



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

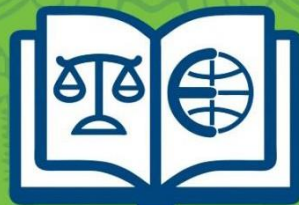
18
2021

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno "Medicina e diritto penale"
Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di
GIUSEPPE LOSAPPIO



EDJ ZIONI
SGE

ISBN: 9788894503067

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEI QUADERNI

Claudia Capozza - Adriana Schiedi - Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Carnimeo Nicolò, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli.

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio*(in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante.

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione)
Federica Monteleone, Danila Certosino,
Dottorandi di ricerca (Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone)

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
San Francesco Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy, e-mail:
quaderni.dipartimentojonico@uniba.it telefono: +39 099 372382 • fax: +39 099 7340595
<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

18
2021 QUADERNI
DEL DIPARTIMENTO JONICO

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno
"Medicina e diritto penale"
Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di
Giuseppe Losappio



Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data
28 luglio 2021
dall'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi
giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture"
dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro
e messo in linea sul sito <http://edizionidjsge.uniba.it/index.php/i-quaderni>
ed è composto di 287 pagine.
I dottorandi Gianluca Ruggiero e Filomena Pisconti hanno collaborato
all'editing dell'opera. Un ringraziamento speciale alla dott. ssa Maria Di
Maggio. Senza il suo generoso e versatile impegno, la pubblicazione non
sarebbe stata possibile.

ISBN: 978889450367

REGOLAMENTO DELLE PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO JONICO IN
SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO:
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE – EDJSGE

Art. 1. Collane di pubblicazioni del Dipartimento Jonico

Il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro ha tre distinte collane:

- **Collana del Dipartimento Jonico** (d'ora in poi Collana Cartacea), cartacea, affidata alla pubblicazione di una Casa Editrice individuata con Bando del Dipartimento, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.
- **Annali del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line dal 2013 sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita saggi, ricerche, brevi interventi e recensioni collegati alle attività scientifiche del Dipartimento Jonico. Gli Annali del Dipartimento Jonico hanno cadenza annuale.
- **Quaderni del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei monotematici.

Art. 2. Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico

È istituito un Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico formato dai Direttori delle tre collane che dura in carica per un triennio.

Il Coordinamento è diretto dal Direttore del Dipartimento in qualità di Direttore della Collana cartacea, ed è convocato, secondo le necessità, anche su richiesta dei Direttori delle Collane. La riunione del Coordinamento a discrezione del Coordinatore può essere allargata anche ai componenti dei Comitati Direttivi delle tre collane dipartimentali.

Il Coordinamento approva o rigetta le proposte di pubblicazione dei volumi delle Collane, dopo l'espletamento delle procedure di referaggio da parte dei Direttori e dei Comitati Direttivi. In caso di referaggi con esito contrastante, il Coordinamento decide sulla pubblicazione del contributo, sentito il parere del Comitato Direttivo della collana interessata. Il Coordinamento provvede alla formazione dei Comitati scientifici e dei Comitati Direttivi secondo le modalità stabilite dagli articoli successivi.

Art. 3. Direttori delle Collane

La Collana Cartacea è diretta d'ufficio dal Direttore del Dipartimento Jonico che può nominare uno o più condirettori scelti tra i membri del Consiglio di Dipartimento che siano in possesso degli stessi requisiti di seguito elencati per i Direttori degli Annali e i dei Quaderni.

Il/i Direttore/i degli Annali del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

Il/i Direttore/i dei Quaderni del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

L'accesso alle cariche di Direttore degli Annali e dei Quaderni è riservato ai docenti in servizio presso il Dipartimento Jonico ed in possesso dei seguenti requisiti:

- professori ordinari in possesso delle medie ASN richieste per la partecipazione alle commissioni per le abilitazioni nazionali;

- professori associati in possesso delle mediane ASN per il ruolo di professore ordinario;
- RTI in possesso dell'abilitazione per la II o la I fascia, in possesso delle mediane ASN per partecipare alle abilitazioni per la II fascia;
- RTB in possesso di abilitazione alla II o alla I fascia.

I Direttori ricevono le istanze di pubblicazione secondo le modalità prescritte dagli articoli seguenti, valutano preliminarmente la scientificità della proposta tenendo conto del *curriculum* del proponente e dei contenuti del lavoro e procedono, nel caso di valutazione positiva, ad avviare le procedure di referaggio.

I Direttori presiedono i lavori dei Comitati Scientifici e Direttivi e relazionano periodicamente al Coordinamento.

I Direttori curano che si mantenga l'anonimato dei revisori, conservano tutti gli atti delle procedure di referaggio, informano sull'esito delle stesse gli autori invitandoli, ove richiesto, ad apportare modifiche/integrazioni, decidono, d'intesa con il Coordinamento, la pubblicazione o meno in caso di pareri contrastanti dei *referees*.

Art. 4. Comitati scientifici

Ogni collana ha un proprio Comitato Scientifico composto dai professori ordinari e associati del Dipartimento Jonico.

Il Consiglio di Dipartimento può deliberare l'inserimento nel Comitato Scientifico di studiosi italiani o esteri non appartenenti al Dipartimento Jonico.

Art. 5. Comitati Direttivi

Ciascuna delle tre Collane ha un Comitato Direttivo formato da professori e ricercatori, afferenti al Dipartimento Jonico, in possesso, per il rispettivo settore disciplinare, delle mediane richieste dall'ASN per il ruolo successivo a quello ricoperto o, se ordinari, per la carica di commissario alle abilitazioni nazionali.

A seguito di invito del Coordinatore delle Collane del Dipartimento Jonico gli interessati presenteranno istanza scritta al Coordinamento che, in base alle indicazioni del Consiglio di Dipartimento, provvederà alla scelta dei componenti e alla loro distribuzione nei tre Comitati Direttivi.

I Comitati Direttivi collaborano con il Direttore in tutte le funzioni indicate nell'art. 3 ed esprimono al Coordinamento il parere sulla pubblicazione nella loro Collana di contributi che hanno avuto referaggi con esiti contrastanti.

Art. 6. Comitato di Redazione

Le tre Collane sono dotate di un Comitato di Redazione unico, composto da ricercatori, dottori di ricerca e dottorandi, afferenti al Dipartimento Jonico e individuati dai Comitati Direttivi, che, sotto la direzione di un Responsabile di Redazione (professore ordinario, associato o ricercatore), nominato dal Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico, cura la fase di *editing* successiva all'espletamento positivo della procedura di referaggio.

Art. 7. Procedura di referaggio

Tutte le Collane del Dipartimento Jonico adottano il sistema di revisione tra pari (*peer review*) con le valutazioni affidate a due esperti della disciplina cui attiene la pubblicazione individuati

all'interno dei Comitati Scientifici o Direttivi, oppure, ove ritenuto necessario, all'esterno dei predetti Comitati.

La procedura di referaggio è curata dal Direttore della Collana con l'ausilio dei rispettivi Comitati Direttivi.

Art. 8. Proposta di pubblicazione

La proposta di pubblicazione deve essere indirizzata al Direttore della Collana su modulo scaricabile dal sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali> nel quale il proponente dovrà indicare le proprie generalità e sottoscrivere le liberatorie per il trattamento dei dati personali e per l'eventuale circolazione e pubblicazione on-line o cartacea del lavoro.

Se il proponente è uno studioso "non strutturato" presso una università o centro di ricerca italiano o estero, la proposta di pubblicazione dovrà essere accompagnata da una lettera di presentazione del lavoro da parte di un professore ordinario della disciplina cui attiene la pubblicazione proposta. Alla proposta di pubblicazione il proponente deve allegare il proprio *curriculum vitae et studiorum* (ovvero rinviare a quello già consegnato in occasione di una precedente pubblicazione) e il file del lavoro in due formati, word e pdf.

Per la pubblicazione sulla Collana Cartacea, il proponente dovrà indicare i fondi cui attingere per le spese editoriali.

Le proposte di pubblicazione dovranno attenersi scrupolosamente ai criteri editoriali pubblicati sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>. Nel caso di non corrispondenza, o di corrispondenza parziale, il Responsabile di Redazione, coadiuvato dal Comitato di Redazione, invierà agli autori le indicazioni cui attenersi per la fase di *editing*.

Nel caso siano previste scadenze, pubblicate sul sito, la proposta dovrà pervenire tassativamente entro la data indicata, pena la non ammissibilità della stessa.

INDICE

I SESSIONE:

SCELTE TRAGICHE, CULTURA, ECONOMIA E DIRITTI

RELAZIONI

RICCARDO PAGANO <i>Die Kehre come scelta: il tragico come opportunità.</i>	1
STEFANO CERVELLERA, CARLO CUSATELLI, UMBERTO SALINAS <i>L'analisi quasi-real-time della mortalità tarantina fra emergenza ambientale e covid-19.</i>	8
LAURA COSTANTINO <i>Le scelte tragiche nel quadro della food security. Approvvigionamento alimentare e interventi regolativi nell'epoca della pandemia.</i>	14
IVAN INGRAVALLO <i>Il (difficile) bilanciamento tra misure di contrasto alla pandemia da covid-19 e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.</i>	24
PAMELA MARTINO <i>Giudicare su scelte tragiche sotto l'egida della CEDU: la funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale tra civil law e common law.</i>	36

PIERLUCA MASSARO	
<i>Le scelte tragiche nel prisma della tutela della salute in carcere.</i>	48
PAOLO PARDOLESI	
<i>Pandemie e scelte tragiche.</i>	65
FRANCESCO PERCHINUNNO	
<i>Scelte tragiche nell'era covid-19: la tutela del personale sanitario nel quadro dei valori costituzionali.</i>	72
MARIA BENEDETTA SAPONARO	
<i>L'insostenibile leggerezza del tragico.</i>	81
ADRIANA SCHIEDI	
<i>La dialettica tra logos/pathos: per una pedagogia fenomenologica della ragione empatica.</i>	92
PAOLO STEFANÌ	
<i>Diritto, religione e scelte tragiche.</i>	104
LAURA TAFARO	
<i>Il paradigma rovesciato: le scelte non tragiche.</i>	110
STEFANO VINCI	
<i>L'influenza spagnola e le scelte emergenziali del governo italiano.</i>	148

INTERVENTO PROGRAMMATO

FABRIZIO CESAREO	
<i>Principio di precauzione e gestione del rischio.</i>	170

II SESSIONE: SCELTE TRAGICHE, SCELTE INFELICI E DIRITTO PENALE

MAURIZIO CARBONE	
<i>Introduzione.</i>	174

RELAZIONI

LUCIA RISICATO

*Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto.
Profili di responsabilità del "rianimatore".*

178

GIANDOMENICO DODARO

*Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto.
Linee di fuga della responsabilità lungo la catena di "comando
e controllo" della sanità.*

189

MARCO SCOLETTA

*Covid, risorse scarse e profili di responsabilità da reato degli
enti sanitari.*

198

SILVIA TORDINI CAGLI

*La disattivazione del "supporto vitale" della persona capace
di consenso ma non di agire.*

212

MARIA BEATRICE MAGRO

*Disattivazione del "supporto vitale" della persona incapace
di consenso e di azione ed evoluzione giurisprudenziale sull'aiuto al suicidio.*

220

GIUSEPPE LOSAPPIO

Fine vita e "diritto vivente" dal caso Englaro a quello Trentini.

258

I SESSIONE

SCELTE TRAGICHE, CULTURA, ECONOMIA E DIRITTI

RELAZIONI

Riccardo Pagano

DIE KEHRE COME SCELTA: IL TRAGICO COME OPPORTUNITÀ

ABSTRACT

L'esperienza tragica del Covid-19 ha evidenziato due forti criticità della contemporaneità:

- una grande fragilità delle società attuali, anche quelle più avanzate dell'Occidente;
- un notevole ampliarsi delle disuguaglianze.

L'uomo, di fronte a queste situazioni, deve interrogarsi sull'accadere dell'essere *hic et nunc* e non tanto sul suo progettarsi. Dalle considerazioni e dalle puntualizzazioni precedentemente evidenziate scaturisce l'esigenza di una pedagogia che si richiami alla responsabilità nell'esperienza del tragico, viste come opportunità. L'educazione deve fare i conti con il Complexus, con «ciò che è tessuto insieme» e lo deve fare non semplificando, né tantomeno riducendo, bensì tenendo insieme senza complicare, anzi complessivizzando. La pandemia genera sentimenti vari: angoscia, paura, ansia, scetticismo. Per quest'ultimo è inevitabile richiamarsi a quell'atteggiamento filosofico che implica la negazione, il dubbio intorno alle possibilità della conoscenza umana.

The tragic experience of the Covid-19 pandemic has highlighted two critical elements in today's society:

- the increased fragility of modern societies, including the most advanced western societies;
- a significant widening of economic inequality.

Faced with these difficulties, humanity must ponder on the meaning of existence *hic et nunc* (here and now), rather than on its planning. These considerations point to the need for a pedagogy that is supported by responsibility in experiencing tragedy, where tragedy is regarded as an opportunity. Education must come to the terms with the Complexus that which is «woven together», and must do so not by simplifying or reducing, but by keeping together, without making things complicated, but rather by encompassing complexity. The pandemic generates various feelings: anguish, fear, anxiety, scepticism. The latter inevitably brings to mind a philosophical attitude that implies the denial and questioning of human knowledge.

PAROLE CHIAVE

Pandemia – tragico - pedagogia.

Pandemic – tragedy – pedagogy.

Sommario: 1. *Lo status quaestionis*. - 2. Elementi di una pedagogia della corporeità.

1. L'esperienza tragica del Covid-19 ha evidenziato due forti criticità della contemporaneità:

- una grande fragilità delle società attuali, anche quelle più avanzate dell'Occidente, fragilità sociale, spesso accompagnata da debolezze strutturali dei sistemi di welfare sempre più indeboliti da logiche mercatali impregnate di un profitto vacuo e privo di qualsiasi elemento morale. Di fronte al coronavirus i modelli di sviluppo che hanno imperversato per tutto il Novecento hanno mostrato i loro limiti¹;

- un notevole ampliarsi delle disuguaglianze. I deboli e i fragili sono morti in gran quantità. Si pensi agli anziani, soprattutto quelli ricoverati nelle case di riposo, ai neri e agli ispanici del Bronx e di Harlem, agli indigeni dell'Amazzonia e agli indiani. Molti sono rimasti senza lavoro nelle città che li ospitavano e sono rientrati nei loro poveri villaggi. Insomma, le società avanzate e le altre meno progredite si sono trovate ad essere ben più simili di quanto pensassimo²;

Il Covid, insomma, ci ha portato direttamente nel tragico³, ovvero ci ha fatto vivere la tragedia. Sappiamo che assistere ad una tragedia aveva valore catartico, lo spettatore si purificava e si interrogava sul senso della vita, sul mistero della morte, sulla presenza del male, della colpa, del dolore, sul destino individuale e collettivo. Questi sentimenti, l'amore, l'odio, la vendetta, la pietà che dominavano gli eroi tragici, una volta proiettati sulla scena, venivano razionalizzati ed espulsi, liberati, dagli strati più profondi della coscienza.

È in questa piega dei sentimenti contrastanti e tragici che si inserisce la *kehre*, la svolta. Essa è legata al modo in cui percepiamo il nostro essere qui, l'esser-ci di cui tanto ha parlato e scritto M. Heidegger⁴. La questione dell'essere è, dunque, anche la questione dell'uomo.

¹ Cfr. G. di Taranto, *La globalizzazione diacronica*, Giappichelli, Torino 2013.

² J. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro* (2012), Einaudi, Torino 2013.

³ Dal lat. *tragicus*, e questo dal gr. *τραγικός*, agg. di tragedia, relativo alla tragedia.

⁴ M. Heidegger, *Sein und Zeit*, Halle, 1927.

L'uomo deve interrogarsi sull'accadere dell'essere e non tanto sul suo progettarsi.

La riflessione deve vertere non sulla scoperta dell'orizzonte, cioè dove andiamo, quanto piuttosto su dove siamo. È questa la verità dell'essere, dell'uomo.

Noi siamo appellati e interpellati dall'accadimento delle cose (dall'essere) e a questo richiamo non possiamo sfuggire.

Ciò ci spinge al gioco tragico *velatezza, dis-velatezza*; è a partire da questo rimbalzo continuo che si manifesta il complesso rapporto tra autenticità e inautenticità. Quest'ultima risiede nella *velatezza*, ovvero nel non volere riconoscere a se stessi la verità.

Il nostro essere gettati nel mondo, la consapevolezza della finitezza, fa emergere l'esigenza di un'etica non prescrittiva e fondata sull'assunzione da parte dell'uomo di una responsabilità che fa sì che l'uomo stesso si senta pienamente coinvolto nell'accadere delle cose, assunte come verità; il proprio modo di essere non è pensabile prescindendo da tale accadere delle cose⁵. Il *Dasein* non è limitato all'uomo in rapporto all'altro uomo, ma è esteso alle cose, agli oggetti che abitano intorno a noi. Insomma, la *res extensa* non è fuori di noi, ma in noi.

2. Dalle considerazioni e dalle puntualizzazioni precedenti scaturisce l'esigenza di una pedagogia che si richiama alla responsabilità nell'esperienza del tragico, vista come opportunità.

Ci troviamo, senza dubbio, in una situazione complicata e complessa.

L'etimo latino ci aiuta a comprendere la differenza di significato tra i due termini:

-complicato deriva dal latino *cum plicum*, ovvero «con pieghe»;

-complesso deriva dal latino *cum plexum*, ovvero «con nodi», intrecciato.

L'approccio ai problemi «complicati» è un approccio di tipo analitico; alle questioni complesse è di tipo sistemico.

Spesso si compie l'errore di affrontare problemi di natura complessa pretendendo di «semplificarli». A questo punto, richiamando Alain Berthoz, e il suo concetto di semplicità⁶, si può dire che per risolvere problemi complessi non si deve puntare a far diventare semplice il complesso, bensì è necessario rendere decifrabile la complessità, trovare cioè il modo per entrare nei «nodi» che intrecciano la complessità.

In campo pedagogico è questo lo sforzo che dobbiamo fare.

L'educazione deve fare i conti con il Complexus, con «ciò che è tessuto insieme» e lo deve fare non semplificando, né tantomeno riducendo, bensì tenendo insieme senza

⁵ H. Jonas *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Frankfurt/M. 1979.

⁶Cfr. A. Berthoz, *La Semplicità* (2009), trad. it., Codice edizioni, Torino 2019.

complicare, anzi complessivizzando. Non è un compito affatto facile, è una sfida culturale.

La pandemia genera sentimenti vari: angoscia, paura, ansia, scetticismo. Ciascuno di questi sentimenti ha più risvolti che sarebbe interessante indagare. Per economia di tempo e di spazio mi soffermo sull'ultimo, lo scetticismo.

È noto che quando si parla di scetticismo si pensa a quell'atteggiamento filosofico che implica la negazione, il dubbio intorno alle possibilità della conoscenza umana. Tuttavia, se consideriamo lo scetticismo nella sua accezione pirroniana più autentica, ovvero come *epochè*⁷, liberando dai pregiudizi può anche rappresentare una possibile base per ripartire, per riprendere un discorso educativo degno di senso anche in un momento drammatico come quello attuale pandemico.

Nella *epochè*, nella sospensione del giudizio, si favorisce la riflessione pacata, non azzardata, anche se non si trovano risposte, come magari si vorrebbe di fronte alla paura.

La semplicità pedagogica può fare ricorso ad un pensiero eclettico, ricco, cioè, di molteplici riferimenti che devono trovare la loro sintesi non nell'affiancare o nel sommare modelli educativi diversi, ma nel saper individuare in essi quei principi, anche di diversa provenienza ideologica, che orientano l'azione educativa verso orizzonti di senso condivisi. Dare risposte nelle situazioni complesse non è facile, spesso in questi casi si ricorre a soluzioni semplicistiche o a utopie infarcite di ideologie tardomoderne con esiti peggiori del problema evidenziato. E questo è sotto i nostri occhi nei talk show in cui si affrontano le questioni legate al Covid.

In effetti, si è parlato tanto e ciò non ha fatto altro che generare ulteriore confusione, specie ai non addetti ai lavori.

Ecco perché è necessario un intervento educativo nella società tutta che abbia sì la pretesa pedagogica di evitare sovrapposizioni, confusioni che generano spaesamento e alimentano il tragico.

