

Rivista N°: 3/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 22/07/2020

AUTORE: Stefano Rossi*

SOCIETÀ DEL RISCHIO E SCELTE TRAGICHE AL TEMPO DEL CORONAVIRUS

Sommario: 1. Immersi nella società del rischio. - 2. Chiavi di lettura in tempi di pandemia. - 3. Principi ispiratori ed etica pratica nel documento della Saarti. - 4. Sulle scelte allocative e il limite del nucleo duro del diritto alla salute. - 5. Sul nucleo duro e il maximin. - 6. Sull'appropriatezza clinica come criterio micro-allocativo. - 7. Decidere sui casi tragici: vitalità ed aporie del diritto.

«La vita è tragedia,
e la tragedia è lotta perpetua,
senza vittoria o speranza;
è contraddizione»

M. de Unamuno, *Del sentimento trágico de la vida* (1911)

1. Immersi nella società del rischio

Rileggere, specie in queste giornate, le pagine de *La società del rischio* di Ulrich Beck offre una chiave interpretativa ancora efficace dei dinamismi nascosti dentro i fenomeni sociali contemporanei.

Se è vero infatti che da tempo immemorabile i contesti sociali sono attraversati senza sosta da grandi paure, tuttavia, a differenza del passato, oggi i rischi sono invisibili e diffusi, sfuggendo quindi al controllo sociale. Nello scenario della società postmoderna, connotato dalla scomparsa delle ideologie, dalla crisi della scienza, dall'emersione dei limiti della globalizzazione economica e tecnologica, si insinua un profondo senso di incertezza e di perdita di un ordine simbolico e strutturale stabile, laddove anche i concetti e le parole perdono il loro significato tradizionale, costretti alla trasformazione da una realtà che rifiuta di essere ridotta ad unità, da un'insicurezza epistemologica che si estrinseca nelle forme di una resistenza del mondo al dominio umano e alle sue regole.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea presso l'Università di Berga-

Queste trasformazioni determinano la «sempre più rapida “liquefazione” delle strutture e delle istituzioni sociali»¹, frantumando i tempi e gli spazi comunitari con effetti destrutturanti delle soggettività. Conseguentemente, nell’abbattere limiti e confini, la modernità viene anche a problematizzare la costruzione dell’identità, dell’appartenenza e delle organizzazioni relazionali che ne sono il campo di elaborazione ed esperienza, così come la costruzione del rapporto individuo-comunità.

La riproduzione sociale non è più conseguita con strumenti societari e collettivi, ma viene declinata in forme privatizzate, sottratta al dominio delle politiche statali e delle decisioni pubbliche, il che costringe l’individuo a ricercare risposte private a problemi che sono socialmente prodotti e che meriterebbero, per la loro natura, una soluzione collettiva.

Il rischio si palesa come strumento interpretativo dell’attuale crisi del legame sociale, determinata dallo sfaldamento delle strutture collettive e dalla problematizzazione del rapporto tra la sfera privata e pubblica della vita sociale, che produce un forte senso di disagio soggettivo e sociale².

La proliferazione dei rischi si palesa quindi come funzionalmente connessa alla promozione della modernità: si tratta di un meccanismo intrinseco che ridisegna e scandisce le faglie di un modello di coesione sociale in cui la logica di distribuzione della ricchezza propria del *Welfare State* si intreccia a quella di distribuzione del rischio³. A sua volta la catena di produzione del rischio agisce su tre livelli: spaziale, temporale e sociale. Spaziale nella misura in cui i nuovi rischi superano i confini nazionali, temporale perché molto spesso i nuovi rischi restano latenti per periodi di tempo indeterminabili, e sociale nella misura in cui la complessità sociale non consente di circoscrivere le cause e le conseguenze dei rischi.

Si assiste in questo contesto alla transizione dal predominio della percezione del rischio vissuto come esterno a quello del rischio costruito internamente o personalizzato⁴. Così se nella visione pre-moderna nel rischio era implicita la sua calcolabilità e prevedibilità⁵, «la globalizzazione del rischio, la limitata capacità di previsione, la disaggregazione dei confini spaziali e temporali rendono le basi del calcolo del rischio una ulteriore finzione»⁶. In pari misura il concetto weberiano di “razionalizzazione” non è più esaustivo al fine di comprendere la realtà, nella misura in cui il rapporto tra la crescita del potenziale della razionalità rivolta

¹ Z. BAUMAN, *Intervista sull’identità*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 59.

² Se il rischio diventa il *medium* principale attraverso il quale organizzare l’intera società, è necessario evitare un fenomeno di stigmatizzazione per cui le persone individuate come “a rischio” o considerate come portatrici di un livello di rischio insostenibile vengono escluse mediante un meccanismo immunitario poste ai margini della società, private dei loro diritti di cittadinanza (U. BECK, *Cos’è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 2009, 30).

³ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2013, 27.

⁴ A. GIDDENS, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, Bologna, 2000, 41.

⁵ L. DASTON, *The Domestication of Risk: Mathematical Probability and Insurance 1650–1830*, in L. KRÜGER, L.J. DASTON, M. HEIDELBERGER (ed.), *The Probabilistic Revolution, I, Ideas in History*, MIT Press, Cambridge, 1987, 238 s.

⁶ S. GHERARDI et al., *Dal rischio alla sicurezza: il contributo sociologico alla costruzione di organizzazioni affidabili*, in *Quad. sociol.*, 1997, 13, 2.

allo scopo (*Zweckrationalität*) si mostra direttamente proporzionale all'incalcolabilità delle sue conseguenze.

Nella «seconda modernità»⁷, dunque, i criteri eziologici e i procedimenti di calcolo del rischio tipici si infrangono e risultano spesso indecifrabili causando una competizione tra saperi esperti e nuovi saperi sociali diffusi, generando una molteplicità di interpretazioni dei rischi, di per sé fonte di insicurezza incalcolabile⁸. Nella società del rischio l'ottimismo epistemologico che guidava la modernità, ossia l'idea della controllabilità delle esternalità negative e dei rischi prodotti dalle decisioni umane è entrata in crisi, diventando problematica. La società del rischio si connota come una *società del non-sapere*, nella misura in cui, allo stadio raggiunto dallo sviluppo tecnologico, i limiti di controllabilità dei rischi non sembrano superabili per mezzo di un aumento delle nostre capacità di innovazione, laddove, al contrario, ad ogni espansione del sapere corrisponde l'ingresso in scena di nuovi rischi⁹.

Al contempo l'incertezza incide sui «rapporti di definizione» che delineano costruzioni sociali del rischio. Se «i rapporti di definizione sono costituiti dal quadro epistemologico, politico e culturale che consente l'identificazione, il riconoscimento ed il trattamento dei rischi, [essi] sono al contempo rapporti di potere, poiché offrono la possibilità ad alcuni gruppi sociali di far prevalere la loro interpretazione dei rischi, e si basano sul possesso dei «mezzi di definizione», vale a dire l'egemonia sugli strumenti scientifici, giuridici ed economici che consentono l'identificazione ed il trattamento dei rischi»¹⁰. Si tratta di un processo estremamente complesso, nella misura in cui la comprensione e la correlata lotta per far prevalere la propria interpretazione del rischio si basano sulla capacità di comprendere sino in fondo gli eventi e le esperienze del passato e di proiettare le lezioni apprese in un quadro di riflessione sul futuro.

Le forme del rischio – il cambiamento e il pericolo – si strutturano quindi in termini riflessivi, divenendo un «problema di mediazione» nelle società altamente innovative, dove la divisione del lavoro tra scienza, politica ed economia tende a svanire o deve essere rinegoziata. Si fa quindi strada un contesto nel quale il ««paradigma biologico» in termini di immutabile certezza si stempera in una serie di variabili dipendenti da fattori di carattere culturale e scientifico-tecnologico»¹¹ il che determina non un semplice aggiornamento dell'assetto normativo esistente, bensì la strutturazione di concezioni, che, mutando il quadro di riferimento, veicolano i fattori di innovazione tali da delineare strade del tutto innovative anche per la stessa cornice normativa.

Nell'ambito di un sistema normativo necessariamente integrato, si debbono delineare scelte di *governance* volte ad assicurare una coesistenza fisiologica tra fonti e soggetti che

⁷ U. BECK, *La società del rischio*, cit.

⁸ A parere di Beck rischi contemporanei tendono ad eccedere la dimensione istituzionale all'interno della quale la società industriale aveva determinato la calcolabilità e la controllabilità dei suoi effetti collaterali. La loro incalcolabilità avrebbe in sostanza messo in crisi il paradigma securitario moderno, estendendo a dismisura gli ambiti non-assicurabili (U. BECK, *La società del rischio*, cit., 178 s.).

⁹ U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 186 s.

¹⁰ G. CAMPESI, *Rischio e sicurezza nella società globale. A proposito dell'ultimo libro di Ulrich Beck*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, 2, 110.

¹¹ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*³, Giappichelli, Torino, 2012, 16 s.

consenta un fisiologico rapporto tra istanze di regolazione autonome ed eteronome, potendo costituire un canale istituzionalizzato di raccordo e reciproca comunicazione tra ambito tecnico, economico e sociale.

2. Chiavi di lettura in tempi di pandemia

Le grandi epidemie hanno accompagnato importanti passaggi storici, favorito la decadenza di alcune civiltà, imposto trasformazioni alla società e all'economia. L'irrompere della pandemia Covid-19, sconosciuta e dalle conseguenze imprevedibili nella loro portata globale, ha cambiato paradigmi che parevano consolidati, riportando il mondo in una condizione di incertezza a cui non hanno saputo dare risposta nemmeno i sofisticatissimi algoritmi che governano le nostre vite. Riprendendo le parole di Beck, la comparsa della pandemia «genera una dinamica di cambiamento politico e culturale che mina le burocrazie statali, sfida il predominio della scienza e ridisegna i confini e le battaglie della politica contemporanea»¹². Se infatti la società post-industriale e il suo ordine civile si fondano – senza riuscirvi – sulla pretesa di rendere controllabili, producibili e imputabili i rapporti sociali attraverso gli schemi della razionalità strumentale, nei fatti la “messa a terra” di tale pretesa di controllo spinge la società verso il regno dell'incertezza, della polisemia, rendendo sterile quel compendio di segni e di immaginario che costituisce l'aspetto percepibile dell'esigenza di riconoscimento e di emancipazione della persona.

In questo contesto anche il diritto, nella sua declinazione schmittiana che pretende di stabilire un ordine a partire da un'unità di forza, non sembra più in grado di decidere da un lato per la mancanza di arene deliberative ove sviluppare un processo sociale di condivisione normativa e politica, dall'altro a causa della crescente erosione della capacità dell'apparato giuridico di offrire risposte che siano utili ai fini dell'organizzazione sociale.

Eppure questo smarrimento potrebbe essere salutare, spingendoci ad osservare con sguardo smagato le fragilità e l'ingovernabilità diffusa del nostro ordine costituzionale¹³, proponendone nuove forme di attuazione e revisione idonee a garantirne la sostenibilità. Valorizzando così la funzione euristica del diritto si può avviare una riflessione a partire dalla vulnerabilità, sia quale caratteristica oggettiva del sistema giuridico che come attributo della stabilità e protezione dei diritti fondamentali¹⁴. In questa prospettiva «venuta meno

¹² U. BECK, *Modernizzazione riflessiva. Politica, tradizione ed estetica nell'ordine sociale della modernità*, Asterios, Trieste, 1999, 45 s.

¹³ Si riprende A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 311 s. secondo cui «il nesso stretto fra il testo costituzionale, formalmente al vertice dell'ordinamento, e l'energia ordinante che percorre l'intero ordinamento può essere meglio espresso, quindi, ricorrendo (...) alla più complessa relazione *sistemica* fra l'ordine costituzionale (la base materiale sottostante), il testo costituzionale (il precipitato formale) e l'ordinamento costituzionale (il nucleo dell'ordinamento giuridico)». Sul punto, in relazione all'emergenza pandemica, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Riv. Aic*, 2020, 2, 5 ss.

¹⁴ Si vedano i saggi raccolti in B. PASTORE, O. GIOLO (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018; F. PIZZOLATO, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars Interpretandi*, 2019, 2, 25 ss.; J. ANDERSON, *Autonomy and Vulnerability Entwined*, in C. MACKENZIE, W. ROG-

l'immagine di un sistema coerente legato esclusivamente alla razionalità logica e potenzialmente indifferente alla dimensione strutturalmente contingente in cui opera ogni pratica sociale e dunque anche quella giuridica, il diritto diventa fattore attivo e passivo di vulnerabilità. Se la capacità di essere elemento di vulnerabilità del diritto è storicamente innegabile, si può osservare che anche il diritto può essere esso stesso vulnerabile se si guarda al suo concreto relazionarsi con fattori esterni – innumerevoli e tra i quali qui ci si limiterà a citare solo la trascinazione delle categorie economiche a scapito di quelle giuridiche o la crisi ecologica destinata prima o poi a stravolgere assetti dogmatici ancora oggi ritenuti quasi assiomatici – ed interni allo stesso, come in particolare la perdita di capacità stabilizzante del suo metodo»¹⁵.

Da questa prospettiva la vulnerabilità può essere assunta come direttiva dell'azione pubblica nel riformare processi e politiche, puntando sull'equità di accesso a servizi e risorse inerenti a beni fondamentali, con l'effetto di aumentare il grado generale di resilienza del contesto sociale¹⁶.

Il recente dibattito aperto dalla pubblicazione da parte della Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (Siaarti) del documento 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*» offre un'occasione per sperimentare questi nuovi percorsi di analisi, vagliando, in particolare, il dilemma inerente le decisioni pubbliche relative a se e come assegnare risorse ai soggetti vulnerabili più bisognosi in un contesto di scarse risorse come è quello del settore sanitario assediato dalla pandemia.

3. Principi ispiratori ed etica pratica nel documento della Saarti

Il documento Siaarti si è posto l'obiettivo di affrontare laicamente il dilemma a cui si sono trovati di fronte i sanitari nella definizione di criteri decisionali di cura in una condizione, come quella vissuta nel mese di marzo nelle strutture ospedaliere di alcune regioni del nord

ERS, S. DODDS (a cura di), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 134 ss.

