

LE RACCOMANDAZIONI DELLA SIAARTI DURANTE L'EMERGENZA SANITARIA COVID-19.

*Camilla Della Giustina**

Abstract ita: le raccomandazioni SIAARTI (Società italiana anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva) adottate per fronteggiare la scarsità di risorse disponibili durante l'emergenza sanitaria covid-19 sollevano dubbi attinenti sia all'ambito giuridico che bioetico. Per quanto concerne il primo aspetto le stesse provvedono a dettare criteri di accesso alle cure salva-vita, quale ad esempio la terapia intensiva sulla scorta di mere valutazioni discrezionali. L'aspetto bioetico si intreccia con quello giuridico in quanto il criterio etico alla base delle raccomandazioni SIAARTI è il criterio utilitarista il quale non può ritenersi conforme allo spirito personalista che anima la Carta costituzionale italiana.

Abstract eng: SIAARTI (Italian society anesthesia analgesia reviving and intensive care) recommendations adopted to address the scarcity of available resources during the covid-19 health emergency raise doubts pertaining to both the legal and bioethical framework. With regard to the first aspect, they shall lay down criteria for access to life-saving care, such as intensive care, on the basis of mere discretionary assessments. The bioethical aspect is intertwined with the legal one because the ethical criterion underlying the SIAARTI recommendations is the utilitarian criterion that cannot be considered in accordance with the personalist spirit that animates the Italian Constitutional Charter.

SOMMARIO: **1.** Introduzione. - **2.** Le linee guida in materia sanitaria. - **3.** Le raccomandazioni SIAARTI dell'emergenza covid-19. - **3.1.** Violazione delle fonti normative. - **3.2.** Problematiche bio-giuridiche rinvenibili nel contenuto del documento SIAARTI. - **4.** Conclusioni.

«Non dobbiamo dimenticare che il punto di riferimento deve restare la Carta costituzionale, che riconosce lo stesso diritto per tutti i cittadini a ricevere le cure necessarie alla tutela della salute¹»

1. Introduzione.

L'emergenza sanitaria da covid-19 ha accentuato l'espressione di alcune problematiche giuridiche denunciate da molti anni dalla dottrina come, ad esempio, la crisi del sistema delle fonti. Essa ha assunto negli ultimi tempi una connotazione diversa: se prima poteva essere riferita all'abuso della decretazione d'urgenza o all'esistenza di leggi di delega in bianco adesso vede affermarsi di una proliferazione di atti di *soft law* dettata dalla caratteristica tipica del diritto morbido, ossia «la flessibilità, la capacità di rispondere ad obiettivi sociali ed il suo farsi strumento di facilitazione della armonizzazione del diritto su scala globale²».

In questo contesto si inserisce l'argomento di questo breve saggio ossia la problematica delle previsioni contenute nelle raccomandazioni³ SIAARTI⁴ per fronteggiare il problema dell'allocazione delle risorse sanitarie. Si tratta di un documento contrastante sia con disposizioni contenute nella Carta costituzionale sia nella legislazione ordinaria. Il contenuto delle raccomandazioni⁵ SIAARTI nel provvedere a decidere l'allocazione delle risorse sanitarie dimostra una caratteristica tipica degli atti di *soft law* ossia «la carenza di legittimità, nella misura in cui esso parrebbe prestarsi a derive tecnocratiche, allontanandosi dalla logica democratica della rappresentanza che ha tradizionalmente assegnato una certa priorità assiologica al ruolo del potere legislativo⁶».

1* Dottoressa in Giurisprudenza, cultrice della materia per l'insegnamento di Diritto Costituzionale all'Università degli Studi di Padova, Scuola di Giurisprudenza. Indirizzo email: camydg94@gmail.com

L. D'AVACK, Presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica, ANSA, 13 marzo 2020.

2 E. PARIOTTI, "Soft law" e ordine giuridico ultra-statale tra "rule of law" e democrazia, in *Ragion pratica*, fasc. 1/2009, 88.

3 Si tratta di un documento pubblicato in data 6.3.2020 e consultabile al seguente indirizzo <https://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>.

4 Si tratta della Società italiana anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva iscritta nell'apposito elenco delle società scientifiche e associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie ai sensi del DM 2.8.2017.

5 Al fine di precisare il rapporto intercorrente tra linee guida e raccomandazioni si svolgono due riflessioni. La prima concerne proprio la definizione di linee guida secondo la quale si tratta di raccomandazioni di comportamento clinico. La seconda riflessione, strettamente collegata alla prima, è data dalla circostanza secondo cui l'espressione linee guida sarebbe una sintesi di «raccomandazioni di comportamento. Sono raccomandazioni, ovvero orientamenti che riguardano il comportamento più efficace da tenere se ricorrono certe condizioni». A. CONTI, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti riforme*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2/2019, 638.

La metodologia seguita nell'affrontare il problema appena esposto è quella di dedicare un primo paragrafo ad una definizione delle linee guida in materia sanitaria evidenziando il dibattito che si è realizzato intorno alle stesse non solo ad un livello giuridico ma anche medico-legale. Un altro paragrafo è dedicato alla disamina delle problematiche sollevate dalle previsioni contenute nel documento SIAARTI quindi problematiche strettamente giuridiche e successivamente si analizzano gli aspetti critici sotto un profilo bio-giuridico.

L'opinione di chi scrive è che il diritto e la riflessione giuridica siano legittimati ad affrontare la problematica *de qua* per tre ordini di motivi. In primo luogo perché si affronta il problema dal punto di vista del sistema delle fonti del diritto e della crisi dello stesso dinnanzi all'esistenza di eventuali nuove fonti normative. In secondo luogo poiché le raccomandazioni SIAARTI incidono su un diritto garantito dalla Costituzione italiana all'art. 32 dettando dei criteri per l'accesso alle risorse sanitarie incidendo direttamente sul diritto alla salute. Infine per la semplice considerazione secondo cui «anche nei momenti più bui per la Repubblica la relazione tra autorità e libertà, a presidio della quale si situa il costituzionalismo, va preservata tanto nella sostanza quanto nella forma, affinché l'emergenza sanitaria non produca (anche) una "emergenza costituzionale"⁷».

2. Le linee guida in materia sanitaria.

Negli ultimi anni si assiste ad una proliferazione nel mondo medico-scientifico di raccomandazioni, linee guida dettate dall'esigenza di ordinare il sapere scientifico in schemi da seguire per innalzare lo *standard* di qualità delle prestazioni offerte⁸. Questo fenomeno in continua evoluzione incontra quale prima difficoltà la ricerca di una definizione del concetto di linee guida condivisibile a livello universale⁹.

6 E. PARIOTTI, "Soft law" e ordine giuridico ultra-statale tra "rule of law" e democrazia, *cit.*, 88.

7 M. CAVINO, Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18.3. 2020, 2. M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra tecnica e politica nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, 43.

8 A partire dagli anni Ottanta agenzie, enti governativi e gruppi di esperti del mondo sanitario cominciarono a utilizzare strumenti idonei a catalogare e diffondere il sapere medico, ossia protocolli, conferenze di consenso, *technology assessment*. Tra questi strumenti un ruolo chiave è stato svolto dalle linee guida le quali sono sostanzialmente deputate a «preselezionare le informazioni utili ad impostare la soluzione di una questione clinica con la maggior possibilità di successo ed il minor dispendio di risorse possibili» M. CAPUTO (2012), *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 22.

9 C. ANGIONI, G. MONTANARI VERGALLO, I. CATARINOZZI, L. IOVENITTI, P. FRATI, *Il valore giuridico delle linee guida*, in *Prevention and Research*, n. 1/2011, 16-21.

Il legislatore italiano nel dettare una disciplina¹⁰ contenente disposizioni specifiche per disciplinare la responsabilità civile e penale dell'esercente la professione sanitaria ha provveduto a istituire linee guida ad un duplice scopo, ossia, combattere la malasanità e porre un limite alla pratica della medicina difensiva. La disciplina contenuta in detto primo testo normativo prevedeva che, se l'esercente l'attività sanitaria si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non avrebbe risposto penalmente per colpa lieve (art. 3 co.1¹¹).

La legge Balduzzi prima, e la legge Gelli-Bianco¹² successivamente nel delineare una causa di esonero della responsabilità data dal rispetto delle linee guida hanno creato almeno un paio di questioni problematiche. Precisamente ci si chiede, in primo luogo, che cosa siano le linee guida e, in secondo luogo, come le stesse si rapportino rispetto al sistema delle fonti del diritto.

Le linee guida¹³ rappresentano «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche al

10 Dl. 13 settembre 2012, n. 158, recante «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», poi convertito nella l. 8 novembre 2012 n. 189, ossia la cd. legge Balduzzi.

11 Rispetto a detta disposizione la dottrina sosteneva come la stessa presentasse dei profili di illegittimità costituzionale in quanto cedevole in relazione al principio di tassatività declinato in quello di legalità poiché la disposizione in esame non consentirebbe di individuare i confini esatti della causa di giustificazione e verrebbero quindi lesi gli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost. A tal proposito il Tribunale di Milano aveva provveduto a sollevare questione di legittimità costituzionale. Trib. Milano, sez. IX penale, ord. 21 marzo 2013.

12 Legge 8 marzo 2017, n. 24. All'art. 5 c. 3 viene previsto che «le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare [...] entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni».

In base all'art. 5 l. 24/2017 sono titolari del potere di elaborare linee guida le società scientifiche iscritte in un elenco apposito nonché gli enti e le istituzioni pubblici e privati. Le società scientifiche idonee a delineare le linee guida devono essere contenute in un elenco quale «elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie» contenuto nel Decreto ministeriale emanato in data 2.8.2017. Le società scientifiche al fine di poter essere inserite in detto elenco devono possedere i seguenti requisiti: rappresentatività sul territorio nazionale, garanzie statutarie per i professionisti in termini di libero accesso alle società e di partecipazione alle decisioni, autonomia, indipendenza, assenza di scopo di lucro, trasparenza contabile, controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica.

