



Lucia Bozzi*

**Scarsità estrema delle risorse e scelte/criteri allocativi in ambito sanitario.
Brevi riflessioni ****

SOMMARIO: 1. Scelte macro allocative e scelte micro allocative. Lo scenario pandemico e i documenti elaborati in ambito medico: le Raccomandazioni della SIAARTI, il documento congiunto SIAARTI-SIMLA. – 2. «Porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva». Il criterio 'ageistico' e le sue implicazioni (più simboliche (ch)e reali. – 3. La ricerca, difficile e poco fruttuosa, di un efficiente criterio extra clinico per risolvere le situazioni dilemmatiche. – 4. Decidere in base all'appropriatezza clinica, (inevitabilmente) caso per caso. Il ruolo del medico e il principio di autodeterminazione. – 5. Limiti, superabili e non, della decisione caso per caso. I vantaggi, sperati, di decisioni allocative assunte in base a criteri allocativi predeterminati (sì, ma quali?)... – 6. ...e i probabili costi. Il mito della oggettività vs il rischio della disumanità delle decisioni algoritmiche e quasi algoritmiche.

1. Scelte macro allocative e scelte micro allocative. Lo scenario pandemico e i documenti elaborati in ambito medico: le Raccomandazioni della SIAARTI, il documento congiunto SIAARTI-SIMLA

Sia che si assuma la scarsità delle risorse in ambito sanitario come ineliminabile, sia che la si consideri, al contrario, evitabile in quanto semplice esito di scelte modificabili, è comunque fuori di ogni dubbio che con essa è necessario confrontarsi. Regolare i processi di allocazione delle risorse in ambito sanitario rappresenta quindi un problema da sempre (e, forse, per sempre) dibattuto e dalla almeno duplice declinazione.

La scelta allocativa può essere guardata sotto il profilo della 'macro allocazione' delle risorse, ovvero della decisione 'a monte' di quante risorse attribuire al sistema sanitario, nonché, in un

* Professoressa Ordinaria di Diritto privato presso l'Università di Foggia

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Il contributo propone, con integrazioni, l'intervento svolto il 23 giugno 2021, presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della Sapienza-Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su *Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica* organizzato - nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla «Rete per la parità», dalla *Fondazione Paolo Galizija - Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il *Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizija" per consulenti di Assemblea*.

secondo momento, di come suddividerle all'interno dello stesso (privilegiando, per esempio, la medicina cd. 'territoriale' o quella dei grandi centri ospedalieri)¹. La scelta allocativa può essere guardata altresì sotto il profilo della 'micro allocazione', ovvero delle scelte effettuate dagli operatori sanitari riguardo alle prestazioni da offrire ai singoli pazienti. I piani non corrono sempre paralleli, ma sono destinati a intersecarsi nella misura in cui è inevitabile che l'entità dei fondi complessivamente assegnati all'assistenza sanitaria e la scelta, anch'essa 'politica', su quale tipo di assistenza deve essere fornita o, *rectius*, garantita (e quale in via prioritaria) finirà con l'influenzare la decisione del singolo operatore sanitario.

Le scelte macroallocative sono state prevalentemente ascritte alla dimensione 'politica', ed indagate soprattutto in quella prospettiva, mentre quelle microallocative sono state e sono oggetto di un intenso dibattito bioetico, che l'emergenza COVID ha riproposto con rinnovata intensità. L'inimmaginabile stress cui è stato sottoposto il nostro sistema sanitario (in particolare, ospedaliero) ha infatti evidenziato e amplificato difficoltà latenti² e sollecitato riflessioni - che senza il carico emotivo imposto dalla situazione emergenziale si auspica possano essere più pacate (anche se, forse, più problematiche) - e, soprattutto, interrogativi.

Per evitare la tentazione di sfuggire la complessità e la drammaticità che implica assumere una decisione allocativa, rifugiandosi in ragionamenti meramente teorici, l'analisi non può che prendere le mosse dai documenti elaborati in ambito medico e in particolare da una attenta lettura dei passaggi più critici in essi contenuti. Il diretto coinvolgimento degli 'estensori' rende infatti meno facilmente occultabile la tragicità intrinseca e terribilmente concreta della scelta e la conseguente inadeguatezza di soluzioni che da tale concretezza prescindono integralmente.

Il primo documento è stato elaborato dalla Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (da ora, anche, SIAARTI) nei primissimi giorni dell'emergenza pandemica³. In esso si prospetta uno scenario caratterizzato da un «enorme squilibrio tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive (...) in cui potrebbero essere necessari criteri di accesso alle cure intensive (e di dimissione) non soltanto strettamente di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, ma ispirati anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate». Pertanto, «come estensione del principio di proporzionalità delle cure, l'allocazione in un contesto di grave carenza (shortage) delle risorse sanitarie deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico: si tratta dunque di

¹ Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020: «C'è bisogno di una medicina di comunità efficiente e ramificata, proprio il settore in cui si è registrato il deficit più preoccupante. Solo in parte queste carenze sono addebitabili ai tagli degli ultimi anni al Servizio Sanitario pubblico. Più alla radice, andrebbe ripensato l'equilibrio generale del sistema per come si è sviluppato in maniera sbilanciata nel corso di decenni, fra prevenzione e cura, fra medicina di base e alta specializzazione, fra territorio e ospedale. Una questione rilevante è in particolare la mancata integrazione fra componente sociale e sanitaria. In altri termini, appare necessario e urgente implementare il rapporto di continuità-integrazione, di sinergia di obiettivi (pur nella differenza di funzioni) fra ospedale e territorio, la cui importanza è stata sottovalutata negli ultimi anni, giacché si è privilegiato un modello di sanità pubblica incentrato su grandi centri ospedalieri».

² Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), *Covid-19*, cit.: «Oltre alla scarsa preparazione rispetto all'emergenza, la fase acuta dell'epidemia ha mostrato anche carenze "ordinarie" nel nostro sistema sanitario».

³ Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI), *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6.3.2020.

privilegiare la «maggior speranza di vita». Il bisogno di cure intensive deve pertanto essere integrato con altri elementi di «idoneità clinica» alle cure intensive, comprendendo quindi: il tipo e la gravità della malattia, la presenza di comorbidità, la compromissione di altri organi e apparati e la loro reversibilità. Questo comporta di non dover necessariamente seguire un criterio di accesso alle cure intensive di tipo «first come, first served».

In questa prospettiva, il documento detta alcune Raccomandazioni, che hanno tra l'altro il dichiarato obiettivo «(A) di sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi; (B) di rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità». Tra queste raccomandazioni, particolare clamore ha suscitato quella secondo cui «Può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI [terapia intensiva]. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone. In uno scenario di saturazione totale delle risorse intensive, decidere di mantenere un criterio di «first come, first served» equivarrebbe comunque a scegliere di non curare gli eventuali pazienti successivi che rimarrebbero esclusi dalla Terapia Intensiva». Occorre poi, secondo la SIAARTI, valutare attentamente la «presenza di comorbidità e lo status funzionale (...) in aggiunta all'età anagrafica» e «deve essere considerata con attenzione l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse dai pazienti attraverso eventuali DAT (disposizioni anticipate di trattamento)».

La SIAARTI è successivamente tornata sul punto e, unitamente alla Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni (da ora, anche, SIMLA), ha elaborato un ulteriore documento⁴, assai più articolato e 'cauto' del precedente, con l'obiettivo dichiarato 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»⁵. Il documento dichiara che anche in presenza di una straordinaria sproporzione tra necessità e offerta di assistenza deve essere assicurato il primario e fondamentale diritto alla salute, «senza deroghe a principi etici e di giustizia e, quindi, nel rispetto del criterio universalistico ed egualitario dell'accesso alle cure», in aderenza al principio di uguaglianza, di solidarietà sociale, di autodeterminazione. Qualora le risorse sanitarie siano insufficienti per garantire a tutti le necessarie cure, trattare le persone malate secondo il loro ordine di arrivo non sarebbe corrispondente al fondamentale criterio di equità e si ritiene pertanto necessario ricorrere al *triage* per stabilire la priorità di trattamento tra i pazienti. Si afferma inoltre con nettezza che il *triage*

⁴ Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI) - Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni (SIMLA), *Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19*, Versione 01, pubblicato il 13/1/2021.