⁷ Secondo quanto afferma Aristocle, che mutua queste informazioni dal discepolo diretto di Pirrone, Timone, egli si sarebbe espresso in maniera dogmatica circa la natura delle cose, giudicandole «senza differenze, senza stabilità, indiscriminate», tanto che le sensazioni e le opinioni che ne derivano vanno considerate né vere né false; è necessario dunque non riporre in esse alcuna fiducia e non avere opinioni e inclinazioni; di ciascuna cosa si dovrà dunque dire «che è non più che non è», oppure «che è e non è», oppure «che né è, né non è». Lo scetticismo di Pirrone deriverebbe dunque da una precisa tesi metafisica relativa alla natura delle cose. Inoltre, sulla consapevolezza che ogni pretesa di conoscenza sfocia inevitabilmente nell'opinione si fonda anche l'ideale dell'afasia, che anticipa quello della sospensione del giudizio, espresso dal termine *ἐποχή* che sarà assunto dallo scetticismo più tardo. In ambito etico Pirrone avrebbe considerato altrettanto indifferenti le questioni relative al comportamento e alle scelte morali; secondo Diogene Laerzio (IX, 61) egli «diceva che nulla è né bello né brutto, né giusto né ingiusto [...] e che tutto ciò che gli uomini fanno accade per convenzione e per abitudine». L'indifferenza delle cose genera dunque l'atarassia, l'assoluta assenza di turbamento di fronte agli eventi della vita che è il fine della ricerca filosofica. Per la biografia di Pirrone cfr. quella scritta da Antigono di Caristo. Per una attenta analisi del pensiero pirroniano cfr. G. Reale, *Il dubbio di Pirrone. Ipotesi sullo scetticismo*, Il prato, Saonara (PD) 2008.

Il pensiero pedagogico eclettico non è un meticcio né tantomeno un ibrido, esso può essere una risorsa per tutti perché deve maturare nella condivisione, deve essere generato da atteggiamento umile, deve sollecitare lo scambio e l'ascolto.

L'eclettismo pedagogico, richiamandosi alla etimologia (*eklectikos*, da *eklegein*, composto da *ek* fuori e *legein* scegliere — quindi trascegliere, cioè scegliere fra più cose), ci spinge a scegliere, ma tra quali cose occorre operare delle scelte soprattutto al tempo della pandemia?

Una parola chiave è, senza dubbio, resilienza.

Il termine «resilienza», così come l'aggettivo «resiliente», era noto in Italia già a partire dal Settecento. Anche qui l'etimologia ci aiuta: latino *resiliens*, participio passato di *resilire* («saltare indietro»). Come si vede, è un qualcosa che rimbalza, torna indietro dopo l'urto, reagisce. Questi significati sono stati raccolti in fisica, in particolare dal lessico delle scienze dei materiali, che hanno fatto di questo «saltare indietro» la capacità di un materiale di resistere a urti assorbendone l'energia attraverso una deformazione elastica (banalmente, si può pensare al tappeto elastico), poi restituendola e tornando alle condizioni originali.

La resilienza è assunta come capacità psicologica di reagire a un trauma. L'urto morale si sente eccome, ci impressiona, ci deforma, ma con spirito e adattabilità la persona resiliente ne fa trampolino per riprendersi come e meglio di prima.

Trasposta in educazione la resilienza vuol dire sapersi riprogettare dopo un fallimento.

Nel caso in questione, la pandemia e il tragico che l'accompagna, quale sarà un atteggiamento resiliente in grado di riprogettare il senso del vivere?

Dicevamo che è necessario operare delle scelte: le priorità (salute-comunità-sussidiarietà), l'etica pubblica, oltre il semplice sé verso la comunità.

L'educazione del sé impatta con la comunità e con la politica. Nelle scelte bisogna, per esempio, decidere con scelta tragica chi curare prima.

La pandemia ha fatto da cartina di tornasole alle tante criticità già presenti.

Occorre rieducare l'umano al tempo del post-umano.

In questa prospettiva di ri-educazione dobbiamo impegnarci per evitare che il lockdown dei corpi, necessario per impedire la diffusione del contagio, il distanziamento sociale, non si traduca in lockdown dell'anima. Nel lockdown il nostro essere comunitario è fortemente messo in crisi. Oggi ciò che era scontato non lo è più. Una stretta di mano, un sorriso, un abbraccio, un bacio appartengono ad un prima che sembra molto lontano nel tempo, quando, invece, è trascorso appena un anno dalla esplosione della pandemia. Alla quarantena sanitaria si affianca una quarantena dei corpi e dello spirito. C'è la preoccupazione che questa desertificazione potrà rimanere anche dopo, cioè quando la pandemia sarà un lontano ricordo. Il rischio è che possa radicarsi la «smaterializzazione» della vita come regola del vivere in comune. Questa smaterializzazione della relazione ai fini del distanziamento sociale fa leva proprio sui

sensi della distanza, vista e udito, che più ci fanno «uomini». Questi sensi, da Hegel definiti superiori, ci connotano come umani, proprio perché sono i sensi che portano lo spirito più in là di ciò che può toccare e sentire. In questo distanziamento si fa largo lo straniamento dalla propria corporeità. Si genera isolamento e maturano le paure, le angosce, oltre che si presenta concretamente il rischio della anaffettività.

L'epochè sopra richiamata in questa dimensione «sospesa» dell'uomo ci invita a non trarre subito conseguenze tragiche. Abbiamo compreso che il nostro essere soggetti sociali e relazionali, quindi guidati dai sensi oltre che dalla ragione, non può essere sottovalutato. È abbastanza chiaro che proprio i sensi della distanza, vista e udito, oltre che la propria corporeità, ci potranno salvare insieme a quei sensi definiti bassi, ovvero olfatto, gusto, tatto.

La nostra umanità relazionale sarà salvata dall'incomprimibilità espressiva dei corpi. È su questo che a nostro parere si deve insistere molto. Dobbiamo restituire all'uomo il piacere dello stare insieme, di toccarsi, sentirsi. È il corpo che fa da argine all'*homo telematicus*.

La resilienza deve far sì che il corpo mantenga la sua peculiarità di presenza, di incarnato. Solo da questo resistere del corpo l'educazione potrà ripartire per una dimensione di vita che oggi ci sembra che non ci appartenga più: l'essere comunità.

Stefano Cervellera – Carlo Cusatelli – Umberto Salinas

L'ANALISI QUASI-REAL-TIME DELLA MORTALITÀ TARANTINA FRA EMERGENZA AMBIENTALE E COVID-19

ABSTRACT

In un momento particolare per la realtà di Taranto, stretta tra salute, ambiente e giustizia, abbiamo voluto intervenire al Convegno per evidenziare la validità di uno strumento, quale l'osservatorio real-time di mortalità, che da alcuni anni progettiamo come supporto sia alla medicina che alla giustizia penale, in alternativa alle classiche analisi/perizie epidemiologiche che purtroppo si basano su informazioni datate.

In a particular moment for the reality of Taranto, squeezed between health, environment and justice, we wanted to speak at the Conference to highlight the validity of a tool, such as the real-time mortality observatory, which we have been planning for some years as a support for both medicine and criminal justice, as an alternative to the classic epidemiological analyzes/appraisals which unfortunately are based on outdated information.

PAROLE CHIAVE

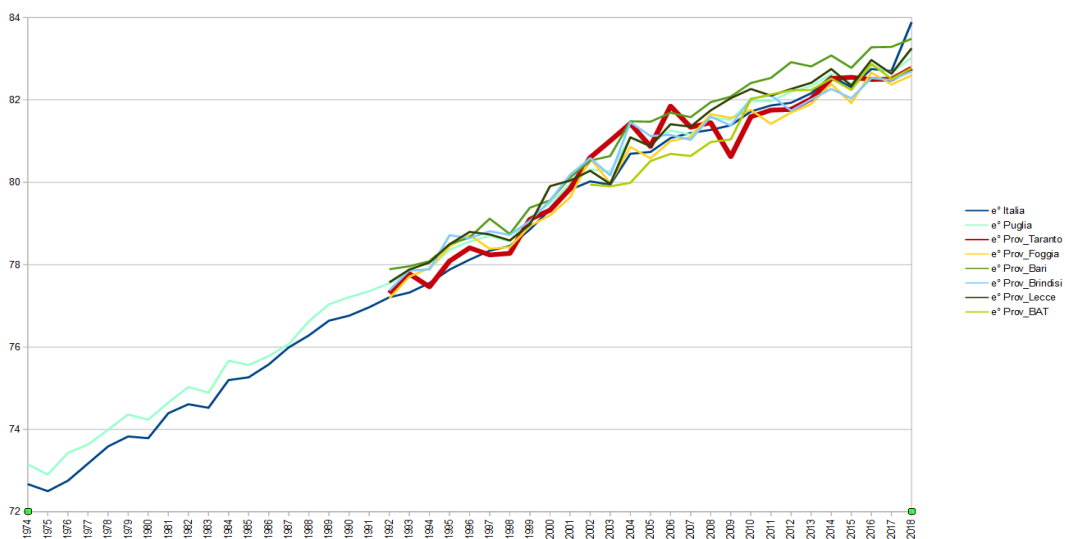
Quasi-real-time – mortalità – ambiente

Quasi-real-time – mortality – environment

Ci sono molti articoli, soprattutto giornalistici, fra i quali quello del 8 agosto 2012 scritto dal prof. G. C. Blangiardo sul quotidiano “Avvenire”: «I dati confermano: qui si vive meno che nel resto della Puglia». E pensare che nel 2006 quella di Taranto era

tra le prime dieci province con l'aspettativa di vita migliore, pari a quasi 82 anni, ma da allora si è assistito a un suo forte calo, recuperando tale livello solo cinque o sei anni dopo (Fig. 1): in quel periodo siamo stati tra i peggiori in Italia. In particolare, nel 2009 avevamo perso 70 posizioni, una situazione mai vista: solo in fase di guerra può accadere questo, e noi ci siamo chiesti perché e come sia accaduto in così poco tempo, tant'è che alla fine di tale fase sono cominciati i processi giudiziari sulle tante problematiche ambientali tarantine.

Fig. 1: Aspettativa di vita alla nascita (fonte: Istat)



Analizzando la fonte dei dati più facilmente accessibile, quella dell'Istituto Nazionale di Statistica, ci si accorge che per la validazione delle cause di morte l'Istat accumula anche anni di ritardo, rendendo quindi i suoi database provvisori per molto tempo. Anche a livello locale, l'ultimo registro tumori relativo a Taranto è del dicembre 2017, un ottimo lavoro, che però presenta dati aggiornati al 2012, quindi, con un elevato gap temporale che impone di dover verificare se ci siano alternative.

Ci siamo pertanto chiesti se in particolare per la città di Taranto, dove effettivamente la pressione ambientale è molto forte, si possano utilizzare fonti statistiche differenti per accorciare questi tempi di attesa rispetto agli studi ecologici ed epidemiologici. Si potrebbero utilizzare fonti dirette, quali per esempio l'anagrafe comunale avendola a disposizione, rispetto ai dati ufficiali che hanno un circuito più lungo. Sarebbe così possibile fare analisi addirittura subcomunali, laddove invece l'Istat fornisce dati provinciali.

Lavorare su base così aggregata per i ricercatori è un limite, e ce ne si può ben rendere conto specialmente in questa fase della pandemia Covid, in cui c'è la ricerca affannata di dati locali e aggiornatissimi. Ricordiamo una frase del prof. P. Vigo, il rappresentante italiano più illustre per le Misure: il sistema di misura deve essere corretto, preciso e aggiornato il più possibile, per il sistema di controllo che deve asservire. Se si ha intenzione di usare gli indici demografici, come quelli relativi alla mortalità, per elaborare le politiche sanitarie, è necessario verificare subito i dati. Un sistema di misura lento non funziona, va aggiornato il più possibile.

Abbiamo pertanto consultato le suddette fonti di dati e siamo riusciti a capire che l'andamento dell'Istat presenta dei disallineamenti forti rispetto all'anagrafe comunale di Taranto (Fig. 2), ma questo è un problema comune anche ad altre città: soprattutto nel primo decennio del nuovo millennio, quindi fra quattordicesimo e quindicesimo censimento, ci sono stati numeri abbastanza disallineati fra Istat (il cui andamento dei dati risulta piuttosto irregolare) e anagrafe (dall'evoluzione abbastanza regolare).

Fig. 2: Confronto tra fonti statistiche sulla città di Taranto (Istat e Anagrafe)

<u>Periodo 1993-2017</u>	<u>DS</u>	<u>Media</u>	<u>Variabilità %</u>
Popolazione ISTAT	8665,29	203379	4,3
Popolazione Anagrafe	6269,29	209318	3,0
Decessi ISTAT	142,62	1804	7,9
Decessi Anagrafe	75,84	1897	4,0
Tasso Mortalità ISTAT (x 100.000)	254,74	890	28,6
Tasso Mortalità Anagrafe (x 100.000)	113,14	908	12,5



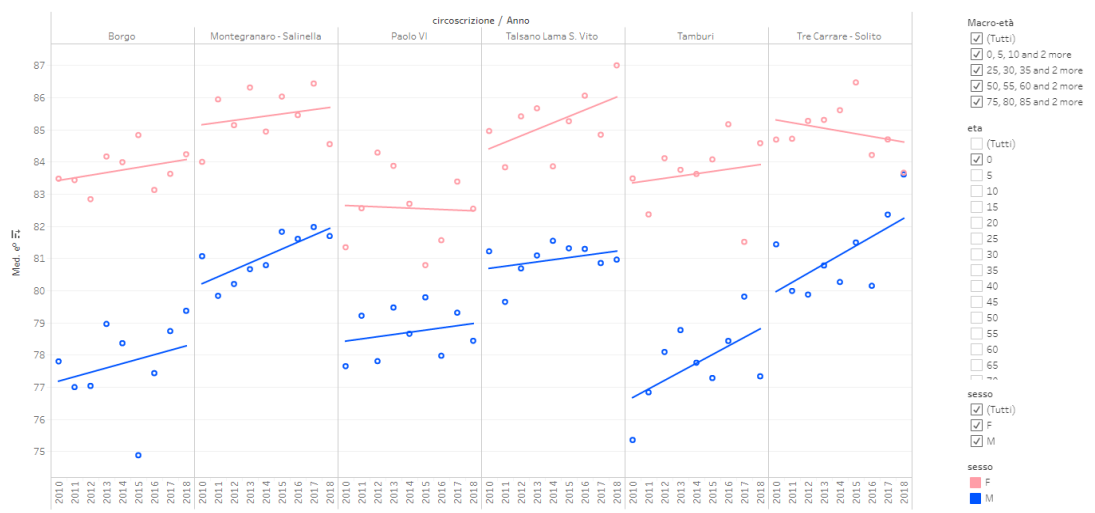
L'Istat adesso, finalmente, si sta aprendo anche ai dati di anagrafe, un bene per tutta la comunità, un risultato che abbiamo avuto già a gennaio 2019 con la pubblicazione dell'aspettativa di vita per singole aree e per quartieri: dalla Tav. 1 si può notare la differenza di aspettativa di vita tra maschi e femmine, nelle singole circoscrizioni di Taranto.

Tav. 1: Aspettativa di vita alla nascita a Taranto (fonte: anagrafe)

se..	circonscrizione	Anno								
		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
F	Borgo	83,47	83,43	82,83	84,16	83,98	84,83	83,12	83,62	84,23
	Montegrano - Salinel..	84,00	85,94	85,14	86,30	84,94	86,02	85,45	86,43	84,55
	Paolo VI	81,34	82,55	84,28	83,87	82,69	80,78	81,56	83,38	82,54
	Talsano Lama S. Vito	84,95	83,83	85,41	85,66	83,86	85,26	86,05	84,84	86,99
	Tamburi	83,48	82,36	84,11	83,75	83,62	84,07	85,16	81,51	84,57
	Tre Carrare - Solito	84,69	84,71	85,27	85,30	85,60	86,47	84,21	84,69	83,66
M	Borgo	77,79	76,99	77,03	78,96	78,36	74,87	77,43	78,73	79,36
	Montegrano - Salinel..	81,06	79,83	80,20	80,66	80,79	81,82	81,60	81,97	81,69
	Paolo VI	77,64	79,21	77,80	79,47	78,65	79,78	77,97	79,31	78,43
	Talsano Lama S. Vito	81,21	79,64	80,68	81,08	81,54	81,31	81,29	80,85	80,96
	Tamburi	75,35	76,83	78,08	78,77	77,75	77,28	78,43	79,80	77,33
	Tre Carrare - Solito	81,43	79,98	79,87	80,77	80,26	81,49	80,14	82,35	83,60

La Fig. 3 rappresenta graficamente tali dati: l'aspettativa di vita cresce un po' in tutti i quartieri, fra i quali c'è però molta disuguaglianza. Ad esempio, nell'area Tre Carrare-Solito l'aspettativa di vita di uomini e donne nel 2018 era quasi la stessa (e ciò rende addirittura negativo il loro trend, tirato in basso negli ultimi tre anni di dati a disposizione), e ciò è singolare; ma addirittura in alcune circoscrizioni si riscontra un'aspettativa di vita maschile paradossalmente più alta di quella femminile ancorché riguardante circoscrizioni diverse ma pur sempre vicine.

Fig. 3: Tendenze d'aspettativa di vita alla nascita a Taranto (fonte: anagrafe)



Dagli indicatori di aspettativa di vita così rapidamente esaminati, già emerge una situazione di forte disuguaglianza, sulla quale ovviamente incide molto l'aspetto della situazione socio-economica: i quartieri Borgo, Paolo VI e Tamburi sono accomunati dai livelli di aspettativa di vita molto distaccata dagli altri, come se fossero città diverse.

Infatti, senza entrare nel merito delle cause di morte, abbiamo calcolato anche i Rapporti Standardizzati di Mortalità (SMR) tra decessi osservati e decessi attesi stimati assumendo come riferimento i tassi di mortalità pugliesi: la mappa in Fig. 4 si può quindi interpretare considerando l'area di residenza come fattore di esposizione. Ad esempio, registriamo un eccesso statisticamente significativo del 21% per Tamburi nel periodo 2010-2018. Ma abbiamo anche dati positivi che dimostrano quanto la città sia resiliente: gli ultracentenari si distribuiscono anche nelle aree di maggior impatto ambientale, con persone di 109, 110 e anche 112 anni.

Fig. 4: Aree in eccesso (rosse) e difetto (verdi) di mortalità con SMR al livello di confidenza del 90% (fonte: anagrafe e Istat)



Questo tipo di analisi consentirebbe anche di verificare le disuguaglianze generazionali e, grazie al sempre più veloce aggiornamento delle anagrafi, i dati possono essere elaborati in *quasi-real-time*: nell'era Covid è stato ad esempio interessante riscontrare

come ad aprile 2020 la mortalità tarantina era ancora nei parametri, non risultando pertanto fino ad allora eccessi dovuti a tale patologia.

Purtroppo, non si può dire altrettanto dall'inizio dell'autunno, ma le informazioni aggiornate al 6 dicembre 2020 rivelano che c'è già stato il picco nelle settimane 42 e 43, con il relativo eccesso di mortalità che si è poi andato riducendo in conseguenza a quello che è stato fatto sia con gli ultimi DPCM, sia coi provvedimenti regionali e con l'Ordinanza del sindaco.

Laura Costantino

**LE SCELTE TRAGICHE NEL QUADRO DELLA FOOD SECURITY.
APPROVVIGIONAMENTO ALIMENTARE E INTERVENTI
REGOLATIVI NELL'EPOCA DELLA PANDEMIA**

ABSTRACT

Il diritto agroalimentare è frequentemente palcoscenico di decisioni frutto di «scelte tragiche», sia nel quadro della regolazione dei mercati che nell'ottica della tutela dei diritti. L'attuale crisi pandemica accentua i dilemmi delle scelte rispetto all'accelerazione di fenomeni preesistenti che incidono direttamente sull'accesso al cibo a livello globale.

Agri-food law is often the scene of decisions that are the result of «tragic choices», both in the context of regulating markets and in terms of protecting rights. The current pandemic crisis emphasizes the tragic nature of the choices regarding the acceleration of pre-existing events that directly affect access to food at a global level.

PAROLE CHIAVE

Regole di mercato – sicurezza alimentare – diritto al cibo

Food crisis – food security – right to food

Sommario: 1. Le «scelte tragiche» nel quadro della regolazione dei mercati agro-alimentari. 2. La terra al bivio. 3. Interventi regolativi durante la crisi pandemica: cibo o salute?