13 Vi sono numerose definizioni di linee guida. L'Istituto Americano di Medicina le ha definite come «affermazioni sviluppate in modo sistematico per aiutare il medico pratico e il paziente a prendere decisioni appropriate riguardo a situazioni cliniche specifiche». M.J. FIELD, K.N. LOHR, (a cura di), *Guideline for clinical practice: from development to use*, Washington, 1990, 35.

fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche¹⁴». Le linee guida sono l'elaborazione sistematica della prassi e spesso vengono successivamente accreditate dalla comunità scientifica. La Conferenza di Bethesda le ha definite come «un insieme di generalizzazioni tra loro correlate derivanti da esperienze precedenti ed ordinate in una struttura coerente per facilitare risposte appropriate a situazioni specifiche» sottolineando che quelle afferenti alla pratica clinica devono essere interpretate come «linee guida sviluppate allo scopo di dotare il medico pratico e coloro che si occupano della cura dei pazienti delle risposte più appropriate a circostanze cliniche specifiche¹⁵». Sempre in ambito definitorio le linee guida non sempre sono facilmente distinguibili dai protocolli¹⁶ dato che le prime «(se paragonate a un libro di testo) riguardano più strettamente le strategie di terapia specifica per un determinato tipo di paziente, la qualità della cura prestata e la riduzione di ingiustificate differenze sia dal punto di vista clinico che dei costi» ma possono essere altresì considerate come «raccolta di raccomandazioni che incorporano determinati standard di condotta clinica¹⁷». La conseguenza pratica ed immediata di questa distinzione emerge in sede giudiziale per valutare se il medico, convenuto in un processo, dovrà rispondere o meno per il danno cagionato. Se le linee guida vengono interpretate come raccomandazioni il medico dovrà

14 M.J. FIELD, K.N. LOHR, (a cura di), *Guideline for clinical practice: from development to use*, cit.

15 J.L. RITCHIE, J.S. FORRESTER, W.B. FYE, *Practice guidelines and the quality of care*, 28th Bethesda Conference in *J Am Coll Cardiol*, 1997, 1129.

L'obiettivo perseguito mediante l'elaborazione delle linee guida è quello di rinvenire il massimo livello di appropriatezza degli interventi sanitari in modo da ridurre il più possibile la disuguaglianza delle conoscenze nonché la differente capacità dei medici di riconoscere ed adottare le strategie assistenziali migliori. G.F. GENSINI, A.A. CONTI, *Linee guida per la realizzazione delle linee guida: uno strumento per il governo clinico. Il manuale metodologico "Come produrre, diffondere ed aggiornare raccomandazioni per la pratica clinica"*, in *Tendenze nuove*, fasc. 6/2002, 524.

16 La differenza tra protocolli e linee guida è data dal fatto per cui le seconde, a differenza dei primi, si applicano senza automatismi poiché la loro applicazione deve essere valutata alla luce delle peculiarità specifiche di ciascun caso clinico. Di conseguenza le linee guida sono suscettibili di essere modellate dal professionista alla luce delle contingenze emergenti nel corso del trattamento del caso specifico. A. PIAZZA, *Responsabilità da attività sanitaria e legge 24/17 (Legge Gelli): verso una "pubblicizzazione" del rischio clinico?* In *Amministrativamente*, fasc. 1/2019, 37-38.

Secondo la definizione fornita dall'IOM (*Institute of Medicine*) le linee guida sono «statements [lett. dichiarazioni, rapporti] sviluppati in modo sistematico allo scopo di aiutare le decisioni del medico e del paziente riguardo alle cure sanitarie più adatte»; mentre i protocolli possono essere definiti quali rigidi schemi di comportamento diagnostico e terapeutico, tipici di un programma di ricerca clinica sperimentale elaborato per assicurarne la riproducibilità e quindi l'attendibilità scientifica». A. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla L. "Gelli-Bianco"*, in *Legislazione penale*, 17.1.2018, 14.

17 B. HURWITZ, *Clinical guidelines and the law. Negligence, discretion and judgment*, Radcliffe Medical Press, Abingdon, 1998.

rispondere per colpa specifica, se vengono ritenute mere generalizzazioni all' esercente la professione sanitaria è riconosciuta maggiore discrezionalità¹⁸.

Il significato maggiormente pregnante nella trattazione medico-legale¹⁹ di linee guida è quello di «generalizzazioni»²⁰ ossia una seria teleologicamente coordinata di atti grazie ai quali il medesimo significato viene associato a un numero indeterminato di esperienze o elementi che si differenziano dalle mere raccomandazioni. Il primo termine risulta essere riferibile a situazioni determinate mentre il secondo alluderebbe ad una catalogazione di comportamenti da assumere in relazione a un determinato problema clinico assurgendo quindi a regola di comportamento da seguire²¹.

18 È stato osservato che «il semplice fatto che un protocollo o delle linee guida per la cura di una particolare condizione esistano di per se stesso non stabilisce che l'aderirvi sia ragionevole in tutte le circostanze o che il non farlo costituisca negligenza. Dato che la cura della salute che si conforma alle linee guida sta progressivamente diventando consuetudinaria, agire al di fuori delle indicazioni in esse contenute può esporre il medico alla possibilità di essere considerato negligente, a meno che egli possa provare una speciale giustificazione per quella determinata circostanza». B. HURWITZ, *Clinical guidelines and the law*, cit.

Sempre in detta direzione le linee guida sanitarie sono state definite dalla dottrina giuridica come «un percorso terapeutico ideale, suggerito dalla migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico, da società scientifiche di prestigio internazionale, la cui precipua finalità è quella di ridurre il grado di genericità della colpa medica, operando una sorta di sintesi e cristallizzazione dell'esperienza diffusa in ambito sanitario nell'intento di tracciare un percorso diagnostico ideale, tale da consentire l'abbandono dell'obsoleto approccio paternalistico che in molti casi ancora contraddistingue il rapporto medico paziente». L.A. TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7/2018, 108. C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 250.

Altra parte ancora della dottrina ha qualificato le linee guida come "Dott. Jekyll e Mr. Hyde" in quanto se da un lato le stesse possono rappresentare un'opportunità per migliorare la qualità dell'assistenza nonché la definizione e l'ottimizzazione dei processi di cura pianificando i relativi investimenti; dall'altro lato, però, le stesse limitano la discrezionalità del professionista potendo portare a creare che una «procedimentalizzazione dell'attività professionale accentui, nella misura in cui si anteponga l'autorità del dato al ragionamento clinico, la deriva legalistica della medicina, e incoraggi la deresponsabilizzazione del singolo operatore, portato a privilegiare in ogni caso il percorso diagnostico terapeutico raccomandato, anche come strumento di medicina difensiva». In questo modo verrebbe violato il principio di libertà di cure contenuto nel codice deontologico in base al quale nell'individuare i mezzi diagnostici e terapeutici il sanitario non è obbligato a conformarsi alle regole condivise dalla scienza medica. Il rischio insito nelle linee guida è quello di «limitare e costringere quella estensione di "visione" omnicomprensiva che è ritenuta assolutamente necessaria in una medicina ad impronta olistica non solo nel rapporto e nella valorizzazione della persona paziente, ma anche nei modelli di ragionamento clinico». L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085. M. CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.3/2012, 7. M. ANBAR, *Guidelines for medical practice and the future of medicine*, in *Arch. Intern. Med.*, 1992, 266.

Dal punto di vista del sistema delle fonti del diritto le linee guida appartengono alla categoria del *soft law*²² di conseguenza, la loro persuasività è legata al rispetto volontario delle stesse poiché il discostarsi dalle stesse non è presidiato da un sistema sanzionatorio²³. La dottrina ha sostenuto che la validità delle linee guida dipende essenzialmente dal rispetto di tre fattori: applicabilità, riproducibilità e validità scientifica²⁴. L'efficacia delle stesse può essere anche strettamente collegata con il rinvio contenuto in una legge. In questa ipotesi è la legge a prevedere che un determinato comportamento debba ritenersi obbligatorio in forza del rinvio²⁵, quindi la disposizione oggetto del rinvio viene elevata al rango di diritto positivo²⁶ nonostante «il precetto non sia derivato dal lavoro del parlamento²⁷». Le linee guida divengono decisive in sede di giudizio precisamente nel momento in cui il giudice

Ulteriore definizione che si rinviene in letteratura giuridica è quella di «sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta. I vantaggi di tale sistematizzata opera di orientamento sono tanto noti quanto evidenti». C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cassazione penale*, n. 9/2013, 2989-2990.

19 A. RICCI, C. CATTÒ, N. NARDELLA, M. CAPALBO, M. T. MONTELLA, *Implicazioni medicolegali delle linee guida cliniche*, in *Pratica Medica e Aspetti legali*, n. 4/2010, 151-158.

20 G. DOUMIT, M. GATTELLARI, J. GRIMSHAW, M.A. O' BRIEN, *Local opinion leaders: effects on professional practice and health care outcomes*, in *Cochrane Database Syst Rev* n. 1/2007;

21 Federazione Nazionale Degli Ordini Dei Medici Chirurghi e Degli Odontoiatri. Codice di Deontologia Medica, 16 dicembre 2006. FNOMCEO: 16 dicembre 2006.

Si segnala una pronuncia della Corte di Cassazione secondo cui «in tema di responsabilità medica, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5, legge 8 marzo 2017, n. 24, benché non costituiscano veri e propri precetti cautelari vincolanti, tali da integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, rappresentano i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia, cosicché, in caso di accertata violazione di linee guida adeguate al caso concreto, la verifica del grado della colpa non rileva ai fini dell'affermazione della responsabilità, ma può rilevare ai fini del trattamento sanzionatorio ed ai fini delle conseguenze civilistiche di tipo risarcitorio». Cass. pen. sez. IV, 30.01.2019, n. 9447.

22 La teorizzazione di detto concetto deriva dall'attività di studio svolta dal Prof. Dupuy all'esito del quale il termine *soft law* viene utilizzato per fare riferimento ad un ampio ed eterogeneo insieme di atti e fenomeni all'interno dei quali si rinvencono circolari, linee guida, direttive, orientamenti, raccomandazioni, modelli di metodo, codici di condotta ma anche lettere, regole non scritte, comunicazioni alla stampa. Il tratto caratteristico di tutti questi atti è dato dal riconoscimento agli stessi di una certa autorevolezza e dall'essere tutti espressioni di normatività. R.J. DUPUY, *The Protection of the Environment and International Law*, Sijhoff, Leiden, 1975, 623-627.

C. DELLA GIUSTINA, *Soft law e crisi del sistema delle fonti* in *Gazzetta Forense*, n. 1/2020, 116-128.

23 Si deve segnalare come, a contrario, sono predisposti degli incentivi qualora il soggetto aderisca volontariamente alle linee guida, si tratta dei sistemi *pay for performance* o *pay for compliance* predisposti per i medici di medicina generale. M. LIPPI BRUNO, L. NOBILIO, C. UGOLINI, *Economic incentives in general practice: the impact of pay for participation and pay for compliance programs on diabetes care*, in *Health Policy*,

deve verificare il comportamento che l'operatore sanitario avrebbe dovuto tenere e le stesse finiscono per integrare il contenuto dell'art. 1176 c.c. Il compito dell'interprete è infatti quello di individuare lo *standard* di diligenza per poi procedere a confrontarlo con quello concretamente tenuto dal professionista.