¹⁵ V. NITRATO IZZO, *Note su vulnerabilità del diritto e indecidibilità*, in *Etica&Politica*, 2019, 3, 325; anche F. CIARAMELLI, *La vulnerabilità da caratteristica dei soggetti a caratteristica del diritto*, in A. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità, cit.*, 179-180 secondo cui «concepito come pratica sociale, cioè come un "insieme di pratiche interpretative e argomentative per risolvere problemi della vita comune" (secondo la formula di Francesco Viola), il diritto appare esso stesso vulnerabile; questa sua vulnerabilità lo alleggerisce dalle pretese di universalità e necessità, di certezza oggettiva e completezza sistematica che ne esaltavano esclusivamente la razionalità logica e perciò miravano a rimuoverne la contingenza. (...) La transizione della vulnerabilità da caratteristica dei soggetti tutelati dal diritto a carattere strutturale di quest'ultimo è la presa di coscienza della contingenza dell'ordinamento giuridico, connessa allo statuto del diritto moderno come diritto artificiale e vivente. In realtà, il diritto che non si riduce alla produzione normativa ma che vive la vita delle istituzioni giuridiche, lungi dal risultare imperturbabile, si dimostra per essenza vulnerabile, tenuto concretamente in vita dalla elaborazione di procedure di controllo e di legittimazione dell'intervento dei suoi operatori».

¹⁶ S. CUTTER *et al.*, *Social Vulnerability to Environmental Hazards*, in *Social Science Quarterly*, 2003, 2, 242 ss.

Italia, ove l'aumento inusitato dei casi di insufficienza respiratoria acuta con necessità di ricovero nei reparti di terapia intensiva ha determinato un enorme squilibrio tra esigenze di salute e risorse disponibili.

La riflessione principia dalla considerazione della insufficienza in una situazione di emergenza¹⁷ degli ordinari criteri di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, essendo necessario orientare le scelte cliniche attraverso direttive, il più possibile condivise, di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate in grado di garantire l'equità e l'universalità delle cure, principi cardine del nostro ordinamento. Solo quando viene oltrepassata la «riserva del possibile»¹⁸, entra quindi nel processo decisionale anche la variabile data dalla disponibilità di risorse tali da consentire solo ad alcuni pazienti di beneficiare di uno specifico trattamento clinico. Tuttavia è bene sottolineare che il quadro è decisamente complesso e appare come un *puzzle* i cui pezzi non si compongono mai a tracciare un disegno organico: infatti, a fronte della necessità di potenziare la prevenzione mediante un forte sistema territoriale, anziché far fluire la massa critica dei pazienti verso le strutture ospedaliere, permane l'esigenza di costruire un tessuto organizzativo volto ad aumentare la disponibilità di risorse erogabili nell'ambito di una collaborazione sinergica tra strutture a livello sovra-regionale. Al contempo l'allocazione di risorse non è "a somma zero", nel senso che l'assegnazione di risorse ad un settore o servizio comporta un regresso per altri, così un eccessivo aumento straordinario dei letti intensivi da un lato non garantirebbe di per sé cure adeguate ai singoli pazienti e, dall'altro, distoglierebbe risorse, attenzione ed energie ai restanti pazienti ricoverati in altri reparti, determinando, in una sorta di eterogenesi dei fini, un prevedibile aumento della mortalità per condizioni cliniche non legate all'epidemia in corso, dovuta alla riduzione dell'attività chirurgica ed ambulatoriale elettiva e alla scarsità di risorse intensive.

In questo quadro, obiettivo esplicito del documento analizzato è quello di fornire al personale sanitario, singolo o in équipe, alcune indicazioni operative intelleggibili che possano orientare le scelte terapeutiche nei confronti dei pazienti, al contempo, rendendo trasparenti i criteri volti a delineare le priorità nell'accesso alle cure, al fine di farne oggetto di un dibattito pubblico, anche con la finalità di responsabilizzare la popolazione inducendola a comportamenti responsabili e a un utilizzo consapevole delle risorse sanitarie.

La riflessione degli anestesisti ha il coraggio di sollevare il velo dell'ipocrisia delle "anime belle" a cui bastano per acquietarsi proclami di principio che sono però di complessa realizzazione nella concretezza della pratica clinica, specie in un contesto di emergenza¹⁹.

¹⁷ Emergenza che si connota per la grave carenza di risorse e costituisce un caso paradigmatico in quanto non si chiude entro una unità di luogo e di tempo ma rappresenta un modulo attraverso il quale riflettere su ogni tipologia di disastro (come in occasione di un terremoto, di una inondazione o di un grave incidente ferroviario), in cui si rende necessario applicare criteri di razionamento straordinari.

¹⁸ P. KIRCHHOF, *Medizin zwischen Ethik, Recht und Vorbehalt des Möglichen*, in B.R. KERN *et al.*, *Humaniora. Medizin, Recht, Geschichte*, Springer, Berlin, 2006, 931 ss.

¹⁹ Per un commento adesivo al documento M. PICCINI *et al.*, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento 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"*, in *Rec. prog. med.*, 2020, 111, 212 ss.; L. CONTE, *Covid-19. Le raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse*

Così a fronte di una richiesta di cure intensive sproporzionatamente maggiore rispetto all'offerta disponibile nelle strutture sanitarie, «può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha *in primis* più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone. In uno scenario di saturazione totale delle risorse intensive, decidere di mantenere un criterio di *first come, first served* equivarrebbe comunque a scegliere di non curare gli eventuali pazienti successivi che rimarrebbero esclusi dalla terapia intensiva»²⁰.

Considerazioni di questa portata hanno suscitato un dibattito spesso scomposto che si è focalizzato sulla pretesa discriminazione per età²¹, laddove l'elemento anagrafico²² rappresenta – nel documento in cui comunque si da conto dell'adattabilità dei parametri al dato imposto dall'effettiva disponibilità di risorse e dalla concreta possibilità di trasferire i pazienti in ragione del numero di accessi in atto o previsto – un criterio integrativo di valutazione²³, da

costituzionale, in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020; in senso critico C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive tra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *Riv. Biodiritto*, 2020, 1, 441 ss. Si veda anche A. D'ALOIA, *Emergenza sanitaria e ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, *ivi*, 20 s. che lo definisce un «grido d'allarme».

²⁰ Documento 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", in www.siaarti.it.

²¹ Si richiama il cd. *ageist bias* o anche *utilitarian ageism*, teoria che si basa sul razionamento delle cure sanitarie in base all'età negando l'eguale accesso alle cure. Su cui P. SINGER *et al.*, *Double Jeopardy and the Use of QALYs in Health Care Allocation*, in *Journal of Medical Ethics*, 1995, 21, 144 ss.; critico J. HARRIS, *QALYfying the Value of Life*, *ivi*, 1987, 13, 117 ss., sp. 119. Mi pare interessante l'osservazione svolta da M.G. BERNARDINI, *Dilemmi mor(t)ali, scelte etiche, ageism e diritti fondamentali ai tempi del Covid-19*, in www.giuri.unife.it/coronavirus/diritto-virale, 41 secondo cui «con la considerazione relativa la mero valore, la Siaarti sembra dunque suggerire che, almeno nelle condizioni emergenziali, sia necessario abbandonare un approccio valoriale per adottarne uno "tecnico", basato appunto sulla massimizzazione dei benefici. Ebbene se questa impressione fosse corretta, si tratterebbe di una credenza fuorviante: la differenza tra le due posizioni teoriche (deontologica/principalista da un lato e utilitarista/consequenzialista dall'altro) non pare infatti risiedere nella contrapposizione tra valore e tecnica o tra un valore "forte" da un lato e una a-valutatività o valutatività "debole" dall'altro. Piuttosto in entrambi i casi si tratta di operare una scelta relativa ad un valore (o ai valori) da tutelare». Anche C. DEL BÒ, *Qualche spunto di riflessione dopo l'emergenza. L'accesso ai posti letto in terapia intensiva*, in www.rivistailmulino.it.

²² Una tale scelta deresponsabilizzerebbe i professionisti sanitari perché questi ultimi risponderebbero ai bisogni di salute della popolazione solo in base all'età anagrafica dei cittadini. È tuttavia vero che l'età costituisce, secondo le ricerche disponibili, un indicatore della probabile prognosi cfr. F. ZHOU *et al.*, *Clinical course and risk factors for mortality of adult inpatients with COVID-19 in Wuhan, China: a retrospective cohort study*, in *Lancet*, 11 marzo 2020, pii: S0140-6736(20)30566-3. doi: 10.1016/S0140-6736(20)30566-3.

²³ Un approccio multi-principio tiene conto di stime o proiezioni relative al numero totale di vite salvate, quello del computo totale di anni di vita risparmiati e dello stato funzionale a lungo termine nel caso in cui i pazienti sopravvivano; stime basate su dati empirici, se disponibili, o su solide motivazioni cliniche. Tale approccio può fungere da strumento per facilitare decisioni eque, in quanto cerca di bilanciare le considerazioni di utilità e di equità. L'utilizzo di un approccio multi-principio può temperare il classico approccio utilitaristico dell'assegnazione delle risorse basato sul principio *the greatest good for the greatest number* (cfr. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, London, 1823, 30), tenendo conto di un'equa distribuzione di benefici e oneri. Non sono ammesse quindi discriminazioni riferite ad un presunto valore sociale della persona, ad esempio in funzione dell'età, reddito, etnia, genere. Tuttavia, appare comunque conforme all'etica delle teorie della giustizia dare la priorità a determinati gruppi a rischio, al fine di minimizzare il danno, massimizzando equità e reciprocità.

considerare attentamente in relazione alla condizione clinica generale del paziente, quindi alla presenza di comorbidità e allo *status* funzionale²⁴.

Le pandemie mettono a dura prova i sistemi sanitari e quindi possono esacerbare ulteriormente i limiti delle risorse relativi ad un'organizzazione già fortemente destrutturata. Le decisioni relative all'assegnazione di risorse scarse – ad esempio ventilatori artificiali, PPE4, posti in terapia intensiva e farmaci – dovranno essere prese a livello individuale da parte del singolo sanitario, organizzativo nell'ambito delle strutture ospedaliere e a livello di politiche pubbliche sulla base dei principi di equità, riduzione al minimo dei danni, solidarietà e reciprocità. L'integrazione di questi principi trova riscontro nella riflessione sui criteri – sottesi al documento in analisi – che dovrebbero informare il procedimento di pianificazione delle strategie in fase pandemica e il relativo processo decisionale sull'allocazione delle risorse. È importante riconoscere che esiste un certo grado di interazione tra questi principi e che non possono essere semplicemente applicati o attuati in termini monadici. Le decisioni prese per salvaguardare un principio possono entrare in conflitto con un altro principio, il che comporta, nel caso in cui i principi entrino in tensione tra loro, di delineare un equo bilanciamento.

Così, nel corso di una pandemia, la scarsità delle risorse sanitarie genera la necessità di distribuirle in modo equo, efficace e tale da riconoscere l'uguaglianza morale di tutte le persone. L'equità richiede che le decisioni relative all'allocazione delle risorse non vengano prese in modo arbitrario, dovendosi privilegiare quelle scelte che, tendenzialmente, offrano alle persone le stesse possibilità di beneficiare delle risorse sanitarie e pari opportunità di riceverle. In condizioni di emergenza tuttavia è probabile che il sistema sanitario raggiunga il limite delle sue capacità di intervento, sicché tutti coloro che ne hanno necessità saranno curati, ma non tutti potranno avere le medesime possibilità di accesso ai diversi livelli delle prestazioni sanitarie, dovendosi delineare una scala di priorità. Queste decisioni dovrebbero basarsi sulla logica di fondo volta a massimizzare i benefici che si possono ottenere dalla limitata quantità di risorse disponibili, prestando la dovuta attenzione all'equa distribuzione dei benefici e degli oneri in relazione alle migliori evidenze cliniche disponibili al momento²⁵.

²⁴ Si segnala il rinvio a questo scopo ai criteri clinici specifici e generali presenti nel documento Siaarti multisocietario del 2013 sulle grandi insufficienze d'organo end-stage. Si muove sugli stessi binari la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (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 *Medicina Intensiva*, 15 Abril 2020, doi: [10.1016/j.medin.2020.04.006](https://doi.org/10.1016/j.medin.2020.04.006). Pur con toni critici anche la Società Italiana di Geriatria e Gerontologia, Società Italiana di Geriatria Ospedale e Territorio. *Coronavirus - Geriatri: La soluzione non è sacrificare gli anziani*. Comunicato stampa 9 marzo 2020 sottolinea che «la dolorosa selezione dell'ordine di priorità nelle cure intensive può basarsi solo su una valutazione multidimensionale. Resta centrale il medico con il suo bagaglio di professionalità, esperienza e umanità».

²⁵ Questo indirizzo riflette le linee guida dell'OMS per la gestione delle questioni etiche nelle epidemie di malattie infettive (2016), nelle quali si raccomanda che le decisioni relative all'allocazione delle risorse debbano essere guidate dal bilanciamento delle considerazioni sull'utilità e sull'equità. Anche E.J. EMANUEL *et al.*, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in Time of Covid-19*, in *New England Journal of Medicine*, 23 marzo 2020, 5 secondo cui «maximizing benefits requires consideration of prognosis – how long the patient is likely to live if treated – which may mean giving priority to younger patients and those with fewer coexisting conditions». Si vedano le riflessioni di F. FERRARO, *Alcuni fraintendimenti delle "raccomandazioni" Siaarti ai tempi del Covid-19. Utilitarismo e "medicina delle catastrofi"*, in www.rivistaimulino.it.

Le decisioni dovranno trovare principalmente fondamento avendo riguardo ai benefici legati alla salute dei meccanismi di allocazione.

Pertanto, il punto di partenza per qualsiasi decisione di razionalizzazione è quello di considerare quali pazienti abbiano maggiori probabilità di beneficiare dell'intervento sanitario, avendo riguardo allo stato di salute del paziente, alla presenza di comorbidità e di uno stato di fragilità (che può dipendere anche dall'età), oltre alla sua volontà (se nota). Si deve notare – in conformità con le linee guida adottate dalle società scientifiche in tema – come, nell'ordinario, nelle unità di terapia intensiva, le misure invasive volte al sostegno vitale e salvavita vengano applicate ai pazienti che altrimenti non sopravviverebbero a causa dell'insufficienza multi-organo. In generale tali terapie sono quindi riservate ai pazienti il cui decorso può avere esito positivo o almeno accettabile dopo la dimissione dall'ospedale, risultando altrimenti sproporzionate per coloro che presentassero scarse aspettative a lungo termine, disfunzioni, comorbidità e/o scarsa qualità della vita²⁶.