1. Il diritto agroalimentare è frequentemente palcoscenico di decisioni frutto di scelte tragiche, sia nel quadro della regolazione dei mercati che in quello della tutela dei diritti, accentuate da improvvise situazioni emergenziali che spesso si presentano, per le caratteristiche di questo settore.

L'esigenza di assumere decisioni nette e al tempo stesso complesse è determinata da diversi fattori: il ricorrente dualismo tra scelte necessariamente alternative che implicano la decisione (politica) di individuare una gerarchia tra obiettivi normativamente disposti sullo stesso piano; la necessità di trovare soluzioni all'allocazione delle risorse scarse, che implica una individuazione dei metodi di tutela di valori e diritti¹. L'attuale contesto pandemico accentua la tragicità delle scelte rispetto all'accelerazione di fenomeni preesistenti che incidono direttamente sull'accesso al cibo a livello globale.

Le scelte di *governance* del mercato agroalimentare, dalla nascita del modello di governo europeo in poi, sono state caratterizzate da un elemento centrale: il carattere necessariamente alternativo della decisione politica rispetto al raggiungimento di obiettivi, considerati tutti importanti dal legislatore e privi di un criterio gerarchico che possa consentire l'individuazione di un metodo univoco per la loro concreta attuazione.

Attraverso la Politica agricola comune è stato strutturato un mercato fondamentale per lo sviluppo della popolazione europea, ovvero il mercato della produzione alimentare, partendo dall'individuazione di obiettivi intorno ai quali articolare l'azione politica, indicati nell'art. 39 del TFUE².

Tra questi, assumono significativa rilevanza in questo contesto l'obiettivo di «assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, grazie in particolare al miglioramento del reddito individuale di coloro che lavorano nell'agricoltura» e «assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori». Le finalità indicate sono state strutturate intorno alla necessità di rendere (nuovamente) attrattivo il lavoro nelle

¹ La riflessione intorno alle scelte allocative di fronte alla scarsità delle risorse è efficacemente affrontata nelle pagine di G. Calabresi, P. Bobbitt, *Scelte tragiche*, Milano, 2006 (nella prima edizione, *Tragic Choices*, New York, 1978).

² Sulla costruzione della Politica agricola comune, L. Costato (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003; F.G. Snyder, *Diritto agrario della Comunità Europea*, Milano, 1990; D. Bianchi, *La politique agricole commune (PAC). Toute la PAC, rien d'autre que la PAC!*, Bruxelles, 2006; G. Olmi, voce *Agricoltura in diritto comunitario*, in *Digesto pubbl.*, 1987, p. 118 e ss.; Id., *Common organization of agricultural markets at the stage of the single market*, in *Common market Law Review*, 1967, p. 359 e ss.; E. Cappelli, S. Ventura, *Problemi giuridici dell'agricoltura comunitaria*, in *Riv. dir. agr.*, 1964, III, p.4 e ss.; P. De Caterini, voce *Politiche comunitarie, I) Politica agricola*, in *Enc. Giur.*, 1988, p. 1 e ss.

campagne, garantendo una adeguata redditività alle professionalità coinvolte nell'organizzazione dell'impresa, e allo stesso tempo assicurare abbondanza di cibo a buon mercato ai cittadini europei.

D'altro canto, analogamente a quanto accaduto anche in altri diritti nazionali, il contesto normativo italiano aveva già maturato, attraverso l'adozione del codice civile, una disciplina per l'imprenditore agricolo inserita nel libro V, fondata sul riconoscimento dell'organizzazione dei mezzi di produzione e sulla specificità del rischio d'impresa, che garantiva il presupposto normativo necessario per la valorizzazione delle attività produttive sulla terra³.

Nonostante il dato normativo mostrava una sua organicità al fine di incentivare lo sviluppo di un mercato agroalimentare, l'obiettivo di assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, indicato nell'art. 39 del TFUE, risultava difficilmente coniugabile con l'obiettivo di assicurare prezzi ragionevoli ai consumatori; infatti, nel secondo dopoguerra, quando era necessario assicurare il ritorno dei lavoratori nelle campagne al fine di incrementare la produzione alimentare, a fronte di un drammatico contesto di insicurezza alimentare, la strada seguita nell'attuazione della politica agricola comune è stata quella del mercato indotto attraverso il sistema dei prezzi amministrati, in modo da raggiungere sia l'obiettivo di assicurare la redditività del lavoro agricolo che l'accessibilità dei prezzi al consumo. Attraverso la garanzia di un prezzo di equilibrio corrisposto agli agricoltori e individuato per categorie di prodotti, veniva garantita la redditività dell'impresa agricola contro il rischio della fluttuazione dei prezzi, assicurando in tal modo un'offerta adeguata di prodotto sul mercato.

Al tempo stesso, gli aiuti alle imprese agricole venivano collegati alla quantità prodotta, strutturando un sistema di sostegno al reddito incentrato sulla capacità produttiva dell'impresa misurata in termini quantitativi.

Purtuttavia, il raggiungimento di entrambi gli obiettivi predetti non è stato privo di conseguenze: l'impatto che l'agricoltura intensiva ha avuto sull'ambiente, sul depauperamento delle risorse naturali, sulla biodiversità, sulla fertilità dei suoli, come pure sulla creazione di sprechi alimentari⁴ è stato devastante, tanto da imporre un adeguamento delle politiche agricole, nel rispetto degli obiettivi propri della politica ambientale⁵.

³ Sulle vicende storiche dell'impresa agricola, dalla disciplina antecedente all'unificazione dei due codici alla riforma dell'art. 2135 c.c. ad opera del d.lg.s n. 228/2001, si rinvia a A. Iannarelli, A. Vecchione, *L'impresa Agricola*, Torino, 2008.

⁴ Sul fenomeno degli sprechi alimentari sia consentito rinviare al nostro *La problematica degli sprechi nella filiera agroalimentare*, Bari, 2018.

⁵ Sul rapporto tra politica agricola e politica ambientale, si rinvia a A. Iannarelli, *Diritto agrario e società industriale, tomo II, Il sistema agro-alimentare*, Bari, 1993 (spec. pg. 323 e ss.); L. Costato, S. Manservigi, *Profili di diritto ambientale nell'Unione europea*, Padova, 2012. Sull'evoluzione della PAC

L'abbandono dell'interventismo pubblico, in favore di un mercato concorrenziale nel quale è stata inserita anche l'agricoltura - sia pure con le specificità delle misure previste dalla regolamentazione europea - ha riproposto ciclicamente il tema del dualismo tra gli obiettivi indicati. Ove il prezzo del prodotto scende troppo, la redditività dell'impresa agricola ne risente e si manifesta il rischio che le imprese agricole spostino la produzione verso attività più remunerative rispetto alla produzione alimentare⁶, con ripercussioni sulla *food security*.

I governi hanno, dunque, dovuto mettere in campo politiche che hanno alternativamente messo in primo piano o l'uno o l'altro obiettivo, con regolare ciclicità. Così, se da un lato sono stati introdotti i principi della multifunzionalità dell'agricoltura e promossa la diversificazione delle attività produttive agricole⁷, per rispondere all'esigenza di contenere gli eccessi produttivi ma al tempo stesso garantire la redditività degli agricoltori, dall'altro l'estrema flessibilità dei prezzi dei prodotti agricoli ha condotto, insieme ad altri fattori legati alle specificità dei sistemi agricoli, ad uno squilibrio di potere lungo la filiera produttiva, in assenza di regole che incidano direttamente sulla distribuzione del valore tra i diversi attori della catena alimentare.

Il dualismo degli obiettivi indicati resta al centro dei programmi attuali dell'Unione europea, declinati ora nella cornice della sostenibilità: la Proposta di Regolamento sulla nuova PAC, all'art.6, indica tra gli obiettivi, sostenere un reddito agricolo sufficiente e la resilienza in tutta l'Unione per rafforzare la sicurezza alimentare; migliorare l'orientamento al mercato e aumentare la competitività; migliorare la posizione degli agricoltori nella catena del valore⁸.

con particolare riferimento alle esigenze di controllo delle diseconomie, L. Costato, *La controriforma della PAC*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, I, p. 369; Id., *Agricoltura, ambiente e alimentazione nell'evoluzione del diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, p. 210; Id., *Diritto alimentare e diritto al cibo dal I Piano Mansholt alla riforma del 2013*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, p. 306; D. Bianchi, *La Pac camaleontica alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 592.

⁶ Sul rapporto tra agricoltura e produzione di energia, P. Lattanzi, *Agricoltura ed energia. L'impresa agricola nella filiera agroenergetica*, Macerata, 2008; Id., *L'energia dopo Lisbona. Il superamento del paradosso energetico*, in L. Costato, P. Borghi, L. Russo, S. Manservigi (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario, alimentare, ambientale*, Atti del Convegno di Ferrara, 6-7 maggio 2011, Napoli, 2011; M. D'addezio, *Dinamiche competitive tra usi della terra destinati alla produzione di alimenti ed usi destinati alla produzione di energie rinnovabili*, in E. Rook Basile, A. Germanò (a cura di), *Agricoltura e in-sicurezza alimentare tra crisi della PAC e mercato globale*, Atti del Convegno IDAIC, Siena, 21-22 ottobre 2010, Milano, 2011.

⁷ Si pensi al ruolo importante attribuito più recentemente all'agricoltura sociale, su cui si rinvia a I. Canfora, *L'agricoltura come strumento di welfare. Le nuove frontiere dei servizi dell'agricoltura sociale*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, I, p. 5 e ss.

⁸ COM(2018) 392 final, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga il regolamento (UE) n. 1305/2013

L'attenzione al reddito delle imprese agricole è la premessa del documento rappresentativo del c.d. *Green Deal*: il passaggio ad un sistema alimentare sostenibile presuppone una «sussistenza sostenibile» per i produttori primari, ancora svantaggiati in termini di reddito; tra gli obiettivi indicati nel documento, si individua la necessità di preservare l'accessibilità economica degli alimenti, assicurando «rendimenti economici più equi nella catena di approvvigionamento...garantendo allo stesso tempo l'integrità del mercato unico e la salute e la sicurezza sul lavoro»⁹.

Il contenuto degli obiettivi indicati dal legislatore specifica, oggi, un ampliamento di prospettiva con riguardo alle tutele, estese ai diritti dei lavoratori agricoli, nel solco degli obiettivi plurimi legati al tema della sostenibilità¹⁰.

2. L'attuazione di politiche agricole volte a salvaguardare la sicurezza negli approvvigionamenti e la stabilità del mercato europeo, ha ben presto comportato la necessità di rispondere ad un interrogativo diventato oggi non più procrastinabile, ovvero quali metodi seguire per l'allocazione delle risorse scarse.

Il tema si intreccia con quella che è stata definita la «tragedia dei beni comuni». Ormai da tempo i giuristi si interrogano su quali metodi utilizzare per garantire che i beni comuni restino fruibili da tutti, in un'epoca storica nella quale scelte culturali, politiche ed economiche passate hanno determinato la scarsità di risorse necessarie alla

del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁹ Bruxelles, 20.5.2020 COM(2020) 381 final Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Una strategia “Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente: «...Il passaggio a un sistema alimentare sostenibile può apportare benefici ambientali, sanitari e sociali, offrire vantaggi economici e assicurare che la ripresa dalla crisi ci conduca su un percorso sostenibile...Per il successo della ripresa e della transizione è essenziale garantire una sussistenza sostenibile ai produttori primari, che sono ancora svantaggiati in termini di reddito. L'agricoltore medio dell'UE guadagna attualmente circa la metà del lavoratore medio nell'economia in generale». Tra gli obiettivi, «...preservare l'accessibilità economica degli alimenti generando nel contempo rendimenti economici più equi nella catena di approvvigionamento, con l'obiettivo ultimo di rendere gli alimenti più sostenibili e anche più accessibili dal punto di vista economico, migliorare la competitività del settore UE dell'approvvigionamento, promuovere il commercio equo e creare nuove opportunità commerciali, garantendo allo stesso tempo l'integrità del mercato unico e la salute e la sicurezza sul lavoro».

¹⁰ L'attenzione verso la costruzione di filiere etiche è dimostrata dal fervore normativo nazionale: sono stati, infatti, recentemente presentati diversi disegni di legge che si inseriscono nel quadro della sostenibilità etica delle filiere sia dal punto di vista della giusta distribuzione del valore che nell'ottica della tutela dei diritti dei lavoratori (disegno di legge 1565 sulla riforma delle modalità di vendita dei prodotti agroalimentari e delega al Governo per la regolamentazione e il sostegno delle filiere etiche di qualità; disegno di legge 1549 relativo alle limitazioni alla vendita sottocosto dei prodotti agricoli e agroalimentari e di divieto delle aste a doppio ribasso per l'acquisto dei medesimi prodotti e delega al Governo per la disciplina e il sostegno delle filiere etiche di produzione).

produzione di beni primari, come il cibo, insieme ad un problema di strutturale iniquità nella distribuzione delle risorse alimentari a livello globale.

Con una nota e felice espressione, Hardin mette in luce il problema della crescita della popolazione mondiale in un mondo di risorse finite¹¹. I beni comuni sono caratterizzati dalla scarsità, dalla destinazione alla realizzazione di interessi di tutti e dall'esigenza di protezione in funzione dei diritti delle generazioni future.

Tra queste risorse, il suolo rappresenta un bene che è necessario salvaguardare al fine di garantire l'abbondanza di cibo sul mercato e soddisfare, dunque, il diritto fondamentale all'alimentazione adeguata e stabile nel tempo¹².

A ben guardare, in questo caso la scarsità della risorsa non è insita nel bene ma è il risultato della decisione di una società che non è disposta a rinunciare ad alcuni benefici al fine di eliminare quella scarsità.

L'allevamento intensivo, il ricorso alla monocoltura, la produzione alimentare in quantità, legata all'esigenza di rispondere all'aumento demografico mondiale, hanno comportato il depauperamento di una risorsa fondamentale alla stessa produzione alimentare.

Il suolo non è più sufficiente a soddisfare la domanda mondiale di cibo perché l'utilizzo intensivo dello stesso nelle economie più avanzate comporta non solo il suo impoverimento, ma anche il ricorso all'utilizzo di terreni appartenenti ad altri popoli, per soddisfare la crescente domanda di materie prime da parte della filiera agroalimentare industrializzata.

Posto, dunque, che il suolo è una risorsa scarsa, chi dovrà beneficiare di questo bene? In che modo gli ordinamenti nazionali e sovranazionali intervengono a regolare l'allocazione di questa preziosa risorsa al fine di assicurare la *food security*?

Se le politiche europee hanno orientato il sistema agroalimentare verso i valori della sostenibilità, con una decisa inversione di rotta rispetto alle scelte politiche passate, in altre aree la risposta è purtroppo, una tragica assenza di decisione.

Questo ha condotto all'esasperazione del fenomeno allocativo del bene, ricorrendo all'utilizzo di contratti di affitto a lungo termine dei terreni soprattutto in Paesi in via di sviluppo ai quali è rimessa, colpevolmente, una scelta tragica: garantire la sovranità

¹¹ G. Hardin, *The tragedy of commons*, in *Science*, Vol. 162, no. 3859, 1968, p. 1243. Hardin afferma che nella gestione di molti fenomeni collettivi si verificano tragedie perché ogni scelta comporta dei costi alti, escludendo la possibilità che ci sia una scelta ottima che non incida negativamente sulla tutela di un valore, di un diritto, di un bene.

¹² Sulle problematiche legate al consumo del suolo, L. Paoloni, *Consumo e risparmio di suolo: uno sguardo al presente ed al futuro*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2014, p. 1024.

alimentare delle popolazioni locali, contrastando il fenomeno del *land grabbing*, o concordare regolamentazioni negoziali dell'utilizzo dei terreni con investitori esteri miliardari che possano garantire una certa stabilità economica alle popolazioni locali interessate¹³?

La scelta è drammatica, perché il prezzo da pagare agli investitori stranieri non è determinato esclusivamente dalla cessione dell'utilizzo dei terreni, ma anche dall'utilizzo illimitato di altre risorse naturali (scarse) necessarie alla coltivazione (acqua), dalla cessione del potere decisionale circa le coltivazioni da condurre (spesso dedicate alla produzione di mangimi per rispondere alla crescente domanda del mercato degli allevamenti intensivi nei Paesi sviluppati) e dunque alla rinuncia a godere in modo produttivo quei terreni, sottraendo le (scarse) risorse alimentari alla popolazione locale, per destinarle a mercati molto lontani¹⁴.

La carenza decisionale a livello sovranazionale conduce, dunque, ad una scelta tragica: rispettare il diritto alla sovranità alimentare delle popolazioni locali o garantire una stabilità economica alle stesse, privandole però del diritto di autodeterminazione? Le implicazioni sociali di questa scelta sono tutt'altro che sottovalutabili: le condizioni di lavoro dei lavoratori agricoli, l'inclusione lavorativa delle donne, l'influenza sugli aspetti religiosi legati al consumo di cibo, la tutela delle risorse naturali per le generazioni future, sono tutti costi sociali direttamente discendenti da questa scelta.

3.L'ulteriore aspetto che merita attenta considerazione è legato alla pandemia da Sars-cov2, che ha condotto i governi alla messa in atto di scelte doverose quanto drammatiche.

A ben guardare, il diritto agroalimentare rappresenta un punto di osservazione privilegiato in riferimento alle scelte (tragiche) poste in essere durante episodi epidemici. Durante la crisi della BSE, più comunemente nota come «morbo della mucca pazza», la gravità della situazione in termini di diffusione del contagio ha

¹³ Sul principio della sovranità alimentare e sulle vicende relative al *land grabbing* si rinvia a A. Iannarelli, *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Torino, 2015; L. Paoloni, *La 'sottrazione' delle terre coltivabili ed il fenomeno del land grabbing*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, p. 281; Id., *L'uso sostenibile della terra*, in *Agricoltura, istituzioni, mercati*, 2011, p. 123.

¹⁴ Un importante intervento propulsivo in tal senso è stato avanzato dalla FAO che ha adottato nel 2012 le «Direttive Volontarie per una *Governance* responsabile dei regimi di proprietà applicabili alla terra, alla pesca e alle foreste nel contesto della sicurezza alimentare nazionale». La condivisione dei principi tra tutti gli Stati membri è senza dubbio il punto di forza del documento che sconta, però, il carattere necessariamente non vincolante dello stesso.

comportato la messa in atto di scelte operate assumendo quale criterio di valore la tutela della salute umana¹⁵.

L'assenza di metodi di tracciamento rapidi ed efficaci che consentissero di individuare in tempo utile gli animali malati, contro la rapidità della diffusione della malattia tra le persone, indotta anche dalla libera circolazione dei prodotti nel mercato europeo, ha comportato la decisione della Commissione circa l'embargo delle carni provenienti dall'area geografica maggiormente interessata dal diffondersi della malattia, con conseguente danno alle imprese di allevamento interessate dal provvedimento¹⁶. La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla proporzionalità di tale misura, ha invocato il principio di precauzione, quale criterio sintesi tra contrapposte esigenze, estendendolo al campo della sicurezza alimentare ed anticipando, in tal modo, le scelte legislative che hanno poi condotto all'inclusione della precauzione tra i principi cardine del Reg. n. 178/2002 sulla sicurezza alimentare¹⁷.

Il dualismo della scelta in tutta la sua tragicità è riemerso con forza nei primi mesi del 2020: la rapida diffusione del virus Sars-cov2 ha imposto agli Stati di dover scegliere tra la tutela del diritto alla salute e la compressione di una serie di diritti fondamentali, tra i quali il diritto al cibo.

In tutto il mondo sono state assunte diverse misure restrittive al fine di contrastare la diffusione della pandemia; tali misure hanno, però, di fatto accelerato a livello globale fenomeni per i quali l'Agenda 2030 aveva già predisposto ambiziosi obiettivi di contrasto¹⁸. Ci si riferisce in primo luogo all'obiettivo di ridurre la fame e la povertà, fenomeno che purtroppo ha subito una impressionante accelerazione durante il 2020, come conseguenza delle misure di contrasto al virus Sars-cov2, e dunque nell'ottica della tutela della salute.

La FAO stima che nell'anno appena trascorso, 83 milioni di persone in più rispetto al 2019 non hanno avuto accesso ad adeguate risorse alimentari¹⁹; si stima un tasso di mortalità legato alla privazione di risorse alimentari crescente e maggiore rispetto all'incidenza dei decessi per covid.