⁵ Obiettivi specifici sono «fornire ai professionisti sanitari criteri condivisi per l'ammissione, la permanenza e la dimissione dei pazienti nel livello di ricovero ad alta intensità di cure, nonché orientare verso un appropriato trattamento dei pazienti ai livelli di media e bassa intensità di cure; garantire la trasparenza delle scelte dei professionisti sanitari attraverso una chiara esplicitazione dei criteri decisionali; preservare il rapporto di fiducia tra cittadini, operatori sanitari e SSN durante l'emergenza».

deve basarsi su parametri clinico-prognostici definiti e il più possibile oggettivi e condivisi e che «L'età deve essere considerata nel contesto della valutazione globale della persona malata e non sulla base di cut-off predefiniti» e si precisa nel commento che «solo a parità di altre condizioni, il mero dato anagrafico (età in anni) può avere un ruolo nella valutazione globale della persona malata in quanto con l'aumentare dell'età si riducono le probabilità di risposta alle cure intensive». Vengono poi riportati in allegato l'Indice di Charlson, la Clinical Frailty Scale (CFS) e, solo per il caso di pazienti affetti da COVID-19, il punteggio di mortalità 4C, che contengono espliciti riferimenti all'età ma che dovrebbero rivestire «valore di semplice generale orientamento». Deve inoltre, si legge nel documento SIAARTIO-SIMLA, «essere verificata con attenzione l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse attraverso disposizioni anticipate di trattamento (...) anche consultando la banca dati delle DAT. In caso di DAT contrarie all'inizio dei trattamenti indicati, la volontà della persona deve essere rispettata, a meno che non ricorrano le circostanze previste dalla legge».

Tra i due documenti, un parere del Comitato Nazionale di bioetica (da ora, anche, CNB)⁶. Secondo il CNB, in situazioni di grave carenza di risorse, il criterio clinico rappresenterebbe il punto di riferimento più adeguato per l'allocazione delle risorse medesime; «ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile». Il *triage* in emergenza pandemica, dovrebbe secondo il CNB fondarsi sulla *preparedness*, sulla appropriatezza clinica e sulla attualità. Nella valutazione di appropriatezza clinica attuale e prognostica – intesa come «valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione» – potrebbe assumere rilievo anche l'età del paziente. Non si tratterebbe tuttavia dell'unico parametro, né di quello principale e anzi il CNB precisa che «non si deve (...) adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente».

2. «Porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva». Il criterio 'ageistico' e le sue implicazioni (più) simboliche (ch)e reali

Il primo documento elaborato dalla sola SIAARTI - o meglio, l'enunciazione del criterio fondato sull'età in esso contenuto - ha suscitato un intenso dibattito e non poche polemiche, il secondo, elaborato dalla SIAARTI insieme con la SIMLA è passato quasi sotto silenzio. Inevitabile, pertanto, chiedersi se sia pienamente giustificato il clamore per l'uno e la (quasi) indifferenza per l'altro.

⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020.

La formulazione del documento SIAARTI si presenta in alcuni passaggi per la verità alquanto problematica. «Porre un limite di età all'ingresso in TI», come ivi previsto, sia pure solo in alcuni casi, implica, o quanto meno sottintende, qualcosa in più del dovere, in taluni casi, scegliere di assegnare la scarsissima risorsa a disposizione a un soggetto più giovane (e quindi, presumibilmente, con maggiore possibilità di beneficiare della terapia e di trarne giovamento in tempi più rapidi, così da consentirne anche ad altri il godimento). Così come enunciato, il criterio sembra quasi evocare una 'preclusione' nell'accesso alla risorsa/cura che neanche la drammaticità dello scenario riesce a giustificare. Nessun criterio allocativo che automaticamente escluda qualcuno dalla possibilità di ricevere le opportune cure, infatti, può essere considerato dal punto di vista etico giustificabile.

Il criterio stesso è stato poi, come visto, sconfessato nel successivo documento congiunto SIAARTI-SIMLA, ma è possibile chiedersi se sia stato davvero anche definitivamente seppellito. Gli allegati al documento stesso sollecitano infatti più di un interrogativo in tal senso. L'allegato contenente la Clinical Frailty Scale (CFS) include nel processo decisionale un parametro, la scala di fragilità per l'appunto, che sembra basarsi su termini - mobilità del paziente, necessità di assistenza da parte di terzi, 'autosufficienza gestionale' - correlati (anche graficamente⁷) all'età del paziente ed estranei al giudizio prognostico circa l'utilità dell'accesso a cure intensive o ventilazione. L'allegato con il punteggio di mortalità 4C, solo per il caso di pazienti affetti da COVID-19, dal canto suo attribuisce un «punteggio di mortalità» che contiene espliciti riferimenti all'età e si presenta non del tutto in sintonia con la «valutazione comparativa delle condizioni globali delle persone malate» affermata invece nel documento. La precisazione che tali documenti rivestono un valore meramente orientativo (del resto, anche le Raccomandazioni SIAARTI, a ben vedere, non rappresentavano qualcosa di significativamente diverso e/o più vincolante) non riesce del tutto a fugare il sospetto che si faccia «rientrare dalla finestra quello che era uscito dalla porta». Né a dissipare completamente il dubbio che il documento congiunto SIAARTI—SIMLA sia passato, almeno per ora, quasi sotto silenzio non tanto per la siderale diversità del suo contenuto rispetto a quello delle raccomandazioni SIAARTI, quanto piuttosto per via della maggiore condivisione nella elaborazione, per la formulazione sicuramente molto più accorta, per il carattere più 'meccanicistico' e asettico delle determinazioni maggiormente spinose e forse anche per una inconsapevole assuefazione al contenuto stesso. Sembra pertanto frettoloso considerare il criterio fondato sull'età definitivamente liquidato.

Si tratta del resto di un criterio richiamato, sia pure per negarne l'ammissibilità, in vari documenti elaborati anche in altre esperienze giuridiche⁸, sicché appare inevitabile (tentare di) confrontarsi con esso e con il suo corredo di implicazioni, reali e simboliche.

⁷ Si legge nel documento che la scala «Prende in esame lo stato basale della persona prima del recente evento acuto e non è in gran parte validata per la valutazione di persone giovani o con disabilità stabilizzate che interessano un singolo sistema (Can Geriatr J. 2020 Sep 1;23(3):210-215. doi: 10.5770/cgj.23.463)». La versione grafica utilizzata è «tratta da Baldasseroni S. et al. G Ital Cardiol 2019;20(4):210-222» e riporta una serie di figure, accompagnate da una didascalia, che associano con molta chiarezza la fragilità con l'età.