La tesi maggiormente presente in dottrina²⁸ qualifica le linee guida come fonti appartenenti alle fonti secondarie oppure le definisce come «quasi fonti, difficilmente tipizzabili²⁹». Posta questa prima qualificazione dogmatica la dottrina si divide tra chi ritiene che le linee guida possano assurgere a fonte compatibile con il sistema costituzionale italiano³⁰ e chi invece sostiene che le linee guida appartengano «al fenomeno della normazione tecnica di fonte privata in funzione integrativa delle disposizioni legislative³¹». Le differenti posizioni esistenti derivano dalla eterogeneità delle linee guida che rende difficoltosa una qualificazione giuridica univoca a causa del loro carattere polifunzionale³². La Corte costituzionale in numerose occasioni si è trovata dinnanzi al problema

n. 2 e 3, 2009, 140.

24 M. BONA, G. IADECOLA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, Milano, 2009, 81.

25 In questa direzione la Corte di Cassazione ha sostenuto che le linee guida appartengono alla normazione secondaria, da ciò deriva come le stesse possano essere ricondotte «a un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa», diretto «strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia». Cassazione civile sez. un., 10.04.2019, n. 10018.

La Suprema Corte definì in una precedente pronuncia le linee guida come un *unicum* con la disposizione legislativa che le prevede e delega ad esse il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica. Queste caratteristiche risultano essere estranee alle conoscenze giuridiche. Cassazione civile sez. I, 02.01.2014, n.11.

26 Il sistema delle fonti ha subito nel corso del tempo una progressiva articolazione e il formalismo proprio che lo caratterizzava risulta essere attenuato dalla presenza del *soft law*.

27 M. FRANZONI, *Violazione del codice deontologico e responsabilità civile, Danno e responsabilità*, Milano, 2013, 123.

28 Sempre in questa direzione è stato sostenuto in dottrina che le linee guida appartengono ad un insieme specifico definibile come «sistema originale di norme secondarie» M. BONA, G. IADECOLA (a cura di), *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, Milano, 2009, 81,

M. P. CHITI *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016,436.

29 C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti a una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4/2019, 874.

30 Questa parte della dottrina arriva a sostenere che le linee guida in ambito sanitario potrebbero essere definite anche come fonte atto in quanto «imputa(no) ad un soggetto un potere normativo e prefigura(no) un procedimento di formazione e contenuto dell'atto, inteso nell'accezione di documento contenente le prescrizioni che vincolano l'operato dell'esercente la professione sanitaria» G. FARES, *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti* in G. CARPANI, G. FARES, (a cura di), *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Giappichelli, Torino, 2017, 100.

31 A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo «natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5138.

qualificatorio delle linee guida. Il criterio adottato dal Giudice delle Leggi è quello sostanziale in base al quale ha ricondotto le linee guida alla tipologia di atti aventi natura regolamentare³³ evidenziando come «non possono essere requisiti di carattere formale, quali il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito³⁴».

Emerge come le linee guida si trovino in mezzo a due poli rappresentati dalle norme tecniche e dai regolamenti atipici, ma da questa affermazione emergono almeno due riflessioni da svolgere.

In primis se le linee guida possono o meno assurgere a normativa interposta; per la Corte ciò è ammissibile nell'ipotesi in cui le stesse «vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad esse rinvia³⁵». Per la Consulta la linea guida assurgerebbe al rango di norma di diritto positivo e diventerebbe una fonte intermedia idonea a integrare precetti contenuti in una norma superiore anche in assenza di un rinvio esplicito. Il ruolo svolto dalle linee guida sarebbe quello di consentire l'individuazione del corretto comportamento che il soggetto esercente un'attività tecnica deve tenere³⁶. In un successivo momento il Giudice delle Leggi è arrivato ad affermare, in relazione alle linee guida, che «si tratta di atti di normazione secondaria, che costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria. Essi rappresentano un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche tecniche che mal si conciliano con il contenuto di un atto legislativo e che necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale³⁷». L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale se da un lato afferma che le linee guida non appartengono alla normazione primaria poiché possiedono i tratti caratteristici dello strumento di *soft law*, dall'altro sostiene come le stesse siano vincolanti e per questo fonte di *hard law*. Il legame stretto intercorrente tra la linea guida e la fonte primaria rende

32 Altra parte della dottrina le ha ricondotte al *soft law* quale forma di *nudging* ossia «percorso di perdita del carattere verticale del diritto ma anche rimodellamento del suo criterio di legittimazione che non è più affidato alla forma ma piuttosto a un contenuto o a delle modalità che sappiano riscuotere l'adesione indipendentemente dalle sanzioni» A.M. FERRARESE *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, 38, C. R. SUNSTEIN *Semplice, l'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014, 170.

33 C. cost., nn. 232/2009, 247/2009, 63/2008, 51/2008, 94/2007 e 328/2006.

34 C. cost., 4.10.2010, n. 278.

35 C. cost. 27.1.2014, n. 11.

36 C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti a una categoria in continua metamorfosi*, cit., 880.

37 C. cost., 22.3.2018, n.89.

indispensabile la prima rispetto alla seconda e grazie alla seconda la prima diviene una fonte vincolante³⁸.

In secundis ci si deve chiedere se sussista una differenza tra norme tecniche e linee guida. Queste ultime perseguono lo scopo di indirizzare il *facere* dell'operatore in determinati settori tecnici. Di conseguenza non risulta esservi differenze tra le due categorie poiché entrambe sono indirizzate a guarnire di indicazioni tecniche e specifiche³⁹.

Ulteriore aspetto problematico concerne l'esatta individuazione delle linee guida a cui si riferisce la legge la quale fa un generico riferimento alle «linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica». La complessità della risposta dipende dall'esistenza di tre elementi. In primo luogo numerose raccomandazioni sono intervenute al fine di regolare l'attività medica, in secondo luogo esistono una moltitudine di autorità considerate come competenti per esprimere dette raccomandazioni. Infine la disposizione normativa *de qua* risulta essere singolare poiché non si rinvencono simili riferimenti in altri testi normativi disciplinanti attività pericolose o ritenute socialmente utili⁴⁰.

In generale la maggior credibilità e autorevolezza scientifica⁴¹ può essere accordata alle linee guida nazionali ed internazionali⁴²; le linee guida regionali spesso sono orientate ad indirizzare l'attività medica e le scelte in campo sanitario in modo da contenere la spesa pubblica⁴³. Sul punto è intervenuta più volte la Suprema Corte la quale ha precisato che la funzione svolta dalle linee guida non è quella di «costituire un sistema istituzionale, pubblicistico, di regolazione dell'attività sanitaria» poiché il pericolo da evitare è quello di eventuali e possibili degenerazioni causate da linee guida non aventi una base scientifica.⁴⁴ L'obiettivo delle linee guida è quello di «costituire non solo per i sanitari un contributo autorevole per il miglioramento della qualità del servizio, essendo tutti gli esercenti le

38 Si può sostenere come alla base del ragionamento della Corte vi sia il concetto di "giuridificazione" ossia quel procedimento mediante il quale ampi e rilevanti settori dei fenomeni sociali transitano dalla sfera del "non giuridicamente rilevante" ad una disciplina che richiama criteri, principi, tecniche di protezione derivanti dai diversi settori della società. G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2017, 15.

39 Questa caratteristica induce parte della dottrina a sostenere che si possa parlare quindi di tecnocrazia. Ciò sarebbe giustificato dalla necessità di intervenire con una disciplina specifica in quei settori in cui manca tale disciplina nonostante si realizzi un *deficit* di certezza e stabilità. G. TARLI Barbieri, *Appunti sulle fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, 20

40 A. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, relazione tenuta al Convegno Ischia, 13-14 aprile 2013, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=63007>.

41 Il problema dell'autorevolezza scientifica delle linee guida deriva anche dal problema del conflitto di interessi che intercorre tra ricercatori, editori ed industrie. Questi conflitti di interesse si riversano nelle linee guida e successivamente nella definizione degli *standard* necessari per parametrare scelte di politica sanitaria. R. STEINBROOK, *Guidance for Guidelines*, in *The New England Journal of Medicine*, n. 4/2007, 331.

42 G. GUERRA, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Salute e diritto*, vol. 13, n. 3/2013, 150-155.

43 Cass. pen., sez. IV, del 2.3.2011, n. 8254.

44 Cassa. pen., sez. IV, del 7.6.2017, n. 28187.

numerose professioni sanitarie riconosciute chiamati ad attenervisi, ma anche per il giudizio penale, indici cautelari di parametrizzazione, anteponendosi alla rilevanza delle buone pratiche⁴⁵ clinico assistenziali, che, elemento valorizzato nel decreto Balduzzi, assumono oggi rilievo solo sussidiario per il minor grado di ponderazione scientifica che presuppongono» oltre al fatto che esse devono essere interpretate come «regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente ed implicanti, in ipotesi contraria, il dovere degli operatori sanitari di discostarsene⁴⁶».

La Corte costituzionale con una pronuncia del 2012⁴⁷ precisò che «salvo che entrino in gioco diritti o doveri costituzionali non è di norma il legislatore a dover stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni 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 dall'autonomia e dalla responsabilità del medico, che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione». In materia sanitaria quindi l'appropriatezza delle scelte terapeutiche non può derivare da un atto puramente discrezionale di scelte politiche mancanti di acquisizioni tecnico-scientifiche. Il ragionamento della Corte prevede che se una determinata raccomandazione è contenuta in un decreto del Ministero della Salute questo vuol dire che si tratta di una linea guida avente un proprio valore circa l'attendibilità medico-scientifica.

45 Esse si differenziano dalle linee guida poiché «specificazione analitica delle stesse linee guida, indicando partitamente sequenze di comportamenti ben definiti da tenere in una attività diagnostica o terapeutica» ma allo stesso tempo «applicazione di un razionale scientifico o esperienziale rispetto a uno specifico fattore di rischio. Esse si possono ritenere idonee a prescrivere comportamenti aventi funzione preventiva ma non possono mai ridursi ad una mera indicazione di una sequenza di condotte da porre in essere «perché tra il razionale scientifico e le sue applicazioni comportamentali vi è uno stretto nesso di derivazione», da ciò discende che «l'efficacia liberatoria della condotta conforme al protocollo non discende da un dato formale, qual è l'esistenza del protocollo, ma dal suo perdurante valore scientifico»

D. CASTRONUOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di) *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, 973.

C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 275.

F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *La Giustizia penale*, fasc. IX/2012, 584.

