



**Camilla Della Giustina**

(cultrice di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Padova,  
sede di Treviso, Facoltà di Giurisprudenza)

## **Il problema della vulnerabilità nelle Raccomandazioni SIAARTI e nelle linee guida SIAARTI-SIMLA \***

“Non capita tutti i giorni di trovare una  
persona che meriti davvero di essere salvata.  
Dovrò far uscire un altro dall'ospedale, ma  
troverò sicuramente qualcuno peggiore di lui”.  
(B. SHAW, *Il dilemma del dottore*, 1984, p. 42).

**SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La tutela della salute nell'emergenza sanitaria: le raccomandazioni e linee guida delle società scientifiche quali sintomi della crisi delle fonti del diritto - 3. Il concetto di vulnerabilità - 4. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI del 6 marzo 2020: criticità - 5. Le linee guida SIAARTI-SIMLA: nulla di nuovo nelle scelte di *triage* - 6. Conclusioni.**

### **1 - Introduzione**

Il termine vulnerabile, da un punto di vista etimologico, indica una persona che può essere ferita, attaccata, lesa o danneggiata in maniera abbastanza semplice, la condizione di vulnerabilità, quindi, indica la possibilità che un determinato soggetto possa, potenzialmente, essere esposto a un rischio<sup>1</sup>. Vulnerabilità rimanda, infatti, al *vulnus*, ossia una ferita fisica, uno “strappo nel corpo”<sup>2</sup>.

Se si adotta la prospettiva del soggetto questo si viene a trovare in una condizione di vulnerabilità nel momento in cui si assiste alla congiunta combinazione di tre caratteristiche: l'esposizione al rischio di

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> V. LORUBBIO, *Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU, in Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 10.3.2020.

<sup>2</sup> G. MARAGNO, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di) *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, p. 18.



subire un danno, la mancanza per quel soggetto di resilienza e di risorse necessarie per evitare il verificarsi del danno e infine la mancanza delle risorse per rispondere al danno qualora questo dovesse concretizzarsi<sup>3</sup>.

Nella rilettura della letteratura classica viene colto lo stretto legame che sussiste tra vulnerabilità e violenza<sup>4</sup>: l'Iliade, infatti, nel narrare la guerra di Troia evidenzia la caducità che appartiene sia all'eroe che allo sconfitto; questo legame viene ritenuto sussistente anche nella filosofia di Hobbes sulla scorta della considerazione secondo cui "vulnerabilità chiama sovranità"<sup>5</sup>.

La riflessione giuridica diviene necessaria oltre che doverosa in quanto durante l'emergenza sanitaria, dichiarata in data 31 gennaio 2020, i diritti costituzionalmente garantiti hanno subito una compressione senza precedenti e, per quello che interessa ai fini della presente analisi, lo stesso diritto alla salute ha subito una interpretazione totalmente nuova sulla scorta della considerazione secondo cui la lotta contro il virus è paragonabile a una situazione di guerra.

Da un punto di vista costituzionalistico si tratta di una affermazione non corretta in quanto, attualmente, non è stato deliberato lo stato di guerra contemplato dall'art. 78 Cost.; oltre a questo la Costituzione italiana non prevede l'applicazione di un diritto speciale per lo stato di emergenza quindi, non vi sono clausole previste costituzionalmente idonee a sopprimere i diritti fondamentali e nemmeno previsioni che consentano l'alterazione dell'equilibrio che deve sussistere tra i diversi organi costituzionali.

A partire da queste considerazioni si è deciso di analizzare il concetto di vulnerabilità da un punto di vista strettamente giuridico per poi approdare a evidenziare come alcuni soggetti vulnerabili, ossia persone anziane e persone affette da malattie, sono stati destinatari di una particolare disciplina. Il riferimento va, in primo luogo, alle raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI (Società Italiana Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva) del 6 marzo 2020 e, in secondo luogo, alle linee guida SIAARTI-SIMLA (Società Italiana Medicina Legale e delle Assicurazioni) del 13 gennaio 2021.

---

<sup>3</sup> J. HERRING, *Vulnerability, Childhood and the Law*, (cap. II, *What is Vulnerability*), Springer, Oxford, 2018, pp. 9- 10.

<sup>4</sup> O. GUARALDO, *Comunità e vulnerabilità. Per una critica politica della violenza*, ETS, Pisa, 2012, pp. 77-98.

<sup>5</sup> G. PRETEROSSO, *La dimensione sociale della vulnerabilità*, in O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di) *Vulnerabilità*, cit., p. 207.



Questi due documenti, seppur differenti tra di loro, interrogano la riflessione giuridica in quanto le prescrizioni che contengono, nel momento in cui affrontano la problematica della scarsità delle risorse, incidono non solamente sul generale diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost. ma anche sul diritto alla vita al punto da determinare la relativizzazione dello stesso valore della vita umana.

## **2 - La tutela della salute nell'emergenza sanitaria: le raccomandazioni e linee guida delle società scientifiche quali sintomi della crisi delle fonti del diritto**

L'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione dell'agente patogeno Sars-Covid-19 ha fatto emergere in maniera dirompente le problematiche giuridiche denunciate da anni dalla dottrina giuridica concernenti la crisi del sistema delle fonti<sup>6</sup>.

Quest'ultima ha assunto durante il periodo emergenziale una connotazione differente rispetto al passato: se prima della dichiarazione dell'emergenza sanitaria poteva essere riferita all'abuso della decretazione d'urgenza o all'esistenza di leggi di delega in bianco attualmente si esprime mediante la proliferazione di atti di *soft law*. Rispetto a quella che potrebbe essere definita come la "prima stagione" della crisi delle fonti la dottrina aveva osservato come la marginalizzazione generalizzata del Parlamento abbia determinato "vere e proprie illegittimità e palesi difformità rispetto al modello costituzionale e legale"<sup>7</sup>.

La tecnica normativa adottata dal Legislatore dell'emergenza è sempre stata caratterizzata dal medesimo schema, ossia, adozione di un decreto-legge definibile come "in bianco", cioè carente per quanto concerne l'indicazione dei limiti e dei contenuti dell'azione

---

<sup>6</sup> Si richiama a tal proposito autorevole dottrina secondo cui "la prassi dell'ultimo venticinquennio ha progressivamente complicato i termini di una problematica che nei primi lustri del periodo repubblicano sembra relativamente semplice. Di più: sia nel senso quantitativo che nel senso qualitativo, la decretazione legislativa d'urgenza rappresenta ormai - per eccellenza - il punto salienti del distacco riscontrabile fra la fedeltà delle fonti normative e il modello immaginato o presupposto dai costituenti" (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 241).