¹⁵ L. Costato, S. Bolognini, *Note introduttive*, in IDAIC (a cura di), *La sicurezza alimentare nell'Unione europea*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 114 e ss.; F. Albinini, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Milano, 2018, p. 110 e ss.

¹⁶ Decisione della Commissione 27 marzo 1996, 96/239/CE, relativa a misure di emergenza in materia di protezione contro l'encefalopatia spongiforme bovina.

¹⁷ Causa C-180/96 del 5 maggio 1998.

¹⁸ Come ricorda H. Rosling, *Factfulness*, Milano, 2018, la fame e la povertà estrema hanno subito importanti ridimensionamenti negli ultimi anni. La pandemia in atto ha, purtroppo, riportato il mondo in emergenza, soprattutto con riferimento alle aree più povere e meno dotate di infrastrutture per il trasporto delle merci.

¹⁹ FAO, *The state of food security and nutrition in the world 2020*, 2020.

In Africa, Asia e America latina, le restrizioni governative imposte per contrastare la diffusione della pandemia, hanno inciso sui trasporti pubblici di merci e persone, e sull'apertura dei mercati alimentari, comportando serie difficoltà per i produttori agricoli sia di reperire i mezzi di produzione necessari per la coltivazione (sementi), sia di approvvigionarsi di acqua; i lavoratori migranti non hanno potuto raggiungere i luoghi di lavoro con un impatto diretto sulla produzione primaria.

Di conseguenza, i prezzi degli alimenti in diverse zone rurali e urbane hanno subito un significativo aumento, mettendo a serio rischio la capacità di acquisto di larga parte della popolazione locale.

La chiusura delle scuole ha impattato anche sulla sicurezza alimentare dei bambini in difficoltà che grazie alle mense scolastiche ricevevano almeno un pasto certo al giorno²⁰.

In India il *lockdown* ha coinciso con il periodo di stoccaggio di una serie di varietà di cereali; le attività si sono bloccate causando grosse perdite alimentari e mettendo a rischio l'autoapprovvigionamento alimentare²¹.

La compromessa capacità dei sistemi alimentari locali di far fronte alla domanda di cibo, non è stata neanche bilanciata dal ricorso agli aiuti umanitari: secondo l'OCHA (l'Ufficio delle Nazioni Unite per il Coordinamento degli affari umanitari) meno del 10% delle risorse messe a disposizione per rispondere alla crescente insicurezza alimentare sono state impiegate, a causa della restrizione dei trasporti e della conseguente difficoltà per i volontari di proseguire le attività di distribuzione alimentare.

Limitazione delle scorte di cibo, aumento dei prezzi al consumo e impoverimento dei redditi rappresentano preoccupazioni centrali anche nei Paesi europei, dove le misure

²⁰ FAO, *Protecting land and natural resources tenure rights in the era of Covid 19 by heeding the lessons from the past*, 8 ottobre 2020. Lo scorso aprile, durante il vertice Straordinario dei Ministri dell'Agricoltura del G20, l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO), il Fondo Internazionale per lo Sviluppo Agricolo (IFAD), la Banca Mondiale, il Programma Alimentare Mondiale (WFP), in una dichiarazione congiunta, hanno avvertito come la pandemia ponga sfide senza precedenti con profonde conseguenze sociali e economiche, tra cui la compromissione della sicurezza alimentare e della nutrizione. Il 5 novembre 2020 la FAO ha formalmente inaugurato la «Food Coalition», la nuova alleanza globale finalizzata a mitigare l'impatto della pandemia sulla sicurezza alimentare. Nata su iniziativa dell'Italia, la Food Coalition è un'alleanza multilaterale istituita su base volontaria per supportare iniziative innovative in grado di migliorare l'accesso al cibo e la sostenibilità dei sistemi agroalimentari. Oltre 30 Paesi hanno già manifestato il proprio interesse ad aderire all'iniziativa, che sosterrà le azioni per contrastare gli effetti della pandemia e riportare i Paesi sulla strada giusta per il raggiungimento degli Obiettivi di sviluppo sostenibile entro il 2030, primo fra tutti l'eliminazione della fame e della povertà.

²¹ FAO, *Covid 19 and the role of local food production in building more resilient local food systems*, 18/9/2020.

di contenimento della pandemia non hanno coinvolto le filiere della produzione e della distribuzione agroalimentare.

I recenti interventi normativi nazionali sono volti, tuttavia, ad intensificare la costituzione di scorte nazionali, riportando in primo piano l'attenzione verso l'approvvigionamento alimentare autonomo. In Francia, ad esempio, è in corso di studio un piano volto ad aumentare il tasso di autoapprovvigionamento, con l'obiettivo di ridurre fortemente la dipendenza dalle importazioni.

Nel difficile bilanciamento tra diritti umani, il diritto al cibo ha da sempre risentito di una certa debolezza nel suo riconoscimento effettivo in considerazione della complessa questione della giustiziabilità dei diritti economici e sociali; la scelta tra la realizzabilità di diritti umani universali passa inevitabilmente attraverso un parametro di valori che l'ordinamento giuridico è chiamato ad individuare, nel rispetto degli impegni assunti a livello sovranazionale, in un'ottica di coordinamento e di condivisione di obiettivi comuni.

La strada più proficua da intraprendere nel prossimo futuro sarà quella della cooperazione inter-istituzionale e inter-disciplinare, al fine di coordinare le azioni in un'ottica di sistema.

Ivan Ingravallo

**IL (DIFFICILE) BILANCIAMENTO TRA MISURE DI CONTRASTO
ALLA PANDEMIA DA COVID-19 E CONVENZIONE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO**

ABSTRACT

Il contributo esamina l'impatto che le misure approvate dagli Stati per contrastare la pandemia da Covid-19, anche a seguito dell'azione dell'OMS, hanno avuto sui diritti umani. Piuttosto che soffermarsi sulla distinzione tra restrizioni e deroghe ai diritti umani tutelati da norme internazionali, in particolare dalla CEDU, si mette in luce la prevalenza del diritto alla vita sugli altri diritti. A tale riguardo, la questione problematica non riguarda la limitazione del godimento dei diritti umani, ma le modalità e le condizioni cui questa limitazione deve sottostare.

The essay focuses on the impact that the measures approved by the States to combat the Covid-19 pandemic – also following the action of the WHO – have had on human rights. The author, rather than insisting on the distinction between restrictions and exceptions to human rights protected by international legal norms, especially by the ECHR, emphasizes the prevalence of the right to life over other rights. In this regard, the problematic question does not concern the limitation of the enjoyment of human rights, but the modalities and conditions to which such limitation must be subject.

PAROLE CHIAVE

Diritti umani – OMS – CEDU

Human rights – WHO – ECHR

Sommario: 1. Considerazioni introduttive sul ruolo dell'OMS nel contrastare la pandemia da Covid-19. 2. Le deroghe e restrizioni alla CEDU: il quadro normativo. – 3. Deroghe e restrizioni alla CEDU dovute alle misure di contrasto al Covid-19. – 4. La preminenza del diritto alla vita sugli altri diritti garantiti dalla CEDU

1. Considerazioni introduttive sul ruolo dell'OMS nel contrastare la pandemia da Covid-19. – La pandemia da Covid-19 ha profondamente cambiato il nostro modo di vivere quotidiano. È a tutti noto come siamo arrivati a questo punto, a partire dalle prime notizie giunte dalla Cina tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020, passando per la dichiarazione del Direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) del 30 gennaio 2020, che ha definito il Covid-19 «a public health emergency of international concern», fino alla diffusione del contagio a livello globale.

L'OMS è stata istituita nel 1948 come principale ente internazionale competente in materia di salute¹; include 193 Stati membri² e raggruppa, sostanzialmente, l'intera comunità internazionale (inclusi gli Stati Uniti, che durante la pandemia, sotto la Presidenza Trump, avevano dichiarato l'intenzione di recedere dall'Organizzazione, proposito ritirato dal neo-Presidente Biden in uno dei primi atti dopo il suo insediamento). L'art. 1 della Costituzione dell'OMS le assegna l'obiettivo di «attainment by all peoples of the highest possible level of health», mentre il successivo art. 2 le affida ampi poteri al fine di raggiungere questo obiettivo.

Il principale organo dell'OMS è l'Assemblea mondiale della sanità, nella quale tutti gli Stati membri sono rappresentati e che delibera secondo la regola "one State, one vote". In particolare, per quanto qui rileva compete all'Assemblea approvare il Regolamento sanitario internazionale, che stabilisce le misure necessarie impedire la diffusione a livello internazionale delle malattie più gravi. Si tratta di un atto obbligatorio per tutti i membri dell'OMS, a eccezione di quelli che, a seguito della notifica di tale atto conseguente alla sua adozione, dichiarino di non voler essere vincolati, secondo un procedimento c.d. di *opting out* (art. 22 Costituzione OMS). Questa circostanza incide sulla sua qualificazione giuridica, poiché il Regolamento è considerato da alcuni come un trattato in forma semplificata, da altri come un atto di diritto derivato imputabile

¹ La Costituzione (trattato istitutivo) dell'OMS è stata firmata a New York il 22 luglio 1946 ed è entrata in vigore il 7 aprile 1948. Nel corso dei decenni è stata emendata più volte (nel 1977, 1984, 1994 e 2005). Il testo aggiornato è consultabile sul sito web dell'OMS, all'indirizzo www.who.int.

² All'OMS, secondo l'art. 3 della sua Costituzione possono aderire solo Stati, il che impedisce che l'Unione europea possa farne parte. Peraltro, tutti gli Stati dell'UE sono anche membri dell'OMS e, nel tempo, sono stati istituiti stabili legami di cooperazione tra le due organizzazioni, che hanno funzionato anche in relazione alla pandemia da Covid-19.

all'Organizzazione³. Questa seconda opinione risulta preferibile, anche perché costituisce una delle manifestazioni dell'autonomia dell'OMS dai suoi Stati membri. Si consideri inoltre che, nella prassi, la facoltà di *opting out* rispetto al Regolamento non è stata utilizzata, il che mostra il sostegno degli Stati membri per le scelte assunte dall'OMS.

Il Regolamento sanitario attualmente applicabile è stato approvato dall'Assemblea mondiale della sanità il 23 maggio 2005 ed è entrato in vigore il 15 giugno 2007⁴. In base al suo art. 12, par. 1, compete al Direttore generale dell'OMS determinare «whether an event constitutes a public health emergency of international concern», ossia (secondo quanto definito dall'art. 1 dello stesso Regolamento) un evento straordinario che costituisce un rischio pandemico per la salute pubblica di altri Stati, il quale richiede una risposta coordinata a livello internazionale. È in base a questa disposizione che, come accennato, il 30 gennaio 2020 il Direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom ha qualificato il Covid-19 come emergenza sanitaria e, il successivo 11 marzo 2020, come pandemia⁵.

In seguito a queste determinazioni, conformemente a quanto dispone l'art. 15 del Regolamento sanitario internazionale, il Direttore generale dell'OMS ha adottato delle raccomandazioni temporanee, nei confronti sia dello Stato più direttamente coinvolto (la Cina, in questo caso), sia di altri Stati, relative a «persons, baggage, cargo, containers, conveyances, goods and/or postal parcels to prevent or reduce the international spread of disease and avoid unnecessary interference with international traffic»⁶. Si tratta del primo anello di una "catena" di misure che sono state

³ A tal riguardo v. R. Virzo, *Gli atti delle organizzazioni internazionali*, in A. Del Vecchio (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, ESI, Napoli, 2012, p. 130 s.

⁴ Anche l'International Health Regulations è consultabile sul sito web dell'OMS. In tema v. le considerazioni critiche di G. Bartolini, *Le misure di preparazione alle pandemie previste nei regolamenti sanitari internazionali e la loro (mancata) attuazione*, in *La Comunità Internazionale*, 3, 2020, p. 367 ss.

⁵ D. Greco, *Diritto internazionale e salute pubblica: l'Organizzazione mondiale della sanità alla prova della pandemia di COVID-19*, in *La Comunità Internazionale*, 2, 2020, p. 203 ss.

⁶ A. Bonfanti, *Le restrizioni delle esportazioni di dispositivi di protezione individuale ai tempi del COVID-19: diritto OMC, tutela della salute pubblica e solidarietà internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2020, p. 626 ss.; E. Baroncini, *L'impatto del Covid-19 su commercio e investimenti: l'approccio dell'Unione Europea*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 137 ss.; D. Greco, *Covid-19 e restrizioni al commercio internazionale: il dialogo (soft) tra OMS e OMC*, in P. Acconci, E. Baroncini (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Dipartimento di scienze giuridiche, AMS Acta –AlmaDL, Università di Bologna, Bologna, 2020, p. 23 ss.

progressivamente adottate a livello internazionale⁷, europeo⁸, statale⁹, regionale¹⁰ e finanche comunale¹¹ per fronteggiare, per quanto possibile, la diffusione del contagio, aventi vario contenuto e diverso valore giuridico.

Il presente contributo non è rivolto a esaminare nel merito queste misure, a tutti ben note, ma intende soffermarsi su un profilo specifico, quello del loro impatto sul godimento di una serie di diritti e libertà, tutelati da norme nazionali e internazionali, e sull'esigenza di bilanciamento cui ciò ha condotto.

2. Le deroghe e restrizioni alla CEDU: il quadro normativo. – È agevole constatare come, al fine di evitare il diffondersi della pandemia, le misure adottate dagli Stati abbiano limitato, talora in modo assai intenso, numerosi diritti umani tutelati da norme internazionali per essi vincolanti¹². Ricordiamo, senza pretesa di esaustività, i diritti alla libertà personale, alla libertà di circolazione, al rispetto della vita privata, alla libertà di riunione e di associazione, a quella di credo o di manifestare la propria religione, all'istruzione, alle elezioni, all'equo processo, alla libertà di iniziativa economica, ecc.¹³.

⁷ Tra i numerosi contributi apparsi nella dottrina italiana v. C.M. Pontecorvo, *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di 'Covid-19'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2020, p. 195 ss.; F. Romanin Jacur, *Diritto internazionale e risposta alla pandemia da Covid-19*, in M. Frigessi di Rattalma (a cura di), *La pandemia da Covid-19. Profili di diritto nazionale, dell'Unione europea ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 144 ss.

⁸ Al riguardo, v. i contributi raccolti in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *Eurojus*, numero speciale, 2020, reperibile all'indirizzo www.eurojus.it, nonché quelli reperibili all'indirizzo www.aisdue.eu/category/focus/coronavirus-e-diritto-dellunione-contributi; nonché M.R. Mauro, *L'Unione Europea alla prova del Covid-19: il Recovery Fund e il rilancio del processo di integrazione*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., p. 101 ss.; F. Romanin Jacur, M. Lazzaroni, *Unione europea e risposta alla pandemia da Covid-19*, in M. Frigessi di Rattalma (a cura di), *La pandemia da Covid-19*, cit., p. 173 ss.; N. Ruccia, *L'Unione europea e l'emergenza sanitaria da COVID-19*, in *La Comunità Internazionale*, 2, 2020, p. 241 ss.

⁹ V., *ex multis*, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 558 ss., reperibile online; F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, p. 131 ss., nonché, in una prospettiva comparata, L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020.

¹⁰ G. Zarra, *Sulla compatibilità di misure restrittive, adottate in Italia e nella Regione Campania per contenere l'epidemia di COVID-19, con gli articoli 5 e 2 del Protocollo n. 4 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2020, p. 583 ss.

¹¹ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109 ss., reperibile online.

¹² In tema v. B. M. Meier, D. P. Evans, A. Phelan, *Rights-based Approaches to Preventing, Detecting, and Responding to Infectious Disease*, in M. Eccleston-Turner, I. Brassington (a cura di), *Infectious Diseases in the New Millennium*, Springer, Cham, 2020, p. 217 ss.

¹³ M. Argentini, *"Fase 1" di contrasto al Covid-19, ordinamento italiano e tutela dei diritti umani alla luce della CEDU*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2020, 153, reperibile online; G.M. Farnelli, *Proportionality and COVID-19 Health Emergency within the European*

Conosciamo anche il modo con cui questo è stato fatto, modo che, specie per l'Italia, è stato alquanto pasticciato e a tratti confuso, tra decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, ordinanze ministeriali, regionali, comunali, circolari interpretative e/o integrative e così via¹⁴.

Per quanto riguarda i diritti umani tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo questa situazione ha fatto emergere una discussione incentrata prevalentemente su un punto: la preferenza tra "restrizioni" ai diritti previsti dalla CEDU o, in alternativa, "deroghe" a questi diritti¹⁵. Prima di entrare nel merito di tale dibattito, appare utile ricordare che la possibilità di limitare i diritti umani internazionalmente riconosciuti è rintracciabile già nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948. Il suo art. 29 par. 2, infatti, stabilisce: «Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica». La limitazione del godimento di un diritto umano, quindi, può derivare da due esigenze diverse: tutelare l'interesse generale, oppure assicurare il godimento o il rispetto dei diritti altrui. Come vedremo, queste esigenze trovano accoglimento nella CEDU, sia in relazione alle restrizioni, sia alla deroga; così come in altri trattati sui diritti umani, a partire dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, cui accenneremo più oltre.

Per quanto riguarda le restrizioni alla CEDU viene in rilievo, anzitutto, l'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, in relazione al quale un'autorità pubblica non può ingerirsi, salvo che ciò sia previsto dalla legge e «costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Una formula simile si trova nell'art. 9 in merito alla libertà, di pensiero,

Convention on Human Rights, in *La Comunità Internazionale*, 1, 2020, p. 97; E. Nalin, *COVID-19 e deroghe e restrizioni alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3, 2020, p. 629; A.J. Palma, *Pandemia e diritti umani: l'Italia e lo stato di eccezione al tempo del coronavirus*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2, 2020, p. 303, reperibile online; U. Villani, *Le misure italiane di contrasto al COVID-19 e il rispetto dei diritti umani*, in *La Comunità Internazionale*, 2, 2020, p. 165.

¹⁴ Nel Documento d'informazione del 7 aprile 2020, *Rispettare la democrazia, lo stato di diritto e i diritti umani durante la crisi sanitaria COVID-19. Strumenti per gli Stati membri*, SG/Inf(2020)11, p. 7, si sottolinea l'esigenza che le «restrizioni, siano esse basate o meno su una deroga, siano chiaramente stabilite dalla legge».

¹⁵ V. Eboli, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*; E. Sommaro, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; nonché, da ultimo, R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 69 ss.

coscienza e religione, nell'art. 10 in tema di libertà di espressione, nell'art. 11 con riguardo alla libertà di riunione e di associazione, nell'art. 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU per quanto riguarda la libertà di circolazione. Infine, pur in mancanza di una formula simile, ciò vale anche con riferimento al diritto alla libertà e sicurezza (art. 5 CEDU)¹⁶, al diritto a un equo processo (art. 6 CEDU)¹⁷ e ai diritti previsti dagli articoli 1-3 del suo Protocollo addizionale: protezione della proprietà; diritto all'istruzione; diritto a libere elezioni.

La deroga, invece, è disciplinata dall'art. 15 della Convenzione¹⁸, in forza del quale, in caso di guerra o «di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» (la pandemia da Covid-19 può essere qualificata come tale)¹⁹, ogni Stato parte può derogare alla CEDU «nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale». Il par. 2 dell'art. 15 indica gli articoli della Convenzione (e, quindi, i diritti da essa garantiti) che non sono derogabili in nessuna circostanza: art. 2 (diritto alla vita, fatti salvi i legittimi atti di guerra)²⁰; art. 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti); art. 4, par. 1 (proibizione della schiavitù e della servitù); art. 7 (principio *nulla poena sine lege*); a questi si aggiunge il principio del *ne bis in idem*, inderogabile in virtù di quanto previsto dal Protocollo n. 7 alla CEDU.

Il par. 3 dell'art. 15, infine, ha carattere procedurale e impegna lo Stato che adotta delle misure di deroga a informarne il Segretario generale del Consiglio d'Europa, anche in merito ai motivi che le hanno determinate, nonché a comunicare la loro revoca, nel momento in cui quelle misure non sono più applicate.

¹⁶ Si segnala che l'art. 5, par. 1, lett. e), CEDU dispone che nessuno può essere privato della libertà, ma include tra le eccezioni la «detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa».