La Corte di Cassazione in una pronuncia ha specificato che le linee guida attualmente vigenti possono essere considerate «alla stregua di buone pratiche clinico-assistenziali, pur nella consapevolezza che si tratta di una opzione ermeneutica non agevole ove si consideri che le linee guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, sostanzandosi in raccomandazioni di comportamento clinico, sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a chiarire indicazioni utili ai medici nel decidere quali sia il percorso diagnostico-terapeutico più appropriato in specifiche circostanze cliniche». Cass. pen. sez. IV, 21.03.2019, n. 28102.

46 Cass. pen., sez. un., 22.02.2018 n. 8770.

47 C. cost., 26.6.2012, n. 282.

Qualora si tratti di linee guida non ancora ufficializzate dall'autorità politica trattandosi di una linea guida "privatistica" l'attendibilità della stessa dovrà essere verificata caso per caso necessitando quindi di verificare sia l'autorevolezza della fonte dalla quale proviene sia la metodologia seguita nel procedimento di elaborazione⁴⁸.

3. Le raccomandazioni SIAARTI dell'emergenza covid-19.

In data 6 marzo la SIAARTI⁴⁹ ha pubblicato delle «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» elaborate da un proprio gruppo di lavoro per fronteggiare l'emergenza causata dal diffondersi del covid-19.

Questo documento costituisce la base di partenza per svolgere diverse riflessioni. *In primis* è necessario valutare la portata giuridica di queste raccomandazioni e quindi chiedersi se le stesse possiedono un valore vincolante e se il loro contenuto può essere ritenuto legittimo costituzionalmente. *In secundis* ci si deve interrogare sulla portata bio-giuridica di queste raccomandazioni ossia se e in che misura possano ritenersi eticamente accettabili⁵⁰.

48 A. DE TURA, *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in R. BALDUZZI (a cura di) *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2010, 266.

È opinione condivisa in dottrina in quanto è stato sostenuto che le caratteristiche del soggetto o della comunità scientifica nonché l'indipendenza o meno di interessi economici siano fattori dirimenti nella valutazione dell'attendibilità della linea guida presa in esame. In questo senso è stato proprio il legislatore a prevedere la necessità di accreditamento delle linee guida e pratiche terapeutiche presso la comunità scientifica. Nel momento in cui il processo poc'anzi descritto si sia compiuto con successo le linee guida accreditate operano quali direttive scientifiche per il professionista. C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, cit., 2993-2994.

49 Si ritiene importante segnalare come la stessa SIAARTI abbia adottato la seguente definizione di linee guida «guidelines should be considered as general principles rather than specific instructions; for this reason, they consist of a conceptual framework that aims to help in the management of problems in clinical bioethics and not to limit the decision-making power of individual specialists, who remain in possession of the freedom and the related personal responsibility for decisions taken in individual clinical cases. They are consistent with the general ethical principles that regulate care for patients in critical conditions» L. ORSI, *SIAARTI guidelines for admission to and discharge from Intensive Care Units and for the limitation of treatment in intensive care*, in *Minerva Anestesiologia*, vol. 69, n.3/2003, 101.

50 C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *Biolaw Journal*, 15.3.2020.

3.1. Violazione delle fonti normative.

Partendo dal primo elemento si richiama l'art. 5 co.3 l. n. 24/2017 il quale prevede la procedura di accreditamento per le linee guida richiedendo che le stesse vengano prima valutate dall'ISS (Istituto Superiore sanità) per poi essere successivamente integrate nel SNLG (Sistema nazionale per le linee guida) qualora ritenute conformi⁵¹. Le raccomandazioni SIAARTI non risultano pubblicate, al momento⁵², sul portale del Sistema Nazionale di conseguenza si dubita del valore vincolante e legale delle stesse ma ci si interroga sul loro potenziale valore. A questo livello della trattazione si può sostenere che la validità delle stesse dovrebbe essere verificata nel caso concreto e nell'ipotesi di eventuale contenzioso. Il giudice verificherà, in quell'occasione, la validità delle stesse e la loro eventuale applicabilità. Parte della dottrina ha sostenuto, invece, che le raccomandazioni contenute nel documento SIAARTI non possiedono un valore giuridico normativo⁵³ di conseguenza non sarebbero idonee ad esimere il responsabile dalla decisione giuridica e morale ma possono essere assimilate ai protocolli. Si tratta di un'affermazione che necessita a sua volta di una precisazione. Lo scopo che viene perseguito mediante l'adozione dei protocolli è quello di fornire indicazioni scientifiche, le raccomandazioni, a contrario, forniscono indicazioni etiche rispetto alle quali è certamente compito della SIAARTI intervenire. Le raccomandazioni di cui si tratta però perseguono l'obiettivo di fornire supporto al personale sanitario per ridurre l'ansia, lo *stress* e il senso di solitudine. È evidente quindi che si tratta di indicazioni elaborate al fine unico di supportare psicologicamente il personale sanitario⁵⁴. In conclusione le

51 Precisamente le società scientifiche e le associazioni tecno-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in un apposito elenco ex DM 2/8/2017 propongono al CNEC (Centro Nazionale eccellenza clinica e qualità delle cure) le linee guida da pubblicare sul Sistema Nazionale per le linee guida SNLG presso l'ISS il quale valuta la possibile pubblicazione alla luce dei criteri resi pubblici e sulla scorta della rilevanza scientifica posta alla base di dette raccomandazioni.

52 La consultazione del sito <https://snlg.iss.it/> è avvenuta in data 16.10.2020.

53 In dottrina è stato altresì ritenuto che uno degli scopi della procedura di accreditamento delle linee guida sia quello di sottoporre ad una valutazione affidabile la validità stessa del sapere scientifico in modo da evitare la crescita della *junk science*. L. SCARAMPELLINI, *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Giurisprudenza penale Web*, n. 4/2020, 12.

Posta questa premessa ci si chiede quindi se le raccomandazioni SIAARTI appartengano alla *good* o alla *bad science*.

54 D. CASTELLANO, *Coronavirus e raccomandazioni per «medicina delle catastrofi»: qualche riflessione*, in *Filodiritto*, 17.3.2020.

Non si concorda con la tesi appena esposta in quanto le finalità che il documento SIAARTI persegue sono duplici: la prima è quella evidenziata dalla dottrina citata ma la seconda concerne la volontà «di rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità». Si tratta di scelte che non appartengono alla SIAARTI ma al legislatore in quanto discrezionali. In tal senso «during a public health emergency, allocation decisions will be the responsibility of state public health departments with federal guidance and support» D. B. WHITE, *Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve*

raccomandazioni SIAARTI non possiedono un valore normativo ma perseguono lo scopo di fornire un supporto psicologico all'*equipe* sanitaria durante la gestione dell'emergenza epidemiologica.

Superata questa prima *impasse* si deve procedere alla contestualizzazione delle raccomandazioni SIAARTI all'interno dell'ordinamento giuridico italiano nel quale il diritto alla salute viene qualificato come diritto fondamentale dell'individuo⁵⁵ ed interesse della collettività rinvenendo la propria fonte costituzionale negli artt. 2, 3, 32, Cost. Oltre a ciò si devono richiamare altre due fonti ossia l'art. 1 l. n. 833/1978⁵⁶ il quale enuncia che «il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio» nonché l'art. 6 co. 2 del Codice di Deontologia medica il quale indica l'obbligo di curare alla luce dei seguenti principi: uso ottimale delle risorse combinato alla garanzia dell'efficacia, della sicurezza e dell'umanizzazione dei servizi sanitari evitando ogni forma di discriminazione nell'accesso alle cure. A completare questo quadro normativo vi sono due pronunce della Corte costituzionale con le quali è stato evidenziato come il «nucleo irriducibile del diritto alla salute» non possa essere annientato dalle esigenze finanziarie⁵⁷.

Le raccomandazioni SIAARTI prevedono la possibilità che qualora non vi siano sufficienti posti in terapia intensiva l'accesso alla stessa debba essere condizionato dal rispetto di alcuni parametri quale l'anzianità e la fragilità del paziente⁵⁸ nonché l'esistenza di patologie cliniche⁵⁹. Questa previsione persegue un duplice scopo: fornire una metodologia per fronteggiare l'esistenza di una situazione straordinaria e favorire la probabilità di sopravvivenza.

Si tratta di una previsione che risulta essere molto problematica. In primo luogo è evidente la violazione con l'art. 3 Cost. sia nella sua formulazione formale che sostanziale.

In secondo luogo si deve richiamare la circolare del Ministero della Salute del 29 febbraio⁶⁰ la quale prescrive la necessità che ogni Regione comunichi al Ministero della Salute, Direzione Generale della Programmazione, informazioni riguardanti le risorse sanitarie esistenti in quel dato territorio regionale entro 48 ore. Oltre a ciò viene prescritto come

Allocation Decisions, in *Ann Intern Med.*, n. 20/2009, 135-136.

55 L'art. 32 Cost. è l'unico esempio in cui la Costituzione definisce *expressis verbis* un diritto come fondamentale.

56 Si tratta della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale.

57 C. cost. 26.5.2005 n. 202 e C. cost. 16.7.1999, n. 309.

58 La critica mossa proprio a questi due parametri utilizzati è stata che «they explicitly recognize that age should not be the only consideration, these recommendations seem to propagate the misguided notion that being elderly and being frail are synonymous» P.E. BORESKIE, *Age is just a number - and so is frailty: Strategies to inform resource allocation during the Covid-19 pandemic*, in *Canadian Journal of Emergency Medicine*, Aprile, 2020, 2

59 A questo proposito le raccomandazioni precisano che «i criteri riguardano tutti i pazienti intensivi, non solo i pazienti infetti con infezione da Covid-19».

60 «Linee di indirizzo assistenziale del paziente critico affetto da Covid-19».

procedere qualora i posti in terapia intensiva risultino essere esauriti. Si tratta di prescrizioni che non possiedono alcuna somiglianza se rapportate alle raccomandazioni SIAARTI in quanto le prime dettano criteri per concentrare tutte le risorse disponibili in un dato contesto ospedaliero nella gestione dell'emergenza sanitaria⁶¹. La SIAARTI ha elaborato le proprie raccomandazioni il 6 marzo, quindi in data successiva alla circolare *de qua* ma le prime non contengono alcun riferimento né implicito né esplicito alla seconda.