<sup>7</sup> E. MINNEI, *L'art. 116 Cost. e la preoccupazione (strumentale?) della marginalizzazione del Parlamento*, in *AmbienteDiritto.it*, fasc. 4/2019, p. 23



amministrativa, e successivi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di attuazione del decreto-legge<sup>8</sup>.

La conseguenza immediata e diretta di questo inedito utilizzo delle fonti normative ha determinato un'assenza di intervento di altri organi costituzionali, Presidente della Repubblica, Consiglio dei Ministri, Corte costituzionale, Parlamento poiché gli stessi sono stati "relegati al ruolo di mero spettatore e, sostanzialmente, privati di strumenti di intervento"<sup>9</sup>.

In questo contesto si inseriscono le Raccomandazioni e le successive linee guida elaborate della società scientifiche, le quali, seppur con le differenze che verranno evidenziate nei successivi paragrafi, intervengono nell'allocazione delle risorse sanitarie adottando quali parametri l'età, lo stato di salute, l'eventuale presenza di altre patologie.

La problematica è strettamente correlata alla circostanza che l'accesso alla terapia intensiva significa possibilità rimanere in vita e di conseguenza, riprendendo quanto sostenuto dal Comitato Nazionale di Bioetica ogni criterio di selezione che si fondi sull'età anagrafica, sul sesso, sulla disabilità, sul ruolo sociale o appartenenza etnica deve ritenersi inaccettabile<sup>10</sup>.

L'analisi giuridica che può compiersi relativamente al rapporto diritto alla salute e sistema delle fonti durante l'emergenza sanitaria può essere condotta su due livelli.

Partendo dal primo si ritiene problematica la circostanza in base alla quale le scelte di allocazione delle risorse sanitarie vengano assunte dall'*equipe* sanitaria che, a sua volta, trae legittimazione da atti di *soft law*. Questo contrasterebbe con la pronuncia della Corte costituzionale con la quale è stato sostenuto che è compito del legislatore stabilire quali pratiche terapeutiche sono ammesse e a quali condizioni solamente nell'ipotesi in cui queste incidano su diritti o doveri costituzionali<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Per una critica relativa alla possibile illegittimità costituzionale vedasi **D. TRABUCCO**, *Il principio di legalità formale e sostanziale ai tempi del Covid-19. Le «fibrillazioni» dello Stato di diritto*, in M. BORGATO, D. TRABUCCO (a cura di), *COVID-19 Vs. Democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 19-40.

<sup>9</sup> **A. VERNATA**, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"* in *Biolaw Journal, Rivista di Biodiritto, Special Issue*, n. 1/2020, p. 6.

<sup>10</sup> **COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA**, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8.4.2020.

<sup>11</sup> "Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali non è, di norma il legislatore a poter 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



A questo si deve aggiungere come le raccomandazioni e linee guida contrastino con i principi sanciti dalla l. n. 219 del 2017 la quale possiede quale obiettivo principale quello di tutelare

“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, primo comma).

Si tratta di una previsione che non risulta essere rispettata dai documenti oggetto di esame nel momento in cui questi impongono la sedazione palliativa quale alternativa all’ingresso in terapia intensiva. Precisamente affinché un trattamento sanitario possa essere qualificato come obbligatorio è necessaria una disposizione di legge ai sensi dell’art. 32, secondo comma, Cost.<sup>12</sup> la quale deve intervenire nel disciplinare in modo puntuale e preciso la materia. A questo si deve aggiungere come la giurisprudenza della Corte costituzionale ha precisato che il trattamento, affinché possa ritenersi compatibile con il dettato costituzionale, deve essere diretto

“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 fondamentale<sup>13</sup>”.

Da questo deriva che un 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

---

evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico, che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione” (Corte cost. n. 282 del 2012).

<sup>12</sup> Per quanto attiene alla natura della riserva di legge in questione si rimanda a **A. PACE**, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 87-88, **V. CRISAFULLI**, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, pp. 558-559.

Per una disamina completa circa il secondo comma dell’art. 32 Cost. vedasi **M. CARTABIA**, *La giurisprudenza relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2012, pp. 455-465.

<sup>13</sup> Corte cost., 29 giugno 1994, n. 258.



scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili<sup>14</sup>”.

Un ulteriore requisito che viene richiesto dalla Corte al fine di imporre un trattamento sanitario concerne il rispetto della “dignità della persona, che comprende anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute e al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato, con conseguente esclusione anche di qualsivoglia finalità discriminatoria<sup>15</sup>”.

L'imposizione della sedazione palliativa ai soggetti definiti come non idonei all'ingresso al reparto in terapia intensiva non risulta essere giustificabile sulla scorta di legge e nemmeno sulla scorta del consenso informato. Esso<sup>16</sup> possiede il proprio aggancio costituzionale “negli artt. 2, 13, 32 della Costituzione, che pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute<sup>17</sup>” oltre a integrare un vero e proprio diritto della persona.

Il secondo livello di analisi attiene alle problematiche bio-giuridiche che si pongono nel momento in cui viene previsto un limite all'ingresso alla terapia intensiva. In dottrina è stato sostenuto che questo parametro sia espressione di un “approccio economicistico”<sup>18</sup> anche se la posizione bioetica che rispecchia detta visione sia quella utilitarista. Quest'ultima prende le mosse da un calcolo costi/benefici con la finalità di ottenere il maggior beneficio possibile per il maggior numero di soggetti possibili; le scelte selettive che vengono assunte, quindi, risultano essere giustificate poiché perseguono il maggior risultato collettivo espresso

---

<sup>14</sup> Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.

<sup>15</sup> Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218.

<sup>16</sup> Il consenso informato non possiede solamente fonti nazionali ma si rinviene anche 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, secondo comma (A. SANTOSUOSSO, Integrità della persona, medicina e biologia: l'art. 3 della Carta di Nizza, in Danno e responsabilità, n. 8-9/2002, p. 809).*

<sup>17</sup> Corte cost., 23 dicembre, 2008, n. 438.

<sup>18</sup> **L. PALAZZANI**, *La pandemia Covid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto, Special issue, 1/2020*, p. 362



dalla formula QALY<sup>19</sup>. Il risultato che si ottiene dall'applicazione di questa formula indica il prolungamento della vita e il miglioramento della sua qualità ma, il limite di essa è dato dal fatto che "nulla dice sull'equità delle cure da riconoscere ai cittadini, tema invece decisivo in termini allocativi<sup>20</sup>".

L'approccio da seguire conforme al principio personalista sarebbe quello dell'egualitarismo ossia quell'approccio che definisce l'assistenza sanitaria quale elemento di tutela rispetto a minacce esterne che rendono vulnerabile un individuo e che richiede come necessaria la garanzia di un "diritto decente di cure"<sup>21</sup>.