Appare invece dubbia e problematica la considerazione secondo cui «un eventuale giudizio di inappropriately all'accesso a cure intensive basato unicamente su criteri di giustizia distributiva (squilibrio estremo tra richiesta e disponibilità) trova giustificazione nella straordinarietà della situazione»²⁷. Tale esclusività non sembra tenere in debito conto che mentre i criteri di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure sembrano fare appello al principio dell'equità nella distribuzione dei benefici, rischi e costi, diversamente i criteri di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse scarse appaiono orientati dal principio di utilità, essendo volti a massimizzare le *chance* di salute per il maggior numero di persone.

Le esternalità negative della pandemia hanno inciso sul tessuto di un sistema sanitario fortemente condizionato dalle preesistenti scelte di allocazione delle risorse, così come da principi e criteri di funzionamento non sempre coerenti. Questo non può comportare un'inversione dell'ordine dei criteri di valutazione, dando luogo ad una prevalenza dei principi di giustizia distributiva rispetto ai criteri di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure che ordinariamente guidano il processo decisionale per l'ammissione ai trattamenti intensivi, potendosi ammettere una integrazione o un temperamento di questi attraverso la lentezza della giustizia distributiva. Come ha sottolineato Martha Nussbaum «chi tenti di decidere in ogni occasione appellandosi a certi principi generali considerati saldi ed inflessibili è come un architetto che tenti di usare una riga dritta per misurare le complesse curve di una colonna scanalata. Il buon architetto dovrebbe invece prendere le misure con una striscia flessibile di metallo che si piega alla forma della pietra e non rimane rigida. La buona delibe-

²⁶ Nella letteratura medica C.L. SPRUNG *et al.*, *Changes in End-of-Life Practices in European Intensive Care Units From 1999 to 2016*, in *J. Am. Med. Assoc.*, 2019, Oct 2, 1 ss. doi: 10.1001/jama.2019.14608; V. GHANBARI *et al.*, *Ethical prioritization of patients during disaster triage: A systematic review of current evidence*, in *Int. Emerg. Nurs.*, 2019, 43, 126 ss. doi: 10.1016/j.ienj.2018.10.004; S. WINSOR *et al.*, *Identifying prioritization criteria to supplement critical care triage protocols for the allocation of ventilators during a pandemic influenza*, in *Healthc Q*, 2014, 17, 44 ss. doi: 10.12927/hcq.2014.23833; E.J. KOMPANJE *et al.*, *Causes and consequences of disproportionate care in intensive care medicine*, in *Curr. Opin. Crit. Care*, 2013, 19, 630 ss.

²⁷ Documento Siaarti, *cit.*

razione, come questa riga, si adatta a ciò che trova, dimostrando sensibilità e rispetto per la complessità. Non presuppone che la forma della regola governi le apparenze; permette alle apparenze di governarsi da sole e di stabilire se la regola è corretta o meno»²⁸.

L'etica pratica è infatti un funambolo che si muove lentamente, in equilibrio, su un filo teso e sottile senza rete protettiva, ma al contempo, attraverso i principi che le sono sottesi, è capace di compiere un salto, consegnando concretezza e pienezza alla vita anche nei casi tragici, attraverso forme sempre nuove di resilienza²⁹.

Durante la fase più acuta della pandemia Covid-19, in Italia, la capacità del sistema sanitario non è stata sufficiente a supportare l'enorme numero di pazienti da ricoverare nelle terapie intensive che sono divenute il collo di bottiglia critico del sistema³⁰, condizione che ha avuto importanti implicazioni etiche, in quanto i medici, essendo costretti a decidere quali pazienti ricoverare, non sono stati più in grado di distribuire benefici, rischi e costi in maniera equa, dovendo privilegiare il criterio delle "maggiori probabilità di sopravvivenza" dei singoli pazienti³¹. La questione che si è posta in questa condizione non è stata se stabilire le priorità, ma come farlo in modo etico e coerente, piuttosto che lasciare, nel momento di crisi, le decisioni in materia alle singole strutture o alla discrezionalità dell'operatore sanitario³².

In questo contesto è ragionevole che il sistema sanitario costruisca il processo decisionale su un modello misto che, tenendo conto del criterio della giustizia distributiva, lo temperi con quelli di equità e tutela delle vulnerabilità, dato che – come sottolineato dal bioeticista Emanuel – «nessun valore è sufficiente in sé da solo per determinare quali pazienti dovrebbero ricevere risorse che sono scarse. Pertanto, un'allocazione equa richiede un quadro etico multivaloriale che possa essere adattato, a seconda delle risorse disponibili e del contesto in questione»³³.

²⁸ M. NUSSBAUM, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Il Mulino, Bologna, 2004, 555.

²⁹ Sul punto V. MARZOCCO, *Insicuri e liberi. Vulnerabilità e resilienza nel lessico politico-giuridico del neoliberalismo*, in M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, O. GIOLO, L. RE (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, IF Press, Firenze, 2018, 295 ss., sp. 306 ss.

³⁰ Così A. REMUZZI, G. REMUZZI, *Health Policy COVID-19 and Italy: what next?*, in *Lancet*, 2019, doi: 10.1016/S0140-6736(20)30627-9.

³¹ Peralto, come ha notato il Comité de Bioética de España, «los principios generales de la buena práctica médica son, en general, perfectamente aplicables a situaciones como la que afrontamos. Un profesional sanitario, por tanto, debe comenzar por analizar qué haría con un paciente concreto si la situación de escasez no existiera. Sólo si su respuesta en una hipótesis de contexto normal involucrara el uso del recurso tendrá verdadero sentido plantearse opciones de triaje y

priorización. En muchas ocasiones un contexto o entorno crítico puede llevar a la confusión de convertir en trágica una decisión que en un entorno de normalidad no lo sería, porque respondería a los criterios tradicionales de beneficencia y no maleficencia. Por ello, la primera decisión será tratar de abstraerse, por unos segundos del contexto, y contestar a la pregunta de ¿qué haría en un contexto de normalidad? Si la solución es, por ejemplo, no adoptar una medida de soporte vital desde la perspectiva del principio de no maleficencia, no estamos ante un dilema ético específico, sino ante la respuesta correcta que se produce en la asistencia diaria. Solamente los dilemas que vienen directamente provocados por el contexto concreto que estamos viviendo exigen una reflexión y deliberación específica y más compleja» (cfr. *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, Madrid, 6).

³² G. PERSAD, A. WERTHEIMER, E.J. EMANUEL, *Principles for allocation of scarce medical interventions*, in *Lancet*, 2009, 373, 423-31.

³³ E.J. EMANUEL *et al.*, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in Time of Covid-19*, *cit.*, 3.

Quelli esposti sono dunque i criteri sostanziali che debbono guidare le scelte sanitarie in presenza di risorse scarse, a cui si devono accompagnare efficaci processi decisionali, capaci di mostrare rispetto per le persone e garantire l'equità procedurale, conferendo legittimità alle decisioni prese. Comunicare le decisioni e la loro logica in modo aperto e trasparente è uno dei fattori fondamentali per potenziare il consenso e la cooperazione nel contesto dell'alleanza terapeutica. In tal senso la partecipazione e l'inclusione dei soggetti interessati, compresa la generalità dei cittadini, si sviluppa nel contesto di procedure volte a discutere e spiegare le ragioni che portano a determinate politiche allocative, aumentando per l'effetto la probabilità della loro accettazione. Naturalmente non è fattibile né opportuno effettuare ampie consultazioni durante la risposta a una pandemia, tuttavia la costruzione (o programmazione) partecipata di processi espliciti e trasparenti consente agli *stakeholders* di condividere e assumersi quelle responsabilità che sono connesse anche a scelte tragiche. Il percorso di condivisione e di discussione non deve limitarsi al dibattito pubblico sulle scelte sanitarie ed i valori che vi sono sottesi, ma si deve esplicitare anche nel contesto della pratica clinica laddove la decisione di limitare le cure intensive deve essere discussa e condivisa il più possibile collegialmente dell'équipe curante e – per quanto possibile – in dialogo con il paziente³⁴, facendo ricorso, qualora si presentino situazioni di particolare difficoltà e incertezza, ad una *second opinion* da parte di interlocutori di particolare esperienza (ad esempio, attraverso il Centro Regionale di Coordinamento).

I criteri per il *trial* clinico da adottare – ricorda il documento analizzato – non sono scolpiti nella pietra, ma devono adattarsi al carattere cangiante delle condizioni che si presentano in un reparto ospedaliero, conseguentemente «tutti gli accessi a cure intensive devono comunque essere considerati e comunicati come “ICU trial” e sottoposti pertanto a quotidiana rivalutazione dell'appropriatezza, degli obiettivi di cura e della proporzionalità delle cure»³⁵.

Pare opportuna un'ultima annotazione riguardo la pretesa dissonanza dei principi esposti nel documento Siaarti rispetto alle norme deontologiche, tenendo conto che tali disposizioni si devono adattare al paradigma inerente la medicina delle catastrofi³⁶ che necessita di una ricalibrazione etico-deontologica delle direttive per i sanitari e le organizzazioni, extra-ospedaliere ed ospedaliere, chiamate a fronteggiare tali eventi straordinari³⁷. Sono la

³⁴ In questo senso «deve essere considerata con attenzione l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse dai pazienti attraverso eventuali Dat (disposizioni anticipate di trattamento) e, in modo particolare, quanto definito (e insieme ai curanti) da parte delle persone che stanno già attraversando il tempo della malattia cronica attraverso una pianificazione condivisa delle cure. Un'eventuale istruzione *do not intubate* dovrebbe essere presente in cartella clinica, pronta per essere utilizzata come guida se il deterioramento clinico avvenisse precipitosamente e in presenza di curanti che non hanno partecipato alla pianificazione e che non conoscono il paziente» (cfr. Documento Siaarti, *cit.*).

³⁵ Documento Siaarti, *cit.*

³⁶ R. HAVIDÁN, E.L. QUARANTELLI, R.R. DYNES (eds.), *Handbook of Disaster Research*, Springer, New York, 2007.

³⁷ J.P. LEIDER, D. DEBRUIN, N. REYNOLDS, A. KOCH, J. SEABERG, *Ethical Guidance for Disaster Response, Specifically Around Crisis Standards of Care: A Systematic Review*, in *Am. J. Public. Health*, 2017, 107, 9, 1 ss.; D.P. O'MATHÚNA, *Conducting research in the aftermath of disasters: ethical considerations*, in *J. Evid. Based*

corsa contro il tempo, la complessità della resa operativa della risposta sanitaria e la straordinarietà delle maxi-emergenze ad esigere non solo una attenta pianificazione³⁸, ma anche un processo di definizione “per principi” delle direttive etiche che sottendano e suffraghino le linee operative così da permettere agli operatori, sanitari e non, di poter fruire di chiare raccomandazioni comportamentali³⁹ che trovino un giusto bilanciamento tra etica della salute pubblica e le questioni etiche sviluppate “al letto del paziente”⁴⁰.

Anche in condizioni di emergenza permane comunque vincolante il principio di non discriminazione dettato all’art. 3 del Codice deontologico, laddove tuttavia l’integrazione dell’elemento anagrafico tra i fattori da valutare per decidere l’accesso alla terapia intensiva non pare svuotare della sua sostanza il canone dell’eguaglianza, essendo oggettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità legittima. Tale direttiva si riflette e viene rafforzata dal disposto dell’art. 6 ove si prevede che «il medico, in ogni ambito operativo, persegue l’uso ottimale delle risorse pubbliche e private salvaguardando l’efficacia, la sicurezza e l’umanizzazione dei servizi sanitari, contrastando ogni forma di discriminazione nell’accesso alle cure». Si tratta di un limite, anche morale, per il medico che non è esentato dalla considerazione dei costi delle sue scelte, ma, nel prescrivere cure o effettuare prestazioni, viene a consumare risorse, il cui uso non può essere sproporzionato rispetto al beneficio perseguito, da commisurare non solo alle esigenze del singolo paziente, ma dell’intera comunità. Ciò si traduce allora nell’esigenza di commisurare il criterio dell’appropriatezza clinica, efficacia e della proporzionalità dei trattamenti sanitari alla necessità di allocare le scarse risorse esistenti, con la finalità di salvaguardare il maggior numero di vite⁴¹.

Il conflitto che grava sui sanitari va pertanto affrontato operando nel senso della massimizzazione della salute e del benessere attraverso un’attenta stima della probabilità di sopravvivenza, basata su criteri, valutati e applicati in modo rigoroso, che debbono tener conto altresì della particolare gravosità del trattamento intensivo⁴². Gli approcci eticamente informati che delineano criteri per la gestione delle liste d’attesa per il *triage* sul campo di battaglia e per i trapianti di organi, nonché le direttive governative come le linee guida ufficiali

Med., 2010, 3, 65 ss.; G.R. HOLT, *Making difficult ethical decisions in patient care during natural disasters and other mass casualty events*, in *Otolaryngol Head Neck Surg*, 2008, 139, 181 ss.

³⁸ M.R. HUNT, L. SCHWARTZ, V. FRASER, “How far do you go and where are the issues surrounding that?” *Dilemmas at the boundaries of clinical competency in humanitarian health work*, in *Prehosp Disaster Med.*, 2013, 28, 502 ss.

³⁹ J.J. SUBBARAO, W.L. LANIER, *Improving the art and science of disaster medicine and public health preparedness*, in *Mayo Clin. Proc.*, 2008, 83, 559 ss.; F.M. BURKLE, P.G. GREENOUGH, *Impact of public health emergencies on modern disaster taxonomy, planning, and response*, in *Disaster Med. Public Health Preparedness*, 2008, 2, 192 ss.

⁴⁰ L.M. LEE, C.H. HEILIG, A. WHITE, *Ethical justification for conducting public health surveillance without patient consent*, in *Am. J. Public Health*, 2012, 102, 38 ss.

⁴¹ J. GRAY, *The shift to personalised and population medicine*, in *Lancet*, 2013, 382, 200.