Profilo di dubbia legalità, sub-specie legittimità costituzionale, è dato dalla delega contenuta in questo documento SIAARTI a favore dei clinici in materia di allocazione di risorse sanitarie sulla scorta di un giudizio prognostico «probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata⁶²». Si richiama a tal proposito la già menzionata sentenza della Corte costituzionale⁶³ con la quale la Consulta ha sostenuto che la regola è che le pratiche terapeutiche ammesse non possano essere stabilite dalla valutazione discrezionale del legislatore poiché la pratica dell'arte medica ha quale fonte le acquisizioni scientifiche e sperimentali. L'eccezione a questa regola è data dall'esistenza di diritti o doveri costituzionali, nel qual caso la scelta spetta alla discrezionalità legislativa.

Ulteriore perplessità è data da uno dei due scopi⁶⁴ per il quale la SIAARTI ha deciso di elaborare questo documento ossia «sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi». Si tratta di responsabilità morale o giuridica? La prima ipotesi risulterebbe essere conforme alla funzione tipica assolta dalle linee guida cioè «di assistere i medici nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche⁶⁵». Nella seconda ipotesi si tratterebbe di prevedere una causa di esclusione della punibilità contenuta in un atto di *soft law*⁶⁶ non accreditato dall'ISS. Di conseguenza si propende per l'adozione della

61 «Qualora non esista disponibilità di posti letto in terapia intensiva per i pazienti da sottoporre a ventilazione artificiale assistita, bisogna provvedere alla rimodulazione in urgenza dell'attività chirurgica programmata utilizzando le camere operatorie ed il personale formato ad esse dedicato, nonché le attrezzature ivi presenti. In alternativa possono essere considerate le seguenti opzioni di allocazione dei pazienti: - unità di terapia sub-intensiva respiratoria nei reparti pneumologici utilizzando il personale formato per le procedure respiratorie ad esse dedicato, nonché le attrezzature ivi presenti; - unità di malattie infettive, che dispongano di livelli di isolamento, utilizzando il personale formato sulle procedure di controllo delle infezioni, ma che dovrà essere formato per l'utilizzo delle attrezzature per la respirazione assistita che dovranno essere acquisite» Circolare Ministero della Salute, 29.2.2020, 5.

62 È stata adottata questa "soluzione" perché il criterio *first come/first served* comporta il rischio di non poter curare chi ha maggiori possibilità cliniche di sopravvivenza.

63 C. cost., 26.6.2012, n. 282.

64 L'altro è rappresentato dalla necessità «di rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità».

65 R. GRILLI, A. PENNA, A. LIBERATI, *Migliorare la pratica clinica*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 1995.

66 Si precisa che la causa di esclusione della punibilità non viene etero-integrata da un rinvio formale a norme di *soft law* extrapenali ma dal contenuto di stretta integrazione senza che questo produca una specie di *hardizzazione* della norma di *soft law* richiamata la quale non assume immediatamente efficacia vincolante. In altri termini «non tutti coloro che osservano le linee guida non sono per ciò solo in colpa, come non tutti coloro

prima delle due opzioni ermeneutiche sia alla luce della denunciata incompatibilità tra diritto penale e *soft law*⁶⁷ da parte della dottrina penalistica sia nel rispetto del ruolo assolto dalle linee guida⁶⁸.

Il documento SIAARTI non può essere compreso all'interno dell'ambito applicativo dello stato di necessità in senso giuridico, ossia, il medico che rifiuta di far accedere alla terapia intensiva un determinato paziente per salvarne un altro non potrebbe appellarsi all'art. 54 c.p.⁶⁹ alla luce di diverse considerazioni. *In primis* l'art. 54 c.p. enuncia che non è punibile «chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona». Se il medico adottasse i criteri della SIAARTI eviterebbe un danno grave ad un soggetto causandolo ad un altro in modo

che non le osservano versano per ciò solo in colpa». A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in M. BERLINO, G. FORTI, L. EUSEBI (a cura di) *Studi in onore di M. Romano*, I, 2011, Jovene, Napoli, 44.

In giurisprudenza è stato affermato che l'art. 6 c. 1 l. n. 24/2017 non conterebbe una vera e propria causa di non punibilità poiché la previsione contenuta nello stesso deve essere interpretata come non rimproverabilità della condotta all'agente poiché risulta mancante il giudizio di colpevolezza in relazione al parametro della colpa. Cass. pen. sez. un. 21.12.2017, n. 8770.

67 Il diritto penale ha rappresentato e rappresenta l'emblema di quello che è stato definito l'*hard law* (tradizionale strumento di normazione emanato secondo determinate procedure da soggetti aventi autorità i quali producono norme aventi efficacia vincolante nei confronti dei destinatari) oltre ad essere una branca del diritto che ammette solo limitate tipologie di origine parlamentare o eccezionalmente governativa. Gli aspetti che differenziano il diritto penale inteso come *hard law* rispetto all'insieme del *soft law* concernono gli organi deputati alla produzione normativa, le fonti, la determinazione della previsione (si ricordi che il diritto morbido non possiede quale regola il principio di determinatezza), i destinatari ed infine il grado di vincolatività. A. BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, 2.

68 È stato sostenuto come non sia importante sottolineare questo aspetto, l'opinione di chi scrive è che in questa situazione di abuso di espressioni linguistiche sia assolutamente necessario precisare ogni singola parola. Si concorda sulla circostanza secondo l'espressione «sollevare dalla responsabilità» debba essere interpretata come «sollevare i clinici dalla carica emotiva connessa a scelte che possono essere particolarmente gravose, nel singolo caso e nelle specifiche circostanze, mettendo a loro disposizione una guida utilizzabile quale supporto nell'assunzione delle responsabilità». M. PICCINI, A. APRILE, P. BENCIOLINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, F. MARINI, L. ORSI, E. PALERMO FABRIS, A. PISU, D. PROVOLO, A. SCALERA, M. TOMASI, N. ZAMPERETTI, D. RODRIGUEZ, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Il Pensiero Scientifico*, n. 4/2020, 217.

69 Precisamente si ritiene che la scriminante in questione sottende un concetto di «mera tolleranza che «non offre una giustificazione né adeguata né realistica dell'attività medico-chirurgica nel suo valore sociale di attività di per sé giuridicamente consentita» F.BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, 1860. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 4/2020.

volontario, così facendo il medico sacrificherebbe un terzo innocente per salvare la vita ad altri, ma si tratta di una condotta inammissibile⁷⁰. L'art. 54 c.p. postula anche che il pericolo non deve essere causato volontariamente dall'agente ma l'omettere la cura con terapia intensiva viene a costituire un'opzione idonea a creare la morte del paziente ritenuto non idoneo alla terapia intensiva. La disposizione dell'art. 54 c.p. richiede infine che il pericolo non debba essere altrimenti evitabile mentre nel caso specifico il pericolo per il paziente sarebbe eliminabile con l'accesso alla terapia intensiva. Il medico che non può fornire trattamenti sanitari idonei ad un determinato paziente nell'ipotesi in cui gli stessi risultino essere esauriti verrebbe a trovarsi in uno stato di impossibilità e non di necessità⁷¹ ed il primo postula che *ad impossibilia nemo tenetur*⁷². Qualora il medico decidesse di applicare le linee guida SIAARTI fornirebbe trattamenti sanitari di cura intensiva necessari ad alcuni soggetti escludendone altri⁷³.

70 G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1986, 391.

71 Dottrina contrapposta ha sostenuto come si dovrebbe procedere a una rilettura dell'art. 54 c.p. qualora il medico trovandosi nella condizione di scegliere quale tra due pazienti curare preferisse quello con maggiori probabilità di salvezza. In detta ricostruzione dottrinarica l'effettiva operatività della causa di giustificazione dovrebbe rispettare quattro requisiti: l'esistenza di un pericolo attuale e idoneo a minacciare la vita o l'integrità del paziente salvato; si deve trattare di un pericolo non evitabile dall'agente, l'esistenza di proporzionalità fra il pericolo alla vita del paziente salvato e il fatto lesivo ed infine la scelta del paziente da salvare non deve essere frutto dell'arbitrarietà del medico ma deve seguire criteri scientifici. N. ZAMPAOLO, *Scudo penale e responsabilità medica durante l'emergenza Covid-19*, in *Filodiritto*, 8.4.2020.

72 La giurisprudenza penale ha precisato che l'oggettiva impossibilità del soggetto agente di adottare la condotta idonea a non realizzare l'evento descritto dalla fattispecie penale possa condurre ad un verdetto assolutorio con la formula «il fatto non sussiste» Cass., pen., sez. VI, 10.5.2011, n. 27051.

L'accertamento deve essere condotto sotto un duplice profilo ossia oggettivo consistente nella impossibilità materiale di eseguire la prestazione e uno soggettivo ossia inesistenza del carattere volontario e incolpevole dell'indisponibilità delle risorse. Da un punto di vista probatorio non risulta sufficiente una mera documentazione formale ma viene richiesta l'allegazione di tutti gli elementi dai quali dimostrare l'incapacità di adempiere. F. PARISI, *Insoliti riconoscimenti dell'impossibilità economica ad adempiere nel delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare: una Cassazione più attenta alle ragioni dei genitori in difficoltà?* In *Diritto penale contemporaneo*, 27.7.2011.

Da un punto di vista civilistico parte della dottrina giunge alla medesima considerazione: la condotta del medico che in una situazione di emergenza sanitaria salva la vita di un paziente a discapito di un altro configura un'ipotesi di impossibilità di eseguire la prestazione dovuta per causa non imputabile che lo esonera da responsabilità civile. M. PICCINNI, A. APRILE, P. BENCIOLINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, F. MARINI, L. ORSI, E. PALERMO FABRIS, A. PISU, D. PROVOLO, A. SCALERA, M. TOMASI, N. ZAMPERETTI, D. RODRIGUEZ, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili, cit.*, 220.

73 D. CASTELLANO, *Coronavirus e raccomandazioni per «medicina delle catastrofi»: qualche riflessione, cit.*

Si ritiene altresì che le raccomandazioni SIAARTI contrastino, nella parte in cui impongono la sedazione palliativa quale alternativa all'accesso alla terapia intensiva, anche con le disposizioni contenute nella l. n. 219/2017⁷⁴. Quest'ultima indica la propria finalità ossia la «tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (art. 1 co.1). Questa prima previsione risulta essere totalmente disattesa dal documento della SIAARTI del 6 marzo 2020. Lo stesso, infatti, non rappresenta l'atto normativo idoneo richiesto, ossia la legge, per poter somministrare un trattamento sanitario (sedazione palliativa) ad una persona senza il consenso della stessa. La l. n. 219/2017 richiama, infatti, la disposizione dell'art. 32 co.2 Cost. secondo la quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Questo comma disciplina i trattamenti sanitari obbligatori (TSO) cioè «ogni misura diagnostica e terapeutica mirante a prevenire o a curare una malattia laddove si tratti di una misura imposta dalla legge; tra i trattamenti sanitari sono comprese le vaccinazioni che, ove imposte per legge, sono da considerarsi trattamenti sanitari obbligatori⁷⁵». Il TSO può avere quale fonte solamente la legge sussistendo una riserva di legge che, nell'opinione di chi scrive, deve ritenersi assoluta⁷⁶ poiché lo stesso art. 32 co.2 Cost. enuncia che il trattamento obbligatorio può sorgere solamente «per disposizione di legge» e non «secondo disposizione di legge». Oltre a questo adottando una lettura costituzionalmente orientata si ritiene che l'art. 32 co.2 prevedendo la potenziale somministrazione di un «determinato» trattamento sanitario richieda necessariamente che la stessa legge intervenga a disciplinare la materia in maniera puntuale e precisa. La giurisprudenza costituzionale ha precisato che il trattamento è preordinato «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale⁷⁷». La conseguenza di detta affermazione è che un determinato trattamento sanitario «può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto

⁷⁴ Legge 22.12.2017, n. 219, G.U. serie generale n. 12 del 16.1.2018.

