

LIBER AMICORUM
PER
PAOLO ZATTI

VOLUME PRIMO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

www.jovene.it info@jovene.it

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

VOLUME PRIMO

<i>Presentazione</i>	p. XV
GIOVANNI IUDICA, <i>Paul-Anton Masstele</i>	» XVII

TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

FABIO ADDIS Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat.....	» 3
ANGELO BARBA Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato.....	» 21
GIOVANNI FURGIUELE Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico	» 35
PAOLO GAGGERO Significanti del diritto dell'economia e interpretazione.....	» 45
MAURO GRONDONA La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione	» 59
MARIO LIBERTINI Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università	» 71
FILIPPO NAPPI Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma forma- tivo per il giurista italiano	» 85
ANDREA NERVI <i>Legis-latio</i> e <i>iuris-dictio</i> ; una storia infinita	» 99
MASSIMO PARADISO I. A. Il computer di Buridano	» 113
ELENA PARIOTTI Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali.....	» 123
ALESSANDRO SOMMA L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un di- spositivo neoliberale di successo.....	» 133
GIUSEPPE VETTORI Eguaglianza e sostenibilità	» 151

GIUSEPPE ZACCARIA

Normatività giuridica e normatività algoritmica p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE
E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA

Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE

La compravendita immobiliare tramite persona interposta » 183

ROBERTO BOCCHINI

Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice » 205

NICOLA BRUTTI

Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* » 225

CARMELITA CAMARDI

Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI

Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN

Abbandono e rinuncia alla proprietà nel prisma della circolazione degli immobili » 265

GIOVANNI CINÀ

Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS

Autoresponsabilità e contratto di assicurazione » 293

ALESSANDRO D'ADDA

Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» » 305

ENRICO DEL PRATO

Sul quarto libro del codice civile » 325

MASSIMO FRANZONI

La responsabilità civile in un codice europeo? » 339

DANIELA M. FREANDA

Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI

La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca » 365

GREGORIO GITTI

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI

Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" » 401

MICHELE LOBUONO	
Le fidejussioni <i>omnibus</i> conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato	» 409
ETTORE MARIA LOMBARDI	
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciber spazio e iperuranio, dove condurrà il “futuro prossimo venturo”?	» 419
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA	
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario	» 437
MARCELLO MAGGIOLO	
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica	» 445
ENRICO MINERVINI	
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura.....	» 451
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Il “ <i>quantum</i> ” del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona....	» 457
STEFANO PAGLIANTINI	
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela.....	» 467
GIOVANNI PASSAGNOLI	
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia	» 479
ROBERTO PUCELLA	
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo	» 487
FRANCESCO RICCI	
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023)	» 503
NICOLA RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno	» 519
VINCENZO ROPPO	
L’ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili.....	» 533
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale.....	» 545
ANNA SCOTTI	
Proposta di direttiva “ <i>due diligence</i> ”: le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell’attività di impresa, il contratto e i codici di condotta.....	» 563
MAURO TESCARO	
Lo stato dell’arte del risarcimento punitivo	» 577
EMILIO TOSI	
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo	» 591
PATRIZIA ZIVIZ	
Il declino della perdita di <i>chances</i> di sopravvivenza	» 609
ANDREA ZOPPINI	
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio “chi inquina paga”).....	» 619

BIODIRITTO

MARCO AZZALINI	
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura.....	» 633
LUCIA BUSATTA - CARLO CASONATO - SIMONE PENASA - MARTA TOMASI	
Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona	» 651
FRANCESCO DONATO BUSNELLI	
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore	» 665
ELENA CADAMURO	
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica	» 679
DAMIANO CANALE	
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso	» 693
STEFANO CANESTRARI	
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*	» 705
GIOVANNI DI ROSA	
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito	» 713
VINCENZO DURANTE	
Quando continuare a vivere diventa intollerabile	» 723
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI	
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita	» 739
ELENA FALLETTI	
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica	» 755
MASSIMO FOGLIA	
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura).....	» 769
FRANCESCA GIARDINA	
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana.....	» 775
ANTONIO GORGONI	
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....	» 791
LAURENCE KLESTA CHABAUD	
<i>Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française</i>	» 813
ARTURO MANIACI	
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio.....	» 823
GAIA MARSICO	
Accogliere una richiesta di “aiuto a morire” può restituire uno spazio di vita?	» 839
TIZIANA MONTECCHIARI	
Disposizione <i>post mortem</i> del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10.....	» 853
ENRICO MOSCATI	
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione.....	» 865

LUCIANO ORSI	
Le cure palliative come icona di una medicina gentile.....	» 875
ELISABETTA PALERMO FABRIS	
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari.....	» 879
ERICA PALMERINI	
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia.....	» 893
MARIASSUNTA PICCINNI	
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal “palliativo” non dirimente al “ <i>pallium</i> ” che cura.....	» 905
DEBORA PROVOLO	
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. “scelte tragiche”	» 925
MARCO RIZZUTI	
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi.....	» 939
DANIELE RODRIGUEZ - ANNA APRILE - PAOLO BENCIOLINI	
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	» 947
SANDRO SPINSANTI	
L’etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità.....	» 959
INES TESTONI	
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia.....	» 971

VOLUME SECONDO

DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI	
Minori in rete: l’illusione del consenso e l’equivoco della <i>privacy</i>	» 983
FRANCESCA BARTOLINI	
Transessualismo, persona e famiglia.....	» 1001
ANDREA BELVEDERE	
Paolo Zatti giurista analitico	» 1013
ALBERTO MARIA BENEDETTI	
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni.....	» 1021
GIOVANNA CAPILLI	
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR.....	» 1031
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	
<i>Guarda de becho</i> e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili.....	» 1047
GIUSEPPE CARRARO	
Persona giuridica, società, libertà fondamentali	» 1061

MICHELA CAVALLARO	
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative.....	» 1075
PAOLO CENDON	
L'uomo che voleva punire se stesso	» 1087
MARTA CENINI	
La c.d. legge “dopo di noi”: l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili	» 1091
GIOVANNI DE CRISTOFARO	
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE.....	» 1099
MARIA VITA DE GIORGI	
Memorie di una Garante del contribuente.....	» 1121
MAURIZIO DI MASI	
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali	» 1127
CHIARA FAVILLI	
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali.....	» 1143
GIAMPAOLO FREZZA	
“Diritti di stato della persona”, trascrizione della domanda di revocazione <i>ex art.</i> 2652, comma 1, n. 9- <i>bis</i> e inapplicabilità della relativa disciplina	» 1159
ARIANNA FUSARO	
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi	» 1169
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI	
<i>Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano</i>	» 1193
CLAUDIA IRTI	
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione.....	» 1215
GIOVANNI MARINI	
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico.....	» 1225
MARISARIA MAUGERI	
Intersezionalità e diritto dei contratti.....	» 1245
ARNALDO MORACE PINELLI	
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età.....	» 1251
TERESA PASQUINO	
La dignità tra <i>ethos</i> e <i>nomos</i> nel “diritto gentile” di Paolo Zatti	» 1261
FABRIZIO PIRAINO	
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili	» 1277
PIETRO RESCIGNO	
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile	» 1295
ANNARITA RICCI	
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali.....	» 1297