⁴² Interessante, in questo contesto, è il riferimento al già richiamato principio di “massima efficacia” per il maggior numero di individui di cui all’art. 77 del codice di deontologia medica; analogamente nella Raccomandazione n. 3 del Documento Siaarti si richiama l’ottica di “massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone», così come la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 dicembre 2007 (Procedure e modulistica del triage sanitario nelle catastrofi), volta a definire percorsi metodologici in grado di orientare correttamente i comportamenti degli operatori sanitari in emergenze catastrofiche.

delle società scientifiche o dei comitati etici riguardo l'influenza pandemica⁴³, delineano, pur partendo da contesti culturali e valoriali differenti, priorità fondate sul risultato atteso, con la massimizzazione dei benefici aggregati per la salute quale obiettivo principale. L'adozione di chiari criteri allocativi in questa prospettiva mira pertanto a salvare il maggior numero possibile di vite o anni di vita, e la priorità è dunque data a coloro che tendenzialmente beneficeranno maggiormente delle risorse sanitarie in termini di sopravvivenza o di aumento dell'aspettativa di vita.

4. Sulle scelte allocative e il limite del nucleo duro del diritto alla salute

Delineare una soluzione a fronte di scelte tragiche, dal punto di vista del sistema del diritto, costituisce un dilemma e implica una antinomia, nella misura in cui ogni decisione non può che essere sbagliata. «Ogni ricorso alla "condizionabilità" della norma, calcolare le conseguenze della decisione, moralizzarla, ricorrere a un interesse politico superiore, etc., ne distruggerebbe l'indisponibilità. Negli *hard cases* è lo stesso fondamento della norma che viene scalfito, la sua latente fonte giustificativa, il suo valore di giustizia: (...) ed è qui che esplose lo spazio delle argomentazioni, delle ragioni, delle fondazioni, delle riflessioni del sistema»⁴⁴.

Solo includendo questo conflitto nel "giardino" dei principi e procedure costituzionali – strumenti di riaffermazione del ruolo centrale della persona, quale struttura di valore, essere assiologico concreto a cui viene fornito riconoscimento e tutela anzitutto nella sua dimensione vitale⁴⁵ – è immaginabile restituirlo allo spazio pubblico, luogo di riflessività ove si costruisce un discorso, anche giuridico, che delinea un luogo di composizione della contraddizione.

⁴³ Si veda N. BERLINGER *et al.*, *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19*, in *The Hastings Center*, 16 marzo 2020; Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, Roma, 8 aprile 2020, 6 che valuta «il criterio clinico come il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse medesime: ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio 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, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile». A riguardo si ritiene tuttavia di aderire al parere dissenziente di Maurizio Mori che sostiene «a parole il Parere del CNB promette di dare un criterio per il *triage* in situazione di emergenza pandemica, ma in realtà non dà alcuna indicazione specifica se non che quando non si riesce a garantire l'universalità delle cure è il medico che deve scegliere in scienza e coscienza mixando gli indicatori clinici a propria discrezione»; si veda anche Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, *Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit Hinweise zur Umsetzung Kapitel 9.3. der SAMW-Richtlinien Intensivmedizinische Massnahmen (2013)*, Bern, 24 marzo 2020, 3 che, al contrario, ritiene «das Alter per se ist kein Kriterium, das zur Anwendung gelangen darf. Es misst älteren Menschen weniger Wert bei als jüngeren und verletzt in diesem Sinne das verfassungsrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot. Das Alter wird jedoch indirekt im Rahmen des Hauptkriteriums "kurzfristige Prognose" berücksichtigt, denn ältere Menschen leiden häufiger unter Co-Morbiditäten. Im Zusammenhang mit Covid-19 ist das Alter ein Risikofaktor für die Sterblichkeit und muss daher berücksichtigt werden».

⁴⁴ R. PRANDINI, *Il paradosso di Luhmann: "la premura si specchia nel fondo"*, in N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando, Roma, 2011, 21.

⁴⁵ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1135.

Il tema dell'allocazione delle risorse sanitarie intercetta in modo peculiare molti aspetti generatori di contraddizioni: da un lato, la questione della specifica configurazione del diritto alla salute, quale diritto fondamentale oppure obiettivo di *policy* il cui contenuto è demandato alla discrezionalità del legislatore; dall'altro, gli elevati costi che derivano dalla garanzia del diritto individuale di accesso alle prestazioni sanitarie il cui finanziamento influisce sugli equilibri del bilancio statale. Ancora il dilemma allocativo pone in rilievo la questione della legittimità delle relative decisioni, espressive della qualità della democrazia dei sistemi nei quali tali decisioni sono assunte, sia rispetto al metodo della decisione allocativa, sia rispetto al contenuto valoriale che la stessa riflette.

È nel contesto del paradigma delineato dal diritto alla salute, delineato all'art. 32 Cost. e nella giurisprudenza sulla sua attuazione⁴⁶, che si possono reperire le direttive idonee ad affrontare il dilemma delle scelte (macro e micro) allocative in grado di garantire quegli *standards* qualitativi che vengono a concretare quella condizione di benessere essenziale per il libero svolgimento della personalità dell'individuo⁴⁷.

È giocoforza constatare lo stridente contrasto tra la definizione teorico-costituzionale dei diritti sociali come diritti universali e assoluti e il relativo, palesemente inadeguato, grado di effettività, determinato dalla necessità di selezionare e bilanciare le priorità, nell'ambito di un sistema plurale astretto tra problemi tra loro interconnessi: l'accesso di massa ai servizi sanitari, la qualità della medicina, il contenimento della spesa⁴⁸ e l'incombente crisi finanziari dello Stato⁴⁹.

Tali problematiche si incrociano necessariamente con la dimensione complessa⁵⁰ che caratterizza l'esercizio discrezionale dei poteri pubblici nell'attuazione del diritto alla salute,

⁴⁶ La riflessione qui sviluppata, senza insistere nell'esame della singola decisione, posto che non è nelle singole decisioni che è possibile trovare la spiegazione completa del fenomeno, si pone l'obiettivo di guardare ad alcune pronunce esemplificative della tensione emersa tra diritti, sostenibilità economica e sociale delle scelte legislative.

⁴⁷ M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998, 65.

⁴⁸ G. FREDDI, *Presentazione. Sanità, politica e società*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2009, 2, 5 ss.; E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 10 notano come: «Le riforme del sistema sanitario italiano avviate nei primi anni novanta hanno posto all'attenzione degli interpreti alcuni temi di grande rilievo attinenti l'organizzazione del sistema integrato dei servizi sanitari sul territorio italiano. Il primo è quello del controllo della spesa per la salute attraverso il metodo della programmazione delle prestazioni sanitarie erogabili dal servizio pubblico e della conseguente fissazione di limiti di *budget* per i servizi sanitari (valutazione riservata alla competenza delle regioni italiane nel quadro dei livelli essenziali di assistenza individuati dallo Stato ex art. 117, 3° co., lett. m, Cost.). (...) Il diritto alla salute, infatti, sarebbe recessivo rispetto alle "insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica"».

⁴⁹ È inevitabile infatti che sia proprio l'effettività dei diritti sociali, stante la loro strutturale predisposizione a soddisfare l'universo dei bisogni della persona in una prospettiva di solidarietà sociale, a risentire maggiormente in tempi di crisi della congiuntura negativa. Con la conseguenza, per certi aspetti drammatica, di una profonda sofferenza del sistema di *welfare*, che non di rado si traduce in una diffusa inadeguatezza a fronteggiare le situazioni di bisogno e di fragilità individuale. Cfr. D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Riv. Aic*, 2013, 4, 1.

⁵⁰ Complessità che emerge nelle forme della discrezionalità attribuita in tale materia al legislatore, in quanto intrinseca alla natura della salute come diritto sociale, il quale richiede la mediazione legislativa per dare dimensione performativa a formule di per sé generiche; complessità che, a sua volta, trova esplicazione nella discrezionalità amministrativa, ossia nelle scelte riguardanti l'organizzazione del servizio ed infine viene ad essere sintetizzata nella sfera della discrezionalità tecnica (sia essa medica, farmaceutica o epidemiologica), che non

contribuendo a definire il ruolo dei protagonisti della scelta terapeutica in relazione all'effettiva possibilità di godimento di tale servizio da parte degli utenti. Infatti, se «il diritto alla salute è un diritto sociale, a monte di ogni scelta terapeutica compiuta dal malato e dal medico stanno decisioni pubbliche che delimitano e condizionano le scelte dei singoli: [in particolare] le decisioni sul riconoscimento, la disponibilità o l'onerosità di una cura, di un medicinale, di un trattamento»⁵¹. Ne emerge quindi la figura di un terzo implicito protagonista della scelta terapeutica, il decisore pubblico⁵², ossia l'amministrazione cui sono affidati compiti relativi alle funzioni pubbliche in materia di sanità, assistenza e cura. I sistemi sanitari sono infatti essenzialmente organizzazioni che mediano attraverso procedure di standardizzazione i rapporti tra bisogno di salute, possibilità tecnico-scientifiche e risorse disponibili⁵³: si tratta di una mediazione che definisce il contenuto del diritto alla salute, o meglio la misura delle prestazioni in relazione ai bisogni di salute, determinando inevitabilmente tensioni tra interessi e dimensioni spesso non commensurabili.

Vi è infatti un nesso implicito tra accesso alle prestazioni e scelte sull'allocazione delle risorse da destinare all'organizzazione del servizio preposto alla loro erogazione, nella misura in cui: «organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione»⁵⁴.

In tale quadro, se l'effettività del diritto alla salute viene affidata esclusivamente alla discrezionalità e alla volontà politica del legislatore, oltre che al riconoscimento alle singole Regioni e alle loro amministrazioni del potere di decidere come ripartire, in conformità all'art. 117, 2° co., lett. m), Cost.⁵⁵, le risorse distribuite in ambito nazionale, allora si può prospettare un'alterazione (o inversione) del rapporto tra «il diritto alla salute, per definizione incom-

comporta ponderazione di interessi o valutazione di opportunità, ma rappresenta manifestazione di un giudizio formatosi a mezzo della ricognizione, apprezzamento e valutazione di specifici dati di fatto. Sul punto si rinvia a N. VETTORI, *Diritti della persona e pubblica amministrazione. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Giuffrè, Milano, 2017, 137 ss.

⁵¹ B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003, 42.

⁵² La definizione del contenuto dei diritti sociali rappresenta l'esito di un'operazione decisionale complessa ed articolata che si compie a diversi livelli, ciascuno dei quali si connota per uno specifico grado di mutevolezza e variabilità. In particolare, nella definizione del diritto alla salute si intrecciano i profili della discrezionalità politica del legislatore, quella della scienza (spesso connotata da incertezze strutturali e infine le ponderazioni degli organi amministrativi, i quali vengono a delimitare la sfera entro cui può essere soddisfatto il bisogno del singolo di ricevere prestazioni sanitarie, intese in termini di oggetto di un diritto soggettivo.

⁵³ V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di eguaglianza*, in *Riv. Biodiritto*, 2019, 2, 35 ss.

⁵⁴ Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *Giur. cost.*, 1998, 3316.

⁵⁵ Tra gli altri R. FERRARA, *L'ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, 235 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, BUP, Bologna, 2008, 269 ss.

primibile e le risorse finanziarie, per definizione comprimibili»⁵⁶ che ha ricadute evidenti sulla scelte allocative e sull'effettiva disponibilità delle risorse per i servizi sanitari.

Tale scenario, già descritto dalla dottrina come segno della «parabola discendente del cd. diritto alla salute», è contrassegnato dalla «subordinazione di fatto dei diritti sociali ai vincoli condizionanti e stringenti della finanza pubblica»⁵⁷. Ciò implica che la logica economica di *austerità* – venendo ad improntare la gestione del sistema sanitario – non solo si imponga nelle scelte di politica economica e di organizzazione aziendale, ma penetri anche nello stesso paradigma del diritto alla salute, relativizzandone la portata sino a degradarlo a «diritto finanziariamente condizionato»⁵⁸.

A questa ventata di “realismo” non si è sottratta neppure la Corte costituzionale, che già in una sentenza del 1990⁵⁹, aveva sostenuto che «sotto il profilo della difesa dell'integrità psico-fisica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive di terzi», il diritto alla salute «è un diritto *erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti», «considerato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari», invece, esso «è garantito a ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato dall'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento 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»⁶⁰. In questi termini la Corte riepuma la categoria delle norme costituzionali

⁵⁶ I. CAVICCHI, *Sanità: un libro bianco per discutere*, Dedalo, Bari, 2005, 15 ss. Anche se come ha notato Luciani il problema del reperimento delle risorse «sta assai meno nel loro totale che non ... nella loro distribuzione e nei vari impieghi» (M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. GRISOLIA (a cura di), *Il diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 14).

⁵⁷ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 59; R. FERRARA, P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Giappichelli, Torino, 1999, 19 ss.; R. FERRARA, (voce) *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 513 ss.

⁵⁸ F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990, 28.

⁵⁹ Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, in *Le Regioni*, 1991, 1513 ss., con nota di R. FERRARA, *Diritto alla salute e prestazioni finanziarie tra bilanciamento e gradualità*; con nota di E. FERRARI, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie fra bilanciamento e gradualità*; anche M. COCCONI, *Il valore costituzionale della salute come criterio-guida delle scelte legislative e di organizzazione: fra esigenze di concreta realizzazione e fedeltà alla propria consistenza ontologica*, in *San. pubbl.*, 1991, 289 ss. Ancor più estrema è la sentenza Corte cost., 23 luglio 1992, n. 356, in *Foro it.*, 1993, 1, 1379 per cui «non è pensabile di poter spendere senza limiti, avendo riguardo ai soli bisogni, quale ne sia la gravità e l'urgenza. È viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità e il livello delle prestazioni sanitarie da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto conto ovviamente delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute».