⁸ In via meramente esemplificativa, senza alcuna pretesa di completezza, *Management of scarce resources in healthcare in the context of the COVID-19 pandemic, Opinion of the Bioethics Commission*. § 3. «There is no justification for excluding a person from treatment based on criteria such as their remaining lifetime or quality of life» e ancora, § triage «it would not be professionally relevant to legitimise the use of sole criteria such as age or an externally attested quality of life, either from an ethical point of view or

A ben vedere più simboliche che reali. Sul piano simbolico, attribuire, con chiarezza e forse crudezza, al criterio fondato sull'età - sia pure con la precisazione che si tratta di un criterio da adattare alla singola situazione e che devono essere attentamente valutati, in aggiunta all'età, presenza di comorbidità e status funzionale - il rango di regola generale rappresenta di per sé 'un risultato' nient'affatto trascurabile. Significa quanto meno incrinare il tabù che circondava e che, viste le reazioni alle raccomandazioni della Siaarti, sembra continui almeno in parte a circondare, l'utilizzo di criteri extra clinici per valutare la possibilità di accesso alle cure. Sul piano pratico, a costo di apparire irriverenti, è possibile chiedersi se in realtà tale enunciazione non sia stata sovraccaricata di una portata innovativa e discriminatoria che forse di per sé non possiede, e non

in terms of fundamental rights», Vienna, marzo 2020. Deutscher Ethikrat, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis, Ad Hoc Recommendation*, § 3, a) «Any direct or indirect differentiation of the state with regard to the value or duration of life and any associated regulation by the state resulting in the unequal allocation of chances of survival and risks of death in acute crisis situations is inadmissible. Every human life enjoys the same protection. This means that not only differentiations based on gender or ethnic origin are prohibited. The state must also refrain from classifying lives on the basis of age, social role and its assumed "value" or a predicted lifespan». An Roinn Sláinte- Department of Health, *Ethical Framework for Decision- Making in a Pandemic*: «Categorical exclusion e.g. on the basis of age should be avoided as this can imply that some groups are worth saving more than others and creates a perception of unfairness» (p. 17); British Medical Association, *Statement/briefing about the use of age and/or disability in our guidance*: «Under our guidance, the fact that someone is above a particular age, or that they have an existing medical condition is not, in itself, a factor that should be used to determine access to intensive treatment. Similarly, someone with a disability should not have that disability used by itself as a reason to withhold treatments, unless it is associated with worse outcomes and a lower chance of survival. A decision to exclude from treatment everyone above a particular age, or with a disability, would be both unacceptable and illegal. We also state clearly in our guidance that these decisions must not be based upon discriminatory judgments about the value or worth of individual lives»; Comitato Sammarinese di Bioetica, *Risposta alla richiesta di parere urgente su aspetti etici legato all'uso della ventilazione assistita in pazienti di ogni età e con gravi disabilità in relazione alla pandemia da Covid-19*: «Unico parametro di scelta, pertanto, è la corretta applicazione del triage, nel rispetto di ogni vita umana, sulla base dei criteri di appropriatezza clinica e proporzionalità delle cure. Ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età, il genere, l'appartenenza sociale o etnica, la disabilità, è eticamente inammissibile, in quanto attuerebbe una graduatoria tra vite solo in apparenza più o meno degne di essere vissute, costituendo una inaccettabile violazione dei diritti umani»; Accademia svizzera delle scienze mediche, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse Indicazioni per l'attuazione del capitolo 9.3 delle direttive dell'ASSM «Provvedimenti di medicina intensiva» (2013)*, Versione aggiornata 3.1 del 17 dicembre 2020, p. 4: «L'età, una disabilità o una demenza in sé e per sé non costituiscono criteri applicabili. Fondare una decisione esclusivamente su tali fattori rappresenterebbe una violazione del principio costituzionale del divieto di discriminazione, in quanto significherebbe attribuire alle persone anziane, disabili o dementi un valore inferiore rispetto alle altre. In generale, non è corretto giungere automaticamente alla conclusione secondo cui un paziente bisognoso di un ricovero in terapia intensiva presenti una prognosi a termine negativa solo per il fatto di avere una certa età o una disabilità o di essere affetto da demenza. Per l'assegnazione di un grado di priorità inferiore a un determinato paziente devono sempre sussistere fattori di rischio specifici che si traducono in una mortalità più elevata e quindi in una prognosi a breve termine negativa. Uno degli elementi che implicano una maggiore mortalità, ad esempio, è la fragilità dovuta all'età. Nelle persone anziane, essa comporta una prognosi a breve termine non favorevole, pertanto costituisce un criterio rilevante di cui tenere conto in caso di risorse insufficienti. Fra i vari strumenti che sono stati proposti per valutare tale parametro, la scala della fragilità clinica risulta essere quello maggiormente validato (cfr. Appendice, Clinical Frailty Scale, CFS)». *Prise de position de la C.N.E. quant aux Repères éthiques essentiels lors de l'orientation des patients dans un contexte de limitation des ressources thérapeutiques disponibles due à la crise pandémique du COVID-19* (31 mars 2020), Luxembourg: «Tous les patients sont égaux. Seuls des critères médicaux permettent de les distinguer entre eux. Toute discrimination en fonction de l'âge, du sexe, d'un handicap, de l'origine, de la nationalité, de l'appartenance ethnique, de l'appartenance religieuse, du statut social, du statut d'assurance à la sécurité sociale et du lieu de résidence est donc absolument proscrite. Chaque patient est traité en tant que cas particulier et a ainsi droit à la prise en compte de sa situation médicale spécifique. Les critères de décision appliqués sont ainsi strictement objectifs et scientifiquement fondés. L'évaluation de l'état général de santé du patient de même que le pronostic individuel de survie et de santé à court et à moyen terme sont des critères essentiels pour guider les choix thérapeutiques, notamment en cas de limitation de moyens. La prise en compte de l'état de santé à moyen terme inclut l'évaluation des risques de séquelles de réanimation»; National Commission of Mexico, *Recommendations regarding the COVID - 19 pandemic, from a bioethical approach*, Mexico City, March 31st, 2020: «1. Protect the human rights and integrity of people, within a framework of interculturality, equity, non-discrimination and gender perspective. 2. In all interventions, consider optimizing the number of years of life saved and hospital survival. 3. Assess the person comprehensively, considering their biological age».

solo perché nel documento SIAARTI il criterio ‘incriminato’ non assurgerebbe al ruolo di criterio unico e perché in ambedue avrebbe un valore meramente orientativo. Piuttosto, perché da un lato pare possibile dubitare che davvero a tale criterio non si sia mai ricorsi nei reparti di terapia intensiva, o in altre situazioni caratterizzate da scarsità di risorse e quindi dalla necessità di una scelta allocativa ‘escludente’. Dall’altro, e soprattutto, scegliere, ove sia inevitabile scegliere, di preferire il più giovane, in alcune situazioni, corrisponde a un ‘sentire’ comune, verosimilmente funzionale alla prospettiva evolutiva, che affonda forse le sue radici in esigenze legate al meccanismo di sopravvivenza della specie introiettate in ciascuno. Al di là di ogni possibile (e sempre opinabile) giustificazione teorica, comunque fornita ex post perché la decisione in tal senso è in genere ‘istintiva’, la scelta è generalmente ‘condivisa’, nel senso che è quella che tutti, o almeno una larga percentuale di decisori (medici e non medici) assumerebbero. Ciò non la rende automaticamente ‘etica’, ma la ragionevolezza sottesa alla sua corrispondenza, in talune situazioni, al ‘senso comune’ non deve essere negata né snobisticamente sottovalutata.

Non sembra, pertanto, si possa ravvisare nel ricorso, in particolari circostanze, a tale criterio una ingiustificabile (e odiosa) discriminazione o una deriva ageistica. Occorre invece, per valutare ragionevolezza e quindi ‘eticità’ del criterio, guardare alle circostanze in cui lo stesso è richiamato. E così, mentre l’adozione di un parametro sfavorevole agli anziani con riguardo alla distribuzione del vaccino anti COVID avrebbe potuto considerarsi discriminatoria e non facilmente argomentabile dal punto di vista etico, posto che gli anziani risultano la categoria maggiormente esposta agli esiti negativi del contagio, attribuire l’ultimo posto disponibile in terapia intensiva ad un soggetto più giovane appare, come detto, scelta di per sé eticamente accettabile, o quanto meno argomentabile.