UMBERTO ROMA	
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace?	» 1311
LILIANA ROSSI CARLEO	
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarietà	» 1321
ROBERTO SENIGAGLIA	
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore.....	» 1331
MICHELE TAMPONI	
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore	» 1345
MANUELA TOLA	
Pagamenti digitali e fragilità della persona	» 1359
ANGELO VENCHIARUTTI	
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità.....	» 1371
ALBERTO VENTURELLI	
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione	» 1381
FILIPPO VIGLIONE	
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità	» 1401

DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN	
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale».....	» 1419
GUIDO ALPA	
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni.....	» 1429
GIUSEPPE AMADIO	
Lo scioglimento della convivenza	» 1447
ANTONINA ASTONE	
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata	» 1463
FEDERICO AZZARRI	
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta	» 1475
VALERIO BRIZZOLARI	
La famiglia "sovraindebitata"	» 1487
LORENZA BULLO	
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile	» 1505
ENRICO CAMILLERI	
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile	» 1529
LISIA CAROTA	
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione.....	» 1545

BIANCA CHECCHINI	
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento	» 1563
MADDALENA CINQUE	
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto	» 1579
ALESSANDRA CORDIANO	
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia....	» 1597
FRANCESCA CRISTIANI	
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza	» 1613
MATTEO DELLACASA	
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato	» 1627
VALENTINA DI GREGORIO	
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia.....	» 1647
GILDA FERRANDO	
Lo stato di figlio nel prisma dell’interesse del minore.....	» 1663
PAOLO GALLO	
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell’arricchimento.....	» 1677
ATTILIO GORASSINI	
Gli adulti adulterati e la fame di “famiglia”. Il nuovo cannibalismo dell’antropocene ...	» 1691
GIOVANNI IORIO	
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia	» 1703
LEONARDO LENTI	
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti.....	» 1717
MANUELA MANTOVANI	
Sullo <i>status</i> dei bambini nati da gestazione per altri all’estero. <i>Nilhil novi?</i> Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.....	» 1727
MARIA ROSARIA MARELLA	
Fra modernizzazione e tradizione: l’ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari.....	» 1753
FRANCESCA NADDEO	
Crisi coniugale ed accordi preventivi.....	» 1773
SALVATORE PATTI	
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni	» 1789
ENRICO QUADRI	
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare	» 1795
SILVIO RIONDATO	
“Persona comunque convivente” e legalità penale, nell’album di “famiglia” del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).....	» 1809
FILIPPO ROMEO	
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all’unità familiare	» 1825

UGO SALANITRO	
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile.....	» 1839
FRANCESCO SANGERMANO	
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a “fonte” ispiratrice della norma giuridica.....	» 1849
MICHELE SESTA	
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari	» 1857
ARIANNA THIENE	
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile	» 1867
STEFANO TROIANO	
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività	» 1885

ERICA PALMERINI

NUOVE SCELTE TRAGICHE NEL BIODIRITTO DELLA PANDEMIA

SOMMARIO: 1. Biodiritto e pandemia. – 2. La pandemia e le nuove “scelte tragiche”. – 2. Il *triage* nell'emergenza pandemica. – 4. Il merito e il metodo delle scelte allocative. – 5. L'esperienza tedesca. – 6. Decisioni micro-allocative e responsabilità dei sanitari.

1. *Biodiritto e pandemia*

L'emergenza pandemica che abbiamo recentemente vissuto non cessa di interrogare il giurista sotto molteplici prospettive. Anche soltanto limitando una rassegna dei problemi discussi all'ambito giusprivatistico¹, è possibile identificare svariati temi e settori interessati sia dal fenomeno in sé sia dalle reazioni normative di governo della crisi. Un rapido inventario comprende il diritto della famiglia e le relazioni incise dalle limitazioni di spostamento e di contatto; il diritto delle obbligazioni e dei contratti alla prova di sopravvenienze eccezionali; la responsabilità civile sanitaria in situazioni di rischio straordinario, di carenza di mezzi materiali e di conoscenze mediche consolidate. Uno spazio non piccolo occupa il biodiritto, per così dire, della pandemia, con i problemi relativi alle campagne vaccinali, dalla obbligatorietà del vaccino per alcune categorie, al suo rapporto con l'istituto del consenso informato, alle regole sul coinvolgimento di soggetti fragili come le persone senza fissa dimora, alle conseguenze risarcitorie di effetti dannosi dei farmaci impiegati. Uno dei problemi più discussi, manifestatosi specialmente nella fase più precoce dell'emergenza, riguarda la scarsità di risorse – in termini, soprattutto, di dispositivi per la ventilazione meccanica e di posti-letto in terapia intensiva – che in Italia, il primo Paese occidentale colpito in maniera massiccia dai contagi, ha assunto proporzioni drammatiche. Dall'angolazione giuridica ci si è misurati con l'assenza di criteri normativi che potessero offrire sostegno all'operato dei medici nella gestione dell'insufficienza delle risorse, attuale o anticipata; con l'inadeguatezza, più in generale, dei meccanismi per ordinare l'accesso dei pazienti ai presidi sanitari di fronte alla grande sproporzione tra bisogni di cura e disponibilità reali. A seguito dell'emersione di documenti rivolti a sopperire a tale carenza di indicazioni, provenienti dalla stessa classe medica in un esercizio di autodisciplina, si è passati a vagliare la tenuta delle scelte operate rispetto al quadro costituzionale; infine, a considerare la valenza del metodo prescelto per regolare un problema imminente, quello dell'adozione di linee-guida da parte di associazioni professionali, rispetto al rango fondamentale dei diritti coinvolti. L'ultimo passaggio della riflessione investe per l'appunto la dinamica delle fonti e l'opportunità – o la necessità – di affidare al legislatore una disciplina dell'allocazione di risorse sanitarie scarse. Una vicenda che ha riguardato il sistema tedesco e la particolare

¹ Cfr. le premesse del documento elaborato dall'Associazione dei Civilisti Italiani, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, contenente una proposta sottoposta al Governo nel quadro degli interventi legislativi di emergenza.

pregnanza della sua Costituzione rispetto al divieto di discriminazione in base alla disabilità consente di tornare sul tema dall'angolazione prospettica delle scelte normative future: per chiedersi se sia possibile una regolazione preventiva dell'emergenza, chi sia il soggetto dell'ordinamento che vi è tenuto, quali canoni di orientamento delle decisioni siano compatibili con il dettato costituzionale.

2. *La pandemia e le nuove "scelte tragiche"*²

La crisi pandemica ha restituito interesse a un tema classico di "giustizia sanitaria", quello dell'allocazione di risorse scarse per fini di tutela della salute. I contesti in cui la questione è emersa sono diversi e distinguibili anche dal punto di vista diacronico: dapprima è stata studiata in relazione all'emodialisi; successivamente si è riproposta in merito alla disponibilità e alla assegnazione di organi da destinare a trapianto. Le situazioni di emergenza dovute a catastrofi naturali, a guerre o a epidemie sono ugualmente un terreno di messa a punto e di discussione del problema, che si pone infine, in termini molto meno drammatici e, anzi, in condizioni pressoché fisiologiche, nel contesto del *triage* di pronto soccorso.