Partendo dalla riflessione secondo cui il principio personalista nella Carta costituzionale italiana deve essere interpretato come "il principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi"<sup>22</sup> esso non può ritenersi compatibile con previsioni di matrice utilitarista. Nel momento in cui ci si appropria alla disamina della giurisprudenza della Corte costituzionale sviluppatasi attorno al principio personalista si nota come la Corte<sup>23</sup> abbia sempre fatto derivare da detto principio un limite, un vincolo attinente alla tutela dei diritti inviolabili e alla dignità umana.

L'essere umano al quale il principio personalista fa riferimento è il soggetto "visto nella sua concretezza e nella varietà delle sue espressioni ed esigenze, inteso tanto come individuo quanto come componente delle formazioni sociali entro le quali trova sviluppo la sua personalità"<sup>24</sup>. A questo si deve aggiungere che detto principio prescrive una preferenza per quanto attiene alla garanzia dei diritti di ogni soggetto appartenente alla specie umana.

Per concludere si può sostenere come sia le Raccomandazioni di etica clinica sia le successive linee guida siano indicative della nuova forma della crisi del sistema delle fonti poiché con l'adozione delle stesse

---

<sup>19</sup> "Quality adjusted life years".

<sup>20</sup> **D. SACCHINI**, *La gestione delle risorse in medicina tra etica e discriminazioni*, in *Giornale di Gerontologia*, vol. 54/2006, suppl. 2, p. 81

<sup>21</sup> **T.L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS**, *Principi di etica biomedica* (1994), Le Lettere, Firenze, 1999.

<sup>22</sup> **A. RUGGERI**, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it.*, n. 17/2013, p. 3.

<sup>23</sup> Corte cost., 18 luglio 2003 n. 253; Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114.

<sup>24</sup> **A. MORELLI**, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *ConsultaOnline*, fasc. 2/2019, p. 363.



si è sostanzialmente realizzato un bilanciamento del bene salute da parte di tecnici non adottando le “dinamiche proprie della forma di governo parlamentare poiché il dialogo è avvenuto fuori dal circuito della rappresentanza”<sup>25</sup>.

### 3 - Il concetto di vulnerabilità

Quando ci si rapporta con il concetto di vulnerabilità ci si appropria a una nozione collocata tra il mondo delle scienze sociali e della geografia dalla quale è stato elaborato un paradigma da adottare nello studio del rapporto che intercorre tra rischi ed esposizione a eventi estremi.

Il diritto applicato al concetto di vulnerabilità può essere interpretato quale strumento che dovrebbe interporre tra i soggetti al fine di preservare la inviolabilità fisica: nel momento in cui la sopravvivenza viene definita come garanzia essenziale<sup>26</sup> la vulnerabilità diviene uno dei primi fondamenti della giuridicità poiché, in assenza di questa premessa, il precetto “non uccidere” non potrebbe essere compreso in senso profondo.

A partire da detta riflessione è evidente che la teoria della vulnerabilità diviene un’importante base di partenza per arricchire con ulteriori riflessioni la dogmatica dei diritti fondamentali. Attribuire e riconoscere la condizione di vulnerabilità connessa alla dimensione umana, sia da un punto di vista fisico che relazionale<sup>27</sup>, può dar vita all’elaborazione della teoria di quello che è stato definito come “*responsive state*”<sup>28</sup>, cioè, di uno stato la cui funzione principale è quella di prevenire e rimediare alle sofferenze tramite le quali si manifesta la condizione di vulnerabilità. Rinvenire nella realtà dei casi concreti di vulnerabilità aiuta alla definizione di politiche pubbliche specifiche: nel momento in cui ci si appropria ai diritti fondamentali tramite la lente della vulnerabilità si

---

<sup>25</sup> C. DELLA GIUSTINA, *Quel che resta della Costituzione italiana dopo l'emergenza sanitaria COVID-19. Riflessioni in materia di regionalismo differenziato e tecnocrazia*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, p. 1565.

<sup>26</sup> H.L. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 224-225.

<sup>27</sup> T. CASADEI, *Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e “diritto diseguale”*, in *Ragion Pratica*, n. 2/2008, pp. 291-312.

<sup>28</sup> M. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, n. 20/2008, pp. 1-23.



riescono a rinvenire le differenze sussistenti tra diritti sociali e libertà, tra diritti di prima, di seconda, di terza e di quarta generazione<sup>29</sup>.

La teoria della vulnerabilità, in altri termini, persegue quale obiettivo principale quello di fornire una definizione dell'essenza della condizione umana<sup>30</sup> insieme alle implicazioni normative che dalla stessa discendono. Se si analizzano delle pronunce adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>31</sup> oltre alle pronunce rese dalla giurisprudenza costituzionale americana emerge che la vulnerabilità ha avuto una propria autonoma rilevanza nel contribuire a individuare alcune categorie specifiche di individui per i quali fosse ritenuta come necessaria una protezione speciale<sup>32</sup>. Una volta riconosciuta la condizione di vulnerabilità, il passaggio successivo è dato dalla applicazione di detto riconoscimento rispetto al significato normativo che, di volta in volta, viene riconosciuto alla peculiare posizione di vulnerabilità del gruppo preso in esame.

In altri termini la teoria della vulnerabilità applicata al mondo giuridico avrebbe quale obiettivo proprio e ultimo quello di

“identificare situazioni di peculiare vulnerabilità e poi di segnalare l'incongruità (l'iniquità) delle conseguenze giuridiche attribuite da un'interpretazione che misconosce la peculiarità della situazione derivante dalla speciale vulnerabilità. Così se la dogmatica presume che il consenso sia alla base di certe conseguenze giuridiche di vario tipo, dalla costituzione di un'obbligazione, all'esonero di responsabilità del destinatario del consenso, la Tv solleva il dubbio che in certe situazioni il consenso non possa essere ritenuto pienamente libero, perché ad esempio ricorrono condizioni di soggezione psicologica, isolamento, paura [...] Tv non intende negare

---

<sup>29</sup> E. PARIOTTI, *Diritti umani. Concetto, teoria evoluzione*, Cedam, Padova, 2013.

<sup>30</sup> M. FINEMAN, *The Vulnerable Subject*, cit. ; F. VIOLA, voce *Dignità umana* in *Enciclopedia filosofica*, vol. 3°, Bompiani Milano, 2006, pp. 2931-2938; F. BELVISI, *Dignità umana e diritti fondamentali: una questione di riconoscimento*, in T. CASADEI, (a cura di) *Diritti umani e soggetti vulnerabili*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 72-89.