Un criterio, quindi, quello fondato sull’età, di per se stesso non (almeno, non sempre) discriminatorio, ma di per se stesso neanche (sempre) risolutivo. Sembra infatti possibile dubitare della sua idoneità a risolvere *hard cases*, situazioni veramente ‘dilemmatiche’. Se la scelta di attribuire l’unica risorsa disponibile ad un ventenne piuttosto che ad un novantenne, per quanto dolorosa, può considerarsi, ‘al netto’ di ogni ipocrisia, ‘condivisa’, cioè corrispondente al comune sentire ed eticamente (e ‘istintivamente’) giustificabile, è evidente che qualora si tratti di decidere l’allocazione della medesima risorsa tra un quarantenne e un quarantacinquenne la scelta diventa molto più problematica e il criterio fondato sull’età mostra tutti i suoi limiti.

3. La ricerca, difficile e poco fruttuosa, di un efficiente criterio extra clinico per risolvere le situazioni dilemmatiche

Individuare un criterio idoneo a risolvere situazioni problematiche e al contempo eticamente fondato, o almeno argomentabile, nonché generalmente condiviso, però, non è affatto agevole. Tutti i requisiti indicati sono del resto necessari. Idoneità ed eticità sono in genere immediatamente riconosciuti come tali. La rilevanza della condivisione non di rado si presenta invece decisamente meno avvertita. Tuttavia, negare, trascurare o ridicolizzare il ruolo della

condivisione, sintomo di corrispondenza al comune ‘sentire’, e quindi funzionale alla spontanea adesione al precetto che il criterio (a ben vedere, qualsiasi criterio) in ultimo aspira a porre, appare quanto meno poco pragmatico. La mancata condivisione del criterio (di ogni criterio) diminuisce infatti in maniera significativa l’efficacia della sua indicazione dal punto di vista pratico.

Posto, dunque che si tratta di requisiti (tutti) necessari, occorre verificare se i criteri generalmente prospettati ne sono provvisti. E così si può dubitare che ne sia adeguatamente provvisto il criterio della ‘massimizzazione dei benefici’, in termini di vite salvate e di anni di vita salvata. Il criterio si declina in modo duplice, anche se pare tendere alla convergenza. Nel senso che salvare più vite dovrebbe significare attribuire prioritariamente le scarse risorse disponibili a chi ha necessità di trattamenti sanitari meno intensi e lunghi, per questo presumibilmente soggetti in migliori condizioni di salute, presumibilmente meno anziani, presumibilmente con più ampia aspettativa di vita: molte presunzioni e convergenza solo tendenziale con il criterio dei «più anni di vita salvata».

L’esigenza di massimizzare i benefici dell’azione terapeutica in termini di numero di vite salvate potrebbe ritenersi generalmente condivisa (nonché generalmente coincidente nei risultati con l’utilizzo del criterio fondato sulla appropriatezza dell’intervento rispetto al quadro clinico) e, nonostante l’impronta ‘utilitaristica’, in fondo si presenta corrispondente ad un principio di ‘giustizia’ largamente (e ‘istintivamente’) percepito, per cui se la risorsa è solo una è ‘giusto’ che di essa possano beneficiare più persone possibili. Molto più problematico appare invece declinare la massimizzazione dei benefici con riferimento agli anni di vita salvata. Criterio quest’ultimo correlato con quello fondato sull’età anagrafica, con il quale condivide i medesimi limiti - che rendono il criterio, come detto, utilizzabile in modo efficiente solo in situazioni nettamente polarizzate, non ‘dilemmatiche’ -, aggravati da una maggiore arbitrarietà. Nella prognosi di una maggiore ‘aspettativa di vita’ potrebbero infatti influire numerose considerazioni. Tra queste, in via meramente esemplificativa, si possono menzionare: sesso (le donne sono più longeve), stili di vita (essere o non essere, per esempio, fumatori o obesi), familiarità ereditaria con alcune patologie (come diabete o particolari forme tumorali), eventuale presenza di sindrome di Down (gli individui che ne sono affetti hanno infatti una aspettativa di vita in genere inferiore a chi non lo è), facilità di accesso a più efficaci sistemi di prevenzione e cura (non di rado collegata a livello di istruzione e capacità reddituale). Si finirebbe così con l’introdurre nella scelta allocativa variabili con tutta evidenza assai discutibili dal punto di vista etico, anzi sicuramente odiose ma che non sembra si possa escludere rivestano un certo rilievo nel calcolo prognostico degli «anni di vita salvata».

Né sembra idoneo a risolvere *hard cases*, eticamente argomentabile e generalmente condiviso il criterio che si richiama alla «qualità della vita salvata». In base a tale criterio, con molta approssimazione visto il suo variegato atteggiarsi e le molteplici possibili declinazioni, nella scelta selettiva di chi curare dovrebbe essere privilegiato il paziente con maggiori possibilità di tornare dopo la terapia a una vita di ‘qualità’, una vita cioè ‘degn’ di essere vissuta. A parte le evidenti criticità sul piano etico derivanti dall’affidarsi a un criterio che inevitabilmente porterebbe a ritenere alcune vite meno ‘di qualità’ e quindi meno degne, resta il fatto che qualità e dignità della

propria vita sono qualificazioni ormai caratterizzate in senso decisamente auto-soggettivo⁹, che non possono essere ‘consegnate’ in valutazioni eteroformulate. Tali valutazioni non solo aprirebbero inaccettabili spazi di abbandono dei soggetti considerati ‘marginali’, in quanto improduttivi, dipendenti e costosi, ma negherebbero apertamente il rilievo del principio di autodeterminazione, affermato con grande enfasi da ogni parte¹⁰ e sul quale si avrà comunque modo di tornare.

In questa prospettiva suscita non pochi interrogativi il documento elaborato dalla Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) ove si prevede che «Cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva»¹¹. La previsione è stata prontamente e decisamente criticata nell’Informe elaborato dal Comité de Bioética de España, secondo cui tali affermazioni «non son compatibles con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado firmado y ratificado por España (...). A la luz de estos preceptos, resulta claro que la discapacidad de la persona enferma no puede ser nunca por sí misma un motivo que priorice la atención de quiete carecen de discapacidad. Ello vulneraría nuestro ordenamiento jurídico (...) lesionaría de forma más flagrante principios éticos elementales, pues supondría entender que la vida de las personas con discapacidad tiene menos calidad y por tanto merece menos la pena atenderla, lo que resulta no solo absolutamente incoherente con la visión de la discapacidad que hoy tiene la sociedad española... sino que supondría establecer una división entre vidas humanas en función de un supuesto valor de esas vidas arbitrariamente asignado o en función de su utilidad social»¹². Tuttavia, nonostante la chiara e tempestiva replica, resta il fatto che il documento della SEMICYUC introduce nella valutazione

⁹ Cfr. Corte cost. sent. del 25 settembre 2019, n. 242, dove, nell’individuare i requisiti che possono giustificare un’assistenza di terzi nel porre fine alla vita di una persona malata, si parla espressamente di «sofferenze fisiche o psicologiche che *ella* reputa intollerabili» (c.vo aggiunto: la persona malata/diretto interessato, non altri). Cass. sent. del 16 ottobre 2007, n. 21748, evoca una nuova dimensione della salute «non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza» e ancora «la 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».

¹⁰ L. n. 219 del 22 dicembre 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, art. 1, *Consenso informato*, «1. La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona».