⁷⁵ A. A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26.5.2017, 1.

⁷⁶ La questione non è pacifica in dottrina infatti A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1967, 87-88 sostiene che si tratti di riserva assoluta mentre V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 558-559 configura detta riserva come relativa.

La Corte costituzionale ha sostenuto che si tratta di una riserva di legge statale anche in seguito all'entrata in vigore della l. cost. 3/200. C. cost. 19.6.2002 n. 282, 14.11.2003 n. 338, 15.12.2008 n. 438.

⁷⁷C. cost. 23.6.1994 n.258.

tollerabili⁷⁸». Ulteriore requisito enucleato dalla Corte costituzionale per ammettere un TSO è che la «dignità della persona, che comprende anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato, con conseguente esclusione anche di qualsivoglia finalità discriminatoria⁷⁹». Nel caso delle raccomandazioni SIAARTI non solo si tratta di un atto di *soft law*⁸⁰ non accreditato e di conseguenza contrastante con l'art. 32 co.2 Cost. ma anche di un atto che contiene delle discriminazioni fondate sull'età e sullo stato di salute del paziente e che prospetta la sedazione palliativa nel momento in cui il paziente venga giudicato come non meritevole per l'accesso in terapia intensiva. Nel caso delle raccomandazioni SIAARTI il trattamento imposto sarebbe appunto una sedazione quale alternativa al trattamento sanitario appropriato ossia la terapia intensiva. Il problema è che la seconda rappresenta una *chance* di vita per il paziente, la prima è funzionale solamente ad evitare l'insorgenza di un periodo agonico. A tal proposito si deve osservare che l'accesso alla terapia intensiva non in tutti i casi integra la fattispecie di accanimento terapeutico rappresentando al contrario "una potenziale e possibile cura salva vita".

Il secondo aspetto nevralgico della l. n. 219/2017 è dato dalla previsione secondo cui «è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1 co.2). Il consenso informato⁸¹ rinviene la propria fonte costituzionale «negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, che pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della

78 C. cost. 22.6.1990 n. 307.

79 C. cost. 2.6.1994 n. 218.

80 Parte della dottrina le ha qualificate come «provvedimenti contingibili e urgenti, giustificati dalla situazione di fatto da cui traggono origine, eccezionali e transitori quanto quest'ultima, e ammissibili fintantoché essa perduri, in base a quel criterio di proporzionalità e temporalità indicato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alle ordinanze in deroga». G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle Raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?* In *RivistaAIC*, n. 3/2020, 116. Non si condivide la tesi appena prospettata poiché, come sostenuto in precedenza, le raccomandazioni sono ascrivibili al *genus* linee-guida di cui costituiscono il contenuto.

81 La necessità dello stesso è contenuta nel Codice di Norimberga (1947), nella Convenzione di Oviedo (Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina 1997) alla quale è stato aggiunto un Protocollo aggiuntivo il quale all'art. 5 stabilisce che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato». Infine una disposizione simile è contenuta nella Carta di Nizza la quale enuncia che nella pratica medica deve essere rispettato «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge» ex art. 3 co. 2. A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona, medicina e biologia: l'art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno e responsabilità*, n. 8-9/2002, 809.

Il consenso informato affinché sia valido deve possedere determinati requisiti ossia: personalità, libertà e spontaneità, attualità e revocabilità, specificità e forma. C. TROISI, *Il consenso informato nella responsabilità medica*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 1-19.

persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute⁸²» e rappresenta un vero e proprio diritto della persona. Il documento SIAARTI prevede solamente la possibilità di attenersi alla volontà del soggetto qualora lo stesso l'avesse manifestata in precedenza attraverso le DAT. Si tratta di un mero richiamo alla l. n. 219/2017 e solo qualora il soggetto avesse in precedenza redatto le disposizioni anticipate di trattamento. Il *punctum dolens* concerne il pieno ed esclusivo potere decisionale in capo al personale sanitario circa l'ammissibilità ai trattamenti di terapia intensiva. Non si richiama nessun consenso informato né nei confronti del paziente né nei confronti dei famigliari ma solo una procedura di motivazione, documentazione e comunicazione della decisione arbitrariamente assunta. A tal proposito si ricorda che «per scegliere tra il male e il peggio, che nelle pieghe della medicina sono leggibili entro dimensioni valoriali individuali, non ci sono linee-guida o protocolli che tengano, perché non c'è nessuna verità epistemica qui da difendere o da far avanzare. Non esiste, infatti, una Verità bioetica (scritta con la maiuscola) e se non esiste una verità tutti i criteri sono arbitrari, compresa l'età anagrafica⁸³».

Ulteriore criticità del documento SIAARTI è rappresentata dalla circostanza in base alla quale è la stessa *equipe* sanitaria a decidere chi ha diritto di vivere e chi non lo ha mediante l'accesso alla terapia intensiva sulla base dei parametri contenuti nelle stesse raccomandazioni. La previsione SIAARTI viola di conseguenza anche l'art. 1 co. 7 l. 219/2017 il quale enuncia che «nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*equipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche le circostanze consentano di recepirla» poiché la prima, a contrario, contiene i criteri in base ai quali non somministrare dette cure necessarie per la sopravvivenza dei pazienti.

3.2. Problematiche bio-giuridiche rinvenibili nel contenuto del documento SIAARTI.

Dal punto di vista bio-giuridico il documento della SIAARTI⁸⁴ nel dettare un limite di accesso alla terapia intensiva qualora le risorse sanitarie dovessero non essere sufficienti prevede altresì che per i pazienti giudicati non idonei alle cure intensive l'*equipe* sanitaria

82 C. cost. 15.12.2008 n. 438.

83 G. DEL VECCHIO, *Etica e scelte di fine vita in epoca di COVID-19*, in *Quotidianosanità.it*, 2.4.2020.

84 Belgian Society of Intensive care medicine *Ethical principles concerning proportionality of critical care during the 2020 COVID-19 pandemic in Belgium: advice (2020)* ha sostenuto come l'età sia un parametro da utilizzare unitamente ad altri elementi. Il fatto che un paziente sia anziano non rappresenta un criterio idoneo per valutare la proporzionalità o non proporzionalità delle cure rispetto a quel determinato soggetto. Si richiama anche il documento *Bioetica delle catastrofi* adottato dal Comitato sammarinese di Bioetica nel quale è stato precisato che «priorità dei trattamenti deve essere calcolata sulla base di una corretta applicazione del *triage*, nel rispetto di ogni vita umana, indipendentemente dall'età, dal genere, dall'appartenenza sociale o etnica, dall'abilità».

debba provvedere a motivare, documentare e comunicare la limitazione alle cure. Il modello bioetico a cui sono ispirate le raccomandazioni SIAARTI richiama molto quello utilitarista⁸⁵ in base al quale il soggetto che deve assumere una decisione di politica sanitaria nel momento in cui deve stabilire in che modo distribuire un bene scarso per curare un determinato numero di persone deve prendere in considerazione una serie di parametri quali età della persona⁸⁶, numero di anni di vita e qualità della stessa, presenza di comorbidità e stato di salute. Si tratta di un approccio bioetico non compatibile con la nostra Carta costituzionale, con le leggi nazionali e con il Codice Deontologico⁸⁷ dei medici in quanto dal combinato disposto di queste disposizioni emerge che, anche durante l'esistenza di situazioni straordinarie, e quando si tratta di beni quali la salute e la vita, tutti gli individui possiedono pari valore «e tutti possono vantare un diritto incontestabile alla

85 Questo modello prevede che l'accesso alle cure e l'assistenza sanitaria possano essere riconosciute solamente a chi ha una vita degna di essere vissuta rapportata al raggiungimento di un prevedibile numero di anni di vita da vivere e ad un determinato *standard* di qualità della vita stessa. In questo contesto è emerso il dibattito sull'*ageism* ossia la discriminazione in base all'età. L'*ageism* è dato dalla contemporanea esistenza dei seguenti elementi: presenza di pregiudizi nei confronti delle persone anziane, anzianità ed invecchiamento, la messa in atto di pratiche discriminatorie nei confronti delle persone anziane, la diffusione di pratiche istituzionali che perseguono detti obiettivi. R. BUTLER, *Age-ism: another form of bigotry*, in *The Gerontologist*, n. 9/1969, 243-246. I principi cardine dell'utilitarismo negano lo stesso significato di giustizia poiché negano la dignità di ogni uomo senza distinzioni estrinseche, distinguono tra vite degne e non degne. Si tratta quindi di criteri incompatibili con la tutela dei diritti umani e con il diritto alla salute.

P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori, Napoli 1991; J. HARRIS, *The Value of Life*, Routledge, London, 1985. L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?* in *Biolaw Journal*, 22.3.2020.

86 In relazione al parametro dell'età di una persona è stato evidenziato che «advanced age was rejected as a triage criterion because it discriminates against the elderly». An additional consideration was that 'age already factors indirectly into any criteria that assess the overall health of an individual (because the likelihood of having chronic medical conditions increases with age)'. There is therefore a risk that age becomes 'double-weighted' in triage decisions» S. MICHALOWSKI, B. HAN-PIE, B. CAMIATO, F. SERÔDIO MENDES, W. MARTIN, *Triage in the Covid-19 Pandemic. Bioethical and Human Rights Considerations*, in *A Joint Technical Report of The Essex Autonomy Project & The Ethics of Powerlessness Project University of Essex*, 6.4.2020, 2.

87 È evidente come lo stesso giuramento professionale contenuto nel Codice di Deontologia Medica prevede espressamente il perseguimento della difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica, l'impegno di curare ogni paziente in maniera scrupolosa e «senza discriminazione alcuna, promuovendo l'eliminazione di ogni forma di disuguaglianza nella tutela della salute».