⁶⁰ Nello stesso senso si esprimono Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127, in *Foro it.*, 1991, 1, 36; Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 40, in *Giur. cost.*, 1991, 274; Corte cost., 15 aprile 1992, n. 180, *ivi*, 1992, 1324; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 247, in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, 918; Corte cost., 23 giugno 1992, n. 356, in *Le Regioni*, 1993, 709 «secondo cui i mezzi finanziari per far fronte alle spese sanitarie avrebbero carattere rigido e quindi sarebbero insuscettibili di riduzione, muove da una logica rovesciata rispetto a quella propria delle regole economiche perché, in presenza di una inevitabile limitatezza delle risorse, non è pensabile di poter spendere senza limite, avendo riguardo soltanto ai bisogni, quale ne sia la gravità e l'urgenza. È viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute»; Corte cost., 26 maggio 2005, n. 200, in

programmatiche, ascrivendovi il diritto a ottenere trattamenti sanitari, non più qualificabile come diritto soggettivo pieno, ma da conformare per via legislativa. Il carattere condizionato del relativo diritto ne implica la gradualità della tutela, che resta costituzionalmente obbligatoria, ma soggetta alla «possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione»⁶¹.

La logica che è alla base della concezione dei diritti condizionati è volta essenzialmente a contestare la conformazione della salute come diritto che impone «piena ed esauritiva tutela»⁶² mediante la messa a disposizione di metodi terapeutici e di strutture tecnicamente avanzate per la cura della persona. Di contro, è il legislatore – tenendo conto dell'esistenza di vincoli di spesa che costituiscono *limiti oggettivi ed esterni* all'ambito di effettività – ad individuare il contenuto del diritto alle terapie necessarie alla cura delle patologie degli utenti e a destinare le risorse per l'organizzazione del servizio (programmazione dell'attività e dei costi delle strutture sanitarie pubbliche)⁶³. Il risultato di tale interpretazione sarebbe di stemperare la natura della salute come diritto, valorizzandone i tratti di interesse della collettività, curato dai pubblici poteri nei limiti e nelle forme della discrezionalità politica in materia di organizzazione ed individuazione delle condizioni e delle risorse destinate allo svolgimento delle linee di politiche sanitarie.

Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina⁶⁴, commentando questa giurisprudenza, la Corte, nel momento in cui confronta un diritto a prestazioni sociali con le esigenze di bilancio, presentandole entrambe come «esigenze parimenti apprezzabili», compie un falso bilanciamento, dal momento che eleva artificiosamente a dignità di principio un semplice fatto. L'enfaticizzazione della formula del diritto finanziariamente condizionato rischia, in ultima analisi, che sia il limite delle risorse finanziarie a influenzare il contenuto delle prestazioni offerte, e quindi del diritto, mentre, al contrario, le prestazioni incidenti sul nucleo essenziale

Giur. cost., 2005, 3, 1761; più di recente sentenza Corte cost., 27 luglio 2011, n. 248, in *Giur. cost.*, 2011, 4, 2243 ove si afferma che «l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario».

⁶¹ Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, in *Giur. cost.*, 1990, 2732. Nella stessa sentenza, superando il principio di gradualità, la Corte avvia il processo di costruzione del giudizio di ragionevolezza come strumento di controllo della discrezionalità del legislatore.

⁶² Corte cost., 8 ottobre 1988, n. 992, in *Foro it.* 1988, I, 1766. In dottrina E. FERRARI, *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile?*, in *Le Regioni*, 1989, 1928-1929.

⁶³ E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 2000 ss.; più recentemente E. CAVASINO, *Quale modello costituzionale di diritto alla salute*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 336 secondo cui «il diritto alla salute [è] un diritto costituzionale condizionato dal limite economico-finanziario, dal limite tecnico-scientifico e dal limite organizzativo (...) è il prodotto delle scelte legislative statali e regionali sull'organizzazione del servizio sanitario; delle scelte normative statali sui livelli essenziali di assistenza sanitari (scelte "politiche" condizionate dalle variabili tecnico-scientifiche) e delle scelte statali sulla provvista finanziaria per l'erogazione dei Lea (scelte "politiche" condizionate dalle variabili macro-economiche)».

⁶⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 111; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario (1994)*, in ID., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*, Giappichelli, Torino, 2012, 269

sono dovute in quanto tali e insiste sul legislatore il dovere costituzionale di garantire le risorse finanziarie necessarie a sovvenzionarle.

Peraltro l'utilizzo del criterio di gradualità nell'attuazione del diritto alla salute tende a tradursi in un sostanziale avallo alla scelte del legislatore e viene ad incidere anche sulla concreta garanzia costituzionale del diritto proprio in ragione dell'astrattezza che, in taluni casi, assume il confine fra il contenuto del diritto alla salute e i mezzi necessari alla sua soddisfazione.

Discutere criticamente di questo orientamento pare oggi ancor più rilevante, specie laddove lo stesso si è tradotto in una sorta di ratifica delle politiche di sotto finanziamento e progressiva privatizzazione che hanno investito il sistema sanitario, deprivandone l'organizzazione delle risorse atte a consentirgli una reazione efficace all'emergenza pandemica⁶⁵.

L'inquadramento della salute individuale come *diritto condizionato attratto nella sfera dell'autorità* coglie in tal senso la criticità connessa alla sua persistente garanzia senza distinzioni di condizioni economiche e sociali, come imporrebbe il dettato costituzionale.

La compatibilità della predetta prospettiva ricostruttiva con il principio di uguaglianza si gioca sulla individuazione della misura dei "condizionamenti" posti dall'esigenza dell'equilibrio finanziario del sistema e di efficacia ed economicità del servizio pubblico a copertura della "domanda" di salute che inevitabilmente eccede i limiti strutturali e tecnici del sistema sanitario pubblico e privato italiano. Tuttavia adattarsi ad un siffatto modello ricostruttivo ridurrebbe il diritto alla salute ad una fisarmonica suonata capricciosamente dal decisore politico⁶⁶, la cui portata sarebbe suscettibile di affievolimento non essendo in grado di incorporare e garantire la dimensione dell'uguaglianza sostanziale.

Quindi, pur a fronte della perfettibilità delle tecniche di garanzia dei diritti sociali, non può disconoscersi la loro qualificazione come diritti ed in tal senso depongono le stesse riflessioni della più attenta dottrina⁶⁷, la quale ha sottoposto a severa critica l'utilizzo della formula tralattica del diritto finanziariamente condizionato. Se infatti l'art. 32 Cost. rappresenta un fine in sé, essendo la disposizione che individua una obbligazione costituzionale determinata in favore del fruitore del servizio sanitario, allora il bilanciamento non dovrebbe ricercare il punto di equilibrio che garantisce il massimo di tutela ottenibile per ciascuno dei principi

⁶⁵ B. ARMOCIDA *et al.*, *The Italian health system and the Covid-19 challenge*, in *Lancet*, 25 march. 2020, doi.org/10.1016/S2468-2667(20)30074-8; N. CARTABELLOTTA, E. COTTAFAVA, R. LUCERI, M. MOSTI, *Il definanziamento 2010–2019 del Servizio Sanitario Nazionale*, 2019 in www.gimbe.org.

⁶⁶ Tuttavia come rileva B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 1, 51 «oggetto di un intervento riduttivo comunque non può essere il contenuto del diritto alla salute, cioè quella configurazione estensiva (...) che non può essere ricondotta alla sola nozione di integrità fisica e di assenza di malattie. A simile operazione si opporrebbe infatti non solo l'art. 3, 2° co., quanto soprattutto la qualifica costituzionale (...) del diritto alla salute come diritto fondamentale, da ritenere inserito nel catalogo dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.»

⁶⁷ M. SICLARI, *Le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute e di diritto all'assistenza*, in R. BALDUZZI, G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità ed assistenza dopo la riforma del titolo V*, Giuffrè, Milano, 2002, 115 ss.; A. D'ALLOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 6, 101 ss.; M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, 1, 73 ss.

che si assumono rilevanti correlativamente alla minima compressione degli altri, ma dovrà tener conto del criterio per cui una prestazione sanitaria adeguata realizza lo scopo primario e diretto imposto dall'ordinamento, mentre l'efficienza dell'organizzazione del servizio (art. 97 Cost.) ne è solo uno scopo di secondo grado, strumentale alla fruizione del bene salute. Il rispetto dell'equilibrio finanziario (art. 81 Cost.) rappresenta infine, in tale quadro, non più di uno scopo di terzo grado, strumentale all'attuazione del fine primario⁶⁸.

Incastrati fra discrezionalità politica per l'*an* e disponibilità finanziaria per il *quantum*, i diritti sociali hanno vissuto (pare almeno sino all'attuale crisi pandemica) una stagione "sottotono", connotata dal rischio connesso ad un approccio puramente contabile alla questione delle risorse da destinare in ambito sanitario⁶⁹. Di tale condizione si è resa conto anche la stessa Corte costituzionale che, nella sua successiva giurisprudenza⁷⁰, ha valorizzato la «vocazione espansiva» del diritto alla salute, sottolineando opportunamente come «le esigenze della finanza pubblica non possano assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute»⁷¹, la cui effettività garantisce il «valore inviolabile della dignità umana»⁷². In particolare, nella sentenza n. 304/1994⁷³, la Corte ha elaborato in termini compiuti la dottrina del «nucleo essenziale» come limite al bilanciamento irragionevole operato dal legislatore. Si tratta di uno strumento attraverso cui la giurisprudenza costituzionale ha inteso riservarsi la possibilità di sindacare la discrezionalità delle scelte legislative in punto di attuazione del diritto, valutando a seconda dei casi cosa debba essere ascritto a questa categoria dogmatica.

⁶⁸ E. PESARESI, *In tema di effettività del diritto alla salute*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 3, 991 ss. per cui «il legislatore statale, dopo aver determinato la quota-parte del reddito nazionale che può essere destinata al comparto amministrativo deputato alla tutela della salute, passi in via successiva alla fissazione dei livelli di assistenza coerenti con tale determinazione economica. Il rischio intrinseco a siffatta logica appare evidente nella potenziale discrasia tra il reale bisogno e l'effettivo impiego di mezzi, nonché nel dislivello quantitativo e qualitativo tra la domanda di salute e l'offerta di prestazione sanitaria, che potrebbe derivarne».

⁶⁹ N. DIRINDIN, E. CARUSO, C. RIVOIRO, *Universalismo e vincoli di bilancio nella tutela della salute: una questione politica, prima ancora che finanziaria*, in *Pol. Soc.*, 2014, 3, 387 ss.

⁷⁰ Corte cost., 23 luglio 1992, n. 356, *cit.*; Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, in *Foro it.*, 1995, 1, 46; Corte cost., 15 luglio 1994, n. 304, in *Giur. cost.*, 1994, 2606; Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416, in *Le Regioni*, 1996, 281; Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1998, 1510; Corte cost., 17 luglio 1998, n. 267, in *Ragiusan*, 1999, 176.; Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. cost.*, 2005, 6, 4657.

⁷¹ Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *Giur. cost.*, 1999, 2500, con nota di L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*. Sul percorso della giurisprudenza in tema C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 225 ss.; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Giappichelli, Torino, 2018, 83 ss.

⁷² Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Le Regioni*, 2001, 391; Corte cost., 13 giugno 2008, n. 203, in *Foro amm. CDS*, 2008, 6, 1691 ha precisato che «per non violare l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio, la sfera di operatività di una norma siffatta [introduzione di quote di partecipazione alle prestazioni] dev'essere, invero ridotta ai minimi termini; mentre è soltanto lo Stato che dispone della potestà di circoscrivere in tal senso la spesa, per mezzo dell'introduzione di *tickets* o con il ricorso ad analoghe misure di contenimento» e ciò perché «là dove sono in gioco funzioni e diritti costituzionalmente previsti e garantiti, è infatti indispensabile superare la prospettiva del puro contenimento della spesa pubblica, per assicurare la certezza del diritto ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni, mediante discipline coerenti e destinate a durare nel tempo».

⁷³ Corte cost., 15 luglio 1994, n. 304, *cit.*, secondo cui la nozione di «nucleo essenziale» non coincide con la pretesa a ottenere qualunque prestazione sanitaria, ma pretesa ad accedere solo a prestazioni ritenute indispensabili per rispondere a esigenze indifferibili.

Il problema è dunque quello di individuare quali prestazioni e/o servizi e per quale ragione possano definirsi essenziali. Ed è proprio alla prova della realtà, nel momento in cui si prova a circoscriverne i contorni per ricavarne conseguenze giuridicamente rilevanti, che il problema dell'individuazione del «nucleo essenziale» mostra tutta la sua forte carica di agiuridicità, rimandando alla politica e al bilanciamento volto alla composizione degli interessi sociali attraverso l'attuazione legislativa, le forme dell'interpretazione e l'aggiornamento delle politiche dell'amministrazione.

Così può sembrare che anziché di «nucleo essenziale», si possa piuttosto parlare di una «nebulosa» che, in tal senso, può espandere i propri confini ed includere in sé diritti o interessi «esterni», aggregati tuttavia materialmente alla sfera dell'essenzialità, ma che, al contempo, in funzione di un giudizio di bilanciamento in concreto, ne possono essere estraniati per migrare verso la periferia della sfera dei diritti⁷⁴. In questi termini il «nucleo» non rappresenta «qualcosa di predeterminato, ma [ha] carattere "relativo" e va determinato di volta in volta, valutando la ragionevolezza del bilanciamento alla luce delle esigenze del caso concreto, tanto da poter essere l'irragionevolezza del bilanciamento, cui partecipa la situazione soggettiva costituzionalmente garantita, a cagionare la lesione del suo contenuto essenziale, [ovvero può assumere carattere] "assoluto", con la funzione di limite esterno ed indipendente, che il legislatore deve considerare nel bilanciamento effettuato tra gli interessi coinvolti, e che la Corte costituzionale non può ignorare nel valutare la ragionevolezza del bilanciamento operato dal Parlamento»⁷⁵.

Il «nucleo essenziale» non si concreta dunque nel riconoscimento di una parte intangibile del diritto, definibile *a priori* rispetto alle scelte compiute dal legislatore, piuttosto tale categoria rappresenta un controlimite alla discrezionalità di quest'ultimo in materia di diritti sociali che consente alla Corte di esperire un sindacato più stretto rispetto a quello sviluppato in termini di pura ragionevolezza⁷⁶.

⁷⁴ A. GIORGIS, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, 121, ove si sottolinea come la definizione, in concreto, della misura del «contenuto minimo essenziale» di un diritto costituisca un'operazione non solo complessa ma anche, in talune circostanze, impossibile: «in presenza di risorse (inevitabilmente) scarse, e in un contesto culturale eterogeneo nel quale, talvolta, ci sono opinioni differenti anche su che cosa debba (in un determinato momento) considerarsi necessario avere per condurre una vita dignitosa, distinguere nell'ambito del contenuto di ogni diritto costituzionale ciò che deve considerarsi essenziale e ciò che può considerarsi, per così dire, accidentale è, infatti, un'operazione caratterizzata da un elevato tasso di discrezionalità (e forse anche di arbitrarietà)».