¹¹ Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones difíciles en las unidades de cuidados intensivos ante la situación excepcional de crisis por la pandemia por COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos*, Recomendaciones Específicas, n. 4, p. 12; SEMICYUC, Plan de contingencia para los servicios de medicina intensiva frente a la pandemia COVID-19, «6.2.2. Criterios de exclusión (...) Deterioro cognitivo severo de base» (p. 54).

¹² Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, §9.7., v. anche § 9.6., «Si bien en un contexto de recursos escasos se puede justificar la adopción de un criterio de asignación basado en la capacidad de recuperación del paciente, en todo caso se debe prevenir la extensión de una mentalidad utilitarista o, peor aún, de prejuicios contrarios hacia las personas mayores o con discapacidad. El término “utilidad social” que aparece en alguna de las recomendaciones publicadas recientemente nos parece extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana». Sul rilievo dell’età v. § 9.9. «El criterio de la edad solo puede ser empleado, pues, para priorizar, pero no para denegar o limitar la asistencia sanitaria y el recurso a determinadas medidas de soporte vital. Sin duda, la edad, como otras circunstancias, pueden incidir en el pronóstico clínico, pero en ningún caso pueden obviarlos. Es necesario valorar las circunstancias concretas de cada paciente, sin excluir a nadie a priori. La única posible excepción de discriminación positiva por la edad son los niños, como ya se ha explicado», 25 marzo 2020.

allocativa un parametro la piena efficienza cognitiva, che appare con tutta evidenza quanto meno eticamente discutibile (a tacer d'altro perché di per sé estraneo alla valutazione del beneficio che potrebbe trarre il paziente dalla ventilazione meccanica e del tutto avulso dalla prospettiva 'soggettiva' di salute ormai generalmente accolta) e sul quale, senza cadere in allarmismi dal sapore apocalittico, vale forse la pena di riflettere. Anche perché, a volere essere maliziosi, si tratta di un parametro non sideralmente distante dalla 'fragilità' delineata nella Scala CFS.

Poco convincente appare anche il criterio «first come first served»¹³, fonte di potenziali iniquità e probabile contenzioso. Basti pensare alla difficoltà di stabilire chi può considerarsi «first come»: chi per primo è giunto al pronto soccorso o chi per primo ha chiamato il servizio di ambulanza ma è giunto successivamente, magari perché abitava più lontano o a motivo del traffico? Difficilmente 'praticabile' ed eticamente discutibile anche il criterio fondato sulla responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia (come, per esempio, fumo per cancro ai polmoni, non utilizzo della mascherina per pazienti COVID). Eticamente discutibile in quanto attribuirebbe al medico un potere di 'infliggere' sanzioni che certo non gli compete. Difficilmente 'praticabile' in quanto risulterebbe altamente problematico - specie in situazioni emergenziali, laddove la decisione deve essere assunta in tempi particolarmente rapidi - determinare con la necessaria (visto il rilievo dei beni 'in gioco') certezza e accuratezza il ruolo eziologico del comportamento 'colpevole' nella patologia, nonché la stessa 'libertà' e consapevolezza del comportamento. Specie considerando che questo potrebbe essere stato tenuto o da soggetti psicologicamente 'vulnerabili' e quindi facilmente influenzabili o in situazioni dove la autonomia decisionale potrebbe risultare compromessa.

Si potrebbero, volendo, prendere in considerazione anche altri criteri, come il più importante ruolo sociale (o, in maniera meno brutale, la maggiore utilità sociale) o (perché no?) la maggiore responsabilità rivestita in ambito familiare (un padre o una madre di famiglia, con figli ancora in tenera età in ipotetico confronto con un single privo di legami affettivi significativi). Tutti, evidentemente, eticamente assai discutibili e molto difficilmente in grado di suscitare generale condivisione.

Parzialmente diverso e probabilmente corrispondente ad esigenze realistiche, se pure eticamente non privo di problematicità, prevedere una sorta di 'corsia preferenziale' per alcune categorie, come gli operatori sanitari, sia per garantire l'efficiente funzionamento del sistema sanitario sia per scoraggiare l'assenteismo che potrebbe essere incentivato dall'alto rischio di contagio (laddove questo sussista)¹⁴. Fermo restando che dato il numero tutto sommato esiguo

¹³ The Hasting Center, Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) *Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19, Managing Uncertainty, Safeguarding Communities, Guiding Practice*, March 16, 2020, «First come, first served is an unsatisfactory approach to allocating critical resources resources: a critically ill patient waiting for an ICU bed might be better able to benefit from this resource than a patient already in the ICU whose condition is not improving».

¹⁴ Interim Pennsylvania Crisis Standards of Care for Pandemic Guidelines March 22, 2020, (Pennsylvania), p. 31: «2. Giving heightened priority to those who are central to the public health response. Individuals who are engaged in tasks that are vital to the public health response, including all those whose work directly supports the provision of acute care to others, should be given heightened priority (...).Justifications for this prioritization include saving public health responders so that they may help future patients, and to promote the effectiveness of their work by signalling that certain protections are in place for the risks these workers take during the public health emergency».

dei soggetti coinvolti il criterio non sarebbe comunque risolutivo, è comunque possibile osservare da un lato che l'effetto della applicazione di tale criterio sul funzionamento del sistema sanitario è quanto meno incerto (nella misura in cui è difficile pronosticare un rientro in servizio degli operatori che abbiano avuto bisogno di trattamenti intensivi in tempi così rapidi da giustificare la misura in loro favore). Dall'altro lato, che l'assenteismo è in sé censurabile e una soluzione premiale per evitarlo potrebbe apparire oltre che eticamente problematica anche discriminatoria nei confronti di altre categorie, pure esposte al rischio di contagio (forze dell'ordine, addetti a servizi essenziali), talvolta chiamate ad operare anche con minori protezioni e minore dimestichezza nel loro utilizzo.

4. Decidere in base all'appropriatezza clinica, (inevitabilmente) caso per caso. Il ruolo del medico e il principio di autodeterminazione

L'*impasse* nella individuazione di un criterio allocativo extra clinico in grado di risolvere situazioni dilemmatiche, eticamente argomentabile e generalmente condiviso sembra a questo punto evidente e, bisogna riconoscerlo, non facilmente superabile.

In questa prospettiva, il criterio della appropriatezza clinica, indicato dal CNB come «il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse»¹⁵, appare, pur nella consapevolezza dei suoi non pochi né secondari limiti, meritevole quanto meno di essere preso in considerazione senza pregiudizi (a dire il vero, forse un po' snobistici). In base a tale criterio - che, a ben vedere, di per sé non esclude affatto il criterio della massimizzazione di benefici in termini di numero di vite salvate - si dovrebbe valutare l'efficacia del trattamento con riferimento al bisogno clinico di ogni singolo paziente, guardando alla gravità della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione. L'età, insieme ad altri fattori quali gravità del quadro clinico in atto, comorbilità, quadro di terminalità a breve, dovrebbe essere presa in considerazione per individuare i pazienti per i quali ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza e stabilire quindi un ordine di priorità. Nella stessa direzione si colloca la dichiarazione congiunta della Società Italiana di Geriatria e Gerontologia (da ora anche Sigg) e dalla Società Italiana di Geriatria Ospedale e Territorio (da ora anche Sigot)¹⁶. Sigg e Sigot, dopo avere premesso che «Non ci può essere una Rupe Tarpea, dove gli anziani saranno lasciati al loro destino», affermano che «la dolorosa selezione dell'ordine di priorità nelle cure intensive può basarsi solo su una valutazione multidimensionale, che tenga conto dello stato di salute funzionale e cognitivo precedente l'infezione».

Come prevedibile data la delicatezza della questione, tale posizione non è certo stata oggetto di unanime approvazione. L'indicazione espressa dal CNB è stata infatti da taluno giudicata

¹⁵ CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse*, cit.