<sup>31</sup> Nella pronuncia *Chapman v. United Kingdom* la Corte ha sostenuto che “la posizione vulnerabile della minoranza Gypsy giustifica la speciale considerazione accordata ai bisogni e agli stili di vita peculiari nel valutare la congruità della regolamentazione urbanistica” precisando che la particolare vulnerabilità, nel caso di specie, affonda le proprie radici dalla “storia turbolenta e dal continuo sradicamento della minoranza”. *Chapman v. United Kingdom* (GC). 2001, Eur Vs. H.R. Rep. 18, 96 (2001).

<sup>32</sup> A. TIMMER, *A Quite Revolution. Vulnerability in the European Court of Human Rights. In Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, New York, 2013.



l'idea di responsabilità giuridica, ma solo contestare il mito dell'autonomia portato avanti da secoli dalla scienza giuridica<sup>33</sup>”.

Se questo è il collegamento tra vulnerabilità e diritto sussiste altresì un legame stretto, definito come inscindibile<sup>34</sup>, tra il costituzionalismo contemporaneo e la vulnerabilità: il primo, infatti, ha determinato un mutamento del paradigma rispetto al modo di concepire non solo lo stato ma la stessa sovranità statale<sup>35</sup>. Il tratto distintivo del rapporto intercorrente tra il costituzionalismo contemporaneo e la vulnerabilità è dato dall'emersione della fiducia riposta dall'umanità in un possibile progresso morale universale fondato, a sua volta, sulla condivisione di alcuni valori (ripudio della guerra, rispetto degli individui e dei loro diritti<sup>36</sup>, il rifiuto della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie, ecc.). In altri termini questo progresso morale auspicato avrebbe dovuto rendere le comunità più inclusive e, di conseguenza, maggiormente protettive nei confronti della vulnerabilità delle persone<sup>37</sup>.

Una volta riconosciuta la situazione di vulnerabilità è compito del diritto, in prima battuta, sostenere una concezione di universalità dei diritti al fine di predisporre un terreno fertile a partire dal quale cercare di rispondere ai bisogni umani fondamentali<sup>38</sup>. In altri termini il passaggio successivo al riconoscimento di un determinato soggetto come vulnerabile consiste nel proteggere detto individuo, in quanto fragile, al fine di valorizzare la sua soggettività nonché di tutelare la sua dignità:

“tale protezione comporta l'abbassamento delle sofferenze, assieme alla valorizzazione delle capacità di ognuno. La vulnerabilità rappresenta una risposta alle minacce alla dignità

---

<sup>33</sup> **L. CORSO**, *Vulnerabilità, giudizio costituzionalista e sentimentalismo*, in *Ars interpretandi*, fasc. 2/2018, *Vulnerabilità e interpretazione giudiziale*, pp. 61-62.

<sup>34</sup> **A. SCHIAVELLO**, *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico*, in *Etica & Politica*, n. 3/2019, p. 255.

<sup>35</sup> **F.A. VON HAYEK**, *La via della schiavitù*, traduzione italiana di D. ANTISERI e R. DE MUCCI, Rusconi, Milano, 2007, p. 123.

<sup>36</sup> **H. ARENDT**, *Le origini del totalitarismo*, traduzione italiana di A. GUADAGNIN, Einaudi, Torino, 2009, p. 409

<sup>37</sup> **G. PRETEROSSO**, *La dimensione sociale della vulnerabilità*, in O. GIOLO, B. PASTORE, (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 205-218. **F. CIARAMELLI**, *La vulnerabilità: da caratteristica dei soggetti a carattere del diritto*, in O. GIOLO, B. PASTORE, (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., pp. 171-182.

<sup>38</sup> **S. ROSSI**, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, pp. 4-7.



che a sua volta richiede considerazione per la sorte di ognuno e rispetto per le scelte di tutti<sup>39</sup>”.

L'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione dell'agente patogeno SARS-COVID-19 ha colpito in modo particolare le persone anziane in quanto nel corso dei mesi è emerso un elevato tasso di mortalità di detti soggetti rispetto a quello degli altri individui. Partendo da questo dato la dottrina, in maniera quasi unanime, risulta essere d'accordo nel sostenere che l'età possa essere considerata quale fonte di maggiore vulnerabilità al *virus*<sup>40</sup> in quanto derivante da una problematica clinica-patogena<sup>41</sup>. In seconda battuta la pandemia avrebbe provveduto ad aumentare questa condizione di vulnerabilità sotto diversi aspetti non confinati all'ambito medico legale ma anche psicologico-relazionale<sup>42</sup>.

Durante la pandemia la condizione delle persone anziane è stata al centro del dibattito per due motivi: la rilevanza dell'età quale potenziale criterio di ammissione ai reparti di terapia intensiva dinnanzi all'incapacità dei sistemi sanitari di soddisfare le richieste di cura pervenute e per la vita che le persone anziane hanno condotto all'interno delle strutture che ospitano.

In questo contributo verrà prestata attenzione alla prima delle due questioni procedendo ad analizzare le criticità contenute nelle prime raccomandazioni di etica clinica redatte dalla SIAARTI per poi esaminare le linee guida, depositate presso l'Istituto Superiore di Sanità (ISS) dalla SIAARTI e dalla SIMLA.

#### 4 - Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI del 6 marzo 2020: criticità

---

<sup>39</sup> C. LEVORATO, *Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità*, in *ConsultaOnline*, fasc. 3/2019, p. 672.

<sup>40</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Coronavirus disease 2019 (Covid-19). Situation Report - 36*, 25 febbraio 2020 ([https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200225-sitrep-36-covid-19.pdf?sforsn=2791b4e0\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200225-sitrep-36-covid-19.pdf?sforsn=2791b4e0_2)).

<sup>41</sup> C. MACKENZIE, W. ROGERS, S. DODDS (a cura di), *Vulnerability. New essays in ethics and feminist philosophy*, Oxford University Press, New York, 2014, p. 7, A. FURIA, S. ZULLO (a cura di), *La vulnerabilità come metodo*, Roma, Carocci, 2020.

<sup>42</sup> M.G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, n. 3/2020, pp. 142-143.



In data 6 marzo 2020 la SIAARTI ha pubblicato le “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” per fronteggiare l’emergenza sanitaria causata dalla diffusione del virus Covid-19.

L’obiettivo per il quale queste raccomandazioni sono state elaborate era quello di fornire supporto al personale sanitario per ridurre l’ansia, lo *stress* e il senso di solitudine che affliggeva detti soggetti ma anche al fine di “sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi”. Questa seconda finalità, e precisamente, la qualificazione della responsabilità, pone delle problematiche giuridiche: si allude a una responsabilità morale o giuridica? Questo interrogativo si pone in quanto nel documento nulla viene specificato a riguardo. La propensione per avallare la qualificazione di una responsabilità morale si fonda su due considerazioni.