⁷⁵ C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, 130 ss.

⁷⁶ In questi termini A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Jovene, Napoli, 2008, 726 nota che «l'uguaglianza "sostenibile", che è in fondo una delle versioni dell'uguaglianza "essenziale" delineata dal nuovo art. 117, comma 2, lett. m), cioè a dire l'uguaglianza che si pone il problema di definire – senza mai rinunciare a spingere in avanti, ad "allargare" – i suoi confini di praticabilità, che è cosa diversa dal mito ragionieristico e probabilmente incostituzionale del pareggio di bilancio (...) è invero un punto di sintesi dello stesso progetto costituzionale, nel quale la norma dell'art. 3/2 non è (e non può essere vista come) una specie di "battitore libero", senza freni, e soprattutto proteso verso la possibile destrutturazione dell'ordinamento costituzionale».

Emblematica, per saggiare la consistenza di tale orientamento, è la recente giurisprudenza della Corte costituzionale⁷⁷ relativa ai diritti delle persone disabili laddove si è sanzionata l'illegittimità della legge annuale di bilancio della Regione Abruzzo che non garantiva risorse certe per gli interventi di trasporto e assistenza scolastica degli studenti in condizione di handicap. La previsione del limite delle disponibilità di bilancio avrebbe legittimato, infatti, decisioni arbitrarie da parte della Regione in ordine alla copertura dei costi dei relativi servizi di supporto fino a condizionare l'erogazione del contributo e del servizio stesso, compromettendo, per questa via, l'effettività del connesso diritto fondamentale. In quest'ottica, «la determinazione della misura del finanziamento non potrebbe essere rimessa alle mere decisioni dell'amministrazione regionale, poiché ciò trasformerebbe l'onere della Regione in una posta aleatoria ed incerta, la cui entità, in mancanza di limiti predeterminati dalla legge, potrebbe essere arbitrariamente ridotta, per finanziare beni ed interessi che non godono di tutela piena ed incondizionata al pari del diritto allo studio del disabile»⁷⁸. Non si può, infatti, «ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale (sentenza n. 260 del 1990)»⁷⁹.

Pur tenendo conto delle ristrettezze derivanti dalla crisi economica, la Corte – in una pronuncia di poco precedente⁸⁰ – aveva già sottolineato come ogni pregiudizio alla fruizione dei diritti sociali, causato dal mancato finanziamento dei servizi, si traducesse non solo in una violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche in una violazione del principio di uguaglianza. Ed è appunto il finalismo egualitario ad orientare un'interpretazione finalmente più chiara e univoca dei rapporti tra vincoli di bilancio e diritti costituzionalmente protetti, come emerge anche dal *dictum* centrale della sentenza in commento, laddove si sostiene che è «la garanzia dei diritti incomprimibili a incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁸¹.

Il dato di partenza del ragionamento è, dunque, dato dalla necessaria garanzia dei diritti incomprimibili che costituisce l'obiettivo primario attorno al quale vanno “costruiti” i bilanci pubblici, destinando a tali capitoli di spesa obbligatoriamente tutte le risorse necessarie affinché le pubbliche amministrazioni assolvano ai propri doveri costituzionali. La Corte sembra

⁷⁷ Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Giur. cost.*, 2016, 6, 2342 s. su cui L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti “invalidabili” alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2016, 6, 2336 ss.; A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, *ivi*, 2343 ss.; I. CIOLLI, *I diritti sociali «condizionati» di fronte alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2017, 3, 353 ss.

⁷⁸ Corte cost., n. 275/2016, punto 5 del considerando in diritto. Così si sostiene che l'effettività di un diritto «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo» (punto 7 del considerato in diritto).

⁷⁹ Corte cost., n. 275/2016, punto 3 del considerando in diritto.

⁸⁰ Corte cost., 12 gennaio 2016, n. 10, in www.giurcost.org; si veda di recente Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169, *ivi*; Corte cost., 11 aprile 2019, n. 83, *ivi*, su cui E. VIVALDI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto*, in *Forum Quad. cost.*, 2019, 9, 3 ss.

⁸¹ Corte cost., n. 275/2016, punto 11 del considerando in diritto.

porre un vincolo al legislatore che non sarebbe pienamente libero nel decidere la destinazione delle risorse economiche, perché determinati interventi e servizi devono essere prioritariamente finanziati, con una conseguente allocazione delle risorse, la quale, pur rimessa alla discrezionalità del legislatore, è da effettuare in armonia con l'intero testo della Costituzione. Si verrebbe a prospettare «una programmazione di bilancio costituzionalmente orientata»⁸², che se disattesa, come nel caso di specie, potrebbe portare alla dichiarazione d'incostituzionalità, laddove, è attraverso il ricorso alla programmazione che può vincolarsi il finanziamento pubblico, in termini specifici e puntuali, a favore dei servizi afferenti a «diritti meritevoli di particolare tutela», evitando – al contempo – la destinazione delle risorse disponibili a «spese facoltative» piuttosto che alla attuazione dei predetti diritti⁸³.

Anche recentemente questo percorso argomentativo è stato ribadito sottolineando come l'ordinamento abbia configurato «il diritto alla salute come diritto sociale di primaria importanza e ne conferma il contenuto attraverso la determinazione dei Lea, di cui il finanziamento adeguato costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per assicurare prestazioni direttamente riconducibili al fondamentale diritto alla salute. È in questo senso che deve essere ribadito il principio secondo cui, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali (sent. 275/2016). È evidente che se un programmato, corretto e aggiornato finanziamento costituisce condizione necessaria per il rispetto dei citati parametri costituzionali, la piena realizzazione dei doveri di solidarietà e di tutela della dignità umana deve essere assicurata attraverso la qualità e l'indefettibilità del servizio, ogniqualvolta un individuo dimorante sul territorio regionale si trovi in condizioni di bisogno rispetto alla salute. È in quanto riferito alla persona che questo diritto deve essere garantito, sia individualmente, sia nell'ambito della collettività di riferimento. Infatti, il servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale è, in alcuni casi, l'unico strumento utilizzabile per assicurare il fondamentale diritto alla salute»⁸⁴.

La discrezionalità del legislatore trova quindi la propria misura nel *quantum* delle prestazioni indisponibili coincidente con la nozione stessa di salute che la giurisprudenza costituzionale ha individuato attraverso tre strategie concorrenti: a) facendo uso dell'eguaglianza come criterio per valutare la legittimità di regolamentazioni differenti delle prestazioni sanitarie a partire da condizioni analoghe⁸⁵; b) attraverso lo strumento del bilanciamento che, in

⁸² A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi.it*, 2017, 6.

⁸³ Corte cost., n. 275/2016, punto 8 del considerando in diritto.

⁸⁴ Corte cost., 10 aprile 2020, n. 62, punto 4.3., in www.giurcost.org

⁸⁵ In questi termini la sanità può rappresentare un terreno di verifica del ruolo del principio dell'eguaglianza sostanziale come fattore di avanzamento del contenuto essenziale. Dalle "cure gratuite agli indigenti" come unica diretta conseguenza costituzionale del riconoscimento della salute come diritto individuale e interesse della collettività, il legislatore ha costruito un sistema (ragionevolmente, essenzialmente) universale, dove l'impegno ad attuare nel modo più intenso gli obiettivi fondamentali della Costituzione non è disgiunto dalla logica graduale del possibile. Cfr. A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali*, in *Le Regioni*, 2003, 1103 ss.

presenza di un conflitto tra diritti o interessi di rango costituzionale suscettibili di valutazione comparativa, consideri «l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione dell'eventuale contrasto»⁸⁶, tenendo conto della necessità di assicurare la soddisfazione in maniera sufficiente e proporzionata delle esigenze di garanzia da riconoscere all'interesse o al diritto limitato o ristretto; c) facendo leva sul carattere fondamentale del diritto alla salute, che si declina sia in termini negativi di pretesa di astensione dall'ingerenza di terzi, sia in funzione positiva ovvero come pretesa, qualificabile alla stregua di diritto soggettivo, a ottenere prestazioni qualificate da parte di soggetti pubblici.

Tali strategie hanno consentito alla Corte di affrontare il problema del temperamento delle politiche sanitarie con le risorse economiche, evitando che il problema del costo dei diritti sociali potesse trasformarne la struttura o incidere sulla loro effettività. Tale scelta ha peraltro una sua intrinseca razionalità, in quanto è evidente che perseguire la protezione del nucleo essenziale di un diritto significa porsi il problema dell'effettività e dell'adeguatezza dei livelli di tutela, nella consapevolezza che il problema della sostenibilità finanziaria delle politiche pubbliche, e quindi anche delle politiche attuative di diritti e istanze redistributive, costituisce uno strumento di legittimazione del sistema costituzionale, e, al contempo, un presupposto indispensabile (e in termini di limite) ad un ordinato svolgimento delle stesse politiche di eguaglianza e di promozione umana⁸⁷.

In un'ottica di centralità del profilo della salute come diritto soggettivo, pare naturale che alla logica del «razionamento delle cure» si sostituisca quella della «medicina della scelta e della responsabilità», in cui è la medicina stessa, in relazione alla singola patologia e alle circostanze concrete del particolare caso clinico, che viene a fungere da fattore di mediazione tra la domanda di salute e le risorse disponibili. Così, rifuggendo dall'irrigidimento, cui conduce la logica economicistica, e dallo sclerotismo della burocrazia sanitaria, si può pensare ad un sistema «*dal volto umano*» che non pianifica e gestisce limiti, ma che contribuisce, attraverso una sussidiarietà ottimale, a creare opportunità, facendo appello «a regole locali, permutabili, adeguate ad un procedimento decisionale che procede per accordi e convenzioni, su basi democratiche e scientifiche, secondo valori operativi situazionali che superano le eventuali incompatibilità [anche di natura finanziaria] e che sono giustificabili attraverso gli argomenti di natura politica dei protagonisti delle scelte»⁸⁸.

Riconoscendo, attraverso la clausola del nucleo duro, l'assoluta doverosità della tutela del bene salute, che si concreta non solo in una risposta ad un interesse della collettività,

⁸⁶ Corte cost. 14 novembre 2006, n. 372, in *Giur. cost.*, 2006, 3916. In dottrina A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 385 ss.

⁸⁷ Così espressamente A. D'ALOIA, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit., 571; L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, 100 ss., 196 ss.

⁸⁸ B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, cit., 109 per cui «secondo una logica della scelta, il limite finanziario viene assunto tra le compatibilità che configurano le possibilità di scelta concreta; di conseguenza, non c'è impossibilità [di erogare cure], perché tutto ciò che risulta immesso nel modo di vedere la relazione tra cura e limite finanziario è di per sé concepibile e non può essere escluso a priori».

ma soprattutto nel riconoscimento di un bisogno primario del singolo attraverso l'organizzazione di un servizio in grado di soddisfare (sempre e comunque) tale necessità, la Costituzione viene quindi a delineare una direttiva chiara nell'ambito della definizione delle politiche macro-allocative volte a garantire la pari dignità ed eguale libertà della persona, condizionando poi l'effettività dello *status* stesso della cittadinanza, quale compendio dei diritti della persona⁸⁹.

5. Sul nucleo duro e il *maximin*

Se il diritto alla salute può avere un'estensione variabile, anche in dipendenza della capacità tecnica e finanziaria dello Stato di erogare determinate prestazioni, vi è sempre comunque un nucleo essenziale di prestazioni che «rappresentando l'ultima speranza di sopravvivenza per l'individuo non potrebbero mai venirgli negate»⁹⁰. La clausola del nucleo duro rappresenta quindi una garanzia per il cittadino e un dovere per la Repubblica di organizzare e rendere fruibili le risorse essenziali a garantire i livelli delle prestazioni sanitarie. Come declinare tale condizione in presenza di una emergenza? Ci viene in soccorso la teorizzazione rawlsiana⁹¹ che – prendendo le mosse da una critica severa nei confronti dell'etica pubblica utilitarista – persegue l'obiettivo di trattare le persone con eguale considerazione e rispetto, nella misura in cui non può definirsi giusta una società che pensi di poter controbilanciare i sacrifici imposti a pochi con una maggiore quantità di vantaggi goduti da molti. Secondo questa concezione il problema della giustizia coincide con quello della distribuzione dei beni primari tra le parti⁹².

Come noto il procedimento elaborato da Rawls per fissare i principi di giustizia, ovvero la posizione originaria e il velo d'ignoranza⁹³, è diretto a neutralizzare la contraddizione

⁸⁹ D. MORANA, *L'effettività dei diritti costituzionali, tra crisi della legge e (in)disponibilità di risorse*, in G.C. DE MARTIN, D. MORANA (a cura di), *Amministrazione e democrazia*, Cedam, Padova, 2013, 69 ss.

⁹⁰ R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, 44 s.

⁹¹ Teoria che consente di smentire quelle superficiali critiche che hanno rinvenuto nel riferimento alla giustizia distributiva, contenuto nel documento Siaarti, una deriva utilitaristica. Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano 1984, 13 ss.; per l'estensione di tale teoria all'ambito sanitario N. DANIELS, *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; P. RUSSO, *Salute e giustizia sociale. Verso una teoria politica normativa*, Rubettino, 2016, 25 ss.

⁹² «Secondo noi l'oggetto principale della giustizia è la struttura fondamentale della società, o più esattamente il modo in cui le maggiori istituzioni sociali distribuiscono i doveri e i diritti fondamentali e determinano la suddivisione dei benefici della cooperazione sociale. Chiamo con il termine di maggiori istituzioni la costituzione politica e i principali assetti economici e sociali. (...) Considerate nell'insieme come un unico schema, le istituzioni maggiori definiscono i diritti e i doveri degli uomini e influenzano i loro prospetti di vita, ciò che essi possono attendersi e le loro speranze di riuscita. La struttura fondamentale è l'oggetto principale della giustizia poiché i suoi effetti sono molto profondi e evidenti sin dagli inizi» (J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 24). In questa prospettiva si propone di estendere la struttura di base della società anche alle istituzioni sanitarie, includendo l'accordo fra le parti anche alla distribuzione di giuste risorse per la salute.