¹⁶ Raffaele Antonelli Incalzi, presidente Sigg (Società Italiana di Geriatria e Gerontologia) e Filippo Fimognari, presidente Sigot (Società Italiana di Geriatria Ospedale e Territorio), commento alle linee guida deontologiche rese note da SIAARTI per la gestione dei casi di Covid-19 da trattare in Terapia intensiva, *No a Rupe Tarpea, la soluzione non è sacrificare gli anziani*, in *quotidianosanità.it*, 09 marzo 2020.

inadeguata e, in particolare, si è osservato che «finisce per lasciare l'ultima parola al giudizio clinico individuale senza dare indicazioni precise»¹⁷. La medesima critica può rivolgersi alle dichiarazioni delle società di geriatria ed è, a ben vedere, una critica, almeno parzialmente, certamente fondata. Parzialmente perché anche i criteri extraclinici in genere prospettati, età, aspettativa di vita, qualità della vita, scontano una vaghezza davvero non facile da superare: basti pensare alla difficoltà che implica fissare quale sia in concreto il limite di età massimo per l'attribuzione della risorsa o individuare i parametri utilizzabili per pronosticare gli anni di vita salvati. Fondata (comunque) perché indicare quale criterio allocativo esclusivamente quello clinico indubbiamente significa rinunciare a individuare criteri generali, da indicare *ex ante* e probabilmente più facili da controllare *ex post*. Significa, in ultima analisi, tornare alla soluzione del 'caso per caso', che rende il medico decisore 'ultimo' e che certamente sembra presentare non pochi limiti.

Sembra, perché almeno alcuni limiti potrebbero rivelarsi più apparenti che reali. La vaghezza per esempio, come visto, non è esclusivo appannaggio del criterio clinico. Il paventato ritorno del paternalismo medico, a discapito del principio di autodeterminazione, poi, potrebbe essere revocato in dubbio. Il principio di autodeterminazione, inteso quale diritto di rifiutare le cure (non già di pretenderle) continuerebbe infatti ad operare quale limite alla scelta 'clinica' del medico, che potrebbe quindi decidere quale paziente curare in via prioritaria solo tra quelli che abbiano espresso la volontà di essere curati. Né a ben vedere il ricorso al solo criterio clinico implica riconoscere quale unico valore la vita biologica. I valori 'extra biologici', che prendono forma e corpo nel consenso informato, non risulterebbero infatti offuscati dalla valutazione clinica affidata al medico, posto che questa, come detto, non potrebbe in alcun caso prevalere sul consenso, o meglio sul dissenso alla attivazione e/o continuazione delle cure, manifestato dal paziente. L'affievolimento del principio di autodeterminazione potrebbe invece delinarsi qualora si declinassero in senso 'sociale' tali valori extra biologici, in ultima analisi riferibili alla qualità della vita, che, proprio in ossequio ad esso, dovrebbero essere rimessi alla esclusiva valutazione del paziente.

In una prospettiva più generale, lo scenario pandemico, caratterizzato da acutissima scarsità delle risorse sembra a dire il vero sollecitare una riflessione 'aggiornata' sul principio di autodeterminazione, il cui ruolo di 'regolatore' non solo supremo ma unico in ambito terapeutico/sanitario sembra avere subito una sorta di ridimensionamento. Non solo, e forse non tanto perché nella concitazione della situazione emergenziale in talune ipotesi il necessario consenso informato potrebbe essere stato sottovalutato. È ben possibile che questo sia successo, è ben possibile cioè che il decisionismo medico dettato dall'urgenza abbia soppiantato lo schema della alleanza terapeutica, della condivisione medico-paziente e in talune ipotesi abbia addirittura trascurato la necessità del consenso (magari, considerandolo tacitamente prestato per il solo fatto di essersi recati in ospedale). Si tratta, tuttavia, di un *fatto* che, proprio per le circostanze a dir poco straordinarie in cui si è verificato, da un lato suggerisce di valutare con particolare prudenza la responsabilità del medico per la mancata acquisizione del consenso. Dall'altro, proprio per la già

¹⁷ CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse*, cit., Posizione di minoranza del Prof. Maurizio Mori: le Raccomandazioni Siaarti puntano nella direzione giusta.

rilevata eccezionalità del contesto, non sembra in grado di porre seriamente in discussione il principio di autodeterminazione che si esplicita nel consenso informato e nelle DAT, peraltro richiamate sia nel documento SIAARTI sia, e con maggiore enfasi, in quello congiunto SIAARTI-SIMLA¹⁸. E del resto, non sembra retorico chiedersi se i soggetti curati senza il necessario consenso siano davvero più numerosi di quelli che avrebbero voluto essere ‘più’ curati.

La necessità di compiere una scelta allocativa in caso di scarsità delle risorse (scenario che, sebbene in toni meno drammatici, non caratterizza solo l'emergenza pandemica) sembra invece indicare con maggiore incisività (o, forse, semplicemente disvelare senza riguardi) che la autodeterminazione non è l'unico principio che governa la scelta terapeutica (e resta da chiedersi se sia davvero il più importante). L'accesso alle cure - prospettiva forse desueta per valutare operatività e rilievo del principio di autodeterminazione, solitamente considerato sotto il profilo del diritto al rifiuto delle cure stesse - risulta infatti subordinato alla loro effettiva disponibilità¹⁹.

L'osservazione, tanto ovvia da essere banale, è presente nel dibattito sulle scelte ‘macro allocative’ in ambito di salute ma in genere trascurata e marginalizzata in quello relativo alle scelte micro allocative, ovvero all'accesso del singolo paziente alle ‘cure mediche’. Tra scelte macro e micro allocative sussiste tuttavia - è bene non dimenticarlo - un rapporto osmotico che ‘morale sociale’ e principio di autodeterminazione intersecano. La volontà individuale, la autodeterminazione contribuisce a plasmare la ‘morale sociale’ (e ne è a sua volta, consapevolmente o no, influenzata) e la ‘morale sociale’ è alla base della scelta ‘politica’ macro allocativa, che a sua volta si rifletterà in modo tutt'altro che trascurabile sull'effettiva realizzazione del principio di autodeterminazione. Non è infatti sufficiente la volontà di essere curati, di potere usufruire per esempio di trattamenti intensivi, occorre che questa esigenza sia stata riconosciuta

¹⁸ Nel documento elaborato dalla SIAARTI si legge che «Deve essere considerata con attenzione l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse dai pazienti attraverso eventuali DAT», nel documento congiunto SIAARTI-SIMLA il rilievo attribuito alle DAT appare più netto. L'eventuale presenza di DAT deve essere infatti solo «verificata con attenzione», alla stregua (si direbbe) di un assolvimento di carattere burocratico e le DAT devono essere «ricercate» anche consultando l'apposita banca dati. Si puntualizza, inoltre, che «la volontà della persona deve essere rispettata, a meno che non ricorrano le circostanze previste dalla legge»: una precisazione di per sé pleonastica, che vale però ad enfatizzare il rilievo attribuito alle DAT e quindi alla volontà del soggetto interessato. La questione, assai più delicata di quanto potrebbe *prima facie* apparire, è stata oggetto di attenzione anche da parte di Hasting Center.

¹⁹ Cfr. già Corte cost. sent. del 16 ottobre 1990, n. 455, «considerato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, il diritto alla salute è soggetto alla «determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione» della relativa tutela da parte del legislatore ordinario (...). Quest'ultima dimensione del diritto alla salute, che è quella concernente le questioni di costituzionalità in esame, comporta che, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (...). Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità»; Corte cost. sent. del 27 luglio, 2011, n. 248, parla di configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come «finanziariamente condizionato», giacché «l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario» (*ex multis*, sentenza n. 111 del 2005)».