La prima richiama propriamente la funzione delle linee guida, ossia quella di “di assistere i medici nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanza cliniche<sup>43</sup>”; la seconda è data dalla circostanza che un atto di *soft law*<sup>44</sup> non accreditato dall’ISS non è la fonte idonea a enucleare una causa di esclusione della punibilità<sup>45</sup>. Si ricorda, infatti, che requisito necessario per rendere un determinato documento elaborato da una società scientifica come vincolante è la pubblicazione dello stesso, ai sensi dell’art. 5, terzo comma, l. n. 24 del 2017, sul sito dell’Istituto Superiore di Sanità. Per questo motivo il documento elaborato dalla SIAARTI non risulta idoneo a incidere sulla responsabilità penale dei medici e non può nemmeno essere di ausilio per il giudice civile per quanto concerne la determinazione dei parametri utili nel valutare la condotta tenuta dall’esercente la professione sanitaria ai fini della determinazione del danno risarcibile<sup>46</sup>. Oltre a ciò è stato sostenuto che

---

<sup>43</sup> R. GRILLI, A. PENNA, A. LIBERATI, *Migliorare la pratica clinica*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 1995

<sup>44</sup> A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in M. BERLINO, G. FORTI, L. EUSEBI (a cura di) *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, p. 44.

<sup>45</sup> 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, p. 116.

<sup>46</sup> A. CONTI, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti norme*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 2/2019, p. 635



“nessun documento può sollevare, nemmeno in parte, il medico dalla responsabilità della scelta, che è una sua prerogativa esclusiva<sup>47</sup>” poiché egli “anche nelle situazioni più tragiche che è chiamato ad affrontare nella sua professione la considerazione si estende dal piano morale a quello giuridico che è dotato di suoi specifici criteri di imputazione e valutazione della responsabilità<sup>48</sup>”.

Il secondo aspetto problematico delle Raccomandazioni del 6 marzo 2020 concerne l’ipotesi di prevedere come condizioni di accesso alla terapia intensiva, qualora non vi siano posti sufficienti, alcuni parametri quali l’anzianità, la fragilità del paziente e l’esistenza di pregresse patologie cliniche e che questi criteri debbano applicarsi a tutti i pazienti, non solamente a quelli definiti come “pazienti covid”. In altri termini il personale sanitario risulta essere titolare di una delega per quanto concerne l’allocazione delle risorse in materia sanitaria, allocazione che si fonda su una valutazione prognostica, la quale, a sua volta, è data da un giudizio relativo alla “probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata”. L’alternativa all’ingresso in terapia intensiva è data dalla sedazione palliativa.

Si tratta di una previsione che solleva non poche perplessità<sup>49</sup> nonostante parte della dottrina ritiene, a contrario, che il documento di cui si tratta debba essere definito come “encomiabile” e che la SIAARTI, quale soggetto qualificato a elaborare raccomandazioni di etica clinica, non abbia oltrepassato il limite contenuto nella citata pronuncia della Corte costituzionale<sup>50</sup>. Si ritiene che questa corrente dottrina abbia confuso la legittimazione della società scientifica con l’ambito nella quale la stessa interviene: nessuno sostiene che la SIAARTI non sia soggetto qualificato a operare in detto ambito ma, l’aspetto che si vuole evidenziare, è che la stessa qualifichi alcuni soggetti come degni per l’accesso alla terapia intensiva. In questo modo la Società decide sostanzialmente chi deve vivere e chi deve morire intervenendo, di conseguenza, su diritti

---

<sup>47</sup> **AA. VV.**, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul documento SIAARTI, “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”*, in *Recenti progressi in medicina*, vol. 111, n. 4/2020, 217.

<sup>48</sup> **A. PISU**, *Il diritto alla salute e responsabilità medica alla prova del Covid-19*, in *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto, Special Issue*, n. 1/2020, p. 409.

<sup>49</sup> **M.G. BERNARDINI**, *Una questione di interpretazione?*, cit., p. 154.

<sup>50</sup> **M. BOLCATO, C. TETTAMANI, A. FEOLA**, *L’epidemia, la cura, la responsabilità e le scelte che non avremmo mai voluto fare*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2/2020, pp. 1046-1047.



costituzionalmente garantiti e bilanciando questi stessi diritti sulla scorta di criteri altamente discrezionali.

Secondariamente prevedere quale alternativa all'ingresso in terapia intensiva la sedazione palliativa contrasta con le disposizioni contenute nella l. n. 219 del 2017 la quale contiene il principio del consenso informato (art. 1, primo comma), quello della valorizzazione e la promozione della relazione di cura tra medico e paziente (art. 1, secondo comma) e infine viene precisato 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” (art. 1, settimo comma).

Infine è necessario richiamare anche quanto prescritto dal Codice Deontologico il cui significato più profondo è quello di perseguire la difesa della vita, di tutelare la salute psichica e fisica di ogni singolo paziente oltre che di eliminare qualsivoglia forma di discriminazione e disuguaglianza nell'accesso alle cure poiché, compito di ogni medico è quello di contrastare “ogni forma di discriminazione nell'accesso alle cure” (art. 6, secondo comma).

La risposta che la SIAARTI ha fornito dinnanzi alle critiche appena evidenziate concerne l'interpretazione della necessità di indicare un limite di età all'ingresso in terapia intensiva: esso non sarebbe un criterio definibile “meramente di valore<sup>51</sup>” ma risulterebbe essere un parametro necessario da prendere in analisi in una situazione eccezionale, contingente che richiede un bilanciamento tra la vita dell'individuo e l'interesse della collettività senza che questo concretizzi una discriminazione.

Da un punto strettamente etico si deve segnalare come le Raccomandazioni di cui si tratta non contengono alcun riferimento alla cd. clausola di coscienza: si tratta della possibilità per il personale sanitario di fornire rilevanza a opzioni aventi carattere etico o religioso durante l'esercizio della propria professione derogando agli obblighi normativi che dovessero essere in conflitto le prime ed espressamente garantite da apposite disposizioni legislative<sup>52</sup>. Oltre a ciò lo stesso Codice di deontologia medica e il Codice deontologico delle Professioni Infermieristiche richiama la possibilità per il sanitario di invocare la

---

<sup>51</sup> Raccomandazione n. 3.

<sup>52</sup> C. GAGLIARDI, *Eguaglianza delle libertà e obiezione di coscienza*, in *Diritto e Religioni*, n. 1/2018, pp. 187-198.