¹⁷ Riguardo agli articoli 5 e 6 il Consiglio d'Europa, nel Documento d'informazione del 7 aprile 2020, *Rispettare la democrazia*, cit., p. 7, pur riconoscendo che «le deroghe di cui all'articolo 15 possono ampliare la gamma di misure ammissibili ai sensi degli articoli 5 e 6 della Convenzione e ampliare il margine di manovra delle autorità statali per quanto riguarda il rispetto di determinati termini temporali e di altri requisiti procedurali ordinari», fa tuttavia salvi il divieto di detenzione senza base legale, la necessità di fornire ai detenuti le garanzie procedurali essenziali e l'obbligo di assicurare l'equo processo e l'indipendenza della magistratura.

¹⁸ Su cui v., per tutti, G. Cataldi, *Art. 15. Deroga in caso di stato d'urgenza*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 555 ss.

¹⁹ Una formula ormai consolidata per definire una emergenza pubblica che minacci la vita della nazione è da tempo emersa nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo, a partire dalla sentenza resa dalla Corte il 1° luglio 1961, ric. 332/57, *Lawless v. Ireland* (n. 3). Secondo il par. 28 di questa sentenza, infatti, si tratta di «an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed».

²⁰ In merito alla limitazione e alla totale abolizione della pena di morte (che non può, quindi, essere sottoposta a deroga) v. i Protocolli n. 6 e n. 13 alla CEDU.

Come accennato, uno schema simile segue anche il Patto sui diritti civili e politici del 1966, in vigore dal 1976 e che vincola 173 Stati, inclusa l'Italia²¹, cui è utile fare riferimento considerato che l'art. 15, par. 1, CEDU richiama gli Stati parte a rispettare gli altri obblighi previsti dal diritto internazionale. Numerosi articoli di questo Patto prevedono una possibile limitazione dei diritti da esso tutelati, secondo una formula che salvaguarda il principio di legalità (la restrizione dev'essere prevista dalla legge) e quello di necessità (dev'essere necessaria al fine di proteggere «public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others»). L'art. 4 del Patto dispone che, in caso di un pericolo pubblico che minacci la vita della nazione (e che sia ufficialmente proclamato), gli Stati contraenti possono adottare misure di deroga «to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination». L'art. 4 del Patto indica, invece, alcuni articoli (e, quindi, diritti) che non sono derogabili: l'art. 6 (diritto alla vita), l'art. 7 (divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti), art. 8, paragrafi 1 e 2 (divieto di schiavitù e servitù), art. 11 (divieto di imprigionamento per inadempimento contrattuale), art. 15 (principio *nulla poena sine lege*), art. 16 (diritto a essere riconosciuti come persona dinanzi alla legge) e art. 18 (diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione)²².

3. Deroghe e restrizioni alla CEDU e misure di contrasto al Covid-19. – Di fronte alla necessità di limitare la pandemia, il comportamento tenuto dai 47 Stati parte alla Convenzione è stato non uniforme. Alcuni di essi, infatti, hanno adottato misure di deroga ai sensi dell'art. 15 della Convenzione, più o meno ampie a seconda della scelta individuale, comunicandole al Segretario generale del Consiglio d'Europa²³. Gli altri Stati parte, inclusa l'Italia, pur qualificando la situazione dovuta alla pandemia come un'emergenza e approvando una serie di misure limitative dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli, non hanno formulato la dichiarazione di deroga.

Gli Stati che hanno attivato l'art. 15 CEDU sono Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Macedonia del Nord, Moldova, Romania, San Marino e Serbia. Tutte queste misure di deroga sono state comunicate tra il 16 marzo e il 14 aprile 2020 e, a eccezione della Georgia (che la ha prorogata, da ultimo, fino al 1° luglio 2021), sono state in seguito revocate. Si segnala che la Lettonia è l'unico Stato che, dopo aver comunicato

²¹ Una clausola di deroga è presente anche nella Convenzione americana sui diritti umani del 1969 (all'art. 27), mentre non è prevista nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981.

²² Nel caso del Patto la comunicazione delle misure di deroga va effettuata al Segretario generale dell'ONU.

²³ Per il quadro completo v. il seguente sito web: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>, consultato l'11 marzo 2021.

una prima misura di deroga (dal 16 marzo al 10 giugno 2020), ne ha attivata una seconda (dal 31 dicembre 2020 a, per il momento, il 6 aprile 2021).

Non è la prima volta che uno Stato parte alla CEDU attiva la deroga di cui all'art. 15; per limitarsi all'ultimo decennio, si pensi alle misure di deroga decise dall'Ucraina nel 2015 in relazione ai numerosi contrasti con la Russia²⁴, a quelle approvate dalla Francia a seguito degli attacchi terroristici del novembre 2015²⁵ e a quelle adottate dalla Turchia dopo il tentativo di colpo di Stato del luglio 2016²⁶. A differenza di questi casi, però la pandemia ha comportato un'attivazione della clausola di deroga alquanto estesa *ratione personae*, coinvolgendo dieci Stati parte. Nelle loro dichiarazioni si fa riferimento alla situazione di emergenza dovuta al diffondersi del contagio e alle menzionate raccomandazioni approvate dall'OMS in conformità con il Regolamento sanitario internazionale.

Per quanto invece riguarda i diritti tutelati dalla CEDU rispetto ai quali è stata attivata la deroga di cui all'art. 15, alcune dichiarazioni di deroga rimangono generiche (quelle di Armenia, Romania, San Marino e Serbia), mentre le altre hanno cura di indicare gli specifici diritti rispetto ai quali opera la deroga. A tal riguardo, le diverse dichiarazioni di deroga hanno contenuto non uniforme. Gli unici tre articoli inclusi in tutte queste dichiarazioni sono quelli di cui all'art. 11 CEDU, all'art. 2 del Protocollo addizionale e all'art. 2 del Protocollo n. 4. In numerose dichiarazioni gli Stati che effettuano la deroga si riferiscono anche ai diritti tutelati dall'art. 8 CEDU e all'art. 1 del Protocollo addizionale, mentre solo due dichiarazioni richiamano espressamente anche l'art. 5 CEDU (quelle di Estonia e Georgia) e solo una (dell'Estonia) si riferisce anche all'art. 6 CEDU.

Infine, le dichiarazioni di deroga si differenziano anche sotto il profilo della durata, poiché alcune hanno previsto una deroga limitata a poche settimane, altre ad alcuni mesi. La deroga, per sua natura, consistendo in una sospensione dell'applicazione degli impegni assunti dagli Stati parte, deve avere una durata limitata, in conformità con il criterio della temporaneità. Sotto questo profilo, ove possibile è preferibile una deroga di pochi giorni o settimane a una deroga più ampia. Lo stesso è a dirsi quando le misure di deroga sono prorogate più volte, fino a coprire un periodo di tempo eccessivamente lungo. Come accennato, dei dieci Stati che hanno fatto ricorso all'art. 15 CEDU, solo la Georgia ha, con successive dichiarazioni, "allungato" la durata delle misure di deroga

²⁴ In tema v. il recente volume di A.J. Palma, *Gli stati di eccezione nel diritto internazionale. Dalle garanzie giudiziarie minime all'equo processo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 426.

²⁵ Su cui v. le osservazioni critiche di G. Cataldi, *La deroga francese alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un precedente da non seguire*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo, *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari, 2017, p. 271 ss.

²⁶ A.J. Palma, *Il fallito colpo di Stato del 15 luglio 2016 e lo stato di eccezione proclamato in Turchia: tra repressione legittima, soppressione dei diritti individuali e pericolo di una deriva autoritaria per una labile democrazia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 5, 2016, p. 893 ss.

fino a coprire oltre un anno consecutivo; ciò risulta criticabile perché si pone in contraddizione con le motivazioni che sono alla base dell'istituto stesso della deroga.

Come accennato, il dibattito sulle misure adottate in seguito al diffondersi della pandemia e finalizzate a evitare l'ulteriore peggioramento della situazione si è concentrato prevalentemente sulla questione della restrizione e della deroga ai diritti umani garantiti dalla CEDU. La dottrina si è interrogata su quale sia il modo più corretto di comportarsi al fine di evitare di violare l'impegno assunto con la CEDU: formulare una dichiarazione di deroga o limitarsi a restringere il godimento dei diritti, senza ricorrere alla deroga? Al fondo, non sembra esserci una soluzione migliore dell'altra, quanto piuttosto la manifestazione di un diverso approccio da parte dei diversi Stati parte, laddove soprattutto quelli di più antica democrazia risultano maggiormente restii ad avvalersi della deroga, che formalizza la volontà di non applicare alcuni articoli della Convenzione, mentre una mera limitazione risulta meno "impegnativa", anche sotto il profilo politico e reputazionale. Quel che è certo è che, in caso di deroghe travestite da restrizione, una violazione della CEDU appare abbastanza evidente. Sotto certi aspetti l'approccio seguito dal Governo italiano nelle misure adottate nella fase iniziale di emergenza per contrastare la pandemia, è sembrata una deroga, ma non è stata trattata come tale²⁷.

A ben vedere, la contrapposizione tra restrizione e deroga appare di secondaria importanza perché, sotto vari profili, la disciplina giuridica relativa ai requisiti e alle condizioni in presenza delle quali uno Stato parte alla CEDU può avvalersi dell'una o dell'altra sono simili, se non addirittura i medesimi: necessità, proporzionalità, adeguatezza, legalità, temporaneità, non discriminazione. Ne consegue che, sia in caso di restrizione, sia di deroga, la valutazione da compiere attiene piuttosto al rispetto di queste condizioni e alla connessa questione del bilanciamento tra i diritti tutelati dalla Convenzione, secondo un modello che risale all'art. 27, par. 2 della Dichiarazione universale del 1948.

4. La preminenza del diritto alla vita sugli altri diritti garantiti dalla CEDU. – Il diritto alla vita è sancito da numerosi strumenti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo, a partire dall'art. 3 della Dichiarazione del 1948; tra questi rientrano anche l'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici²⁸.

²⁷ Per riprendere le parole di P. Pustorino, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 44, «il fondamento giuridico, il carattere ambiguo e talora contraddittorio nonché la particolare durata delle misure restrittive adottate [...] sollevano diverse perplessità circa la loro compatibilità con i principi di legalità e proporzionalità».

²⁸ Sul diritto alla vita v., da ultimo, R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani*, cit., p. 192 ss., nonché P. Pustorino, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, II ed., Cacucci, Bari, 2020, p. 98; E. Savarese, *L'espansività del diritto alla vita a partire dalla Dichiarazione universale dei*

Come già visto, il diritto alla vita è sia inderogabile sia irrestittibile (salvo in caso di conflitto armato), al pari degli altri diritti che sono maggiormente inerenti alla dignità umana. Il diritto alla vita pone in capo agli Stati parte ai trattati sui diritti umani, inclusa la CEDU, sia obblighi aventi contenuto negativo, volti a evitare che sia compromessa la vita o l'incolumità delle persone, sia obblighi aventi contenuto positivo, al fine di prevenire possibili lesioni a carico degli individui e di reprimere tali condotte, qualora abbiano luogo. Si tratta di obblighi sostanziali e procedurali, così come di obblighi che riguardano tanto condotte commissive, quanto condotte omissive.

Se mettiamo in relazione il diritto alla vita con altri diritti e libertà fondamentali, tutelati da norme interne o internazionali, di fatto dobbiamo riconoscere la sua prevalenza perché, semplificando al massimo, è impossibile godere di tutti gli altri diritti se manca l'indispensabile presupposto consistente nel diritto alla vita. Come affermato dal Comitato dei diritti umani dell'ONU nel suo General comment n. 36 del 2018, dedicato specificamente al diritto alla vita: «The right to life has crucial importance both for individuals and for society as a whole. It is most precious for its own sake as a right that inheres in every human being, but it also constitutes a fundamental right whose effective protection is the prerequisite for the enjoyment of all other human rights and whose content can be informed by other human rights»²⁹. È interessante segnalare come un approccio simile si ritrova nel General comment n. 14, approvato nel 2000 dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali (istituito dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966) e riferito al diritto alla salute. In questo documento si riconobbe quanto segue: «Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights»³⁰.

La CEDU non include espressamente il diritto alla salute, che è invece tutelato dalla Carta sociale europea riveduta del 1996³¹, ma esso è stato riconosciuto nella giurisprudenza la Corte di Strasburgo, considerato il carattere di "strumento vivente" da essa attribuito alla Convenzione. Il diritto alla salute è stato ricavato in relazione ad altri diritti, in particolare il diritto alla vita (art. 2) e il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) e il divieto di discriminazioni (art. 14)³². Come affermato dal Consiglio d'Europa in relazione alle

diritti umani, in S. Tonolo, G. Pascale (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 157 ss.

²⁹ UN doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018, par. 2.

³⁰ UN doc. E/C.12/2000/4 dell'11 agosto 2000, par. 1.

³¹ Art. 11 della Carta sociale europea: «Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla protezione della salute, le Parti s'impegnano ad adottare sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche e private, adeguate misure volte in particolare: [...] 3. a prevenire, per quanto possibile, le malattie epidemiche, endemiche e di altra natura, nonché gli infortuni».

³² Cfr. *Tematic Report, Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights*, giugno 2015, reperibile *online* all'indirizzo www.echr.coe.int. Nella giurisprudenza successiva v., *ex multis*, le sentenze del 17 marzo 2016, ric. 23796/10, *Vasileva v. Bulgaria*, par. 63; del 2 maggio 2017, ric. 30376/13, *Jurica v. Croatia*, par. 84; del 6 giugno 2017, ric. 50772/11, *Erdirinç Kurt and Others v.*

misure adottate per contrastare il diffondersi della pandemia da Covid-19, in particolare gli articoli 2 e 3, che come già visto sono inderogabili anche in situazioni di emergenza, nel tutelare il diritto alla salute, pongono «obblighi positivi di protezione delle persone di cui lo Stato si prende cura e difende da malattie mortali e dalle sofferenze che ne derivano»³³.

L'obbligo di rispettare il diritto alla salute, di conseguenza, consente di limitare o derogare il godimento di altri diritti tutelati dalla Convenzione. al fine di rispettare quello. Come visto, i diritti umani possono essere limitati (e la limitazione può prendere la forma della restrizione o della deroga), ma si pone il problema di come effettuare la limitazione, che include sia i criteri in base ai quali effettuare la limitazione, che servono a controllare se essa sia giustificata, sia i meccanismi di controllo sulla limitazione. Il bilanciamento interviene a questo punto del ragionamento e consiste in un passaggio ulteriore rispetto alla possibilità di limitazione. A questo bilanciamento contribuisce l'azione dei meccanismi di controllo, attivabili tanto a livello nazionale quanto a livello di Corte europea dei diritti dell'uomo, per la CEDU, e di Comitato dei diritti dell'uomo, per il Patto del 1966, chiamati a verificare, sia in caso di deroga, sia in caso di restrizione, l'effettivo rispetto dei richiamati criteri di necessità, proporzionalità, adeguatezza, legalità, temporaneità, non discriminazione.

5. La pandemia da Covid-19, con tutto ciò che ha comportato, ha riproposto un'esperienza che non molti anni fa gli Stati e gli individui hanno già vissuto: la difficoltà del diritto di fronte all'emergenza. La situazione di emergenza, infatti, porta a una temporanea perdita di equilibrio tra esigenze di sicurezza ed esigenze di tutela dei diritti e delle libertà individuali. Mi riferisco agli attacchi terroristici avvenuti nel settembre del 2001 e, negli anni successivi, a quelli che hanno colpito, tra le altre, grandi capitali europee come Madrid e Londra. In seguito a questi eventi tragici c'è stata una corsa, a tratti caotica, da parte dei governi ad approvare misure di emergenza che, senza badare ai diritti umani, hanno puntato tutto (o molto) sulla limitazione dei diritti in nome della sicurezza³⁴.

La pandemia da Covid-19 ci ha portato a vivere una situazione simile. Pur con le indubbie differenze di contesto, ha fatto riemergere la difficoltà di gestire, sotto il profilo giuridico, la risposta all'emergenza in modo tale da non "sbilanciare" eccessivamente il rapporto tra tutela dei diritti e delle libertà e limitazioni che nei loro

Turkey, par. 51; del 19 dicembre 2017 (Grande Camera), ric. 56080/13, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, par. 165.

³³ Documento d'informazione del 7 aprile 2020, *Rispettare la democrazia*, cit., p. 5.

³⁴ P. Gargiulo, *Le misure di contrasto al terrorismo nell'era dei diritti umani: considerazioni introduttive*, in P. Gargiulo, M.C. Vitucci (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 1 ss.

confronti vengono assunte. Di fronte all'emergenza e all'inaspettato, la bilancia si squilibra e i criteri di cui ho parlato, nonché i meccanismi di controllo, vengono messi in secondo piano. Il piatto della bilancia più pesante diventa quello della sicurezza, attraverso la compressione dei diritti umani dinanzi a un pericolo che minacci la vita della nazione.

Per fortuna questa situazione riguarda solo la fase iniziale, è qualcosa di temporaneo. Così come fu per le misure di contrasto al terrorismo internazionale, anche in relazione a quelle approvate per ridurre l'impatto della pandemia l'auspicio è che si abbandoni l'approccio emergenziale a favore della gestione ordinaria, riequilibrando il prima possibile il rapporto tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Pamela Martino

**GIUDICARE SU SCELTE TRAGICHE SOTTO L'EGIDA DELLA
CEDU: LA FUNZIONE EXTRAPROCESSUALE DEL SINDACATO
DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE TRA CIVIL LAW E
COMMON LAW**

ABSTRACT

L'articolo si propone di indagare come la funzione extraprocessuale/democratica del sindacato di legittimità costituzionale in ordine a scelte tragiche, che assolve all'esigenza di assicurare il consenso dell'uditorio universale intorno ai pronunciamenti costituzionali, si risolve in un veicolo di legittimazione di sistema per i giudici costituzionali negli ordinamenti di *civil law* come negli ordinamenti di *common law*.

Tragic legal cases are part of everyday adjudication which attempts to accommodate disagreement between fundamental values. In such cases adjudication needs a widespread approval which cannot be satisfied only by means of legal reasoning. In this respect the essay discusses the constitutional judges' performance by ensuring that disputes are settled in a way that maintain their role in a sustainable Constitution.

PAROLE CHIAVE

Sindacato di legittimità costituzionale –
Scelte tragiche

Judicial review of legislation – Tragic
choices

Sommario: 1. Scelte tragiche e funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale. – 2. Lì dove tutto ha avuto inizio: l’esperienza britannica. – 3. La garanzia di effettività dei diritti nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense. – 4. La funzione democratica del sindacato di legittimità costituzionale come valvola di sostenibilità del sistema costituzionale: cenni all’esperienza italiana.

1. Lo sguardo del gius-comparatista rivolto a scelte tragiche che hanno scandito le tappe della storia costituzionale delle più diverse esperienze ordinamentali si sofferma naturalmente sulla loro dimensione giuridica, sulle ragioni di contesto che ne hanno determinato il compimento nonché sulle ricadute di tali scelte sull’ordinamento, sugli equilibri istituzionali e sulla comunità statale.

Ma prima di tutto lo studioso è chiamato ad approfondire la definizione di tragicità. A ben vedere è la cultura costituzionale che connota ciascuna esperienza ordinamentale a determinare ciò che va inteso come tragico. V’è da chiedersi, pertanto, se realtà ordinamentali (come quelle di *civil law* e di matrice anglosassone) e socio-economiche diverse adottino criteri eterogenei di determinazione della tragicità di una scelta e se ne governino allo stesso modo gli effetti. Come evidenziato da illustre dottrina¹, le società democratiche contemporanee, pur condividendo un’ampia gamma di valori, si vedono costrette ad una operazione di bilanciamento al fine di legittimare alcune tragiche scelte e di governarne l’impatto sull’ordinamento; nondimeno tale operazione segue direttrici che non sono passibili di cristallizzazione nel tempo in quanto, se per un verso una scelta tragica, per essere tollerata e assimilata, esige di collocarsi in una cornice giuridica che consente di preservare la certezza del diritto, per altro verso è la variabilità di elementi di contesto di natura socio-politica ed economica che insistono sulla dimensione giuridica della tragicità a determinarne l’indirizzo interpretativo.