Una precisazione preliminare che ricorre in numerose trattazioni investe la distinzione tra le decisioni macro-allocaive, o di primo grado, e le decisioni micro-allocaive, o di secondo grado: le prime sono quelle relative alla produzione delle risorse, assunte nel contesto delle politiche sanitarie (concernenti gli investimenti in spesa sanitaria, eventualmente secondo un ordine di priorità per settori o tipologie di intervento)³; le altre sono quelle che le strutture, e spesso i singoli medici, devono adottare quando la disponibilità di mezzi (strumentali e di personale) è limitata rispetto alle necessità di cura.

Nel corso dell'emergenza determinata dal diffondersi dell'infezione da Covid-19 si sono avanzati molti dubbi sull'equità e la validità delle scelte c.d. macroallocaltive (per esempio, sulla proporzione tra il numero dei posti di terapia intensiva e la popolazione, anche nel confronto con Paesi vicini); tuttavia, le criticità di questo tipo – parzialmente mitigate da interventi straordinari – sono state sopravanzate, nella considerazione giuridica, dal problema immediato e drammatico della scarsità di risorse al livello micro-allocaivo⁴. La discussione al riguardo nella letteratura medica ed etico-giuridica è stata molto ampia⁵, e spesso si è svolta in forma di contrappunto e di analisi critica di docu-

² Il riferimento, ineludibile, è a un classico della letteratura biogiuridica: CALABRESI - BOBBIT, *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, WW Norton & Co., 1978. Uno degli Autori ritorna sul tema nell'intervista resa a CONTI, *Tragic Choices 42 anni dopo. Philip Bobbit riflette sulla pandemia*, in *Giustizia Insieme*, n. 1049, 17 maggio 2020.

³ Sul tema, da ultimo, si veda il volume di DI COSTANZO - CERRUTI, *Allocazione delle risorse e tutela costituzionale del diritto alla salute. I sistemi in Europa e il caso italiano*, Il Mulino, 2020.

⁴ I problemi legati all'organizzazione complessiva del sistema sanitario e ai costi della salute, messi a nudo dalla pandemia, devono essere oggetto di valutazione soprattutto da parte della politica: ce lo ricorda Emanuela NAVARRETTA, nella Prolusione per l'Inaugurazione dell'Anno Accademico 2022-23 all'Università di Pisa, 28 febbraio 2023, 7.

⁵ Un campione rappresentativo delle numerose posizioni espresse e di grande utilità sul piano informativo include: SMORTO, *The Right to Health and Resource Allocation. Who Gets What and Why in the COVID-19 Pandemic*, in *Global Jurist*, 2020; EMANUEL *et al.*, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, in *New England Journal of Medicine*, 2020, 382:21, 2049 ss.; KIRKPATRICK *et al.*, *Scarce-Resource Allocation and Patient Triage During the Covid-19 Pandemic*, in *Journal of the American College of Cardiology*, 2020, vol. 76, n. 1, 85 ss.; DAO *et al.*, *Ethical factors determining ECMO allocation during*

menti rapidamente approvati da associazioni mediche, organismi di bioetica, istituzioni operanti in ambito sanitario.

3. *Il triage nell'emergenza pandemica*

In questo quadro di incertezza, già nella primissima fase dell'emergenza pandemica la Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva, seguendo o anticipando l'azione di enti e organismi omologhi di altri Paesi⁶, ha emanato delle Raccomandazioni per orientare l'attività di *triage*⁷.

Muovendo dalle prime evidenze di “un enorme squilibrio tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive” e nel timore di un rapido peggioramento dello scenario, le Raccomandazioni affrontano la prospettiva di un razionamento dell'accesso alle cure e propongono i criteri tramite cui amministrarlo. Premesso che tale prospettiva è considerata accettabile soltanto quando sia stato compiuto ogni sforzo per incrementare il numero dei letti di terapia intensiva o per trasferire i pazienti verso centri più attrezzati, si identificano alcuni principi prioritari a cui informare la selezione. In negativo, si propone di abbandonare il criterio del “*first come, first served*”, che è comunemente utilizzato per i ricoveri in terapia intensiva e, con diversi correttivi, per l'inserimento nelle liste di attesa per il trapianto di organi (ma non per il *triage* ordinario in pronto soccorso, dove vale la gravità della condizione e, solo a parità di gravità, l'ordine di arrivo). Sul piano dell'equità, esso appare infatti problematico in una situazione come quella da fronteggiare nella crisi pandemica: per un verso, il probabile arrivo contemporaneo, o quasi contemporaneo, di molti pazienti lo renderebbe inapplicabile; per un altro verso, può risultare particolarmente arbitrario poiché avvantaggia alcuni in ragione di circostanze casuali, come la vicinanza all'o-

the COVID-19 pandemic, in *BMC Medical Ethics*, 2021, 22:70; TRUOG - MITCHELL - DALEY, *The Toughest Triage – Allocating Ventilators in a Pandemic*, in *New England Journal of Medicine*, 2020, 382:21, 1973; DOLDI *et al.*, *Medicine and humanism in the time of COVID-19. Ethical choices*, in *Acta Biomedica*, 2020, vol. 91, n. 4; PALAZZANI, *La pandemia CoVid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal – Rivista di bidiritto*, Special issue 1/2020, 359 ss.; RIMEDIO, *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da CoVid-19*, *ivi*, n. 1/2021, 13 ss.; SAVULESCU *et al.*, *An ethical algorithm for rationing life-sustaining treatment during the COVID-19 pandemic*, in *British Journal of Anaesthesia*, 2020, 125(3), 253 ss.; GIORGIANNI, *Scelte tragiche in tempo di pandemia. Chi ha più diritto di vivere?*, in *Pol. dir.*, 2022, 555 ss.; F. GAMBINO - PETRINI - RIVA, *Criteria for allocation of life-saving resources during the SARS-COV-2 pandemic: ethical implications and aspects of legal liability*, in *Annali dell'Istituto Superiore di Sanità*, 2021, 57, 113 ss.

⁶ Ne propone una rassegna PALAZZANI, *op. cit.*, *passim*, spec. 367 ss.