⁹³ Nella posizione originaria la scelta deve essere operata tra diverse concezioni della giustizia attraverso un procedimento di "equilibrio riflessivo", valutando quindi l'ammissibilità delle diverse teorie alla luce delle nozioni di senso comune circa il primato della giustizia, i relativi giudizi ponderati, con l'effetto di scartare di volta

della disuguaglianza che è insita nel pluralismo. Le scelte ragionevoli in tale contesto sono condizionate dal riconoscimento reciproco, ovvero dal considerarsi liberi ed eguali e non quali appartenenti a questa o quella classe sociale, o come possessori di una particolare dotazione per nascita o di avere una peculiare concezione del bene. Dal momento che non è possibile conoscere in anticipo la propria posizione nella società, infatti, il decisore ipotetico sarà condotto razionalmente a tutelarsi verso l'eventualità di trovarsi in una posizione debole. La posizione originaria e l'accordo ivi realizzato costituiscono un ideale regolativo per individuare i principi che verrebbero scelti da individui liberi, uguali, razionali e ragionevoli, qualora si trovassero in una condizione iniziale equa di scelta, al fine di regolare la struttura di base della società e a distribuire oneri e vantaggi sociali. Ciò dovrebbe permettere una scelta razionale tale da garantire il più ampio insieme di libertà fondamentali, da contemperare con la misura minima di disuguaglianze economiche, accettabili queste ultime solo quando possano tradursi nel maggior beneficio per i membri più svantaggiati. In questi termini «il principio di differenza tiene conto della possibilità che le disuguaglianze esistenti fra i diversi livelli di vantaggio economico associati alle diverse posizioni sociali abbiano un effetto positivo sulla somma dei benefici che vengono distribuiti complessivamente nella società»⁹⁴. Il maximin si propone quale criterio volto ad incrementare le dotazioni in termini di risorse esterne delle persone svantaggiate, garantendo loro una quantità di beni maggiore di quella che avrebbero avuto con la divisione uguale.

Una teoria distributiva muove dai bisogni per raggiungere l'obiettivo di un'eguaglianza effettiva di distribuzione dei diritti. Per il bene salute, in particolare, la decisione sulla priorità dei bisogni provoca un conflitto profondo e difficile da risolvere⁹⁵. La prospettiva egualitarista, specie nella declinazione formale del principio, non offre un'adeguata definizione dei criteri di giustizia distributiva, mancando la conoscibilità di «quali siano i principi più ragionevoli di giustizia sostantiva, e in quali condizioni gli uomini sono disposti ad accettarli e a seguirli»⁹⁶. Nell'interpretazione rawlsiana la salute e l'assistenza sanitaria possono essere considerate come condizione di libertà, conseguentemente una loro distribuzione ineguale sarebbe ammissibile solo quando ciò sia volto a massimizzare o contribuire a migliorare le aspettative dei gruppi meno avvantaggiati⁹⁷.

in volta le opzioni in conflitto con esse. Le alternative che emergono nella posizione originaria devono rispettare alcuni vincoli formali, impliciti nell'idea di giusto, e sono costituiti dai principi di generalità, definitività, universalità e pubblicità, nonché dalla loro capacità di imporre un ordine a pretese conflittuali.

⁹⁴ CH. ARNSPERGER, PH. VAN PARIJS, *Quanta disuguaglianza possiamo accettare? Etica economica e sociale*, Il Mulino, Bologna, 2003, 60; B.A.O. WILLIAMS, *L'idea di eguaglianza* (1962), in I. CARTER (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2001, 23 ss.

⁹⁵ Sulla giustizia distributiva in ambito sanitario G. OUTKA, *Social Justice and Equal Access to Health Care*, in R.M. VEATCH, R. BRANSON (eds.), *Ethics and Health Policy*, Ballinger Publishing, Cambridge, 1976, 79 ss.; R.M. VEATCH, *What Is a "Just" Health Care Delivery?*, *ibidem*, 127 ss.; E.E. SHELP, *Justice: a Moral Test for Health Care and Health Policy*, in Id., *Justice and Health Care*, Reidel Publishing Co., Dordrecht, 1981, 213 ss.

⁹⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 66.

⁹⁷ Su cui M.R. GREEN, *Health Care and Justice in Contract Theory Perspective*, in R.M. VEATCH, R. BRANSON (eds.), *Ethics and Health Policy*, cit., 111 ss.; più recentemente Y. DENIER, *Efficiency, Justice and Care: Philosophical Reflections on Scarcity in Health Care*, Springer, 2007, 105 ss.

Il principio dell'equità di opportunità in Rawls necessita dell'eguaglianza (*equality*) per farsi principio ordinatore volto a dettare criteri per il finanziamento dell'assistenza sanitaria adeguati a produrre un più giusto sistema distributivo in materia sanitaria⁹⁸. Il fine che appare indispensabile da garantire è dunque l'eguale accesso alle prestazioni sanitarie il che non comporta necessariamente un'eguale distribuzione delle connesse risorse. L'eguale accesso diventa la chiave di volta di una prospettiva egualitaria fondata sul principio del bisogno⁹⁹. In tale prospettiva il conflitto distributivo non oppone il giovane e l'anziano ma si gioca all'interno dei soggetti dell'eguaglianza stessa che si fanno portatori del conflitto fra interessi diversi nel contesto di una vera e propria lotta per il riconoscimento dei bisogni complessi di salute. L'eguale accesso alle cure mediche implementa e contribuisce alla realizzazione del principio dell'eguale rispetto come riconoscimento delle persone a essere incluse e a non essere oggetto di discriminazioni in virtù di qualità e specificità che le caratterizzano.

Il diritto sociale alle prestazioni sanitarie, includendo il principio dell'eguale accesso alle cure, si trasforma quindi in un diritto giusto e sottratto, come per la dignità che lo connota, ai meccanismi di mercato e a forme di discriminazione. Le istituzioni sono giuste se, in base al giudizio di equità, prestano un'attenzione speciale ai malati più gravi allo scopo di compensare gli effetti della lotteria naturale, da un lato, e della lotteria sociale, dall'altro.

Nonostante ciò permane un senso di manchevolezza, laddove la soddisfazione del solo nucleo essenziale del diritto alla salute potrebbe non apparire sufficiente per assolvere quella funzione propria dei diritti sociali che deriva loro dal legame indissolubile con l'art. 3, 2° co., Cost., ossia la rimozione degli ostacoli che permette di dare attuazione a un principio di uguaglianza sostanziale quale viatico per il pieno sviluppo della persona umana¹⁰⁰.

6. Sull'appropriatezza clinica come criterio micro-allocativo

Gli interventi legislativi in materia di trattamenti sanitari vengono a strutturarsi nel contesto di una «co-partecipazione»¹⁰¹, tale da riconoscere un adeguato spazio alla autonomia decisionale dei soggetti coinvolti (medico, pazienti e struttura sanitaria), offrendo al contempo un avallo scientifico, alle decisioni di natura politico-discrezionale, funzionale a soddisfare l'esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti.

⁹⁸ J. RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, cit., 192 s. secondo cui «fornire cure mediche (o beni primari in generale) è venire incontro ai bisogni e alle esigenze dei cittadini in quanto liberi e uguali. Tali cure rientrano fra i mezzi generali necessari per rendere effettive l'equa uguaglianza delle opportunità e la nostra capacità di utilizzare i diritti e le libertà di base, cioè di essere membri normali e pienamente cooperanti della società per tutta la vita»

⁹⁹ In senso critico K.J. ARROW, *Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice by John Rawls*, in *The Journal of Philosophy*, 1973, 9, 245 ss., sp. 251. secondo cui la scelta del maximin produrrebbe un sistema sanitario inefficiente, impoverendo l'intera popolazione; in senso opposto, affermando l'irrilevanza del criterio ai fini di un sistema egualitario, A.K. SEN, *Eguaglianza, di che cosa?* [1979], in I. CARTER (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, cit., 71 ss.

¹⁰⁰ I. CIOLLI, *I diritti sociali «condizionati» di fronte alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I, 359.

¹⁰¹ S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, LI.

La normazione si sviluppa peraltro lungo una pluralità di linee di regolamentazione che vedono, accanto alla fonte legislativa, l'intervento di altri formanti, come quello giurisprudenziale e deontologico¹⁰², ed è in tale contesto che il dato scientifico contribuisce a delimitare l'ambito di applicazione delle norme costituzionali, incidendo sulla estensione del diritto alla salute e sulla ampiezza del margine di giudizio della Corte costituzionale in merito al contenuto discrezionale degli interventi legislativi, offrendo altresì indicazioni alla magistratura ordinaria al fine di individuare il "verso" della interpretazione costituzionalmente conforme delle norme. «Si tratta di un rapporto circolare, all'interno del quale i due elementi – costituzionale e scientifico – finiscono con l'influenzarsi reciprocamente, pur essendo necessario riconoscere al primo una sorta di precedenza logico-giuridica e di prevalenza assiologico-normativa: il dato scientifico, per svolgere una funzione all'interno del processo di continuo e progressivo invero all'interno dell'ordinamento giuridico e sociale, deve innanzitutto esprimere una coerenza intrinseca rispetto all'obiettivo rappresentato dalla ottimale realizzazione dei valori costituzionali»¹⁰³ Non dovrebbe stupire pertanto che anche i criteri sulla base dei quali allocare le scarse risorse di terapia intensiva in tempo di emergenza non possano che essere stabiliti a livello medico-scientifico¹⁰⁴, laddove una scelta rimessa alla mera discrezionalità politica violerebbe il parametro della ragionevolezza scientifica¹⁰⁵.

Come è emerso plasticamente nel periodo dell'emergenza Covid, le relazioni tra governo, legislatore e il sistema di *governance* della comunità scientifica, strutturato attraverso una struttura complessa di organismi volti a monitorare e vigilare sulla ricerca e la pratica clinica, appaiono soggette ad una direttiva di principio secondo cui «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»¹⁰⁶. Secondo la Corte costituzionale «poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»¹⁰⁷, il che delinea una zona di "guarentigia" da un intervento del legislatore «sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza [che quindi] non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legis-

¹⁰² *Ex plurimis*, Corte cost., 26 febbraio 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2012; Corte cost., 1 aprile 2009, n. 151, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 928 ss.

¹⁰³ F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Riv. Aic*, 2015, 4, 14 s.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 287 ss.

¹⁰⁴ In generale sul rapporto fra conoscenze scientifiche e diritto si vedano C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi: Forum Biodiritto 2008*, Cedam, Padova, 2009; A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹⁰⁵ S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 286 ss.

¹⁰⁶ Corte cost., n. 282/2002. Già nella sentenza n. 185/1998 la Corte aveva affermato l'«essenziale rilievo» degli organismi tecnico-scientifici.

¹⁰⁷ Corte cost., n. 282/2002.

latore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici” (cfr. C. cost., 20 maggio 1998, n. 185); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica»¹⁰⁸.

Come sottolineato in dottrina, si assiste ad un esercizio scientificamente orientato della discrezionalità legislativa, da cui emergerebbe «un duplice limite al potere legislativo: in primo luogo, l'obbligo di conformarsi alle acquisizioni della scienza (...); in secondo luogo, l'obbligo di riconoscere al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze medico-scientifiche, del singolo caso»¹⁰⁹.

In questa prospettiva, più recentemente in materia di procreazione assistita, facendo seguito alle sentenze n. 151/2009 e n. 162/2014, la Corte costituzionale ha sottolineato l'esigenza che il legislatore riconosca l'autorità degli organismi tecnico-scientifici, affermando che «[u]n intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»¹¹⁰.

La valorizzazione del ruolo dell'autonomia del medico si esplica anche nel contesto delle scelte inerenti la priorità da assegnare ai pazienti nell'accesso ai trattamenti sanitari, laddove il criterio è quello dell'appropriatezza che delinea il processo, fondato sui principi dell'*evidence based medicine*, di ricerca, valutazione ed uso sistematico dei risultati della ricerca come base per le decisioni cliniche. Il criterio dell'appropriatezza¹¹¹, nel contesto delle linee guida, veicola gli *standard* di «efficacia individuale, relativa ai bisogni e alla complessità assistenziale del singolo paziente»¹¹², e, al contempo, diviene unità di misura in sede di distribuzione delle risorse disponibili, sintetizzando «i risultati di un processo decisionale che assicura il massimo beneficio netto per la salute del paziente, nell'ambito delle risorse che la società rende disponibili»¹¹³. Mentre, nella sua prima declinazione, il concetto definisce il

¹⁰⁸ Corte cost., n. 282/2002. Se pure si deve riconoscere un certo margine di discrezionalità per il legislatore all'atto della definizione del bilanciamento fra diverse e a volte opposte posizioni giuridiche, alla Corte costituzionale resta comunque riservato il potere di sindacare la ragionevolezza di simili scelte.

¹⁰⁹ A. PIN, *Per chi suona la campana (della Corte)?*, in *Quad. cost.*, 2012, 313 ss. Così secondo Bin «è proibito al legislatore in sé, quale soggetto politico, di intervenire nelle scelte terapeutiche se non quando a guidarlo siano, non la “discrezionalità politica”, ma motivazioni fornite dagli organismi tecnico-scientifici» (cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, 9 ss.).

¹¹⁰ Corte cost. n. 162/2014 su cui C. TRIPODINA, *Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, 3, 2593 ss.

¹¹¹ R. BALDUZZI, *L'appropriatezza in sanità: il quadro di riferimento legislativo*, in N. FALCITELLI, M. TRABUCCHI, F. VANARA (a cura di), *Fondazione Smith Kline. Rapporto Sanità 2004. L'appropriatezza in sanità: uno strumento per migliorare la pratica clinica*, Il Mulino, Bologna, 2004, 73 ss.

¹¹² Documento introduttivo del Rapporto Sanità 2004.

¹¹³ S.A. BUETOW *et al.*, *Appropriatenes in Health Care: application to prescribing*, in *Social Science & Medicine*, 1997, 44, 261 s.; R.H. BROOK, *Appropriateness: the next frontier*, in *British Medical Journal*, 1994, 308, 218 ss.

grado di efficacia di una prestazione sanitaria erogata ad un paziente che possa trarne idoneo beneficio alla luce del suo quadro clinico, diversamente nella variante organizzativa, si fa riferimento al compimento di una prestazione in un contesto organizzato in modo idoneo e con un uso delle risorse disponibili, calibrate in base alla complessità del trattamento e alla situazione clinica del paziente.