“clausola di coscienza<sup>53</sup>” al fine di giustificare il rifiuto nell’esecuzione di prestazioni contrastanti con i propri convincimenti siano essi non solo tecnico-scientifici ma anche valoriali nelle ipotesi non previste dal legislatore. Nel momento in cui ci si appropria alla lettura delle Raccomandazioni si nota che

“si è trascurata la possibilità di ricercare, in tempi di pandemia, la configurabilità di uno spazio entro cui assicurare al personale sanitario di dare rilievo ai propri convincimenti etico-religiosi, privilegiando in tal modo una tra le prospettive etiche possibili<sup>54</sup>”.

La scelta di cura di un medico, infatti, anche se a volte problematica rinviene la propria legittimazione e giustificazione nel momento in cui la stessa è in grado di offrire delle soluzioni concrete a sostegno del paziente<sup>55</sup> perché

“la decisione non può basarsi su una differenza di valore della vita umana e della dignità di ogni persona, che sono sempre uguali e inestimabili. La decisione riguarda piuttosto l’impiego dei trattamenti nel modo migliore possibile sulla base delle necessità del paziente, cioè la gravità della sua malattia e il suo bisogno di cure, e la valutazione dei benefici clinici che il trattamento può ottenere, in termini di prognosi. L’età non può essere assunta come criterio unico e automatico di scelta, altrimenti si potrebbe cadere in un atteggiamento discriminatorio nei confronti degli anziani e dei più fragili<sup>56</sup>”.

Sempre nella medesima direzione è stato sostenuto 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

---

<sup>53</sup> Art. 22 del *Codice di Deontologia medica* e art. 6 del *Codice delle Professioni Infermieristiche*.

<sup>54</sup> **M. d’ARIENZO**, *Scienza e coscienza ai tempi dell’emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 22 del 2020, p. 14.

<sup>55</sup> **G. BATTIMELLI**, *La tutela della salute nell’emergenza pandemica: tra diritti e criticità*, in *Civitas Hippocratica*, n. 5-6/2020, p. 41.

<sup>56</sup> **PONTIFICIA ACCADEMIA PRO VITA (PAV)**, *Pandemia e fraternità universale. Nota sulla emergenza da Covid-19*, 30 marzo 2020 ([http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_academies/acdlife/documents/rc\\_pont-acd\\_life\\_doc\\_20200330\\_pandemia-fraternita-universale\\_it.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pont-acd_life_doc_20200330_pandemia-fraternita-universale_it.html)).



Verità bioetica (scritta con la maiuscola) e se non esiste una verità tutti i criteri sono arbitrari, compresa l'età anagrafica<sup>57</sup>”.

L'aspetto che si vuole evidenziare è che, sicuramente, in situazioni di *triage* estremi qualunque decisione che il medico assume diviene drammatica, incompleta e dubitativa poiché la stessa si traduce in

“un atto altamente etico perché l'etica vuol dire responsabilità e decisione che si giustifica e si applica nel caso concreto qui e ora; essa si valuta non su principi astratti o in modo teorico ma concretamente, tenendo conto delle circostanze, dei luoghi, dei tempi, delle risorse, ecc.<sup>58</sup>”.

Proprio per questi motivi è necessario che il parametro di giudizio del medico sia unicamente ed esclusivamente la scienza e la coscienza non i diversi principi etici poiché questi possono subire dei cambiamenti durante la stessa evoluzione dell'emergenza oltre a non poter risolvere i problemi che la stessa emergenza pone.

## 5 - Le linee guida SIAARTI-SIMLA: nulla di nuovo nelle scelte di *triage*

In data 13 gennaio 2021 sono state accreditate presso l'ISS le nuove linee guida elaborate da parte della SIAARTI e della SIMLA denominate “decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia Covid-19”.

Gli obiettivi che vengono perseguiti con questo nuovo documento vengono suddivisi tra obiettivo generale e obiettivi specifici. Partendo dal primo si legge che lo scopo è quello di

“offrire ai professionisti sanitari uno strumento idoneo a rispondere in modo appropriato all'attuale situazione di emergenza dovuta alla pandemia di COVID-19, che riguarda potenzialmente la salute di tutti i cittadini, nel caso in cui si verificasse uno squilibrio tra domanda di assistenza sanitaria e risorse disponibili, con particolare riferimento alle cure intensive”.

I secondi, invece, vengono declinati in tre voci, ossia: la necessità di fornire ai professionisti sanitari criteri condivisi per l'ammissione dei pazienti alle cure, garantire la trasparenza delle scelte dei professionisti sanitari

---

<sup>57</sup> G. DEL VECCHIO, *Etica e scelte di fine vita in epoca di COVID-19*, in *Quotidianosanità.it*, 2 aprile 2020

<sup>58</sup> G. DEL VECCHIO, *Chi ammettere alle cure? Chi curare per primo? Il triage estremo in corso di disastro pandemico: una riflessione bioetica*, in *Civitas Hippocratica*, n.1-2/2020, p. 15.



attraverso una chiara esplicitazione dei criteri decisionali e infine (cercare) di preservare il rapporto di fiducia intercorrente tra cittadini, operatori sanitari e SSN durante l'emergenza sanitaria.

L'aspetto innovativo rispetto alle precedenti raccomandazioni concerne l'accreditamento presso l'ISS e, di conseguenza, la loro vincolatività per il personale sanitario nonché la predisposizione di una tabella contenente diversi punteggi in relazione all'età della persona e rapportata alle diverse patologie<sup>59</sup> della stessa e al sesso (l'essere di sesso maschile comporta l'attribuzione di un punto). Analizzando la tabella si nota che il punteggio più alto, ossia sei punti, viene attribuito a coloro che sono affetti da AIDS o da una neoplasia solida metastatica; a questi sei punti si deve aggiungere il punteggio previsto per i diversi *range* di età previsti. Sulla scorta di questi parametri, i quali, a loro volta, sono indicativi delle diverse comorbilità di cui una persona è affetta, il personale sanitario assume le scelte di allocazione delle risorse sanitarie in quanto questi criteri predicono "la sopravvivenza che si riduce progressivamente all'aumentare dell'indice".

Appare evidente che rispetto alle precedenti Raccomandazioni il contenuto non sia cambiato nella sostanza: si assiste, nuovamente, a una graduatoria di pazienti che vengono ritenuti più degni di altri nel vedere tutelato il loro diritto alla salute. A questo si deve aggiungere che, nel caso di specie, si tratta di garantire il diritto alla vita tutelato sia a livello nazionale dagli artt. 2, 3 e 32 Cost. ma anche dalla Convenzione di Oviedo accomunate dal qualificare il diritto in questione come inviolabile.