⁷ 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 diffusamente analizzato e commentato dalla dottrina giuridica: PICCINI, *Scelte tragiche in terapia intensiva. Considerazioni a margine del documento SIAARTI del 6 marzo 2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Suppl. 3/2020, 11 ss., esamina il documento in un costante confronto con l'analisi di Calabresi e Bobbit, di cui restituisce tutta l'attualità. V. inoltre, DI ROSA, *Diritto alle cure e allocazione delle risorse nell'emergenza pandemica*, *ivi*, 5 ss.; PUCELLA, *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, *ivi*, 24 ss.; CONTE, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *federalismi.it*, 1 aprile 2020; DI COSTANZO - ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special issue 1/2020, 441 ss.; INGENITO, *Le raccomandazioni SIAARTI del 6 marzo 2020: una nuova occasione per riflettere sul rapporto tra scienza e diritto*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2/2020; RICCIONE *et al.*, *The Italian document: decisions for intensive care when there is an imbalance between care needs and resources during the COVID-19 pandemic*, in *Annals of Intensive Care*, 2021, 11:100.

spedale, la possibilità di farsi accompagnare con un mezzo proprio senza attendere i soccorsi e così via. Inoltre, occorre tenere conto che la peculiare scarsità che contraddistingue l'emergenza pandemica, diversamente da quelle di altra natura (dovute, ad esempio, a calamità naturali) è determinata dall'aumento progressivo dei bisogni di cura in corrispondenza con il propagarsi dell'infezione, cosicché non si ha un numero predefinito di pazienti rispetto al quale assumere le decisioni allocative. Il gruppo delle persone che necessitano di terapia si amplia secondo un ritmo spesso rapido, fino a poter crescere esponenzialmente in un breve arco di tempo. Ciò richiede di confrontare le risorse disponibili con un numero di malati incerto e prevedibilmente destinato ad aumentare. I criteri distributivi e di priorità da adottare non sono pertanto puntuali, ma hanno una natura per certi versi prospettica: devono tenere conto non solo dei malati attuali, ma anche di pazienti soltanto potenziali (Covid e non) che aspirano alle cure intensive, il cui arrivo è un'eventualità che nelle crisi di questo tipo si approssima alla certezza⁸.

In positivo, tra le raccomandazioni campeggia quella di "privilegiare la maggior speranza di vita" in base alla predizione del maggior successo terapeutico. All'apparenza tale criterio contiene un'indicazione di natura esclusivamente clinica; tuttavia, là dove se ne specificano i modi di attuazione emergono alcuni riferimenti di ordine diverso: si ammette che possa essere introdotto "un limite all'età di ingresso in terapia intensiva"; si riconosce che "in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone" debbano assumere rilievo, oltre alle "probabilità di sopravvivenza", e sia pure soltanto "secondariamente", il maggior numero "di anni di vita salvata" (Racc. n. 3); si afferma, infine, che "la presenza di comorbidità e lo status funzionale devono essere attentamente valutati, in aggiunta all'età anagrafica" (Racc. n. 4).

Queste prescrizioni sembrano esorbitare dai margini della stretta idoneità clinica del trattamento e porsi in discontinuità con i criteri più convenzionali della appropriatezza e della proporzionalità delle cure. Attribuiscono infatti rilevanza a elementi quali l'aspettativa di vita: gli anni di vita già vissuti e quelli ancora da vivere, le comorbidità che riducono l'attesa di vita una volta superata la fase critica; oppure considerano fattori che possono incidere sia sulla possibilità effettiva sia sul tempo necessario al recupero che, qualora più esteso, è destinato a incidere negativamente sulla disponibilità di risorse per il maggior numero possibile di persone. Un decorso lungo ha infatti un impatto "più 'resource consuming' sul servizio sanitario nel caso di pazienti anziani, fragili o con comorbidità severa" (Racc. n. 4).

La comparsa di criteri di accesso ispirati a una logica utilitaristica⁹ ha suscitato diversi rilievi critici: dall'accusa di *ageism*¹⁰ sul piano etico, a considerazioni sulla valenza

⁸ Poteva persino accadere che ad essere svantaggiati da un ordine di priorità temporale fossero proprio quei pazienti che si ammalavano più tardi, perché avevano aderito in maniera puntuale e responsabile alle precauzioni e alle misure di sanità pubblica consigliate per evitare il contagio: lo sottolinea EMANUEL *et al.*, *op. cit.*, 2053, che considera particolarmente iniquo il criterio del "first-come, first-served" e a parità di condizioni cliniche ritiene addirittura preferibile la selezione casuale.

⁹ Si parla di "soft-utilitarian approach" nell'articolo-intervista di ROSENBAUM, *Facing Covid-19 in Italy - Ethics, Logistics, and Therapeutics on the Epidemic's Front Line*, in *New England Journal of Medicine*, 2020, 382:20, 1873 ss.

¹⁰ In generale sul tema del principio di uguaglianza in rapporto alla condizione di abbandono di molti anziani, acuita dalla crisi pandemica, si veda l'analisi di D'AGOSTINO, *La pandemia da nuovo coronavirus e la quarta età: problemi di giustizia*, in *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, Consulta Scientifica del Cortile dei Gentili, a cura di CAPORALE e PIRNI, Roma, 2020, 71 ss.

discriminatoria¹¹, fino ad argomentazioni giuridiche che, basandosi sulla Carta costituzionale, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le fonti primarie – la stessa legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale – dimostrano l'inconciliabilità di simili prospettive di razionamento dell'accesso alle cure con i principi in esse affermati¹² e con la deontologia professionale.

Oltre alle obiezioni di tipo costituzionale, vi sono perplessità anche sul piano più strettamente tecnico-scientifico, in particolare rispetto ai criteri della qualità di vita futura o degli anni di vita salvata: calcolare la probabilità e le condizioni di vita durante gli anni che restano da vivere sarebbe infatti complesso e arbitrario. Ragioni di ordine pratico sconsigliano di includere questo indice nelle decisioni selettive, poiché il tempo e le informazioni limitate che si hanno a disposizione nell'emergenza non consentono di ponderarlo a sufficienza e rischiano di sprecare risorse in un esercizio oltretutto discutibile¹³.

Particolarmente problematica risulta la natura in parte prospettica del triage, allorché si tratta di limitare gli accessi alla terapia intensiva per lasciare aperta l'opportunità di cura per un paziente futuro – magari appartenente alla “comunità dei pazienti” già valutati, e delle cui condizioni si è consapevoli¹⁴ – che potrebbe avere migliore prognosi, in termini di quantità e qualità della vita.

E, soprattutto, è estremamente delicata l'ipotesi di applicare questi criteri anche al caso della sospensione del trattamento, come si evince, oltre che dal titolo del documento, dalla Premessa in cui si parla sia di accesso sia di “dimissione”. Una posizione simile al riguardo è assunta da associazioni mediche di altri Paesi¹⁵, nonché dalle linee guida elaborate da un gruppo di studiosi e pubblicate sul *New England Journal of Medicine*, che ugualmente hanno costituito uno dei cardini del dibattito sviluppatosi a livello internazionale¹⁶. Il punto è molto conteso, tanto che il Comitato di bioetica tedesco distingue tra triage *ex ante*, in cui si ammette che qualcuno possa morire per la tragica impossibilità di salvarlo, e triage *ex post*, dove si esclude nettamente che la discontinuità del trattamento, ancora indicato dal punto di vista clinico, possa mai essere legittima¹⁷. Viceversa, un'altra analisi etico-filosofica conclude che gli atti di non ammettere o di sospendere un trattamento di ventilazione polmonare sono moralmente equivalenti e la

¹¹ In questo senso si vedano anche le riflessioni che emergono dalla Correspondence to the Editor, *Allocating Medical Resources in the Time of Covid-19*, pubblicate sul *New England Journal of Medicine*, 2020, 282:22, 79, in reazione al documento di Emanuel *et al.*, cit., che prospetta criteri di triage in parte sovrapponibili a questi.