Lo studio comparato delle esperienze ordinamentali, infatti, attesta che, in costanza di emergenza sanitaria ma anche a prescindere dal suo verificarsi, l’osservanza di valori e principi fondamentali nonché le garanzie costituzionali dei diritti individuali assumono in sede applicativa un’intensità mutevole in ragione della variabilità di regole altre rispetto alle norme giuridiche, come quelle che governano l’economia, che insistono sull’apparato normativo. Lo si riscontra nel quadro dell’attività

¹ Il riferimento è ad una recente intervista rilasciata da Philip Bobbit e pubblicata su Giustizia insieme il 17 maggio 2020 con il titolo *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbit riflette sulla pandemia* (reperibile in www.giustiziainsieme.it). Philip Bobbit è autore insieme a Guido Calabresi di un classico su temi etici, economici e giuridici, intitolato *Scelte tragiche*, trad. it. a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, Giuffrè, Milano, 2006.

giurisdizionale e, in particolare, del sindacato di legittimità costituzionale; è, dunque, di particolare interesse indagare se e a quale condizionamento è esposto il controllo di legittimità costituzionale di scelte tragiche.

Benché necessariamente inserite in una cornice giuridica, le scelte tragiche hanno ricadute immediate sulla comunità statale e sulle istituzioni, generano criticità sul piano politico, economico e sociale la cui composizione è strettamente connessa alla maturazione intorno a loro di un consenso diffuso. La cifra di tale consenso si misura in via definitiva nella fase applicativa delle predette scelte e, soprattutto, in costanza del processo di verifica della legittimità costituzionale della loro dimensione giuridica.

Di qui l'interesse per la funzione extraprocessuale (o democratica) del sindacato di legittimità costituzionale in ordine alle scelte tragiche che si dispiega nel corso del procedimento dinanzi ai giudici costituzionali e trova sintesi nella motivazione giudiziale che, quale canale necessario di comunicazione diretta delle Corti costituzionali con l'elettorato e di acquisizione di un consenso diffuso, consente al Giudice delle leggi di ricucire lo strappo che le sue decisioni, anch'esse talvolta tragiche, sono suscettibili di generare².

La funzione democratica attiene alla vocazione alla legittimazione del Giudice costituzionale, chiamato a comporre la tutela degli interessi di parte con la garanzia della Costituzione, presso la comunità statale³. La sua è dunque legittimazione di sistema, legata a doppio filo alla legittimazione sociale dell'organo di giustizia costituzionale che presuppone un canale comunicativo con l'uditorio universale. La "forza politica"⁴ immanente alle pronunce delle Corti costituzionali presuppone un confronto con l'opinione pubblica ai fini non solo della formulazione delle decisioni, ma anche della garanzia della loro effettività⁵: i giudici costituzionali, chiamati a presidiare, pur nell'evoluzione dei loro contenuti, la condivisione sociale dei valori costituzionali, necessitano di una legittimazione di fronte all'uditorio che non può esaurirsi nelle garanzie di imparzialità e indipendenza connesse alla struttura

² Sulla distinzione tra funzione endoprocessuale ed extraprocessuale (o democratica) della motivazione giudiziale v. M. Taruffo, voce *Motivazione VI) Motivazione della sentenza – Dir. comp. e stran.*, *Enc. giur.*, Roma, 1990, pp. 1 ss.; P. Caretti, voce *Motivazione I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, pp. 1 ss. Sul tema, incidentalmente anche M. Lupoi, *Pluralità di "rationes decidendi" e precedente giudiziale*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1967, pp. 202 ss.

³ Il tema della funzione extraprocessuale della motivazione è inevitabilmente connesso a quello della legittimazione democratica delle Corti costituzionali, fortemente dibattuto in Europa e oltreoceano. Cfr., a tal proposito, l'autorevole contributo di J.H. Ely in *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980.

⁴ La felice espressione è di T. Martines in *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 267 ss.

⁵ In tal senso A. Rauti, *«Il tuo nome soltanto m'è nemico ...». «Linguaggio» e «convenzioni» nel dialogo tra Corte costituzionale e opinione pubblica*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 581 ss.

dell'organo di giustizia costituzionale e al suo ruolo nel sistema, ma che è chiamata a persistere costantemente nelle numerose stagioni della sua attività ermeneutica⁶. Le Corti costituzionali, infatti, devono pur sempre affidare ad altri l'osservanza (opinione pubblica), l'esecuzione (organi costituzionali) e l'applicazione (giudici) delle proprie decisioni; la preservazione della consonanza della giurisprudenza costituzionale con lo spirito popolare⁷, impone ai giudici costituzionali di instaurare con tutti loro un dialogo.

Quest'ultimo muove dall'oggetto del giudizio, terreno di osmosi tra il dato giuridico e quello sociologico e di confronto tra il valore giuridico che l'ordinamento attribuisce ad un interesse individuale o collettivo e l'orientamento in proposito dell'opinione pubblica. Ne deriva il crescente rilievo attribuito al ruolo dei fatti nella ricostruzione dell'oggetto del giudizio e l'elevazione dell'opinione pubblica e della coscienza sociale a parametro costituzionale sussidiario⁸ che ha talvolta indotto molti degli *overruling* delle sentenze costituzionali, maturati a seguito del mutamento del comune sentire in grado di condizionare e sensibilizzare i giudici ad una incrementale attuazione dei valori costituzionali⁹.

In sintesi, le questioni di costituzionalità naturalmente intercettano interessi più ampi di quelli dei soli soggetti della controversia concreta nell'ambito della quale esse vengono sollevate. Le Corti, dunque, sono chiamate a trascendere il caso concreto e gli interessi specifici in esso coinvolti, per adottare pronunce sulle leggi che siano le più adeguate a garantire il rispetto della Costituzione e ad assicurare la tenuta dell'ordinamento soprattutto di fronte a scelte tragiche passibili di alterare gli equilibri di sistema e di persuadere l'uditorio universale dell'inefficacia del sistema delle garanzie costituzionali.

⁶ Infatti, «nessun potere è immune alla richiesta di legittimità ... ogni volta che qualcuno mette in dubbio la legittimità del potere altrui, il detentore del potere deve rispondere non reprimendo il contestatore, ma fornendo una ragione la quale spieghi perché egli abbia un diritto ... maggiore di chi lo contesta» (B. Ackerman, *La giustizia sociale nello Stato liberale*, trad. it. Di S. Sabattini, a cura di F. Romani, il Mulino, Bologna, 1984, p. 42).

⁷ C. Mortati, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua validità* (1949), in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale. Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 690 ss.

⁸ Vi fa frequentemente riferimento la dottrina statunitense: v. B. Ackerman, *We the People: Transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1998; un riscontro anche in T. Groppi, "*We the People: Transformations*". *Considerazioni su un libro di Bruce Ackerman*, in *Politica del diritto*, 1999, pp. 187 ss.

⁹ Si vedano, a mero titolo esemplificativo: la sentenza italiana sul cognome dei figli (n. 61 del 2006) sulla quale I. Nicotra, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in www.giurcost.org; nonché la giurisprudenza costituzionale, ancor più condizionata, in materia di adulterio femminile. Il riferimento ultimo è alla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 64 del 1961 sulla quale v. A. Rauti, *Il diritto alla reputazione del singolo di fronte al «tribunale» dell'opinione pubblica: la Corte costituzionale nelle vesti del Barone di Münchhausen*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 632 ss.

Di particolare interesse, in questo quadro, si rivela la verifica di una convergenza tra giudici di *common law* e di *civil law* nella definizione della formula di dialogo con l'uditorio universale adoperata nel quadro del sindacato di legittimità costituzionale di scelte la cui tragicità è connessa a temi (come il fine vita e l'interruzione della gravidanza) centrali nel dibattito contemporaneo in ordine alle criticità insite nella predetta operazione di bilanciamento tra valori e diritti fondamentali.

2. L'indagine evidenzia che il dialogo dei giudici costituzionali con l'uditorio universale si dispiega secondo formule eterogenee. Ciò risulta prescindere dall'adesione a sistemi sovranazionali di garanzia dei diritti individuali come la Cedu, che si risolvono tutt'al più per le Corti in veicoli di consolidamento della loro legittimazione di sistema nel quadro dell'ordinamento interno.

È il caso della Corte suprema del Regno Unito dalla giurisprudenza della quale giova muovere in quanto si inquadra nell'ordinamento padre del *common law* ed è il prodotto contemporaneo di un percorso costituzionale che rinviene nell'Inghilterra seicentesca le origini del sindacato di legittimità costituzionale. In assenza di una Costituzione scritta, la Corte suprema non è certo qualificabile come Corte costituzionale benché come tale operi tanto più nel quadro di controversie concernenti la compatibilità delle norme interne con il disposto convenzionale. A tale ultimo proposito, ciò che più rileva con riguardo all'esperienza ordinamentale britannica è che ivi origina la concezione negoziale dei diritti¹⁰: ciò fonda la qualificazione della sfera individuale prima sulla relazione di ciascun individuo con il potere, poi sulla sua capacità attiva di autodeterminazione a fronte della Cedu che è vocata all'affermazione del principio dell'autodeterminazione individuale. Dunque, nel Regno Unito la libertà individuale è originariamente intesa come residua all'adempimento dei doveri di ciascuno e a quello delle Corti di assicurare l'osservanza della legge, e il suo conflitto con lo spazio di manovra individuale di matrice convenzionale non è tuttora superato. Tale concezione dei diritti individuali ha avuto inevitabili ricadute sul corso giurisprudenziale in ordine alla conformità al disposto Cedu della normativa che disciplina temi, come il fine vita, nel quadro dei quali si realizzano scelte tragiche. Difatti, ricorrenti sono state le critiche rivolte alla Corte per il suo approccio deferente nei confronti del Governo e del Parlamento quando ha rigettato il ricorso avverso le leggi sul suicidio assistito, sull'aborto in Irlanda del Nord ovvero sul *benefit cap* governativo, in tutti i casi, ma per ragioni diverse, salvando le misure adottate dagli organi di indirizzo politico; e prudente è stato l'approccio dei giudici supremi nell'ambito del *judicial review* di provvedimenti governativi rientranti nei *prerogative powers*, fondati sulla tenuta dei

¹⁰ A tal proposito v. C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, il Mulino, Bologna, 2014, partic. pp. 17 ss.

rapporti internazionali britannici ma lesivi di diritti fondamentali garantiti dal disposto convenzionale e interno¹¹.

Nel caso del ricorso riguardante la compatibilità della legge sul divieto del suicidio assistito con il disposto convenzionale (*Suicide Act 1961*), in *R (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice* la Corte suprema all'unanimità ha cavalcato il margine di apprezzamento lasciato dalla Corte Edu ai giudici nazionali consentendo loro, ove vi fossero fondate ragioni, di applicare standard più elevati di protezione dei diritti fondamentali.

Nondimeno, il supremo organo giurisdizionale è apparso diviso sulle conseguenti implicazioni: sebbene la nozione convenzionale della libertà individuale fosse il criterio interpretativo per la composizione del caso di specie, la maggioranza della Corte dichiarava inopportuna la dichiarazione di incompatibilità con l'art. 8 Cedu prima di una valutazione parlamentare sulla eventuale modifica della normativa contestata.

Sul fronte della normativa sull'aborto (sezioni 58 e 59 dell'*Offences Against the Person Act 1861* e sez. 25(1) del *Criminal Justice Act (NI) 1945*), la Corte suprema a maggioranza in *In the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland); Reference by the Court of Appeal in Northern Ireland pursuant to Paragraph 33 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 (Abortion) (Northern Ireland)* [2018] UKSC 27, pur rigettando il ricorso per difetto di legittimazione del ricorrente che proponeva un ricorso astratto in quanto la contestazione non muoveva dalla sussistenza di un atto illegittimo né di una sua vittima reale o potenziale, nei suoi *obiter dicta* una diversa maggioranza del collegio giudicante ha dichiarato che, atteso l'evidente contrasto tra la normativa nordirlandese e il disposto convenzionale nella parte in cui vieta l'aborto anche nei casi di malformazione del feto, violenza sessuale e/o incesto, se una vittima di tali fattispecie contestasse la legge nordirlandese, la Corte non potrebbe che dichiararne l'incompatibilità con il disposto convenzionale, in particolare con l'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare)¹².

È evidente che le dichiarazioni dei giudici supremi indirizzano la loro riflessione su una tematica più ampia, ossia quella dei rapporti tra giudici e legislatore. Constatato il malessere diffuso nei confronti di una normativa della quale da più parti si richiede la

¹¹ Da ultimo, v. la sentenza relativa al caso *Elgizouli v. Secretary of State for the Home Department* [2020] UKSC 10.

¹² Nessun dubbio, invece, sulla compatibilità del disposto normativo contestato con l'art. 3 Cedu (proibizione della tortura). Trattasi, peraltro, di diritto assoluto cui non si estende il margine di apprezzamento nazionale. Per un'analisi critica del pronunciamento della Corte in ordine alla compatibilità con questo articolo si veda N. Bríd Ghráinne, A. McMahon, *Abortion in Northern Ireland and the European Convention on Human Rights: Reflections from the UK Supreme Court*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, 477 ss.

modifica¹³, la Corte, per un verso ha sottolineato che la ragione per la quale il legislatore nordirlandese non aveva ancora provveduto ad una modifica della disciplina esistente era riconducibile alla cessazione delle attività dell'Assemblea nordirlandese a far data dal gennaio 2017.

Per altro verso, la maggioranza della Corte si è soffermata sul suo ruolo istituzionale rispetto al legislatore, tracciando una distinzione tra il margine di apprezzamento come inteso dalla Corte di Strasburgo e la sua trasposizione a livello nazionale.

L'attribuzione alle Corti del Regno Unito del potere di decidere in ordine alla incompatibilità del disposto legislativo con la Cedu consente alla Corte suprema di affermare con chiarezza che quando il Giudiziario si trova a giudicare dell'operato del Legislativo e dell'Esecutivo in materia di diritti fondamentali, il margine di apprezzamento interno non permette ai giudici di rimettersi al Parlamento ovvero al Governo come nei casi in cui per competenza istituzionale spetta loro l'assunzione di determinazioni relative al caso di specie. Sul terreno della tutela dei diritti fondamentali i giudici sono chiamati a verificare che gli atti di Legislativo ed Esecutivo siano conformi alle garanzie previste dall'ordinamento interno (nel quale la Cedu è stata incorporata con lo *Human Rights Act 1998*). Per determinazione parlamentare, dunque, i giudici nazionali monitorano gli atti parlamentari e governativi in materia di diritti fondamentali in ragione di una responsabilità condivisa con i giudici di Strasburgo.

La funzione democratica del sindacato giudiziale, dunque, varca i confini delle garanzie dei diritti individuali rendendo le controversie di tal fatta funzionali alla legittimazione del ruolo della Corte nel sistema costituzionale e alla definizione del margine di manovra del Giudiziario nella interazione con gli altri poteri.

3. In linea di continuità con la sintetica analisi dell'esperienza britannica che, sotto l'egida della Cedu, mira ad una legittimazione di sistema della Corte suprema nei riguardi dell'uditorio universale, tra gli ordinamenti di matrice anglosassone quello statunitense, svincolato dalla Cedu, si sviluppa per il tramite di un orientamento giurisprudenziale analogo a quello d'oltremontana ma con una pragmaticità ancor più spiccata e diversamente indirizzata.

Nelle recenti decisioni in tema di aborto (*Whole Woman's Health v. Hellerstedt* 136 S.Ct. 2292 [2016]; *June Medical Services LLC v. Russo* 140 S. Ct. 2103 [2020]) la

¹³ Il riferimento è ai sondaggi prodotti in giudizio dalla *Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review* ricorrente che attestano il malcontento dell'opinione pubblica in ordine alla normativa vigente: pur non potendo prevalere sulle decisioni dell'Assemblea nordirlandese, gli stessi sono degni di considerazione in quanto attestanti un sentimento diffuso sufficiente da solo a promuovere una modifica legislativa volta a rimediare all'interferenza con i diritti delle donne come garantiti dal disposto convenzionale.

giurisprudenza della Corte suprema statunitense attesta quanto le sue decisioni tengano conto dell'elemento fattuale, assunto a variabile della dimensione giuridica del suo giudizio, e quanto assumano il latente obiettivo di blindare il ruolo della Corte nel sistema in modo che sia scevro da contaminazioni politiche che ne minerebbero la legittimazione.

I giudici supremi, infatti, hanno dichiarato ammissibili i ricorsi presentati dagli *abortion providers* (es. cliniche abortive) per la tutela dei diritti delle donne ovvero da soggetti che, pur non subendo direttamente il pregiudizio lamentato, hanno comunque interesse alla dichiarazione di incostituzionalità. L'ampliamento del *third party standing*¹⁴ è indicativo della consapevole maturazione di un progressivo mutamento nella funzione di controllo di costituzionalità della Corte che si apre ad ibridazioni e contaminazioni atte a garantire l'effettività dei diritti andando ben oltre il loro mero riconoscimento. Il dato fattuale diventa, dunque, fondamentale nel giudizio della Corte: la chiusura delle cliniche abortive avrebbe procurato in un notevole danno economico per i ricorrenti; inoltre, l'ampliamento della legittimazione ad agire diviene una via efficace per vigilare sull'effettività dei diritti delle donne senza dover attendere di costruire l'impugnazione a partire dalla vicenda di una donna a cui è stato negato il proprio diritto all'interruzione della gravidanza costituzionalmente garantito.

Anche la regola del precedente viene adoperata dal Presidente Roberts come veicolo di preservazione del ruolo e della funzione della Corte evitando, peraltro, che il suo orientamento muti in ragione della sua composizione¹⁵.

L'esperienza statunitense attesta, dunque, quanto in età contemporanea non sia il riconoscimento dei diritti ma la loro effettività il traguardo cui aspira la giurisprudenza costituzionale, in un'epoca in cui giungono all'attenzione delle Corti sempre più spesso testi normativi o prassi che hanno lo scopo di rendere più difficile compiere quanto il sistema normativo e la giurisprudenza costituzionale già consentono. Regressioni nel livello di garanzia dei diritti e tentativi di inasprimento del dato normativo, difatti, sono elementi costitutivi di una tendenza che risulta essere marcata proprio in quegli

¹⁴ Si tratta di un trend giurisprudenziale già avviato come sottolineato dalla dottrina statunitense: per tutti si vedano H.P. Monaghan, *Third Party Standing*, in *Columbia Law Review*, 1984, pp. 277 ss., e R.H. Fallon, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, in *Harvard Law Review*, 2000, pp. 1321 ss.

¹⁵ Nella sentenza del 2020 il *Chief Justice* Roberts nella sua *concurring opinion* ha richiamato addirittura il *Federalist* n. 78 ove Hamilton raccomandava il rispetto dello *stare decisis* proprio per scongiurare il rischio di decisioni arbitrarie della Corte, citando altresì W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, I, Clarendon Press, Oxford, p. 69, 1765. Sul tema dell'aborto e rigoroso rispetto del precedente da parte del giudice Roberts v. P. Ward, *What is the (Undue) Burden for Reversing Precedent? Analysis of June Medical Services v. Russo in a Newly Configured Supreme Court*, 2020 (reperibile in ssrn.com).

ordinamenti in cui da più tempo si è giunti al riconoscimento della possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza.

4. Il richiamo ai “doveri” dei giudici costituzionali, quasi ad intendere un obbligo di risultato derivante dal loro ruolo di presidio delle garanzie costituzionali, che già è stato intercettato nelle esperienze britannica e statunitense, trova riscontri nell’esperienza italiana, in particolare nell’orientamento giurisprudenziale recente della Corte costituzionale italiana.

Infatti, atteso che il legislatore, nel quadro della sua discrezionalità, può assumere le determinazioni che ritiene più idonee al fine di adeguare alle norme costituzionali una legge con profili di incostituzionalità, la Corte, in tutti i casi, ove sia investita della questione, non può rinviare eventualmente una declaratoria di incostituzionalità nell’attesa di un adeguamento legislativo in costanza della quale il giudice *a quo* si vede costretto ad applicare in concreto, per risolvere la controversia davanti a lui pendente, una norma non conforme a Costituzione.

In numerose occasioni la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili eccezioni di costituzionalità quando chiamata a farsi carico di scelte rientranti nella competenza del Parlamento cui rivolgeva moniti. Finché in riferimento alla vicenda Cappato la Corte ha introdotto una soluzione procedurale che, attesi il riconoscimento di quella parlamentare come la sede appropriata per il tema trattato nella sentenza n. 242 del 2019 e ciò nonostante la resistenza parlamentare a provvedere, attesta l’esigenza di un intervento diretto del Giudice costituzionale.

