): vedi ivi, 3, 6 e *passim*.

¹⁴⁵ L'indennizzo per i danni da vaccino non nega che l'eventualità del pregiudizio sia accettata dal decisore, ma presuppone proprio tale accettazione. Ciò pare trovare una conferma in [Corte cost., n. 14 del 2023](#), cit., in materia di obbligo vaccinale anti SARS-CoV-2, in cui la Corte costituzionale ha riconosciuto di essere «sempre partita dalla consapevolezza che esiste un rischio di evento avverso anche grave con riferimento ai vaccini e, ancor prima, a tutti i trattamenti sanitari», rischio che «non rende di per sé costituzionalmente illegittima la previsione di un obbligo vaccinale», posto che «l'eventualità che si manifesti un evento avverso è la ragione della previsione dell'indennizzo».

con un nome e un volto già al momento in cui si operano le scelte. Ciò pone un problema sul piano dell'etica medica ordinaria del rapporto con il singolo paziente. A tal proposito, si potrebbe ritenere che, in una siffatta situazione, il paradigma dell'etica della sanità pubblica confligga con il paradigma dell'etica medica ordinaria¹⁴⁶, in quanto quest'ultimo paradigma, affinché sia assicurato il diritto alle cure a ciascuno, richiede che siano disponibili le risorse per ciascuno (e questa condizione non sussiste nella situazione data). Tale conflitto è rivelatore del conflitto tra dimensione individuale e dimensione collettiva della salute, che è sotteso anche alla scelta tragica delle vaccinazioni obbligatorie¹⁴⁷, come pure ha affermato la Corte costituzionale, anche di recente, con la [sent. n. 14 del 2023](#)¹⁴⁸, concernente le vaccinazioni anti SARS-CoV-2. Proprio sul piano del rapporto (almeno potenzialmente) conflittuale tra dimensione collettiva e dimensione individuale della salute, i cui termini trovano sede nell'art. 32 Cost., il caso delle vaccinazioni obbligatorie può offrire indicazioni utili per quello della selezione per l'ammissione alle terapie intensive in condizioni di risorse insufficienti. La [sent. n. 14 del 2023](#)¹⁴⁹, richiamando in modo particolare la [sent. n. 118 del 1996](#)¹⁵⁰, ha affermato che il conflitto tra dimensione individuale e dimensione collettiva della salute può giungere al punto che «il perseguimento dell'interesse alla salute della collettività, attraverso trattamenti sanitari, come le vaccinazioni obbligatorie, pregiudichi il diritto individuale alla salute, quando tali trattamenti comportino, per la salute di quanti ad essi devono sottostare, conseguenze indesiderate, pregiudizievoli oltre il limite del normalmente tollerabile», ribadendo al contempo che tali trattamenti «sono leciti». La [sent. n. 118 del 1996](#) ha riconosciuto che la previsione di una vaccinazione obbligatoria rimarrà una scelta tragica «finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche», e l'impiego dell'avverbio “completamente” suggerisce che anche il rischio remoto connota in senso tragico la scelta. In questo senso, la salute quale interesse della collettività e la salute individuale «entrano in conflitto»¹⁵¹. Infatti, sebbene la salute quale interesse della collettività (si potrebbe anche dire, in questo caso: “la salute del maggior numero possibile di persone”) non prevalga sulla salute individuale fino al punto di consentire l'imposizione di un trattamento nella consapevolezza che esso comporti il rischio significativo di un pregiudizio serio alla salute del singolo (distinto dalle conseguenze temporanee e di scarsa entità, quindi normali e tollerabili¹⁵²), tuttavia essa può consentire, con la previsione di una vaccinazione obbligatoria, che al singolo venga imposta l'assunzione di un rischio remoto di subire un pregiudizio significativo alla propria salute¹⁵³. Se invece alla salute individuale si dovesse offrire la più elevata tutela astrattamente concepibile, neanche questo rischio remoto potrebbe essere imposto, con conseguente illegittimità delle vaccinazioni obbligatorie che comportano tale rischio. Quindi, si può anche affermare che, nel rapporto tra salute collettiva e salute individuale nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie, si ammette entro una limitata misura (il rischio remoto di pregiudizio serio per la salute del singolo), e ovviamente nel rispetto delle altre condizioni, che la tutela della prima prevalga sulla tutela della seconda, mentre tale prevalenza non è ammessa per livelli di rischio più elevati. Nel campo delle vaccinazioni obbligatorie, dunque, la Corte costituzionale ha già considerato legittima una regola che decide il conflitto tra salute collettiva e salute individuale - i cui termini si radicano nell'art. 32 Cost.