¹² Una sintesi limpida di tali argomenti si trova nel parere del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA (CNB), *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “trriage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020. Un'analisi estremamente ricca e dettagliata delle criticità sul piano formale, procedurale e contenutistico del documento della SIAARTI si trova in DA RE - NICOLUSSI, *Hard Choices in the Pandemic and Guidelines: Ethical and Juridical Remarks on Medical Responsibility and Liability*, in *Coronavirus and the Law in Europe*, a cura di HONDIUS *et al.*, Cambridge, 2021, 411 ss.

¹³ EMANUEL *et al.*, *op. cit.*, 2052.

¹⁴ Introduce questa nozione il documento del CNB, *Covid-19*, cit., 9.

¹⁵ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION (BMA), *COVID-19: ethical issues when demand for life-saving treatment is at capacity*, <https://www.bma.org.uk/advice-and-support/covid-19/ethics/covid-19-ethical-issues-when-demand-for-life-saving-treatment-is-at-capacity>.

¹⁶ EMANUEL *et al.*, *op. cit.*, 2052 s., che equiparano la decisione in ordine all'ammissione e alla sospensione della ventilazione meccanica, benché riconoscano come la seconda possa essere psicologicamente traumatica per i medici. Su questo punto riflettono anche TRUOG, MITCHELL, DALEY, *op. cit.*, 1974 s.

¹⁷ DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-Hoc-Empfehlung*, Berlin, 27 marzo 2020, 4.

mera priorità di arrivo nel tempo, che fa prevalere sempre chi si trova già ricoverato, non può costituire un fattore moralmente rilevante¹⁸.

4. *Il merito e il metodo delle scelte allocative*

Alcune considerazioni possono servire a mitigare le critiche più accese rivolte ai parametri proposti dal documento. Si tratta, per un verso, di mostrare come ogni criterio selettivo, singolarmente considerato e applicato, possa celare venature discriminatorie dietro un'apparenza di imparzialità. Anche forme di *triage* a prima vista neutrali, che considerano aspetti come l'assenza di comorbidità o un buono stato di salute pregresso in quanto fattori incidenti sulle possibilità di recupero, si prestano a rinforzare disuguaglianze preesistenti: ciò almeno in quei contesti ambientali in cui le persone svantaggiate hanno peggiori condizioni di salute generali o soffrono più frequentemente di affezioni, come l'obesità, che sono rilevanti rispetto alla prognosi in caso di malattia da Covid-19.

Per un altro verso, occorre constatare come l'ansia innescata dalla drammaticità della situazione emergenziale amplifichi il problema del razionamento nell'accesso alla terapia intensiva, che una valutazione più serena porterebbe invece a ridimensionare. La situazione di scarsità – si sostiene – rende più ambita una risorsa, che in concreto non corrisponde al bene di quei pazienti, la cui sofferenza potrebbe essere prolungata ed esacerbata da terapie così invasive senza reali benefici. Insomma, l'argomento basato sulla futilità del trattamento riesce, almeno in parte, a disinnescare la critica a quello utilitaristico¹⁹.

Queste osservazioni suggeriscono che ogni criterio è intriso di aspetti di personalismo e di utilitarismo e la soluzione che può risultare più affidabile nell'emergenza è quella che cerca di combinarli in un approccio olistico. D'altra parte, le principali asperità delle raccomandazioni sono state attenuate da un provvedimento successivo, adottato congiuntamente dalla SIAARTI e dalla Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni (SIMLA)²⁰. In questa seconda versione si accentua la necessità di una "valutazione globale" della persona malata attraverso parametri che includano "stato funzionale pregresso e fragilità rilevanti rispetto alla risposta alle cure" (Statement 6), mentre l'età deve essere considerata nel complesso di tale valutazione senza introdurre "cut-off predefiniti" (Statement 7). La probabilità di successo della terapia si misura sulla "ragionevole aspettativa di vita" intesa come "sopravvivenza a breve termine (alcuni mesi) dopo la dimissione dall'ospedale" (Commento a Statement 4-7); di per sé non rilevano, invece, età anagrafica, e quindi anni di vita vissuta o attesi, altre condizioni patologiche che non hanno incidenza sulla prognosi, o la qualità della vita presente e futura. Il documento congiunto risulta ora integrato tra le "buone pratiche cliniche" pubblicate sul sito dell'Istituto Superiore di Sanità, che hanno lo scopo di fornire un orientamento su questioni non investite da linee guida ufficiali.

Alla maggiore condivisione con cui sono stati accolti questi principi microallocativi non è estraneo il metodo seguito per adottarli, con la costituzione di un gruppo di lavoro

¹⁸ CAMERON, SAVULESCU, WILKINSON, *Is withdrawing treatment really more problematic than withholding treatment?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2020, 3.

¹⁹ BALLANTYNE *et al.*, *Revisiting the equity debate in Covid-19: ICU is no panacea*, in *Journal of Medical Ethics*, 2020, 46, 641 ss.

²⁰ 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.

multidisciplinare, l'allargamento delle competenze e l'inclusione di profili di esperti in scienze sociali²¹. Se l'urgenza del decidere poteva giustificare il primo intervento della SIAARTI al fine di elaborare linee orientative per fare fronte a una situazione drammatica, il superamento della fase di emergenza immediata ha messo in luce un problema di legittimazione. La provenienza da un'associazione professionale di un documento di questa portata rappresentava infatti un elemento di forte criticità.

Simili scelte richiedono una discussione pubblica e inclusiva²², informata da un'analisi esperta, che preveda il coinvolgimento di saperi diversi da quello medico e, più in generale, la consultazione delle varie componenti della comunità sociale in cui le regole dovranno essere applicate.

Un'obiezione più radicale investe invece non la democraticità del processo di decisione, ma la stessa opportunità di identificare criteri di allocazione di risorse scarse alternativi a quelli della appropriatezza del trattamento nel caso singolo, da applicare in aggiunta o in sostituzione a esso. Questa posizione, raramente espressa in termini categorici, rimane sottotraccia ogni qualvolta si ribadisce la necessità di adottare il parametro della idoneità clinica del trattamento in rapporto al malato e si esclude, per converso, che possano avere peso nella decisione fattori come l'età o lo stato di salute pregresso e così via, in quanto intrinsecamente discriminatori. Tuttavia, l'approccio che in una situazione di scarsità – la quale, di fatto, impedisce di soddisfare tutti i bisogni di cura – elegge a unico criterio valido quello della valutazione clinica non è privo di conseguenze potenzialmente dannose per alcuni, sia pure amministrate più dal caso che dalla scelta razionale. In altre parole, non prendere atto dell'emergenza e continuare a operare con criteri tradizionali non è un atteggiamento neutro; semplicemente offusca la realtà per cui, qualora diventi attuale il conflitto tra il diritto di ciascuno a essere curato e l'obiettivo insufficiente delle risorse, un razionamento avrà luogo, ma sarà affidato alla forza dei fatti e alla fatalità; ovvero avverrà in maniera più opaca a livello della singola struttura o dei singoli medici che operano sotto il peso dell'impellenza di una scelta.