Il problema principale concerne la differenza tra le prescrizioni astratte e l'attuazione delle stesse in quanto se

"il diritto alla salute è un diritto sociale, a monte di ogni scelta terapeutica compiuta dal malato e dal medico stanno decisioni pubbliche che delimitano e condizionano le scelte dei singoli: le decisioni sul riconoscimento, la disponibilità o l'onerosità di una cura, di un medicinale, di un trattamento"<sup>60</sup>.

Nella decisione e nelle scelte terapeutiche si ha l'intromissione di un terzo soggetto, il decisore pubblico: si tratta dell'amministrazione alla quale sono affidati i compiti concernenti le funzioni pubbliche in materia di assistenza, cura e sanità.

---

<sup>59</sup> Si tratta dell'indice delle comorbilità di Charlson.

<sup>60</sup> **B. PEZZINI**, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 42.



A ciò si deve aggiungere la giurisprudenza della Corte costituzionale la quale ha sostenuto che il diritto alla salute, sotto il profilo dei trattamenti sanitari,

“è garantito a ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato dall’attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento<sup>61</sup>”.

Con questa risalente pronuncia il Giudice delle Leggi definisce il diritto a ottenere trattamenti sanitari non come diritto soggettivo pieno ma quale diritto da plasmare tramite l’attività del legislatore; da questo deriva che la stessa tutela garantita al diritto alla salute soggiace alla “possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione<sup>62</sup>”.

Nonostante questa pronuncia la stessa Corte riserva una attenzione particolare a quello che può essere definito come “nucleo duro” del diritto alla salute arrivando a sostenere che “le esigenze della finanza pubblica non possano assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute<sup>63</sup>” il quale, definito anche come “nucleo essenziale” fonda la legittima pretesa a ottenere solamente le prestazioni indispensabili per rispondere alle esigenze indifferibili<sup>64</sup>. Garantire l’effettività di questo nucleo duro del diritto alla salute garantisce, a sua volta, l’effettività del “valore inviolabile della dignità umana<sup>65</sup>”.

Il problema è che questo nucleo irriducibile di garanzia è stato elaborato quale

“strumento attraverso cui la giurisprudenza costituzionale ha inteso riservarsi la possibilità di sindacare la discrezionalità delle scelte legislative in punto di attuazione del diritto, valutando a seconda dei casi cosa debba essere ascritto a questa categoria dogmatica”<sup>66</sup>,

---

<sup>61</sup> Corte cost., 16 marzo 1990, n. 127; Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 40; Corte cost., 23 giugno 1992, n. 356.

<sup>62</sup> Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455.

<sup>63</sup> Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309.

<sup>64</sup> Corte cost., 15 luglio 1994, n. 304.

<sup>65</sup> Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509.

<sup>66</sup> **S. ROSSI**, *Società del rischio e scelte tragiche al tempo del coronavirus*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, p. 264.



ma rimane sempre il prodotto di un'operazione di bilanciamento. In altri termini questo atomo di garanzia del diritto alla salute non può essere definito come

«qualcosa di predeterminato, ma [ha] carattere “relativo” e va determinato di volta in volta, valutando la ragionevolezza del bilanciamento alla luce delle esigenze del caso concreto, tanto da poter essere l'irragionevolezza del bilanciamento, cui partecipa la situazione soggettiva costituzionalmente garantita, a cagionare la lesione del suo contenuto essenziale, [ovvero può assumere carattere] “assoluto”, con la funzione di limite esterno e indipendente, che il legislatore deve considerare nel bilanciamento effettuato tra gli interessi coinvolti, e che la Corte costituzionale non può ignorare nel valutare la ragionevolezza del bilanciamento operato dal Parlamento<sup>67</sup>».

A seguito di queste precisazioni è possibile svolgere almeno un paio di considerazioni.

In primo luogo è il Parlamento il custode del bilanciamento.

In secondo luogo permane sempre e comunque un irriducibile nucleo essenziale di prestazioni che “rappresentando l'ultima speranza di sopravvivenza per l'individuo non potrebbero mai venirgli negate<sup>68</sup>” che deve, e non dovrebbe, essere sempre garantito a chiunque in quanto diritto per i cittadini e dovere per la Repubblica poiché il

“bilanciamento fra valori costituzionali e commisurazione degli obiettivi determinati dalle risorse esistenti non può intaccare il nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto costituzionalmente come valore inviolabile della dignità umana<sup>69</sup>”

oltre a non dover violare i limiti predisposti e imposti per rispettare la persona umana. In questo concetto di rispetto rientra il diritto alla libertà personale, all'integrità fisica e il diritto alla vita i quali, a loro volta, delineano un diritto definibile come inviolabile poiché lo stesso fonda “la

---

<sup>67</sup> C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 130.

Vedasi per ulteriori approfondimenti A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.

<sup>68</sup> R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 44-50.

<sup>69</sup> Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509.



matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona<sup>70</sup>.

Infine si deve richiamare la previsione, quasi profetica, contenuta nell'art. 1, settimo comma, della l. n. 219 del 2017 secondo cui

“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 e le circostanze consentano di recepirla”.

## 6 - Conclusioni

Partendo dal concetto di vulnerabilità per poi applicarlo alla categoria delle persone definibili come tali è stato dimostrato che lo stesso necessita di essere valutato caso per caso e in maniera concreta rispetto alle circostanze che si verificano nella realtà. A questo si deve aggiungere che la dottrina è unanime nel ritenere che nel corso di un'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione di un virus l'età possa essere considerata come fattore di vulnerabilità.

A partire da questa considerazione si inserisce la riflessione sulle raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI del 6 marzo 2020 e le linee guida SIAARTI-SIMLA del 13 gennaio 2021: in esse, come è stato evidenziato, torna al centro del dibattito la vulnerabilità delle persone in quanto i documenti appena citati contengono dei parametri da utilizzare in ipotesi di scarsità di risorse sanitarie per ammettere i pazienti in terapia intensiva. L'aspetto problematico è che proprio i fattori di vulnerabilità vengono adottati quali elementi per determinare l'accesso alla terapia intensiva.

L'apporto della riflessione giuridica su questa tematica, soprattutto durante un periodo di emergenza sanitaria, si giustifica poiché la nozione di vulnerabilità, a differenza di altri concetti quali l'autodeterminazione, non possiede autonomia concettuale e definitoria dato che essa riveste una funzione definibile come servente rispetto alla tutela effettiva degli altri diritti fondamentali. Di conseguenza la vulnerabilità deve essere interpretata

---

<sup>70</sup> Corte cost., n. 238 del 1996.