L'appropriatezza, tradotta nelle linee guida, non offre soluzioni precostituite, bensì trova senso nella sua traduzione concreta senza automatismi, ma rapportandosi alle peculiarità di ciascun caso clinico. Per questa ragione il richiamo al principio *first come-first served*, quale criterio di accesso alla terapia intensiva, risulta insoddisfacente, non essendo concavo rispetto alla peculiarità del caso concreto, ovvero mostra cieco alla gravità della malattia, alla presenza ed entità delle comorbidità, alla fragilità o insufficienze d'organo, così come all'età del paziente e al suo livello di autonomia funzionale/cognitiva nella vita quotidiana. A sua volta l'appropriatezza si concreta dovendo graduarsi in raffronto ai parametri di proporzionalità delle cure e di ragionevolezza dell'ottenimento di un risultato. «Il concetto di proporzionalità delle cure si basa sul bilanciamento fra appropriatezza delle cure e gravosità del trattamento per il paziente. La cura proporzionata deve essere individualizzata nel singolo malato, tenendo presente gli aspetti clinici, sociali e i suoi valori personali e deve essere valutata dal medico con il paziente, o il suo fiduciario, se presente o con la famiglia se il paziente è incompetente. Un trattamento dovrebbe essere applicato se ragionevolmente può portare a un beneficio per un dato paziente in un dato contesto, se quindi è appropriato. La concezione dell'appropriatezza solo su base clinica non è sufficiente, poiché il riferimento è all'adequazione del trattamento, alla sua tipologia, al luogo in cui viene erogato, alla durata ed efficacia, alle sue complicità e anche a quello dell'appropriatezza etica»¹¹⁴.

Dal quadro che si è tentato di delineare emerge che il rapporto tra norme tecniche¹¹⁵, fonti primarie e principi costituzionali è parte integrante dell'ordinamento tecnico-scientifico, divenendo fattore direttivo per fornire un supporto, assiologicamente orientato alla tutela dei beni fondamentali della persona, a quelle scelte tragiche che i sanitari si trovano ad affrontare. Nel contesto delineato dalla predetta cornice normativa di principio, permane la regola di dettaglio rimessa all'autonomia e autorevolezza competenziale del medico che deve valutare le variabili proprie di ogni caso clinico.

¹¹⁴ M. ROMANÒ, *Fra cure intensive e cure palliative ai tempi di Covid-19*, in *Recenti Prog. Med.*, 2020, 111, 223 ss., sp. 226, che sottolinea «in letteratura sono riportati anche modelli sviluppati per far fronte a situazioni emergenziali, quali una pandemia, in cui la disponibilità di respiratori sia inferiore alla richiesta. I fattori considerati valutano la sopravvivenza sia a breve sia a lungo termine, tramite un score a punti, non limitandosi quindi a "premiare" solo la possibilità di essere dimessi vivi dall'ospedale. Sono valutati il punteggio Sofa, le comorbidità (scompenso cardiaco in IV classe Nyha, malattia polmonare cronica avanzata, ipertensione polmonare in III-IV classe Nyha, malattia epatica cronica con Child-Pugh score >7, un grave trauma, una malattia neuromuscolare in fase avanzata e non trattabile, neoplasia metastatica maligna o neoplasia cerebrale primitiva), differenti decadi di età».

¹¹⁵ A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, Firenze, 1996, 1447.

7. Decidere sui casi tragici: virtualità ed aporie del diritto

Dal punto di vista etico, durante una catastrofe, i processi decisionali diventano ancora più complessi a causa dell'incertezza, della carenza di informazioni e dei potenziali rischi che coinvolgono gli operatori, impegnati ad ogni livello, nel cercare soluzioni alle molteplici problematiche di natura clinica¹¹⁶. Tali condizioni impongono spesso, piuttosto che soluzioni ideali, scelte volte a ridurre il danno che mal si adattano all'asettica pratica del triage a fronte della drammaticità dello *status quo*.

Quello che si è prospettato ai sanitari durante la pandemia è un dilemma morale *proprio* determinato dal «conflitto tra obblighi»¹¹⁷, che sorge quando la contingenza è regolata da una sola norma del sistema morale prevalente. Il fatto che, nel mese di marzo negli ospedali lombardi, non vi fosse possibilità di ricovero in terapia intensiva per tutti i pazienti, ha determinato nei sanitari degli inevitabili dilemmi morali laddove il medico salvando un paziente, per l'effetto sapeva di sacrificarne un'altro, consegnandolo a morte certa¹¹⁸. Nella specie non rileva un contrasto tra norme morali, ma esiste tuttavia un profondo conflitto tra obblighi che derivano dalla medesima norma morale, ovvero quella che stabilisce che i medici debbano curare i pazienti a cui si accompagna il corrispondente obbligo per il medico di assistere ogni paziente che abbia bisogno di cure. Il conflitto tra obblighi propone l'alternativa relativamente a quale specifico obbligo che sorge da una norma morale debba prevalere su altri obblighi peculiari che sorgono dalla stessa norma, condizione che si configura nei «contesti tragici»¹¹⁹ in cui deve essere assunta una decisione sull'allocatione di beni scarsi in un contesto in cui tutti coloro che chiedono di fruirne hanno lo stesso diritto di riceverli, ma i suddetti beni non sono sufficienti per tutti.

Nella nota prospettiva teorica elaborata da Calabresi e Bobbitt, un contesto tragico può implicare decisioni su due diversi livelli: quelle di primo grado (macro-allocatione) che hanno comportato la scarsità del bene stabilendo la quantità da metterne a disposizione; dall'altra, quelle di secondo grado (micro-allocatione) che, invece, determinati soggetti devono prendere nel contesto tragico (chi far accedere a certe terapie, a chi somministrare un vaccino). In sintesi «c'è un'oscillazione (...) fra due tipi di decisione possibile sui beni scarsi: da un lato, quale quantità, entro i limiti stabiliti dalla naturale scarsità di risorse, deve essere prodotta; dall'altro chi ne dovrà beneficiare»¹²⁰. Peraltro, sebbene la decisione di primo grado costituisca una precondizione della costruzione di contesti tragici, questa non influisce sulla

¹¹⁶ J.G. HODGE, *Legal triage during public health emergencies and disasters*, in *Administrative Law Review*, 2006, 58, 627 ss.; W.G. KUSCHNER *et al.*, *Ethical triage and scarce resource allocation during public health emergencies: tenets and procedures*, in *Hosp. Top.*, 2007, 3, 16 ss.

¹¹⁷ B. WILLIAMS, *La Sorte morale*, Il Saggiatore, Milano, 1987, 97 ss. Si richiama anche P. TINCANI, *I dilemmi morali e le scelte tragiche*, in P. RONFANI (a cura di), *Non è giusto! Dilemmi morali e senso della giustizia nelle rappresentazioni degli adolescenti*, Donzelli, Roma, 2007, 43 ss., sp. 47 s.

¹¹⁸ Si veda l'intervista di L. Imarisio a C. Salaroli, anestesista rianimatore al Papa Giovanni XXIII di Bergamo, dal titolo *Coronavirus, il medico di Bergamo: «Negli ospedali siamo come in guerra. A tutti dico state a casa»*, in *Il Corriere della Sera*, 9 marzo 2020 in cui si denunciava «bisogna scegliere chi curare e chi no in base alle probabilità di sopravvivenza».

¹¹⁹ G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹²⁰ G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, *cit.*, 5 s.

struttura della decisione di secondo grado, nella misura in cui alla base della scelta tragica vi è il riconoscimento dell'inevitabilità di paradossi, tensioni e ambiguità irrisolte, di opposti in equilibrio precario¹²¹.

La tragicità di un caso deriva quindi non solo dalla difficoltà di delineare un equilibrio tra interessi e valori contrapposti ma, dalla significatività della contraddizione che viene ad incidere su valori, diritti e beni ritenuti fondamentali nell'ordinamento giuridico di riferimento¹²². «I casi tragici mettono in discussione esattamente tutto questo: essi costituiscono una sfida alla tenuta della nostra architettura istituzionale e valoriale in tema di protezione dei diritti, ma possono anche essere visti come una cartina al tornasole di ciò che davvero conta nel senso giuridico dell'effettività del sistema giuridico nel suo complesso»¹²³.

Ed è appunto nel contesto della teoria dell'argomentazione giuridica, nel ricostruire i limiti dell'interpretazione costituzionale¹²⁴, che Manuel Atienza qualifica come tragici quei casi «che non hanno nessuna risposta corretta e pertanto presentano ai giudici non il problema di decidere di fronte ad una serie di alternative (ossia come esercitare la sua discrezionalità) ma che percorso intraprendere di fronte ad un dubbio»¹²⁵. A connotare tali casi è l'assetto dilemmatico, ossia l'impossibilità di ottenere un equilibrio adeguato e tale da non comportare il sacrificio di alcun bene essenziale da un punto di vista giuridico¹²⁶. Il decisore - sia esso l'amministrazione, il giudice o il medico - si trova di solito a prendere parte nel conflitto tra diritti fondamentali, la cui soluzione comporta il sacrificio di uno di essi in sede di bilanciamento¹²⁷. Diversamente il caso tragico rappresenta un limite razionale, laddove, a differenza di casi difficili, il rapporto tra i beni in conflitto appare incommensurabile, non essendovi un valore che sia gerarchicamente subordinato e consenta la sacrificabilità dei beni della vita allo stesso connessi. Nel modello del pluralismo dilemmatico l'effetto paradossale che i casi tragici vengono a produrre è dato dal fatto che il decisore viene a trovarsi sotto giudizio senza avere regole entro cui sussumere il caso concreto, ma solo precetti di ottimizzazione

¹²¹ R.B. SEWALL, *The vision of tragedy*, Yale Univ. Press., New Haven, 1962, 18 s.

¹²² L. ZUCCA, *Constitutional dilemmas: conflicts of fundamental legal rights in Europe and the USA*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2007, 27 s.

¹²³ V. NITRATO IZZO, *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. POMARICI (a cura di), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, 163, sp. 172.

¹²⁴ M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars Interpretandi*, 1999, 310 s.

¹²⁵ M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale*, cit., 317 s. Sul tema anche G. LARIGUET, *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*, Palestra Editores, Lima, 2008, 124 ss. secondo cui il nucleo concettuale del dilemma sarebbe rappresentato da un'incompatibilità normativa e da una disgiunzione di alternative; quest'ultima, lungi dal costituire un metodo per la soluzione di situazioni dilemmatiche, non sarebbe altro che un «corollario naturale» della definizione stessa.

¹²⁶ M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 252 s.; ID., *Sobre lo razonable en el Derecho*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1989, 9, 100 s.

¹²⁷ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1493 secondo cui «la Costituzione italiana come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. (...) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme, e dal giudice delle leggi in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

che impongono di realizzare un determinato valore impiegando la ragionevolezza pratica, tenuto conto delle circostanze di fatto¹²⁸.

Nei casi affrontati nel corso della pandemia, il carattere dilemmatico della decisione si è esplicitato all'interno di un quadro valoriale in cui il medico avrebbe voluto rispettare il principio di beneficiabilità, ma, una volta trovatosi di fronte ad un caso tragico, questi si è visto obbligato dall'imperativo della scelta improntata al senso di giustizia nella ricerca del male minore. È in questi casi che il diritto mostra la dimensione aporetica della giustizia, ovvero quei «momenti in cui la decisione tra il giusto e l'ingiusto non è mai garantita da una regola»¹²⁹. Questa tensione tra il dover essere del diritto e la constatazione dell'irrisolubilità dei casi tragici rinvia a criteri morali senza esplicitarli o fornire un solo criterio che permetta di identificarli in modo univoco¹³⁰. Tale apertura è tuttavia inevitabile e può essere accolta solo perché vi sono regole del metodo giuridico, inquadrare nel contesto costituzionale, che impediscono che l'apertura conduca all'arbitrio. In caso contrario sarebbe difficile dimostrare come sia possibile evitare soluzioni inconcludenti rispetto a casi che pongono in questione la natura assiologica del limite della dignità umana, specie laddove l'uso del bilanciamento escluda la possibilità di esiti compatibili con un'etica deontologica¹³¹, dal momento che non riesce in modo autonomo e parimenti certo a garantire una dimensione sostanziale condivisa.

Non si vuole certamente affermare che la decisione clinica debba seguire le rime obbligate del diritto, ma più semplicemente che, anche nella decisione dei casi tragici, le modalità di funzionamento e alcune pratiche decisionali (di tipo interpretativo ed applicativo) proprie del diritto costituiscono un modello in chiave euristica¹³², in grado di comprendere e sviluppare procedure decisionali che solo apparentemente sono rimesse alle "asettiche" valutazioni di dati clinici. Il diritto in quest'ultima accezione ci consente di interrogare il tempo in cui viviamo facendo emergere le condizioni di possibilità della razionalità pratica all'interno delle quali le ragioni e gli argomenti del diritto prendono forma, si modificano, vengono superati e, in questa chiave, vengono interpretati con la finalità di dare fondamento a una forma di giustizia che persegua la virtù dell'equità.

¹²⁸ Riprendendo i concetti elaborati da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, 160 s.

¹²⁹ J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Einaudi, Torino, 2003, 66.

¹³⁰ Le possibilità di controllo sono limitate dall'enorme dissenso teorico nella discussione etica. Lo spettro spazia dall'enfasi sull'equivalenza radicale di ogni vita umana a posizioni che cercano di massimizzare il numero di anni di vita e quindi richiedono apertamente la discriminazione contro gli anziani, a posizioni utilitaristiche che cercano di massimizzare la qualità di vita attesa nel paziente collettivo o addirittura di massimizzare un ampio "beneficio sociale generalizzato" derivante dall'uso delle risorse. È la pluralità e la mancanza di consenso nei programmi morali che si trovano nella società che rendono necessario che le questioni più divisive siano regolate dalla legge.

¹³¹ M. BARBERIS, *Metaetica del costituzionalismo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, 155 s.

¹³² V. VILLA, *Il diritto come modello delle scienze naturali*, in *Diritto e questione pubbliche*, 2005, 5, 37 ss.