Occorre allora riconoscere che, a parità di condizioni dei malati che aspirano al trattamento intensivo secondo un apprezzamento convenzionale, compiere una scelta di allocazione è ineluttabile²³. Non si tratta di una reazione arbitraria e discrezionale, ma di una risposta necessaria agli effetti travolgenti della pandemia; la questione non è infatti se fissare delle regole di priorità, bensì farlo in maniera eticamente accettabile e coerente²⁴.

Condivisibili, nella contingenza eccezionale, sono allora gli obiettivi, per un verso, di rendere trasparenti i criteri di allocazione delle risorse; per un altro verso, di non gravare il singolo medico di decisioni micro-allocazione, fornendogli un orientamento che attenui la responsabilità morale della scelta; infine, di garantire una maggiore affidabilità

²¹ Sul processo che ha condotto alla seconda versione delle raccomandazioni e sulla loro rilevanza giuridica v. RICCIONE *et al.*, *op. cit.*

²² DI COSTANZO - ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 445.

²³ CASONATO, *Health at the time of Covid-19: Tyrannical, denied, unequal health*, in *BioLaw Journal*, 3/2020. La indiscussa primazia del diritto alla salute e all'autodeterminazione nelle cure non hanno posto al riparo dalla "dura realtà di una pandemia, che ha visto i medici costretti loro alla quotidiana scelta – seppure orientata da adeguati protocolli – dei pazienti ai quali prioritariamente destinare apparecchiature e cure salvavita": NAVARRETTA, *op. cit.*, 5.

²⁴ In questi esatti termini esprimono l'argomento EMANUEL *et al.*, *op. cit.*, 2051. A questa stregua ammette una possibile, per quanto "(estrema, eccezionale) ragionevolezza" dei criteri fissati dalle raccomandazioni SIAARTI, D'ALOJA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2/2020, 7.

delle decisioni concrete perché ponderate e guidate da parametri univoci. Già secondo una direttiva generale di etica pratica, la responsabilità di scelte selettive non dovrebbe mai essere esercitata “*at the bedside*”, all’interno della relazione individuale medico-paziente, ma nel quadro di regole uniformi, accettate dalla comunità di riferimento e applicate in maniera imparziale²⁵. I professionisti sanitari, infatti, pienamente competenti a valutare se un trattamento sia appropriato oppure no nel caso concreto, non sono ugualmente attrezzati a compiere in maniera indipendente e isolata scelte tragiche²⁶, e non dovrebbero, perciò, né averne il potere né sopportarne il peso in via esclusiva.

Un tema ulteriore, che qui può essere soltanto accennato, è quello dell’eventuale supporto nell’applicazione delle raccomandazioni nel contesto clinico²⁷. Nel documento della SIAARTI emerge con forza l’elemento della collegialità delle scelte all’interno dell’equipe medica e del dialogo costante con la persona e con i familiari. Se questa è la condivisione minima imprescindibile, altri strumenti potrebbero essere attivati in maniera sistematica, quali la consulenza etica. Tale funzione risulta già affidata, anche in virtù della disciplina di riorganizzazione adottata a livello ministeriale, ai comitati etici territoriali, che possono essere consultati su “questioni etiche connesse con le attività di ricerca clinica e assistenziali”²⁸. Alcune regioni, peraltro, in considerazione del carattere assorbente dell’attività di valutazione dei protocolli nei *trials* farmaceutici e negli studi sui dispositivi medici che spetta a tali organismi, avevano già costituito comitati per l’etica clinica con una competenza specializzata²⁹. Questi ultimi sembrano poter conservare le precedenti funzioni nel caso in cui la Regione ne confermi l’operatività; diversamente esse andranno a ricadere nei compiti dei comitati etici territoriali³⁰.

5. *L’esperienza tedesca*

Sullo stesso duplice piano – procedurale, relativo al metodo con cui si individuano criteri di distribuzione di risorse scarse, per un verso, e del contenuto di tali criteri, per un altro verso – si dipana la vicenda che ha visto esprimersi la Corte costituzionale tedesca³¹. Investita di una questione sollevata da alcune persone con disabilità, ha dovuto decidere se l’art. 3(3) della Costituzione imponesse al legislatore di intervenire per attuare il principio di non discriminazione in base alla disabilità nel contesto delle decisioni di allocazione di terapie salvavita. La norma costituzionale, infatti, non si limita a porre il principio di non discriminazione come presidio difensivo, che permette di reagire alle violazioni, o quale fondamento di una pretesa di sostegno. Il suo terzo comma richiede bensì, in alcune ipotesi – quando la discriminazione possa sfociare in un’offesa alla di-

²⁵ DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.*, 4.

²⁶ SOMMAGGIO - MARCHIORI, *Tragic choices in the time of pandemics*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1/2020, 456.

²⁷ Sugli aspetti di “giustizia procedurale” v., in particolare, RIMEDIO, *op. cit.*, 32 s.

²⁸ Così l’art. 1, comma 3, del decreto del Ministero della Salute 30 gennaio 2023, *Definizione dei criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici territoriali*.

²⁹ Cfr., ad es., l’art. 99 della L. Regione Toscana 24 febbraio 2005, n. 40, *Disciplina del servizio sanitario regionale*.

³⁰ Cfr. l’art. 1, commi 3 e 4, del decreto del Ministero della Salute, 26 gennaio 2023, *Individuazione di quaranta comitati etici territoriali*.

³¹ BVerfG, 16 dicembre 2021 - 1 BvR 1541/20. Per una analisi v. GIORGIANNI, *op. cit.*, 560 ss.; DOMENICI, *Inerzia del legislatore e triage secondo il Bundesverfassungsgericht: una falsa vittoria?*, in *Corti supreme e salute*, 2022, 2; FALLETTI, *Triage e divieto legislativo di discriminazione dei disabili: una Weltanschauung tedesca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 489 ss.

gnità umana o nella lesione di altri diritti fondamentali come la vita o la salute o, ancora, vi siano disuguaglianza di tipo strutturale – di assumere in positivo azioni protettive. Contribuisce a tale ricostruzione anche l'art. 25 della Convenzione per i diritti delle persone con disabilità, che riguarda per l'appunto la cura della salute.

La Corte costituzionale ha ritenuto che tra le ipotesi di vulnerabilità che innescano questo bisogno rinforzato di tutela rientri la distribuzione di cure salvavita in situazioni di scarsità e, pertanto, giudica necessario un intervento del legislatore. La regolazione a un livello formale inferiore a quello della legge o, peggio, la totale mancanza di indicazioni non garantiscono che tutti gli interessi in gioco siano ponderati attraverso la discussione parlamentare³²; inoltre, l'assenza di un atto formale di disciplina impedisce che si possa ricorrere contro le misure adottate.

Nel merito, le persone disabili potrebbero essere svantaggiate da criteri allocativi inadeguati da un duplice punto di vista: si tratta di persone che rischiano maggiormente il contagio, a causa dei bisogni di assistenza che le pongono in contatto stretto e frequente con altri; possono inoltre soffrire conseguenze più gravi dall'infezione in dipendenza di una fragilità pregressa. Eppure, se i criteri allocativi misurano la possibilità di sopravvivenza in generale come indicatore di priorità, questo può porle in un ordine deteriore e diminuire le prospettive di trattamento.