‘socialmente’ e quindi ‘a monte’, politicamente, siano state attribuite le risorse necessarie al suo soddisfacimento, e che pertanto ci siano posti (sufficienti) in terapia intensiva. Nello scenario in cui la scelta allocativa concretamente si compie il match, per usare un gergo tennistico, non sembra dunque destinato a svolgersi tra principio di autodeterminazione e paternalismo medico, ma piuttosto tra principio di autodeterminazione e disponibilità delle cure (e quindi, in ultima analisi, quel ‘terribile bilanciamento’ tra destinazione universale delle cure e loro sostenibilità economica): un avversario assai più temibile del paternalismo medico, ormai (semberebbe) in lento ma inesorabile disarmo.

2.3 Limiti, superabili e non, della decisione caso per caso. I vantaggi, sperati, di decisioni allocative assunte in base a criteri allocativi predeterminati (sì, ma quali?) ...

Revocare in dubbio che il criterio del caso concreto, fondato sull’apprezzamento clinico del paziente, implichi un ritorno del paternalismo medico e la possibile scalfittura del principio di autodeterminazione non significa ignorare o negare che il criterio stesso comunque presenta limiti nient’affatto trascurabili. Si mostra, per esempio, inadeguato qualora si tratti di decidere a chi attribuire la risorsa tra pazienti con un quadro clinico sovrapponibile. La decisione del medico in tali ipotesi non potrà che attingere anche a criteri extra clinici, con un inevitabile (ed elevato) margine di discrezionalità. Sembra però onesto riconoscere che individuare un criterio davvero oggettivo diverso dal sorteggio in tali ipotesi è più che difficile, quasi chimerico.

I limiti della decisione effettuata ‘caso per caso’ non sembrano tuttavia riguardare solo la (molto probabilmente) inevitabile discrezionalità che accompagna la decisione allocativa nei casi in cui il quadro clinico di un paziente si presenta sovrapponibile a quello di un altro. La decisione ‘caso per caso’ a ben vedere presenta *sempre* un (considerevole) margine di discrezionalità, che non può essere ignorato (e che si teme, non senza una qualche ragione, possa trascinare in arbitrarietà), e una opacità che rende ontologicamente poco agevole controllarne *ex post* la ragionevolezza. Ciò, oltre a presentare profili di problematicità sotto il profilo etico, potrebbe amplificare non poco il rischio di contenzioso che abitualmente già accompagna tali vicende. I soggetti ‘esclusi’, cioè pregiudicati dalla scelta allocativa compiuta ‘caso per caso’ dal medico, potrebbero infatti giudicare la decisione erronea e ritenere di essere stati ingiustamente danneggiati e quindi agire giudizialmente di conseguenza. Inoltre, una simile modalità operativa comporta un carico emotivo non indifferente per il medico decisore.

Resta tuttavia da verificare se la fissazione di rigidi criteri allocativi - posto che, come visto, è estremamente difficile, forse utopistico, individuarne di realmente dirimenti in situazioni non ‘di scuola’, eticamente argomentabili e generalmente condivisi - rappresenti davvero la soluzione più opportuna o se tali limiti possano essere *aliunde* e più efficacemente, o comunque con minori costi, superati.

Riguardo ai limiti in qualche modo collegabili alla discrezionalità del decisore, per esempio, è possibile chiedersi se non possano trovare migliore risposta nella ‘condivisione

procedimentalizzata' della decisione. La decisione stessa dovrebbe cioè essere per quanto possibile 'suddivisa' tra più fasi e più soggetti e le motivazioni sottese dovrebbero essere documentate e descritte con chiarezza, in tutte le fasi e da tutti i soggetti coinvolti. La proceduralizzazione non è certamente una panacea per ogni dilemma in ambito terapeutico ma rappresenta in molte situazioni il miglior compromesso possibile. La necessità di decidere l'allocazione 'vitale' di risorse scarsissime configura una di queste situazioni, pur nella consapevolezza che i tempi necessariamente 'contingentati' nei quali simili decisioni debbono essere assunte possono talvolta rendere anche tale compromesso non facilmente praticabile. La 'condivisione procedimentalizzata', beninteso ove si riesca ad attuarla, potrebbe limitare (anche se, ovviamente, non escludere integralmente) la discrezionalità della decisione e quindi esorcizzare il rischio della sua arbitrarietà, così come potrebbe limitare (anche se, ovviamente, non escludere integralmente) l'opacità della decisione stessa. E potrebbe inoltre essere funzionale all'esigenza di schermare il medico decisore dai condizionamenti del caso concreto e 'sollevarlo' dal pesante carico emotivo implicito in una scelta allocativa 'ultima' come quella che è chiamato a compiere, in misura forse maggiore di quanto dovere (comunque) decidere applicando regole avvertite come 'non giuste', estranee al proprio (e non di rado anche al 'comune') 'sentire'.

Il rischio che la decisione caso per caso possa alimentare il contenzioso è tutt'altro che ipotetico. Tralasciando però la (fondamentale) questione del 'rango' della fonte in cui i criteri dovrebbero essere esplicitati per potere essere funzionali a contrastare efficacemente tale rischio, comunque questo potrebbe forse, e con non poca difficoltà, essere limitato (mai, per onestà occorre ammetterlo, escluso) se i criteri allocativi alla base del giudizio - fondati sull'età o sulla qualità della vita o su altro - fossero non solo noti, trasparenti e correttamente applicati ma anche e soprattutto condivisi, ritenuti cioè dal sentire sociale, e quindi anche dagli esclusi, eticamente fondati, 'equi'. La non generalizzata condivisione dei criteri ne mina infatti l'attitudine persuasiva e rende quanto meno incerto che l'assunzione degli stessi possa davvero rappresentare un argine sufficientemente robusto non solo per neutralizzare ma finanche per limitare pretese risarcitorie e/o, eventualmente, azioni penali. Gli eventuali 'pretermessi' (o i loro familiari), infatti, continuerebbero probabilmente a sentirsi trattati 'ingiustamente' e quindi a reclamare in via giudiziale 'giustizia'. Nessun miglioramento significativo, anzi, forse, una maggiore incertezza rispetto a quanto potrebbe essere, almeno in buona misura, ottenuto attraverso l'applicazione di regole già previste nell'attuale quadro normativo, basti pensare, per quello che concerne il diritto civile, ad una interpretazione dell'art.1218 che consideri l'estrema scarsità/indisponibilità di risorse causa non imputabile da cui è derivata l'impossibilità di adempiere la prestazione sanitaria. E sicuramente un netto regresso rispetto a quanto potrebbe essere per taluno ottenuto, *de iure condendo*, attraverso specifici interventi normativi²⁰.

²⁰ La questione è oggetto di un intenso dibattito e meriterebbe un approfondimento che non è però nell'economia delle presenti riflessioni, sembra pertanto sufficiente in questa sede ricordare che in sede di conversione in legge del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 sono stati proposti diversi emendamenti che introducevano modifiche alla disciplina della responsabilità sanitaria disegnata dalla legge n. 24 del 8 marzo 2017(c.d. legge Gelli-Bianco), ridefinendone i parametri applicativi. In particolare, l'emendamento presentato al Senato da Marcucci e altri (1.0.4) prevedeva «1. Per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l'emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie –

L'obiettivo di prevenire o quanto meno limitare in modo significativo il contenzioso potrebbe con buona probabilità essere raggiunto solo se i criteri allocativi prescelti, al di là della loro condivisione, fossero rigidamente determinati, senza lasciare alcuno spazio alla discrezionalità dell'interprete/medico. Nella consapevolezza che prevedere un ordine gerarchico tra i vari criteri rappresenterebbe una ulteriore complicazione, potrebbe addirittura essere più funzionale allo scopo di prevenire ogni conflitto e recriminazione tra gli esclusi indicare un solo criterio. In tal caso, qualora lo stesso fosse correttamente (e pedissequamente) applicato, probabilmente si limiterebbe il contenzioso. Il criterio assunto dovrebbe però essere valutabile in modo assolutamente preciso e certo, essere cioè oggettivamente (matematicamente, si potrebbe dire) misurabile. Individuare un criterio simile non è affatto semplice. L'età - anagrafica, posto che quella biologica presenta un margine di discrezionalità nella determinazione - sembra uno dei pochi, se non l'unico, a rivestire tali caratteristiche. Qualora il criterio fosse l'età, un soggetto escluso, in ipotesi un settantenne complessivamente in buona salute, non potrebbe lamentare di essere stato trattato ingiustamente (né potrebbero farlo i suoi parenti) - e quindi intentare azioni legali - qualora l'unica risorsa disponibile fosse stata, conformemente al criterio prefissato, attribuita ad un soggetto più giovane, in ipotesi un sessantacinquenne in condizioni generali nell'insieme più precarie.