¹⁴⁶ Come riconosciuto nel documento SIAARTI, SIMLA, *Decisioni per le cure*, cit., 3.

¹⁴⁷ Ha evidenziato la possibilità di un conflitto tra interesse della collettività alla salute e salute individuale nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie B. BRANCATI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana pronuncia un'ordinanza istruttoria per valutare se sollevare questione di costituzionalità sull'obbligatorietà dei vaccini anti Sars-CoV-2*, in *Foro it.*, 2022, III, 172.

¹⁴⁸ [Corte cost., 9 febbraio 2023, n. 14.](#)

¹⁴⁹ [Corte cost., n. 14 del 2023, cit.](#)

¹⁵⁰ [Corte cost., n. 118 del 1996, cit.](#)

¹⁵¹ [Corte cost., n. 118 del 1996, cit.](#)

¹⁵² Vedi [Corte cost., n. 307 del 1990, cit.](#)

¹⁵³ La sussistenza di questo rischio è stata ricordata dalla Corte costituzionale in particolare a partire da [Corte cost., n. 307 del 1990, cit.](#), fino a [Corte cost., n. 14 del 2023, cit.](#), nonché da [Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 aprile 2021, Vavrička e altri c. Repubblica Ceca, nn. 47621/13 e a.](#)

– nel senso di far prevalere, a determinate imprescindibili condizioni ed entro una misura limitata (nel senso spiegato *supra*), la salute del maggior numero possibile di persone sulla salute individuale. La regola che si può estrapolare dalla giurisprudenza costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie si potrebbe formulare così: “si può imporre un trattamento sanitario al fine di tutelare la salute e la vita del maggior numero possibile di persone, anche accettando che da esso derivi un danno alla salute o la morte di singoli individui, purché tali conseguenze non siano ritenute come significativamente probabili per il singolo individuo prima dell’effettuazione del trattamento”. D’altro canto, la regola che dà priorità a chi ha maggiori *chance* di sopravvivenza per salvare il maggior numero di vite, nel *triage* per le terapie intensive, si potrebbe formulare nei termini seguenti: “nella selezione per l’ammissione a terapie salvavita, quando le risorse sono insufficienti per salvare la vita di tutti, occorre dare priorità a chi ha maggiori *chance* di sopravvivenza, al fine di salvare la vita del maggior numero possibile di persone, negando l’accesso alle terapie a coloro che hanno minori *chance* di sopravvivenza, pur nella consapevolezza che da ciò deriverà probabilmente o con certezza la morte di questi ultimi”.

Come già detto, il caso delle vaccinazioni obbligatorie non è del tutto sovrapponibile al caso del *triage* per l’ammissione alle terapie intensive, ed anche la regola che dà priorità alle maggiori *chance* di sopravvivenza, adottata per decidere il secondo, non può considerarsi come sovrapponibile a quella impiegata per decidere il primo. Tuttavia, le due regole condividono qualcosa. Infatti, anche la regola delle maggiori *chance* di sopravvivenza per il *triage* per le terapie intensive, come quella sulle vaccinazioni obbligatorie estrapolata dalla giurisprudenza costituzionale, decide un conflitto tra salute quale interesse della collettività e salute individuale facendo prevalere, a certe imprescindibili condizioni, la salute/vita del maggior numero possibile di persone sulla salute/vita individuale. Come si è visto, la regola delle maggiori *chance* di sopravvivenza ha già trovato un recepimento in Italia da parte di soggetti qualificati, come il Comitato nazionale per la bioetica e alcune società professionali, ma non sembra poter vantare ancora il grado di consolidamento all’interno dell’ordinamento che ha la regola sulle vaccinazioni obbligatorie, riguardando un tipo di problema che, per lo meno nella entità conosciuta durante la pandemia di Covid-19, si è imposto all’attenzione del dibattito pubblico e delle istituzioni da relativamente poco tempo.

Il fatto che la regola sulle vaccinazioni obbligatorie sia saldamente confermata dalla giurisprudenza costituzionale e consolidata nell’ordinamento potrebbe costituire un elemento favorevole a un futuro consolidamento ordinamentale anche della regola delle maggiori *chance* di sopravvivenza nel *triage* per le terapie intensive. Non sembra di potersi escludere che l’art. 32 Cost., costituendo il riferimento costituzionale per l’articolazione dei delicati (e a volte tragici) rapporti tra dimensione collettiva e dimensione individuale della salute, possa offrire copertura costituzionale a quest’ultima regola, come ha fatto con la prima.