Ferma restando la necessità di un intervento in positivo, il legislatore ha ampi margini di apprezzamento per realizzarlo e può esplorare opzioni diverse che vanno dalla definizione di procedure che conducano alla decisione allocativa nel singolo caso, a obblighi di documentazione, ovvero all'adozione di criteri sostanziali di carattere generale o, ancora, di misure sulla formazione del personale medico finalizzate a superare pregiudizi inconsci. Alla decisione della Corte è stata data attuazione con l'introduzione di un § 5 c nella Legge per la prevenzione e il controllo delle malattie infettive nell'uomo (*Infektionsschutzgesetz – IfSG*)³³. Riemerge qui tutta la difficoltà di identificare, in positivo, criteri improntati a giustizia. La nuova previsione, infatti, ribadisce che nessuno può essere svantaggiato a causa di una disabilità, fragilità, età, origine etnica, religione o convinzioni personali, genere e orientamento sessuale; inoltre, che le decisioni di assegnazione possano essere prese solo sulla base delle possibilità di sopravvivenza attuale e a breve termine dei pazienti interessati. Per il resto, designa una procedura che prevede il coinvolgimento di due medici specialisti con esperienza nel campo della terapia intensiva e che abbiano valutato i pazienti in maniera indipendente. Vi sono altresì regole per l'eventualità di disaccordo e, nel caso un paziente sia disabile o affetto da altre malattie, l'indicazione di consultare un medico in grado di tenere conto delle sue speciali esigenze.

Come si è sottolineato, il doppio ordine tematico – il contenuto delle decisioni micro-allocative e il percorso istituzionale per adottarle – è al centro anche della vicenda tedesca³⁴; i vincoli costituzionali hanno in questo caso ridimensionato lo spazio per strumenti di autodisciplina e, più in generale, di *soft-law* e posto le premesse per un intervento del legislatore. Quest'ultimo, tuttavia, allorché ha regolato la materia, non ha

³² Non avevano questa qualità le Linee guida adottate in Germania dalla DEUTSCHE INTERDISZIPLINÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV- UND NOTFALLMEDIZIN (DIVI), *Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer von Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie*.

³³ EUFINGER - KLEMM, *Das Gesetz zum Schutz von Menschen mit Behinderung in der Triage. Grundrechtsschutz in pandemischen Ausnahmesituationen*, in *Medizinrecht*, 2023, 41, 200 ss.

³⁴ Su questo doppio binario si sviluppa l'analisi di DOMENICI - ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, in *European Journal of Health Law*, 2022, 29, 103 ss.

fatto che confermare l'estrema difficoltà del decidere in termini astratti³⁵ e la maggiore sicurezza offerta dall'adozione di regole di carattere procedimentale quale binario e ossatura delle scelte individuali.

6. *Decisioni micro-allocative e responsabilità dei sanitari*

Alla discussione in ordine alla rilevanza di documenti di carattere non vincolante non è estranea la questione della responsabilità per decisioni assunte nella fase di emergenza pandemica. Le raccomandazioni contenenti criteri per il *triage* dei pazienti, oltre ad avere indirizzato le decisioni nell'immediato, sono infatti suscettibili di assumere rilievo nella *medical malpractice* successiva alla fase acuta della pandemia³⁶. Simili strumenti possono avere contribuito ad attenuare la responsabilità morale dei medici che si sono trovati a operare in condizioni di eccezionale penuria di risorse; occorre chiedersi, tuttavia, se possano rivestire un ruolo anche rispetto all'accertamento della responsabilità giuridica dei sanitari per scelte allocative sbagliate³⁷.

Era stato in effetti paventato l'avvio di un contenzioso massiccio nei confronti di operatori e strutture sanitarie per danni da Covid-19, tanto da avere generato ipotesi di regolazione speciale della responsabilità, che hanno preso forma in sede di conversione del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia")³⁸ o in ambito accademico³⁹. Tali proposte sono state abbandonate, anche nella consapevolezza che già il sistema attuale offra sufficienti margini di controllo rispetto ad addebiti pretestuosi e infondati.

Nel quadro normativo immutato, si tratta di capire se le raccomandazioni adottate nel corso dell'emergenza abbiano una rilevanza giuridica e quale ruolo possano spiegare in eventuali conflitti. Il loro statuto non è privo di ambiguità: definite quale "direttiva scientifica" che il medico deve rispettare ai sensi dell'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n.

³⁵ HÜBNER, *Das Gesetz zur Regelung der Triage: Mehr Fragen als Antworten*, in *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 2023, 148, 55 ss.

³⁶ Sul tema della responsabilità sanitaria nella crisi Covid-19 vi sono stati molti contributi, tra i quali si segnalano PONZANELLI, *I danni subiti da CoVid-19 tra regole di responsabilità civile e piani no fault*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Suppl. 3/2020, 137 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La pandemia CoVid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile*, *ivi*, 140 ss.; PUCELLA, *op. cit.*, 29 ss.; IZZO, *Responsabilità sanitaria e COVID-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla - I e II Parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1768 ss., e 2021, 62 ss.; DA RE - NICOLUSSI, *op. cit.*; D'ADDA, *Pandemia e modelli "dogmatici" di responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 451 ss.; RUFFOLO, *Le responsabilità mediche nell'emergenza sanitaria*, in *Giur. it.*, 2021, 483 ss.; PITTELLA, *L'impatto dell'emergenza sulla responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 681 ss.; GUFFANTI PESENTI, *Responsabilità sanitaria e pandemia. Profili civilistici*, in *Jus-Online*, 5/2020, 233 ss.; MONATERI, *La pandemia e i suoi danni*, in *Danno e resp.*, 2021, 657 ss.

³⁷ RUFFOLO, *op. cit.*, 483 s., fa notare opportunamente come la configurabilità di un addebito del genere possa mutare tra la prima e la seconda ondata dell'infezione da Covid-19, così come la possibilità di invocare l'eccezionalità e l'imprevedibilità dell'evento pandemico.

³⁸ Esaminano gli emendamenti al c.d. decreto "Cura Italia" proposti da diverse forze politiche e volti a introdurre misure di contenimento della responsabilità dei sanitari durante la crisi epidemica CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma, in rivistaresponsabilitamedica.it*; BATTARINO - SCODITTI, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Questione Giustizia*, 3 aprile 2020.

³⁹ Il riferimento è alla proposta maturata in seno all'Associazione dei Civilisti Italiani e sottoposta al Governo, di esclusione della legittimazione passiva del medico nell'azione promossa dal paziente, secondo il modello adottato per la responsabilità civile dei magistrati: Gentili, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, cit. Congegna una forma di "scudo giuridico" per l'ipotesi specifica di pregiudizi occasionati dalla sproporzione tra numero di pazienti e risorse disponibili anche SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in *Questione Giustizia*, 10 aprile 2020.