**S. GAMBINO**, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.



“in relazione al suo essere funzionale e strumentale a garantire la massima effettività dei diritti fondamentali e alla giustificazione dell’esercizio o dell’assenza dell’esercizio della forza pubblica, ossia delle ingerenze o delle omissioni delle autorità<sup>71</sup>”.

Da questo deriva che le scelte compiute da coloro i quali praticano l’arte medica possono essere valutate da una prospettiva etica<sup>72</sup>, da una giuridica e anche da una costituzionalistica. Alla luce di questo il diritto costituzionale è posto in “una sorta di precedenza logico-giuridica e di prevalenza assiologico-normativa<sup>73</sup>” rispettando sempre l’autonomia della professione medica<sup>74</sup>. Il tutto risulta essere coerente con l’interpretazione della Carta costituzionale italiana quale particolare declinazione di etica pubblica, ossia “come meta-etica<sup>75</sup>” la quale, a sua volta, «“rende possibile e delimita tutte le altre etiche [...] nella società contemporanea [...]”, e non è riducibile al semplice piano formale-procedurale, ma è molto caratterizzata in senso assiologico<sup>76</sup>».

È necessario ricordare il rapporto che intercorre tra scelte terapeutiche e diritto costituzionale in particolar modo durante le situazioni di emergenza sanitaria: in maniera conforme a quelli che sono definiti come i criteri tipici della “medicina delle catastrofi<sup>77</sup>” le raccomandazioni e le linee guida adottate durante l’emergenza da Covid-19 nel determinare

---

<sup>71</sup> **R. CHENAL**, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi*, fasc. 2/2018, cit., p. 51.

<sup>72</sup> A tal proposito è stato sostenuto che “per scegliere la scienza non è sufficiente: ci vogliono i valori dell’etica”. **V. BALZANI**, *Il ruolo dello scienziato in un mondo fragile*, in *Ecoscienza*, n. 4/2013, pp. 16-17.

<sup>73</sup> **V.S. PENASA**, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, pp. 278-279.

<sup>74</sup> Corte cost. n. 151 del 2009, n. 338 del 2003, n. 282 del 2012: questa giurisprudenza ha sempre evidenziato l’autonomia e la responsabilità del medico nel momento in cui deve assumere le scelte professionali.

<sup>75</sup> **B. BRANCATI**, *L’integrazione tra scienza e diritto, in relazione all’ammissione ai trattamenti di terapia intensiva durante l’emergenza Covid-19*, in *DPCE Online*, n. 3/2020, p. 3439.

<sup>76</sup> **A. SPADARO**, *Costituzionalismo versus populismo (sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in **G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI** (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. 5°, Jovene, Napoli, 2009, 2012.

<sup>77</sup> **G. CALABRESI, P. BOBBIT**, *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, 2006.



“i criteri di selezione per le ipotesi di necessità di razionalizzazione delle risorse disponibili finiscono con l'avallare la sostanziale sacrificabilità dei soggetti più anziani e vulnerabili, sia in nome di un efficiente funzionamento del sistema sanitario (criterio del *resource consuming*), sia in considerazione della maggiore possibilità di sopravvivenza di soggetti più sani”<sup>78</sup>.

Nel caso concreto della gestione delle risorse sanitarie e al fine di concretizzare una definizione di vulnerabilità sostanziale si sarebbero potuti seguire due approcci.

Per quanto concerne quella che può essere definita come “prima fase dell'emergenza sanitaria” si fa riferimento al documento “COVID-19 rapid guideline: critical care in adults” del 20 marzo 2020<sup>79</sup> elaborato dal *National Institute for Health and Care Excellence* (NICE). Questo documento<sup>80</sup> nel disciplinare il *triage* precisa che nel momento in cui si procede al ricovero del paziente il personale sanitario deve esaminare la fragilità di tutti i pazienti utilizzando i parametri contenuti nella “Clinical Frailty Scale” (CFS) i quali, a loro volta, non possono essere utilizzati nei confronti dei giovani, delle persone con disabilità stabili a lungo termine, con difficoltà di apprendimento o autismo; in queste ipotesi viene raccomandata una valutazione personalizzata. Per quanto attiene all'ingresso in terapia intensiva queste raccomandazioni viene espressamente caldeggiato il confronto tra personale sanitario e pazienti e/o famiglie degli stessi al fine di discutere dei possibili rischi, dei possibili benefici nonché delle diverse opzioni di trattamento.

In relazione alla seconda fase dell'emergenza, precisamente con riferimento alle linee guida SIAARTI-SIMLA, si richiama una recente pronuncia del Consiglio di Stato, il quale, in relazione a esigenze terapeutiche indifferibili da prestare a un soggetto affetto da disabilità in una situazione di scarsità di risorse ha stabilito che

«non ritiene sufficiente a tal fine la mera dichiarazione “di aver esaurito i posti nel centro diurno”; occorrerebbe la dimostrazione dell'inesistenza di fondi di bilancio a cui attingere anche per una

---

<sup>78</sup> M. d'ARIENZO, *Scienza e coscienza*, cit., p. 22.

<sup>79</sup> [www.nice.org.uk/guidance/ng159](https://www.nice.org.uk/guidance/ng159).

<sup>80</sup> Esso contiene linee guida da seguire per ammettere i pazienti in terapia intensiva precisando che l'applicazione delle stesse linee guida risulta essere subordinata alle esigenze individuali, alle preferenze o ai valori dei pazienti. A questo si deve aggiungere come dette linee guida non possono risultare prevalenti rispetto alle decisioni da assumere alla luce delle condizioni del singolo paziente nonché della decisione assunta ed espressa dallo stesso o dalla sua famiglia.



forma di assistenza indiretta, presso Centri privati, mediante rimborso alla famiglia del costo necessario a consentire l'adeguato sostegno socio-educativi» e ha evidenziato come “una volta individuate le necessità l'attuazione del dovere di rendere il servizio comporta l'attivazione dei poteri-doveri di elaborare tempestivamente le proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie a coprire il fabbisogno e, comunque, l'attivazione di ogni possibile soluzione organizzativa<sup>81</sup>”.

Questa enunciazione di principio, *mutatis mutandis*, si ritiene applicabile anche all'emergenza sanitaria e, di conseguenza, le linee-guida SIAARTI-SIMLA, pubblicate quasi un anno dopo dalla dichiarazione dello stato di emergenza avrebbero dovuto essere il punto di approdo di una strategia di organizzazione di risorse sanitarie e non replicare, sostanzialmente, quanto contenuto nelle raccomandazioni SIAARTI del 6 marzo 2020.

---

<sup>81</sup> Consiglio di Stato, sez. III, n. 1 del 2020.