Resta da chiedersi se tale risultato possa davvero considerarsi eticamente fondato (e generalmente auspicato). Quasi inevitabile più di un dubbio.

6. ...e i probabili costi. Il mito della oggettività vs il rischio della disumanità delle decisioni algoritmiche e quasi algoritmiche

Questo, con non poca approssimazione, il quadro dei limiti, in parte correggibili ma in parte, bisogna riconoscerlo, insiti nel criterio del 'caso concreto' e da questo ineliminabili, e dei benefici contrapposti che invece potrebbero, presumibilmente o forse, *rectius*, auspicabilmente, derivare dall'assumere a parametro decisivo regole di carattere generale fondate su criteri extraclinici. È necessario a questo punto interrogarsi sui costi che potrebbe presentare quest'ultima opzione, nella consapevolezza che anche in tale ipotesi molto difficilmente si potrebbe integralmente prescindere da una valutazione concreta di volta in volta effettuata, con un margine (seppure forse più ridotto) di discrezionalità.

professionali – tecniche amministrative del Servizio sanitario non rispondono civilmente, o per danno erariale all'infuori dei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile: a) a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona; b) a condotte caratterizzate da colpa grave consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per :fronteggiare la situazione in essere; c) a condotte gestionali o amministrative poste in essere in palese violazione dei principi basilari delle professioni del Servizio sanitario nazionale in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che le ha poste in essere o che vi ha dato esecuzione. 2. Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui al comma 1, lettera b), vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore». Gli emendamenti sono stati ritirati ed è stato proposto un ordine del giorno che impegna il governo a occuparsi della materia in futuri provvedimenti normativi, che taluni auspicano e altri ritengono invece superflui, se non addirittura controproducenti.

In primo luogo occorre considerare che assumere tali criteri (beninteso, dopo averli individuati, operazione come visto, tutt'altro che facile) come regole di carattere generale, che si prefiggono di indicare un dover essere, di orientare cioè le scelte, significa implicitamente attribuirgli un particolare rilievo. Significa cioè riconoscere che si tratta di criteri eticamente 'giusti'.

In questa prospettiva appare (quanto meno) miope negarne il valore simbolico e la almeno potenziale vis espansiva. Sembra infatti ingenuo coltivare l'illusione che l'insinuarsi di tali criteri non si rifletta poi sulla 'morale sociale', 'motore immobile' decisamente assai influente sulla 'inclinazione del pendio' in ambito etico. Il rischio che il ricorso a criteri extraclinici possa contribuire, al di là delle intenzioni, a determinare o quanto meno avallare atteggiamenti discriminatori nei confronti di alcune categorie di persone, le più 'fragili', favorendo un ritorno alla cultura dell'inutilità della vita, con eventuali annesse derive eugeniche, non può essere frettolosamente liquidato. E del resto il documento della SEMICYUC prima richiamato sembrerebbe ricordarcelo. Per altro verso, è possibile domandarsi se non sia altresì illusorio ritenere che la 'scala valoriale' che tali criteri possono contribuire, o forse, *rectius*, non possono non contribuire a delineare resti confinata nella situazione emergenziale determinata dalla pandemia. O se invece non sia più che probabile che questa proietti i suoi effetti ben oltre essa, riflettendosi inevitabilmente anche sulle scelte macro allocative, che continueranno a dovere essere comunque effettuate, troppo spesso se non sempre, in un contesto di scarsità delle risorse, e che pertanto finirebbero con il prevedere sempre meno risorse da destinare a particolari categorie di soggetti. Uno scenario sulla cui desiderabilità è lecito interrogarsi.

Così come, in una prospettiva più generale ma solo apparentemente aliena dalla presente riflessione, è lecito interrogarsi sulle ragioni della crescente aspirazione a delegare le decisioni più spinose e problematiche a criteri assolutamente rigidi e predefiniti, se non addirittura a sofisticati algoritmi – di cui comunque tali criteri mimerebbero il *modus operandi* -, confidando (se non si vuole parlare di infallibilità, almeno) nella loro indiscutibile oggettività. A volere essere maliziosi si potrebbe pensare che la ragione ultima di tale delega sia, almeno parzialmente, imputabile alla sfiducia nella capacità di esercizio della discrezionalità da parte dei decisori e, ad essere ancor più maliziosi che rappresenti un tentativo di de-responsabilizzazione (o, quanto meno, di attenuazione della responsabilità) dai decisori stessi avallato (se non orchestrato). In ogni caso, bisogna riconoscere che l'opzione pare presentare non pochi vantaggi, che certo non possono essere sottovalutati. Basti pensare che si eliminerebbe la arbitrarietà insita in ogni giudizio discrezionale e si otterrebbe al contempo la prevedibilità della decisione. E in materia bioetica, dove la difficoltà di giudizi assolutamente oggettivi risulta indubbiamente amplificata dalla molteplicità delle concezioni ad essi sottese, soggettive e opinabili, pervenire ad una decisione prevedibile, assunta in base a regole certe e attraverso un meccanismo trasparente può apparire il miglior risultato che si possa realisticamente sperare di ottenere.

Si intravedono tuttavia dei chiaroscuri. In primo luogo, occorrerebbe forse chiedersi se la neutralità 'algoritmica' (o dei criteri epigoni), fondamento della sua oggettività, corrisponda al vero o sia solo un mito, cui si crede o si finge di credere, resta da capire se per troppa ingenuità

o troppa scaltrezza. Inoltre, occorrerebbe almeno mettere in conto il rischio che talvolta (il miraggio di) tale oggettività possa finire con l'infrangersi contro una realtà troppo complessa per un pur sofisticato algoritmo (e ancor più per un criterio di questo tipo), del quale rimarrebbe intatta solo la fissità. Fissità che conduce ad un giudizio prevedibile e magari (pur ammettendo che non sia anche questo una illusione) assunto in base a regole certe e attraverso un meccanismo trasparente ma qualche volta anche assolutizzante - e quindi, non del tutto refrattario a qualche forma di spietatezza, propria di ogni assolutizzazione - e comunque assai difficile da correggere. Un giudizio che, almeno in materia bioetica, talvolta rischia di essere forse troppo astratto per potere essere 'giusto' o quanto meno - se si dubita che sia possibile stabilire con assoluta certezza, una volta per tutte cosa è giusto e cosa non lo è -, 'sentito' come tale. Resterebbe a questo punto la prevedibilità della decisione, la sua oggettività (sia pure declinata al ribasso come mera assunzione della decisione stessa secondo regole rigidamente predeterminate) e la (relativa) de-responsabilizzazione dei decisori. E resterebbe anche da valutare se è tanto, abbastanza o (troppo) poco.