L'art. 3 del Codice Deontologico enuncia che «Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera», l'art. 6 al secondo comma stabilisce quale come sia compito del medico «contrastando ogni forma di discriminazione nell'accesso alle cure».

salute⁸⁸». Le raccomandazioni SIAARTI⁸⁹ prevedono, a contrario, delle corsie di preferenza per l'accesso alle cure creando quindi una gerarchia tra soggetti meritevoli di ricevere le cure e soggetti che non lo sono⁹⁰. Il principio che dovrebbe fungere da monito soprattutto durante l'emergenza sanitaria è che «dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo⁹¹». La Suprema Corte con una pronuncia evidenziò come «la non vita non può essere un bene della vita; per la contraddizione che nol consente⁹²».

Recentemente⁹³ la nostra Corte costituzionale ha sostenuto che «la piena realizzazione dei doveri di solidarietà e di tutela della dignità umana deve essere assicurata attraverso la qualità e l'indefettibilità del servizio, ogniqualevolta un individuo dimorante sul territorio

88 L. D'AVACK, *Covid-19: Criteri etici*, in *Biolaw Journal*, 23.3.2020, 4.

Si richiama anche la dichiarazione del presidente della federazione nazionale dell'ordine dei medici (Fnomceo), Filippo Anelli che, con riferimento alle raccomandazioni SIAARTI, ha sostenuto che «nostra guida, prima di qualunque documento che subordini l'etica a principi di razionamento, e che dovrebbe in ogni caso essere discusso collegialmente dalla professione, resta il codice di deontologia medica. E il codice parla chiaro: per noi tutti i pazienti sono uguali e vanno curati senza discriminazioni», dichiarato in TGCOM24, 8/03/20, 12:21.

89 Vi è anche chi ha sostenuto che si tratti di un documento coraggioso poiché «in un contesto in cui le istituzioni evitano di affrontare il tema ha operato la scelta di elaborare e di rendere espliciti e pubblici i criteri di ammissione ai (e sospensione dei) trattamenti intensivi in condizione di straordinaria scarsità delle risorse sanitarie prendendosi, in questo modo, una responsabilità pubblica di fronte ai cittadini». D. RODRIGUEZ, *Dagli anestesisti e rianimatori una difficile presa in carico di responsabilità che merita rispetto*, in *Quotidianosanità.it*.

90 Non si vuole sostenere come conforme a Costituzione l'accanimento terapeutico per tale intendendo un «trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunge la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulta chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica» Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, documento del 1995.

La critica alle raccomandazioni SIAARTI muove dalla considerazione secondo cui le stesse nonostante richiamino i principi di «appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure ispirate anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate» alla fine risultano esse stesse violative della dignità umana poiché impongono scelte ai pazienti dettate non dalla volontà di questi ultimi ma da una decisione arbitraria di un'equipe medica. Questa tendenza che emerge dalla lettura delle raccomandazioni risulta essere in netto contrasto con la nostra Costituzione e per evidenziare ciò è sufficiente richiamare una pronuncia della Suprema Corte. La Cassazione statuì nel caso Englaro che il «principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del rispetto della persona umana in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (...) Il diritto alla salute come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire». Ciò deve valere anche

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».

Il documento SIAARTI non è la fonte idonea a decidere l'allocazione delle risorse sanitarie ma, oltre ai motivi esposti in precedenza, rischia di essere un pericoloso precedente che unito alle altre attività di normazione del Governo italiano durante l'emergenza Covid-19 propende a favore della tecnocrazia⁹⁴. Si precisa che l'apporto della tecnica è imprescindibile negli ordinamenti democratici contemporanei a causa della natura sempre più complessa della società la quale si diversifica e si segmenta richiedendo quindi risposte fondate su un sapere scientifico approfondito. Oltre a ciò le scelte politiche devono essere assistite da competenze e valutazioni di carattere tecnico. Il problema nasce quando la tecnica si trasforma in tecnocrazia ossia nel momento in cui «si sostituisce al circuito elettorale Parlamento – Governo per assumere in prima persona le decisioni politiche essenziali ed anche la scelta dei mezzi per conseguirli⁹⁵». Stato tecnocratico e democratico risultano essere incompatibili infatti «se il protagonista della società industriale è l'esperto non può essere il cittadino qualunque. La democrazia si regge sull'ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia, al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono⁹⁶».

Le raccomandazioni adottate dalla SIAARTI purtroppo rappresentano una diminuzione della democrazia che parte della dottrina giustifica dall'esistenza dell'emergenza sanitaria. Quest'ultima imporrebbe come necessario e doveroso fare riferimento al sapere dei tecnici anche nelle scelte di allocazione delle risorse in materia sanitaria in quanto «la tecnica è in sé, per sua natura, conservatrice e compie scelte ritenute oggettive e quindi non oggetto di

per l'incapace, «in considerazione del fatto che la dignità dell'essere umano impone di rispettarne il volere espresso quando era in grado di prendere decisioni consapevoli». Cass. civ., sez. I, 4-16.10.2007, n. 21748.

91 Corte EDU, n. 2346/2002, (Pretty v. Regno Unito), C. cost., 25.9.2019, n. 242.

92 Cass. civ., sez. un., 22.12.2015, n. 25767.

93 C. cost., 15.1.2020, n. 62.

94 Si è in presenza di un «regime tecnocratico» nel momento in cui «il tecnocrate a fissare, su esclusive basi di competenza, non solo i mezzi ma anche i fini dell'azione sociale». La differenza tra tecnico e tecnocratico consiste nel fatto che il tecnico è «un esperto del particolare, il tecnocrate va definito (e si definisce) come un esperto del generale. Se il primo è uno specialista, il secondo è un generalista, caratterizzato com'è da una polivalenza di funzioni e da una conoscenza globale delle variabili dell'azione». D. FISICHELLA, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 44- 54

La prima teorizzazione dello stato tecnocratico si è avuta con Platone il quale aveva elaborato la forma di governo ideale ossia «il governo dei custodi».

95 M. VOLPI, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in M. Volpi (a cura di) *Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica*, Giappichelli, Torino, 2017, 2.

96N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, 22

conflitto politico⁹⁷». In questo lasso temporale si è realizzato l'effetto descritto dal sociologo Crouch quale conseguenza della postdemocrazia ossia la progressiva erosione del *welfare state*⁹⁸. In effetti abbiamo delle raccomandazioni che dicono chi è degno di ricevere le cure e chi non lo è, distinguono tra vita degna di essere vissuta e vita che semplicemente non lo è sulla scorta dell'affermazione secondo cui si versa in una situazione di «medicina di guerra». Si tratta ovviamente di un'espressione errata dato che non è stato dichiarato lo stato di guerra da parte delle Camere con il successivo conferimento al Governo dei poteri necessari ex art. 78 Cost. Il diffondersi del Covid-19 e la risposta delle istituzioni non può nemmeno essere qualificata come stato di eccezione⁹⁹ ma più correttamente come situazione di emergenza¹⁰⁰ sanitaria. Quando ci si avvicina alla Carta costituzionale, riprendendo il

97 G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 11-13

98 V. D. RUNCIMAN, *Politica*, (2015), trad. it. Bollati Boringhieri, Torino, 2015, 92-94

99 Lo stato di eccezione secondo la ricostruzione di Agamben consiste in una sospensione dell'ordine costituzionale o di un segmento significativo dello stesso ad opera dell'autorità statale che normalmente assolverebbe il ruolo di garante della legalità e del rispetto della stessa. In altri termini «lo stato di eccezione è dunque quella figura dell'ordine sospeso e continuamente infranto in cui "l'aspetto normativo è impunemente obliterato e contraddetto da una violenza governamentale" che ignora, all'esterno, il diritto internazionale e produce, all'interno, uno stato di emergenza permanente. E tuttavia, pur generando "uno spazio vuoto di diritto", lo stato di eccezione accampa con arroganza la pretesa di stare ancora applicando il diritto». G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, 111.

Per Schmitt, invece, lo stato di eccezione può essere definito come ordine che si oppone al *caos*. Il *Leitmotiv* della riflessione di Schmitt è quello di «rendere possibile una articolazione fra stato di eccezione e ordine giuridico» il quale arriva a sostenere che «come, nel caso normale, il momento autonomo della decisione può essere ridotto a un minimo, così nel caso di eccezione, la norma viene annullata [vernichtet]. Tuttavia anche il caso di eccezione resta accessibile alla conoscenza giuridica, perché entrambi gli elementi, la norma come la decisione, rimangono nell'ambito del giuridico [...]». R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Dirittoequestionipubbliche*. Volendo rinvenire una definizione nella concezione schmittiana lo stato di eccezione può essere definito «come la forma legale di ciò che non può avere forma legale» in quanto i provvedimenti adottanti durante la vigenza dello stato di eccezione non possiedono alcun riferimento al diritto stesso. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, cit.*, 11.

È doveroso richiamare l'affermazione della Presidente della Corte costituzionale secondo cui «la nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvenivano clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri». M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019 - sintesi -*, 28.4.2020, 18.

100 Da un punto di vista giuridico l'emergenza può essere definita come «l'insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è né idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa». F. TEDESCHINI, voce *Emergenza (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, <http://www.treccani.it/enciclopedia/emergenza>

monito del Prof. Cassese, «non si può giocare con le parole» anche perché «come il ricorso allo stato di eccezione tende a farsi regola, così deve farsi regola anche la capacità di opporvisi in nome di un ordinamento democratico costituzionale¹⁰¹».

4. Conclusioni.

Il principio personalista che anima la Costituzione italiana postula «l'imprescindibilità della persona umana e di ogni persona umana rapportata alle risposte che i pubblici poteri devono fornire alle domande sociali¹⁰²». Si tratta della persona nella sua concretezza e nella diversità delle espressioni e delle esigenze della stessa poiché l'art. 2 Cost. non si riferisce ad un'idea astratta di persona ma esprime un criterio di preferenza per la garanzia dei diritti di ogni soggetto appartenente al genere umano. Il principio personalista permea tutta la Costituzione al punto da penetrare sul piano «della teoria delle fonti e dei rapporti tra ordinamenti, su quello della giustizia costituzionale e della giurisdizione in genere, su quelli della forma di Stato e della forma di governo e, in definitiva, sulla stessa teoria della Costituzione¹⁰³».