La prassi del sindacato di legittimità costituzionale testimonia che la funzione democratica dello stesso non assolve all’avvertita esigenza di legittimazione dei giudici costituzionali: quest’ultima, che si manifesta nell’attivismo mediatico delle Corti e sul terreno dei rapporti con l’opinione pubblica nel tentativo non tanto di una investitura popolare quanto della diffusione della conoscenza del parametro costituzionale e dell’azione di controllo della Corte suscettibile di rafforzarne il sostegno da parte della comunità statale, trova al massimo conforto nella motivazione delle sentenze costituzionali; la funzione democratica, nella sua accezione endogena, è rivolta ad assicurare una precisa collocazione dei giudici costituzionali nell’assetto dei poteri.

L’accezione tutta interna della funzione democratica del sindacato e della motivazione non può certo dirsi espressione di quello che parte della dottrina ha definito “suprematismo giudiziario”¹⁶: con particolare riferimento alla recente giurisprudenza

¹⁶ Espressione adoperata da Andrea Morrone in *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 251 ss.: secondo l’Autore, nelle sentenze nn. 1/2014 e 10/2015 nonché nell’ord. n. 207/2018, «supremazia della costituzione e legittimazione del giudice costituzionale sono continuamente coinvolti. Tutelare l’una

della Corte costituzionale italiana, il rimprovero rivolto ai giudici costituzionali italiani è quello di aver superato i limiti costituzionali al ruolo dell'organo di giustizia costituzionale generando nuove tecniche di giudizio e tipologie di decisioni, e manipolando le regole processuali esistenti al fine di alterare ad arte l'equilibrio dei poteri; rimprovero che, secondo altra dottrina, sarebbe più opportuno muovere alla magistratura ordinaria che, operando prima per valori e poi secondo la legge, ha spinto la garanzia dei diritti oltre il disposto normativo¹⁷.

Lungi dal voler invadere l'ambito di competenza del legislatore e manifestare ambizioni suprematiste, la Corte presidia la sua posizione di difensore della Costituzione nel rispetto degli altri poteri dello Stato. Le pronunce costituzionali sulle scelte tragiche travolgono l'identità costituzionale della comunità statale e, muovendo dal bilanciamento tra diritti costituzionalmente protetti, finiscono per divenire la valvola di sfogo della dinamicità della forma di governo in quanto, assicurando la garanzia di effettività dei diritti, marcano un ruolo sempre più definito del Giudice costituzionale nel sistema.

Tale processo passa per la sempre più marcata flessibilità delle regole del processo costituzionale e per l'apertura del contraddittorio che estendono la funzione democratica, tradizionalmente riferita alla motivazione giudiziale, all'intero sindacato di legittimità costituzionale assolvendo ad una funzione etica di garanzia di sostenibilità infragenerazionale e intergenerazionale del sistema costituzionale.

rafforza l'altra; e la seconda, alimentandosi della prima, consente al *custode* di coniare nuovi moduli (di giudizio e di decisione), *superando* le regole processuali esistenti, *riscrivendo* norme sostanziali, *modificando* l'equilibrio dei poteri» (pp. 256-257).

¹⁷ Processo favorito dal sistema di garanzia multilivello dei diritti, come si evince in R. Conti, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto UE*, in A. Ciancio (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 75 ss. Su tale "deriva", in nome dell'imperativo della massimizzazione della garanzia dei diritti, v. A. Mangia, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, pp. 859 ss.

Pierluca Massaro

LE SCELTE TRAGICHE NEL PRISMA DELLA TUTELA DELLA SALUTE IN CARCERE

ABSTRACT

Il presente contributo affronta il fenomeno delle scelte suicidarie in carcere, inquadrando il fenomeno nella prospettiva della questione salute, qui declinata come questione sociale. Le disuguaglianze di salute che affliggono la popolazione detenuta, espressione dell'area del disagio sociale, trovano ulteriore amplificazione in carcere, il quale è esso stesso un determinante sociale della salute. Si spiega così la particolare vulnerabilità della popolazione detenuta, la cui fragilità trova in quello penitenziario un ambiente particolarmente a rischio dal punto di vista suicidario. In luogo del tradizionale approccio basato sulla cura degli stati patologici, si vuole pertanto sollecitare un approccio integrato, ecologico e preventivo basato su politiche sociali di contrasto al divario di salute e politiche

This paper deals with the phenomenon of suicidal choices in prison, framing the phenomenon in the perspective of the health question, here declined as a social question. The health inequalities that afflict the prison population, which is an expression of the area of social unrest, find further amplification in prison, which is itself a social determinant of health. This explains the particular vulnerability of the prison population, whose fragility finds in the penitentiary an environment particularly at risk from a suicidal point of view. Instead of the traditional approach based on the treatment of pathological states, we therefore want to solicit an integrated, ecological and preventive approach based both on social policies that can tackle the health gap and on criminal policies that are no longer conjunctural,

criminali non più congiunturali, per una reale tutela e promozione della salute in carcere. for real protection and promotion of health in prison.

PAROLE CHIAVE

Suicidio – carcere – determinanti sociali

Suicide – prison – social determinants

Sommario: 1. Introduzione. -2. Le scelte suicidarie in carcere come scelte tragiche. - 3. Il carcere come determinante sociale della salute. -4. Il sovraffollamento ed i fattori ambientali di rischio. -5. Conclusioni

1. Il tema delle scelte tragiche rimanda a decisioni le cui conseguenze possono essere dirompenti se non determinanti nella vita di coloro che ne sono interessati, e che vengono assunte in un contesto nel quale le diverse alternative, senza le quali le scelte non sarebbero più tali, si pongono normalmente alla stregua di dilemmi morali, situazioni tragiche nelle quali le possibili alternative dell'antinomia morale comportano comunque conseguenze drammatiche. Non a caso la riflessione sui dilemmi morali è maturata in seno alla filosofia morale e, negli ultimi anni, nello specifico all'interno della riflessione bioetica. Proprio nel contesto della bioetica delle origini, alla fine degli anni settanta, può ad esempio essere annoverato l'oramai classico volume di Calabresi e Bobbit dal significativo titolo de "Le scelte tragiche", il quale rimanda ai metodi attraverso i quali le società provvedono alla allocazione di risorse "tragicamente scarse"¹.

Uno scenario che inevitabilmente appare sovrapponibile all'attuale momento storico segnato dalla pandemia da Covid-19, in merito alle scelte drammatiche assunte, tanto in campo politico, circa il bilanciamento tra valori costituzionalmente garantiti, quanto soprattutto in ambito sanitario in relazione alla scarsità dei posti letto e delle relative attrezzature sanitarie.

Nel presente saggio, tuttavia, si vuole sollecitare la riflessione su due distinte "scelte" che, in ragione della drammaticità, intuitiva in un caso e meno nell'altro, delle conseguenze e delle implicazioni ad esse collegate, si prestano ad essere ammantate del velo della tragicità, senza tuttavia che in entrambe le situazioni si possa evocare

¹ G. Calabresi, P. Bobbit, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano 1978.

l'esistenza di un dilemma morale. Scelte che attengono entrambe alla realtà penitenziaria italiana, benché declinabili secondo traiettorie e prospettive diverse, seppure interconnesse ed in parte complementari tra loro.

Quella intuitivamente più riconducibile ad una dimensione di tragicità è quella relativa alle scelte suicidarie in carcere, con riferimento esclusivo ai detenuti, senza dunque allargare l'orizzonte di studio ai fenomeni contigui, ma almeno in parte diversi, degli atti di autolesionismo², dei suicidi nel periodo immediatamente successivo alla scarcerazione ed infine dei suicidi degli agenti di polizia penitenziaria o più in generale degli operatori penitenziari. Un fenomeno la cui intrinseca tragicità significa anche il fallimento dell'intervento sociale e penale dello Stato.

La seconda traiettoria è quella che può condurre a guardare le scelte di politica criminale, almeno quelle adottate negli ultimi trent'anni circa in Italia, come scelte tragiche, in virtù delle conseguenze e delle implicazioni che esse hanno prodotto sul sistema penitenziario e, nello specifico, sulla vita e sulla salute dei detenuti. Conseguenze la cui drammaticità è particolarmente visibile nello stato di sovraffollamento che affligge già da alcuni anni il nostro sistema penitenziario e che al tempo della pandemia rappresenta un'ulteriore minaccia per la salute dei detenuti, a tutela della quale una indispensabile riduzione della densità della popolazione detenuta, quale misura necessaria per agevolare nei limiti del possibile un distanziamento tra i reclusi, è stata possibile principalmente grazie al fisiologico calo dei reati con conseguente contrazione degli ingressi nelle carceri. La contestuale adozione delle prescritte misure igienico-sanitarie e la limitazione dell'accesso all'interno degli istituti di pena – con relative proteste e tensioni in diverse carceri - non hanno impedito la diffusione del virus, con un numero di contagi limitato nel corso della prima ondata ma sensibilmente aumentato nelle successive³.

Le scelte politico criminali degli ultimi anni hanno dunque fortemente contribuito a creare uno stato di sovraffollamento, così ulteriormente peggiorando le complessive condizioni di vita all'interno delle carceri e ulteriormente minacciando l'equilibrio fisio-psicologico dei detenuti.

² Si predilige qui, oltre che per ragione di sintesi, un approccio che guardi al suicidio ed all'autolesionismo come fenomeni non connessi reciprocamente, dunque oggetto di autonome e separate analisi, in luogo di un approccio che guarda ad essi come collocati su un medesimo continuum di autodistruzione.

³ La sospensione dei colloqui visivi con familiari, sostituiti da comunicazioni telefoniche, introdotta ad inizi marzo, ha costituito la ragione scatenante delle rivolte dilagate in diverse carceri italiane e tragicamente concluse con la morte di 13 detenuti. Inoltre si è proceduto alla creazione di reparti per l'isolamento sanitario ed alla limitazione dei trasferimenti nei territori più interessati dall'emergenza sanitaria. Ciononostante a dicembre erano stati superati i mille contagi tra i detenuti, scesi a 823 ad inizio aprile 2021 (dati Ministero della giustizia, Monitoraggio Covid negli istituti penitenziari).

2. Il suicidio rappresenta una delle prime cause di morte in carcere, in Italia quella principale secondo alcune fonti⁴. I dati pubblicati a cura del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria in Italia⁵, dai quali si rileva un'incidenza pur importante del numero dei suicidi sul totale dei decessi negli istituti di pena (negli ultimi anni comunque superiore ad un terzo), non consentono una precisa classificazione delle diverse possibili cause di morte, in quanto non sono riportate voci diverse rispetto a quelle dei suicidi e delle "morti per cause naturali", quest'ultima dunque probabilmente comprensiva anche, ad esempio, delle ipotesi di morte per overdose o come conseguenza di scioperi della fame o di lesioni di vario tipo. Una disaggregazione del dato farebbe con tutta probabilità ulteriormente accrescere il peso percentuale delle morti per suicidio sul totale dei decessi⁶, in relazione alle quali è inoltre lecito sostenere l'esistenza di un, seppur esiguo, numero oscuro che contribuisce a spiegare la non assoluta corrispondenza dei dati de quo con quelli presentati da associazioni ed organizzazioni indipendenti, ormai da tempo impegnate nel campo dell'implementazione e del riconoscimento dei diritti dei detenuti⁷.

La possibilità di confrontare i dati con quelli di altri paesi deve certamente tener conto delle specificità nella composizione della popolazione carceraria e nella classificazione

⁴ Cfr S. Fazel, J. Baillargeon, *The health of prisoners*, in *Lancet*, 2011, p. 959; WHO, *La prevenzione del suicidio nelle carceri*, 2007, disponibile al sito https://www.who.int/mental_health/resources/resource_jails_prisons_italian.pdf; E. Cinosi et al., *Psicofisiopatologia del suicidio in carcere: un contributo in termini di prevenzione*, in *Riv. Psichiatria*, 49(6), 2014, pp. 288-291. Un dato la cui rilevanza non può dirsi ridimensionata dalla possibilità per i condannati di beneficiare del differimento dell'esecuzione della pena o di una misura alternativa, in presenza di un quadro clinico incompatibile con lo stato di detenzione, così contenendo il tasso di mortalità.

⁵ Eventi critici negli istituti penitenziari - Anni 1992-2020, a cura del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&facetNode_2=1_5_28&facetNode_3=1_5_18&facetNode_4=0_2_5_12&facetNode_5=1_5_24&contentId=SST241783&previousPage=mg_1_14.

⁶ Percentuale peraltro suscettibile di ulteriore incremento qualora comprensiva dei decessi come conseguenza dell'inalazione dei gas contenuti nelle bombolette utilizzate per cucinare all'interno delle celle, verosimilmente classificati dall'amministrazione penitenziaria come morti naturali anche in casi di suicidio. Secondo Manconi e Boraschi l'amministrazione penitenziaria sarebbe indotta in errore in quanto l'inalazione del gas per alcuni detenuti è utilizzato come surrogato dell'assunzione di sostanze stupefacenti. Inoltre gli autori segnalano come in passato l'amministrazione penitenziaria non annoverasse nel numero dei suicidi i decessi occorsi al di fuori delle mura del carcere pur se in conseguenza di un gesto compiuto all'interno: L. Manconi, A. Boraschi, *Quando hanno aperto la cella era già tardi perché...**. *Suicidio e autolesionismo in carcere. 2002 - 2004*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 2006, 1, pp. 47-65.

⁷ V. il Dossier Morire di carcere a cura di Ristretti orizzonti, il rapporto annuale dell'Associazione Antigone, le ricerche di A buon diritto onlus.

delle morti come suicidi⁸. L'ultimo rapporto SPACE I⁹ - che per il 2019 indica a 5,2 il tasso medio di suicidi (per 10.000 detenuti) in Europa - inserisce l'Italia (8,7) tra i paesi che presentano un tasso "molto elevato"¹⁰. Un dato ulteriormente superato nel 2020¹¹, ma in controtendenza rispetto al calo registrato negli anni precedenti in Italia, che non a caso una ricerca internazionale del 2017 (ma relativa ai dati degli anni 2011-2014) collocava tra i paesi europei con il tasso più basso¹².

Il tasso rilevato da SPACE I, calcolato sulla base delle presenze in un dato giorno (31 gennaio 2020), coincide con uno dei due riportati dall'amministrazione penitenziaria italiana e calcolato in riferimento alla presenza media annua, mentre inevitabilmente differisce dal secondo, calcolato sulla base della presenza totale annua dei detenuti (5,0) e, pertanto, sensibilmente inferiore. Quest'ultimo dato può giustificarsi in ragione della possibilità di rapportare i decessi per suicidio ad una platea comprensiva di tutti i detenuti transitati nell'anno dal carcere (numero peraltro comprensivo di tutti gli ingressi nel corso dell'anno e dunque anche di quelli che riguardano il medesimo detenuto), e contribuisce in parte a ridimensionare il fenomeno da un punto di vista quantitativo, ma rende difficile se non impossibile una comparazione con altre rilevazioni effettuate sul medesimo fenomeno e rischia, allo stesso tempo, di alterare il rapporto con il dato relativo al tasso di suicidi nella popolazione libera, calcolato dall'Istat sulla base di una fotografia della popolazione ad inizio anno.

Indipendentemente dal valore del tasso di suicidi in carcere rispetto alla media europea, in Italia, come in tutti i paesi europei, il dato risulta costantemente e sensibilmente maggiore rispetto a quello rilevato nella popolazione libera, così suffragando l'idea del carcere quale insieme di fattori ambientali di rischio suicidario, in relazione ai quali nel presente saggio verrà affrontato in particolare quello legato al sovraffollamento .

Barbagli spiega il valore più alto registrato nei penitenziari in ragione della composizione della popolazione detenuta, che «non è assolutamente rappresentativa di quella del paese in cui risiede. Fra i carcerati sono sovrarappresentati i

⁸ Ad esempio i metodi di classificazione possono variare in caso di morte derivante da lesione autoinflitta, o in caso essa avvenga al di fuori delle mura del carcere, in caso di soggetto ricoverato o beneficiario di permesso, alcuni paesi non tengono conto dei suicidi avvenuti fuori dal carcere, o anche di quelli in cui è avvenuta la morte del detenuto in ospedale: cfr S. Fazel, T. Ramesh, K. Hawton, *Suicide in prisons: An international study of prevalence and contributory factors*, in *The Lancet Psychiatry* 4(12), pp. 946-952; G. Duthé et al., *Suicide en prison: la France comparée à ses voisins européens*, in *Population et Sociétés*, 2009, 462, pp. 1-4.

⁹ *Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe*: M. F. Aebi., M.M. Tiago, *SPACE I - 2020 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, Council of Europe, Strasbourg 2021.

¹⁰ Tale classificazione comprende i paesi il cui tasso è almeno del 25% superiore alla media europea: sono 17 tra i quali anche Danimarca (21,7), Norvegia (19), Francia (17), Svizzera (11,6), Belgio (11,1), Austria (10,9), Inghilterra (10,1), Olanda (9,8), Germania (9,1).

¹¹ Nel 2020 i suicidi sono stati 61, stesso numero di due anni prima. Fonte: Eventi critici negli istituti penitenziari - Anni 1992-2020, dipartimento amministrazione penitenziaria.

¹² S. Fazel, T. Ramesh, K. Hawton, *Suicide in prisons*, cit.

tossicodipendenti, gli alcolizzati e le persone che soffrono di forme di depressione maggiore, di disturbi bipolari, di schizofrenia, tutte affezioni con alto rischio di suicidio»¹³. Tale mancanza di rappresentatività può probabilmente anche spiegare la mancanza di un'associazione tra i tassi di mortalità suicida nella popolazione detenuta ed in quella libera, come anche emerso nelle ricerche sul tema, dalle quali non mancano alti tassi di suicidio in carcere in paesi con un basso tasso generale, e viceversa, bassi tassi di suicidio in carcere in paesi con un alto tasso generale¹⁴.

Il progressivo aumento di una popolazione ristretta altamente rappresentativa dell'emarginazione e del disagio sociale - come posto in luce anche dal Comitato nazionale di bioetica proprio nel parere sul fenomeno dei suicidi nelle carceri¹⁵ - e dunque particolarmente fragile e vulnerabile anche dal punto di vista sociale e sanitario, nell'analisi curata da Ristretti orizzonti costituisce la chiave per comprendere gli attuali tassi di suicidi comunque sensibilmente superiori a quelli registrati negli anni sessanta: «40 anni fa i detenuti erano prevalentemente criminali “professionisti” (che mettevano in conto di poter finire in carcere ed erano preparati a sopportarne i disagi), mentre oggi buona parte della popolazione detenuta è costituita da persone provenienti dall'emarginazione sociale (immigrati, tossicodipendenti, malati mentali), spesso fragili psichicamente e privi delle risorse caratteriali necessarie per sopravvivere al carcere»¹⁶. Una lettura sulla scorta della quale le manifestazioni di tensione e di rivolta in passato strumentali alle rivendicazioni dei diritti dei detenuti, cedono oggi il passo a forme di autoaggressività espressione di fragilità e disagio.

L'ampliamento dell'area della detenzione sociale, costituita principalmente da stranieri, tossicodipendenti e soggetti affetti da disturbi mentali, processo di negazione o non presa in carico di problemi individuali e sociali, era interpretata da un profondo conoscitore della realtà penitenziaria come Alessandro Margara come un

¹³ M. Barbagli, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in occidente e in oriente*, Il Mulino, Bologna 2010, p. 187.

¹⁴ S. Fazel, T. Ramesh, K. Hawton, *Suicide in prisons*, cit., p. 946; E. F. J. C. van Ginneken, A. Sutherland, T. Molleman, *An Ecological Analysis of Prison Overcrowding and Suicide Rates in England and Wales, 2000-2014*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2017(50), pp.76-82.

¹⁵ Il Comitato cita una propria precedente dichiarazione del 2003 sul problema penitenziario, nella quale proprio l'elevato numero di suicidi era indicato come espressione di un generale “gravissimo disagio”, e con la quale si invitava ad “un'attenta riflessione sul fatto che la popolazione penitenziaria risulti ormai comprensiva nella sua quasi totalità di individui caratterizzati da condizioni specifiche di grave disagio sociale (si pensi ai tassi elevatissimi di c.d. extracomunitari e di tossicodipendenti)”, condizioni delle quali è doveroso farsi carico anche pensando a percorsi sanzionatori nuovi. A distanza di sette anni da quella dichiarazione, non solo non si sono registrati miglioramenti, ma il quadro denunciato si è perfino aggravato”: Comitato Nazionale di Bioetica, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, 2010, in http://bioetica.governo.it/media/1850/p91_2010_suicidio-in-carcere_it.pdf.