24⁴⁰, sono state viceversa qualificate da altri come “pseudo-linee guida” atte a introdurre confusione⁴¹. Rispetto all’inquadramento nel *genus* “linee-guida” di cui alla l. 24/2017, suscita dubbi anche l’aspetto contenutistico: trattandosi di valutazioni di tipo essenzialmente etico, ci si chiede se possano assumere la forma e la funzione di indicazioni di pratica clinica che, condensate nella letteratura scientifica e avallate dalle associazioni mediche, rappresentano poi un *benchmark* per il controllo della perizia nell’esecuzione della prestazione⁴².

Dal punto di vista soggettivo, il documento integra invero il presupposto identificato dal comma 3 dell’art. 5 della l. n. 24/2017: le Raccomandazioni sono state emanate da una società scientifica, ammessa a redigere linee guida, che possono successivamente essere convalidate attraverso il procedimento descritto dalla norma e conseguire così il valore da essa riconosciuto. Tale processo e la successiva integrazione nel sistema delle linee guida ufficiali non è stato tuttavia seguito⁴³; allo stato, pertanto, possono venire in rilievo quali buone pratiche clinico-assistenziali⁴⁴. Come già accennato, il documento approvato congiuntamente da SIAARTI e SIMLA nel gennaio 2021 (non invece il primo, emanato nel marzo 2020) risulta in effetti pubblicato sotto tale voce sul sito dell’Istituto Superiore di Sanità, dove si precisa espressamente che tale strumento intende fornire un supporto scientifico ai professionisti su argomenti non coperti dalle Linee guida ufficiali e che la sottomissione non segue pertanto l’iter previsto dall’art. 5, comma 3, della l. n. 24/2017.

Al di là della qualificazione formale, tuttavia, un documento con una veste ufficiale e una provenienza autorevole può certamente svolgere una funzione rilevante in un ipotetico contenzioso⁴⁵. In particolare, può servire a circostanziare le dinamiche eccezionali in cui i medici si sono trovati ad operare e costituire un supporto all’argomento difensivo dell’impossibilità della prestazione per causa non imputabile, della inesigibilità o dell’assenza di colpa. Qualora, ad esempio, al medico che ha negato l’accesso alla terapia intensiva in conformità ai criteri di razionamento esplicitati nelle linee guida fosse addebitata la morte del paziente, la responsabilità potrebbe essere esclusa per assenza di colpa, risultando la sua condotta adeguata rispetto alle circostanze eccezionali identificate nel documento.

Quanto alla responsabilità (contrattuale) della struttura, è stata evocata l’esimente dello stato di necessità, giusta l’art. 2045 c.c., con obbligo di indennizzo⁴⁶; sembrerebbe tuttavia più appropriato riconoscere che la prestazione è divenuta impossibile per causa non imputabile o ricorrere alla clausola della inesigibilità della prestazione⁴⁷. A questa stregua, le Raccomandazioni SIAARTI rappresentano una presa d’atto della estrema sproporzione tra risorse necessarie e risorse disponibili, che potrebbe propiziare la dimostrazione di una situazione di impossibilità oggettiva, insuperabile attraverso tutti gli sforzi (che peraltro le stesse raccomandazioni richiedono agli organi direttivi dei presidi

⁴⁰ FACCI, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 709.

⁴¹ DA RE - NICOLUSSI, *op. cit.*

⁴² PUCCELLA, *op. cit.*, 28.

⁴³ INGENITO, *op. cit.*, 9 ss.

⁴⁴ LAUS, *La natura caleidoscopica delle linee guida: tra responsabilità medica, lotta alla pandemia e regolazione del diritto dei contratti pubblici*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 695 ss.

⁴⁵ FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, 271 ss.

⁴⁶ Lo prospetta PICCINI, *op. cit.*, 22. In senso critico invece PUCCELLA, *op. cit.*, 29; D’ADDA, *op. cit.*, 454 s.

⁴⁷ FACCI, *op. cit.*, 718; D’ADDA, *op. cit.*, 455.

ospedalieri) per aumentare la disponibilità di risorse erogabili o per trasferire i pazienti verso altri centri con maggiori risorse.

Quest'ultima considerazione è destinata a escludere la responsabilità delle strutture sanitarie anche sotto il profilo della carenza organizzativa⁴⁸: se, in astratto, è plausibile l'addebito di non avere predisposto misure adeguate per fronteggiare l'emergenza pandemica che si stava profilando, il carattere improvviso dell'insorgenza del virus, la sua diffusione repentina specialmente in certe zone del Paese e l'obiettivo irreperibilità di risorse rendono questa strada di fatto impraticabile. Benché la giurisprudenza abbia spesso applicato la fattispecie di responsabilità da *deficit* organizzativo con una certa severità, le circostanze con cui si è manifestata la pandemia nelle prime fasi del contagio impediscono di rimproverare ai singoli presidi ospedalieri l'impreparazione rispetto a un evento con caratteristiche tali da superare le loro capacità di previsione.

Maggiore consistenza potrebbe avere l'ipotesi di un'azione nei confronti delle Pubbliche amministrazioni preposte all'organizzazione del servizio sanitario nazionale per le sue disfunzioni sistemiche e strutturali e per la mancata adozione di misure preventive di fronte ai rischi pandemici, posto che ad esse incombono doveri di sorveglianza epidemiologica e di predisposizione di piani per il controllo della diffusione di virus⁴⁹. Sennonché, al di là di eventuali inadempienze sotto quest'ultimo specifico profilo (passibili come tali di conseguenze risarcitorie), la scarsità di risorse sperimentata durante la pandemia dipende in maggior misura da scelte macro-allocative compiute in ambito sanitario nel corso dei decenni precedenti, che non da puntuali errori di previsione e di organizzazione. Ora, il contesto generale in cui le decisioni sulla distribuzione di risorse salvavita limitate sono state assunte e le cause all'origine di tale scarsità⁵⁰ non sono necessariamente indifferenti in un giudizio risarcitorio. Pare, tuttavia, che lo strumento della responsabilità civile non sia la risposta istituzionale più adatta ai fallimenti riscontrati *ex post* nelle decisioni c.d. di primo grado; soltanto in via sussidiaria, e non certamente principale, una soluzione che favorisse la compensazione delle vittime della pandemia da parte dello Stato potrebbe contribuire al governo e all'orientamento per il futuro di simili scelte.

⁴⁸ Sulla responsabilità della struttura a questo titolo cfr. le considerazioni di D'ADDA, *op. cit.*, 468 ss.; PITTELLA, *op. cit.*, 695 s.

⁴⁹ Dedicata una riflessione specifica a questa ipotesi di contenzioso IZZO, *op. cit.*, nella II Parte del saggio citato. Di "devastante vuoto di programmazione e di capacità attuativa ai più elevati livelli della politica e dell'amministrazione", di cui hanno fatto le spese soprattutto gli individui più fragili come gli anziani, parla TAMPONI, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Rubbettino, 2021, 20.

⁵⁰ Sottolinea la rilevanza di tali elementi in una lucida analisi in tema DENOZZA, *Tragic choices in Covid times: reaping the bitter fruits of social inequality*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2020, 679 ss.