L'approccio bioetico coerente con il principio personalista della Costituzione italiana in un momento di emergenza sanitaria dovrebbe essere l'egualitarismo¹⁰⁴. Questa teoria è costruita intorno al concetto di "velo di ignoranza" ossia di ignoranza di ciascun individuo circa la propria età, la propria condizione personale e sociale ed in base alla quale partire per elaborare riflessioni bioetiche. Sulla scorta di questo ragionamento il criterio ritenuto giusto nella distribuzione delle risorse in un momento di emergenza clinica dovrebbe essere quello del sorteggio. Si tratta di una soluzione criticabile poiché implica un potenziale ed eventuale spreco di risorse che in quanto scarse devono essere allocate in maniera efficace.

L'approccio bioetico che si ritiene maggiormente conforme al principio personalista è quello proposto da Beauchamp e Childress i quali sostengono un «diritto decente di cure» e che l'assistenza sanitaria costituisca una tutela sociale rispetto al verificarsi di minacce esterne che rendono vulnerabile un individuo, come, ad esempio, una pandemia¹⁰⁵. L'approccio descritto è comune non solo alla teoria personalista¹⁰⁶ la quale riconosce un

diramm_%28Diritto-on-line%29/2017.

101 M. MARCHISIELLO, *Diritto di resistenza: Come fare la rivoluzione attraverso il diritto*, EGA-Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2013.

102 A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consulta Online*, fasc. II/2019, 363.

103 A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, 167.

104 J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982.

105 T.L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica* (1994), Le Lettere, Firenze, 1999.

106 E. SGRECCIA, A.G. SPAGNOLO (a cura di), *Etica e distribuzione delle risorse sanitarie*, Vita e Pensiero, Milano, 1996.

primato alla dignità umana ma anche alla teoria comunitaria¹⁰⁷ che impone un dovere di solidarietà interpretato come obbligo di prendersi cura dei cittadini in particolar modo di quelli più deboli ed infine anche alla teoria della virtù¹⁰⁸ al centro della quale vi è la responsabilità deontologica del medico nei confronti dei soggetti bisognosi¹⁰⁹.

Nell'attuale emergenza sanitaria non è etico né legittimo costituzionalmente discriminare i soggetti maggiormente vulnerabili ossia persone anziane, disabili, povere in base ad una prospettiva strettamente utilitaristica. Ovviamente questo non significa attuare pratiche di accanimento clinico quando le stesse risultino essere sproporzionate, inefficaci e gravose e nemmeno non rispettare la volontà espressa da un soggetto¹¹⁰. L'obiettivo del diritto, sia che si tratti *hard law* che di *soft law* è «quello di porsi come argine al potere (anche nell'asimmetria

L'assunto fondamentale della teoria personalista è quello secondo cui la dignità umana non è uno tra i diversi diritti della persona ma essa rappresenta il fondamento irrinunciabile. In questa visione bioetica la dignità umana diviene diretta espressione del valore di ogni singola persona e deve essere riconosciuta senza discriminazioni. Principi fondamentali della bioetica personalista sono: il principio di difesa della vita fisica, il principio di totalità o principio terapeutico, il principio della libertà e della responsabilità ed infine il principio della socialità e sussidiarietà. E. SGRECCIA, *Bioetica Personalista e Diritti dell'Uomo*, in *Studia Bioethica*, n.3/2012, pp. 47-56. H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, n. 76/1999, 625. V. MELE, *Organismi geneticamente modificati e bioetica*, Cantagalli, Siena 2002.

107 E.J. EMANUEL, *Justice and Managed Care. Four Principles for the Just Allocation of Health Care Resources*, n.3/2000, 8-16.

La teoria comunitaria non possiede una prospettiva omogenea in quanto la stessa può essere definita come un approccio morale ispirato sia alla filosofia aristotelica ed hegeliana che possiede la convinzione secondo cui l'etica si rinvenga nelle pratiche o azioni sociali della comunità. Precisamente l'etica comunitaria ha quale idea di base la condivisione di ideali di buona vita rinvenibili nelle pratiche di una determinata comunità avente una particolare configurazione storica e culturale. Ulteriore concetto di fondo concerne il ruolo della medicina. Quest'ultima deve avere quale fine ultimo il bene della comunità. Da qui il ruolo di una medicina "comunitaria" interpretata come "medicina socialmente benefica". D. CALLAHAN, *The Troubled Dream of Life*, Simon & Schuster, New York, 1993. L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino, 2017, 30-31

108 E.D. PELLEGRINO, *Rationing Health Care: Inherent Conflicts within the Concept of Justice*, in W.D. BONDESON, J.W. JONES, *The Ethics of Managed Care: Professional Integrity and Patient Rights*, Bondeson, Dordrecht 2002, 1-18.

L'etica delle virtù dedica particolare all'attenzione al soggetto che agisce e alla dimensione relazionale nella quale lo stesso è inserito. Se da una parte questa teoria bioetica riprende le dimensioni delle qualità morali quali elementi decisivi della vita morale della persona dall'altra parte interpreta il soggetto quale membro di una comunità dalla quale l'individuo trae le proprie convinzioni. È evidente quindi che dal punto di vista bioetico l'accento viene posto sulla figura del soggetto inteso quale uomo virtuoso orientato ad ottenere l'eccellenza. In campo medico questo approccio interpreta la salute quale bene relazionale cioè quale valore sia per il medico che per il paziente. P. PREMOLI DE MARCHI, *Introduzione all'etica medica*, Accademia University Press, Torino, 2013.

109 In dottrina è stato sostenuto che «la teorizzazione della uguaglianza e parità di accesso è anche sostenuta da altre teorie, con argomenti diversi. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, sulla base della teorizzazione del "principiism", ritengono che esiste un diritto ad un "minimo decente di cure" e che l'assistenza sanitaria rappresenta un aspetto della tutela sociale contro minacce esterne dalle quali l'individuo non può proteggersi da solo,

della relazione medico-paziente, che nel documento SIAARTI torna a configurarsi in senso “forte”), strumento di affermazione del pari valore di ogni individuo e di promozione della intrinseca dignità di ciascuno, attraverso una tutela dei diritti fondamentali che non ammette eccezione alcuna, nemmeno quella costituita dall’età¹¹¹».

In merito si segnala anche il Parere del Comitato Nazionale della Bioetica¹¹² il quale con formule molto generali ha svolto una trattazione meramente ricognitiva senza fornire risposta ai quesiti etici che questa emergenza impone di affrontare. L’unica presa di posizione concerne il criterio di allocazione delle risorse, infatti nel documento elaborato si legge che «il CNB riconosce il criterio clinico come il più adeguato punto di riferimento, ritenendo ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l’età, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l’appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, eticamente inaccettabile¹¹³».

Oltre alle problematiche esposte in precedenza vi è almeno un’altra che merita di essere menzionata e concerne precisamente il ruolo che le raccomandazioni SIAARTI hanno attribuito ai medici ossia la possibilità per gli stessi di sostituirsi alle Parche¹¹⁴. Si tratta di un ruolo estremamente problematico e per illustrarlo si richiama l’insegnamento della mitologia greca, ossia il mito di Chirone¹¹⁵. Il lascito di questo mito concerne proprio il monito di

*come nel caso della pandemia. Questa posizione è anche condivisa dalla teoria personalista che riconosce il primato ontologico della dignità della persona umana, dalla teoria comunitaria che giustifica il dovere di solidarietà, come obbligo di prendersi cura dei cittadini e soprattutto di quelli più deboli e dalla teoria della virtù, che pone al centro la responsabilità deontologica del medico nei confronti di chi è più bisognoso». L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l’etica quando le risorse sono limitate: chi curare? cit.*, 7.*

110 L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l’etica quando le risorse sono limitate: chi curare? cit.*, 7-9.

111 M. G. BERNARDINI, *Dilemmi mor(t)ali nelle scelte etiche, ageism e diritti fondamentali ai tempi del covid-19*, in *Diritto virale*, 8-9.

112 Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8.4.2020.

113 Allegata al documento vi è la presa di posizione del Prof. Mori il quale ha ritenuto opportuno illustrare il proprio convincimento in uno scritto allegato al parere del CNB. Egli afferma come le indicazioni contenute nel parere del CNB sostanzialmente non forniscono alcun criterio per gestire il *triage* in situazione di emergenza sanitaria poiché non prescrivono alcuna indicazione specifica. Per questo motivo il Prof. Mori ritiene che le raccomandazioni SIAARTI «con realismo, tempestività e trasparenza, sono riuscite a offrire indicazioni abbastanza precise per affrontare i tragici problemi di scelta in situazioni eccezionali: forse sono meno rassicuranti, ma è da quelle che dobbiamo partire».

114 Si tratta delle Moire greche, ossia coloro che “*Ma perché lei che di e notte fila, non gli avea tratta ancora la conocchia, che Cloto impone a ciascuno e compila...*” (Dante Alighieri, *Divina Commedia*, Purgatorio, Canto XXI, 25-27).

115 Il riferimento riguarda la vicenda di Chirone, centauro saggio e precettore di tutti gli eroi. Chirone viene per errore colpito da Eracle, il più affezionato dei suoi discepoli, con una freccia avvelenata. In questo modo Eracle condanna Chirone ad una sofferenza insopportabile ed interminabile poiché è vero che Chirone è immortale ma non è immune

quanto sia pericoloso per l'uomo la pretesa di assurgere a divinità poiché vi è sempre qualcosa di indisponibile ossia un ambito che è sottratto alla volontà e all'arbitrio sia individuale sia collettivo e questo indisponibile costituisce il limite. Il mito di Chirone tramanda quindi un problema dato che «invita l'uomo a riflettere sul fatto che qualora dovesse far agire la sua volontà in campi riservati agli dei non è detto che riesca ad arginare quella potenza, presente nell'uomo, diretta a piegare e manipolare ad utilità ogni cosa¹¹⁶».

alle sofferenze dei mortali. Il Centauro e il discepolo implorano Zeus affinché gli consenta di morire per sottrarsi alla sofferenza. Il padre degli dei acconsente a Chirone di sottrarsi dalle sue insopportabili sofferenze cedendo la sua natura immortale a Prometeo. Il Titano, padre della tecnica, viene punito da Zeus per gli indebiti doni elargiti agli uomini, ossia, il fuoco e l'oblio dell'ora della morte, nascondendo l'estensione del filo delle Parche che li riguardava e che fino a quel momento era loro nota. Si rinviene un collegamento tra i due doni: grazie al secondo gli uomini hanno potuto dimenticare il loro limite umano per eccellenza e proprio per questo hanno creduto di poter utilizzare senza esitazioni il sacro fuoco. F. ZANUSO *Neminem Laedere, Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, 4-5.

116 F. CAVALLA *Diritto alla vita, diritto sulla vita*, in F. ZANUSO (a cura di) *Il Filo delle Parche*, Franco Angeli, Milano, 2009, 60-61.