¹⁶ Ristretti orizzonti, *Suicidi in carcere: confronto statistico tra l'Italia, i Paesi europei e gli Stati Uniti*, 2010, testo disponibile al sito http://www.ristretti.it/commenti/2010/giugno/pdf2/suicidi_confronto.pdf. Cfr L. Manconi, A. Boraschi, *Quando hanno aperto la cella...*, cit., p. 154; E. Cinosi et al, *Suicide in Prisoners: An Italian Contribution*, in *The Open Criminology Journal*, 2013, 6, p. 22.

«atteggiamento che ha due facce strettamente connesse. Le due facce sono: la intolleranza per le manifestazioni del disagio sociale, fino alla cosiddetta “tolleranza zero”; e il complementare abbandono o sensibile riduzione delle politiche di intervento e sostegno al disagio stesso»¹⁷. Dinamiche sociali che rievocano quelle messe in luce da Wacquant, il quale racconta del carcere in Francia come “aspiratore sociale”, utile per fa «sparire dallo spazio pubblico i rifiuti della società di mercato»¹⁸. Privi delle adeguate e sufficienti risorse personali e sociali e, dunque, tra i gruppi “ad alto rischio” suicidario secondo l’OMS¹⁹, i detenuti possono trovare nell’ambiente carcerario un fattore di alto rischio, sebbene il suicidio in carcere sia stato prevalentemente visto e studiato in relazione ai fattori di rischio individuali e patologici, con scarsa e solo più recente considerazione per i fattori ambientali.

3. Il problema dei suicidi tra le mura del carcere si lega dunque strettamente con quello della salute dei detenuti²⁰, la tutela e promozione della quale - fuori e dentro le mura - non può che incidere positivamente sul benessere complessivo dei detenuti stessi e sul loro percorso di risocializzazione. Un approccio coerente con tale obiettivo non può prescindere da una considerazione della salute come questione sociale: salute e malattia non sono distribuite in maniera omogenea o casuale, ma sono espressione del c.d. gradiente sociale, che rimanda alla posizione occupata nell’ambito della stratificazione sociale. In ogni società le risorse sono allocate differentemente e la possibilità di accedere ad esse dipende dal genere, dall’età, dal gruppo etnico di appartenenza, dall’istruzione, dall’educazione, dal reddito, ecc. Ne consegue pur non in senso deterministico lo sviluppo di specifiche disuguaglianze di salute²¹ - relative allo stato

¹⁷ A. Margara, Ripensare l’ordinamento penitenziario, in F. Corleone, (a cura di), La giustizia e il senso di umanità: antologia di scritti su carcere, OPG, droghe e magistratura di sorveglianza, Fondazione Giovanni Michelucci, Fiesole (Fi) 2015, p. 116.

¹⁸ L. Wacquant, Punire i poveri, Il nuovo governo dell’insicurezza sociale, DeriveApprodi, Roma 2004, p. 272.

¹⁹ WHO, Management of Mental and Brain Disorders Team & International Association for Suicide Prevention, *Preventing suicide in jails and prisons*, 2007, in <https://apps.who.int/iris/handle/10665/43678>

²⁰ Cfr Comitato Nazionale di Bioetica: “Da questa prospettiva, la prevenzione del suicidio è strettamente legata alla tutela della salute, con un altro rilevante aspetto bioetico che riguarda l’equità di accesso alle risorse di produzione della salute. Due sono dunque i nodi critici: il carente (a volte perfino assente) rispetto di diritti civili e di diritti umani, in particolare del diritto alla salute; lo squilibrio nell’esercizio di tale diritto fra i detenuti e i cittadini liberi: il dato circa l’elevato numero di suicidi in carcere (circa venti volte superiore al tasso della popolazione generale) può pertanto essere letto anche come indice di discriminazione”. CNB, *Il suicidio in carcere*, cit., p. 4.

²¹ Lo studio delle disuguaglianze sociali ha avuto particolare impulso a seguito della pubblicazione nel 1980 nel Regno Unito, del *Black Report*, a cura del Dipartimento Sanità e Sicurezza Sociale, il quale evidenziava l’aumento delle disuguaglianze sociali nella mortalità negli anni settanta rispetto a prima della guerra, nonostante la creazione dei Servizi Sanitari Nazionali.

di salute, all'accesso alle prestazioni sanitarie ed alla qualità delle cure - nei confronti delle quali dovrebbero indirizzarsi le politiche sociali²².

La maggior parte dei detenuti proviene dalle fasce sociali più svantaggiate e presenta elevati bisogni di salute, con profili di particolare vulnerabilità e condizioni generali di salute peggiori rispetto alla popolazione libera²³. Il tema delle disuguaglianze sociali rappresenta un classico in sociologia, più recentemente oggetto di riflessione nella prospettiva della sociologia della salute²⁴, nell'ambito della quale tuttavia non è ancora maturata una particolare e specifica sensibilità per le tematiche relative alla salute in carcere e, più nello specifico, ai suicidi dei detenuti²⁵.

Le evidenze scientifiche consolidate nel tempo hanno chiarito, anche relativamente a contesti sociali come quello italiano, in cui esiste un sistema sanitario nazionale universalistico, il ruolo dei determinanti sociali, l'insieme dei fattori economici e sociali che, a livello micro e macro, possono incidere sullo stato di salute. Una delle sfide politiche più impellenti e non procrastinabili è proprio quella di contrasto al divario di salute tra i paesi ed all'interno dei paesi stessi, intervenendo sui determinanti sociali ed economici, così superando il tradizionale approccio in tema di salute basato su cura, trattamento e riabilitazione. “*Tackling health inequities*” è uno dei dieci punti da affrontare indicati come prioritari nel 2021 dall'Organizzazione Mondiale della Salute²⁶, in seno alla quale già nel 2005 si era insediata la Commissione sui Determinanti Sociali della Salute²⁷.

In una prospettiva strutturalista, i determinanti sociali della salute sono dunque sostanzialmente sovrapponibili a quelli del comportamento criminale²⁸, così da

²² Cfr G. Giarelli, E. Venneri, *Sociologia della salute e della medicina. Manuale per le professioni mediche, sanitarie e sociali*. FrancoAngeli, Milano 2009, p. 405 e ss.

²³ Ars Toscana, *La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico*, 2015, in <https://www.ars.toscana.it/files/>

²⁴ Per una rassegna delle teorie esplicative dei fattori causali delle disuguaglianze sociali, v. G. Giarelli, E. Venneri, *Sociologia della salute...*, cit., p. 412 e ss.

²⁵ Con alcune eccezioni come: M. Esposito, (a cura di), *Malati in carcere*, FrancoAngeli, Milano 2007; A. Civita, P. Massaro, (a cura di), *La salute in carcere*, in *Salute e società*, 2018, 1; L. Meglio, *Carceri e salute. Una ricerca esplorativa sulle condizioni di salute fisica dei detenuti*, in R. Biancheri, M. Niero, M. Tognetti, (a cura di), *Ricerca e sociologia della salute tra presente e futuro*. FrancoAngeli, Milano 2012. Sul fenomeno dei suicidi in carcere: A. Civita, *Il suicidio nelle carceri. Un'analisi sociologica del fenomeno*, in A. Civita, P. Massaro, (a cura di), *La salute in carcere*, cit., pp. 88-104.

²⁶ WHO, *10 Global Health Issues to Track in 2021*, in <https://www.who.int/news-room/spotlight/10-global-health-issues-to-track-in-2021>

²⁷ «Social injustice is killing people on a grand scale»: WHO, Commission on Social Determinants of Health, *Closing the gap in a generation. Health equity through action on the social determinants of health*, 2008, p. 26, in https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43943/9789241563703_eng.pdf?sequence=1.

²⁸ Caruso indica in primis la povertà e lo stato socioeconomico, accanto ai quali indica gli abusi, le violenze, la situazione abitativa, la salute mentale, l'accesso all'assistenza sanitaria, all'istruzione, alla salute ambientale ed alla nutrizione: G. D. Caruso, *Public Health and Safety: The Social Determinants of Health and Criminal Behavior*. ResearchersLinks Books, UK 2017.

suffragare l'adozione di politiche sociali in grado di affrontare direttamente i fattori socioeconomici causa di disuguaglianze sociali come politiche allo stesso tempo di contrasto alla criminalità e di promozione della salute. Il carcere può svolgere un ruolo importante nella riduzione delle disuguaglianze sanitarie, come opportunità di accesso iniziale ai servizi sanitari altrimenti precluse per persone più vulnerabili da un punto di vista sociosanitario, come in particolare nel caso degli stranieri²⁹. Il ritorno allo stato di libertà dei detenuti può pertanto rappresentare l'interruzione delle cure avviate, ed in generale è associato ad un incremento di mortalità con un rischio significativamente elevato di suicidio³⁰.

L'esperienza della detenzione amplifica le disuguaglianze nella salute per i detenuti ed il carcere stesso è stato indicato come determinante sociale o strutturale della salute³¹, sebbene le conseguenze e le implicazioni della detenzione sullo stato di salute dei detenuti non siano ancora stato oggetto di studi e ricerche esaurienti.

La prospettiva cosiddetta dell'importazione, secondo la quale la scelta suicidaria si spiega dunque in base alle caratteristiche demografiche e sociali dei detenuti, tende a guardare al carcere come non più che un fattore precipitante, un'opportunità per il suicidio piuttosto che una sua causa. Occorre tuttavia integrare tale prospettiva con una ecologica in grado di riconoscere l'importanza dei fattori di rischio connessi all'istituzione penitenziaria³². Un cambio di prospettiva, suggerisce l'autore di una ricerca etnografica in un carcere inglese, è dunque necessario: «A much broader and more radical approach should be taken towards tackling prison health; one that lifts the debate from the traditional orthodoxy based on medical, psychiatric and security imperatives to a new public health agenda that addresses key social and structural determinants of health»³³. Questo riguarda anche e soprattutto il fenomeno dei suicidi in carcere, come osserva ancora De Visaggi: «This is particularly evident with the management of drug misuse, suicide and self-harm, where energy has been directed at containment and treatment rather than prevention»³⁴.

Il problema della salute dei detenuti è stato nel tempo affrontato prevalentemente in una prospettiva riduzionistica concentrata sul contenimento degli stati patologici, che

²⁹ M. Tognetti Bordogna, *La salute degli immigrati in carcere*, in A. Civita, P. Massaro, (a cura di), *La salute in carcere*, cit., pp. 43-58.

³⁰ Awofeso, *Prisons as Social Determinants...*, cit., p. 125.

³¹ Cfr N. Awofeso, *Prisons as Social Determinants of Hepatitis C Virus and Tuberculosis Infections*, in *Public Health Reports*, 2010, 125(4), pp. 25-33; N. de Viggiani, *Unhealthy Prisons: Exploring Structural Determinants of Prison Health*, in *Sociol of Health % Illness*, 2007, 29(1), pp. 115-35; S. Galea, D. Vlahov, *Social determinants and the health of drug users: Socioeconomic status, homelessness, and incarceration*, in *Public Health Rep*, 2002, 117(Suppl 1), pp. 135-145.

³² M. H. Dye, *Deprivation, importation, and prison suicide: Combined effects of institutional conditions and inmate composition*, in *Journal of Criminal Justice*, 2010, 38, 4, pp. 796-806.

³³ N. de Viggiani, *Unhealthy Prisons*, cit., p. 116.

³⁴ *Ibidem*.

ha tendenzialmente rinunciato ad un approccio di più ampio respiro indirizzato sulla prevenzione dei fattori di rischio e sul riconoscimento dei bisogni sociali e sanitari. Un approccio coerentemente al quale il fenomeno dei suicidi è stato a lungo considerato espressione di una patologia individuale, con assai poca attenzione alle variabili sociali ed ambientali.

4. Solo negli ultimi anni si è assistito ad un incremento di studi ecologici che hanno posto in evidenza l'importanza delle variabili situazionali e ambientali nella configurazione del rischio suicidario³⁵. Anche il Comitato nazionale di bioetica ha colto il passaggio in atto nella letteratura scientifica da un «approccio (prevalentemente) rivolto a individuare i soggetti “a rischio”, quale forma privilegiata di prevenzione del suicidio» che rischia di «non cogliere l'interazione fra individuo e ambiente», verso un approccio “universalista”, basato sulla promozione della salute, che vede «nel potenziamento delle opportunità ambientali l'ambito più favorevole alla promozione delle abilità dei soggetti, a partire da quelli più deboli»³⁶. Ricerche che hanno studiato da vicino il fenomeno dei suicidi in carcere, non direttamente toccato da una sociologia della pena che pure da tempo ha fatto luce sulle implicazioni dei processi di prigionizzazione in termini di alienazione, autostima, equilibrio psico-fisico e detenuti³⁷.

Le ricerche sui suicidi dei detenuti convergono nell'indicare il periodo iniziale della detenzione come quello maggiormente a rischio, in relazione al quale si profila uno stress di adattamento legato all'ingresso in carcere: senso di disorientamento e di impotenza, diminuzione di autostima, senso di isolamento³⁸. Non sorprende, pertanto, la maggiore propensione al suicidio registrata fra i detenuti non condannati in via definitiva, i quali peraltro costituiscono una porzione costantemente e

³⁵ Cfr L. Manconi, *Così si muore in galera. Suicidi e atti di autolesionismo nei luoghi di pena*, in *Politica del diritto*, n.2, Il Mulino, Bologna 2002; P. Buffa, *L'attenzione al disagio psichico in carcere: dalla responsabilità formale al pragmatismo etico*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2003, 1, pp. 51-66; L. Manconi, A. Boraschi, *Quando hanno aperto la cella...*, cit.; P. Buffa, *Alcune riflessioni sulle condotte auto aggressive poste in essere negli istituti penali italiani (2006 – 2007)*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2008, 3, pp. 7-64; L. Baccaro, F. Morelli, *In carcere. Del suicidio e di altre fughe*, Ristretti, Padova 2009.

³⁶ Comitato Nazionale di Bioetica, *Il suicidio in carcere*, cit., p. 15.

³⁷ Cfr. D. Clemmer, *The prison community*, Christopher Publishing House, Boston 1940; G. Sykes, *The Society of Captives. A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton University Press, Princeton 1958; E. Goffman, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Doubleday, New York 1961; T. Morris, P. Morris, *Pentonville. A Sociological Study of an English Prison*, Routledge & Kegan Paul, 1963; M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris 1975.

³⁸ F. M., Battisti, M. Santilli, *Jail Toleration Scale*, in M. Esposito, (a cura di), *Malati in carcere*, FrancoAngeli, Milano 2007, p. 255.

significativamente alta della popolazione ristretta, in passato anche superiore alla soglia del 50%, con una percentuale ancora oggi tra le più alte in Europa³⁹.

L'Amministrazione Penitenziaria era già intervenuta introducendo nel 1987 il servizio nuovi giunti, poi a distanza di vent'anni sostituito dal servizio di accoglienza⁴⁰, senza tuttavia ottenere risultati significativi. Sono ancora da valutare gli esiti dell'adozione di un "Piano nazionale di intervento per la prevenzione dei suicidi in carcere", approvato nel 2017 dalla Conferenza Unificata Stato Regioni e basato su un triplice livello di intervento, con l'adozione anche di piani regionali e locali, in funzione della elaborazione di protocolli di intervento basati sul principio del supporto sociale per i detenuti a rischio e del ricorso all'isolamento degli stessi come evento eccezionale. Nel report relativo all'ultima visita in Italia, pur apprezzando l'esistenza in quasi tutti gli istituti visitati di un protocollo sul suicidio, il Cpt ha tuttavia puntato l'indice proprio contro l'isolamento cui sono costretti i detenuti considerati a rischio suicidario, senza alcun accesso alle attività e senza alcun rapporto con altri detenuti o altri membri del personale e prigionieri⁴¹.

Più confortante, sebbene non direttamente collegato al fenomeno dei suicidi, il passaggio ad una medicina penitenziaria di competenza del sistema sanitario nazionale, in ossequio al principio di parità di diritto alla salute per i detenuti⁴², già auspicato da Gonin nel suo noto volume dal significativo titolo de "Il corpo incarcerato"⁴³, nel quale il medico francese denunciava la natura altamente patogena dell'istituzione penitenziaria. Laconiche le parole di Pavarini nell'introduzione italiana al testo: «È certo: la pena della prigione è ancora e soprattutto una pena corporale, qualche cosa che dà dolore fisico e che produce malattia e morte»⁴⁴. Il passaggio di competenze ha probabilmente prodotto un generale miglioramento degli standard di cura, ma in parte

³⁹ Secondo i più recenti dati di Space I aggiornati al 31/01/2020, l'Italia si colloca nella fascia dei paesi con una percentuale "molto elevata" (31,1%) di detenuti non condannati in via definitiva, dunque ben al di sopra della media europea (25,7%).

⁴⁰ Circolare 30 dicembre 1987 "Tutela della vita e della incolumità fisica e psichica dei detenuti e degli internati. Istituzione e organizzazione del Servizio nuovi giunti" a cura dell'esperto in psicologia o criminologia clinica ex art. 80 l. 354/75, colloquio da tenere il giorno stesso dell'ingresso e attraverso il quale intercettare situazioni di particolare fragilità a rischio di suicidio. Nel 2007 l'Amministrazione Penitenziaria ha nuovamente dettato regole d'accoglienza finalizzate, a ridurre gli effetti stressanti dell'impatto.

⁴¹ Cpt, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 12 to 22 March 2019*, 2020, in <https://rm.coe.int/16809986b4>.

⁴² Il D.P.C.M. del 1 aprile 2008 ha formalizzato il passaggio della competenza sulla salute dei detenuti al SSN, quindi al Ministero della salute, che esercita funzioni di coordinamento e programmazione, ed alle regioni, che esercitano funzioni di organizzazione e programmazione regionale, alle Aziende sanitarie che curano la gestione dei servizi sanitari negli istituti. Il Ministero della Giustizia ha mantenuto una competenza solo per quanto riguarda i profili relativi alla sicurezza.

⁴³ D. Gonin, *Il corpo incarcerato*, Edizioni Gruppo Abele, Torino 1994.

⁴⁴ M. Pavarini, *La banalità della pena*, in D. Gonin, *Il corpo incarcerato*, Gruppo Abele, Torino 1994, p. 7.

ha disatteso quelle che erano le aspettative maturate nel tempo, sebbene tra gli obiettivi di salute il decreto prevedesse espressamente la “riduzione dei suicidi e dei tentativi di suicidio, attraverso l’individuazione dei fattori di rischio”.

Ulteriore aspetto preso in considerazione dalle ricerche precedentemente citate⁴⁵ è relativo alla connessione tra gli eventi suicidari e il sovraffollamento degli istituti penali. Un fenomeno, quest’ultimo, che può essere a ragion letto come diretta conseguenza delle scelte di politica criminale, in particolare in tema di immigrazione e di tossicodipendenza, e di un ricorso alla custodia cautelare con pochi eguali in Europa⁴⁶. Politiche criminali che sono state negli ultimi anni perlopiù politiche congiunturali, che hanno populisticamente guardato ai fenomeni criminali come fenomeni emergenziali prima ancora che sociali, oggetto di contrasto attraverso un inasprimento delle sanzioni edittali⁴⁷. Nei fatti, è «l’emergenza come forma di governo. Questo sistema politico vive di emergenze e nell’emergenza sembra trovare la sua ragion d’essere e il suo modello di azione»⁴⁸. L’aumento della densità della popolazione detenuta è stato dunque la conseguenza di una maggiore lunghezza delle pene comminate piuttosto che di un maggior numero di nuovi ingressi in carcere. Secondo gli ultimi dati Space I, in Europa solo la Turchia ha fatto registrare un tasso di sovraffollamento peggiore di quello italiano e solo nel contesto della pandemia è stata possibile una contrazione delle presenze⁴⁹.

Lo stato di sovraffollamento implica inevitabilmente una limitazione degli spazi, un allentamento delle relazioni e degli scambi con il personale, una maggiore difficoltà ad accedere alle attività ricreative e formative, e dunque in generale un deterioramento della vivibilità dell’istituto⁵⁰. “La qualità complessiva della vita in un istituto si abbassa”, come efficacemente sintetizzato negli Standard del Cpt, nei quali si aggiunge: “Un carcere sovraffollato implica spazio ristretto e non igienico; una costante mancanza di privacy (anche durante lo svolgimento di funzioni basilari come l’uso del gabinetto), ridotte attività fuori-cella, dovute alla richiesta di aumento del

⁴⁵ *Infra* nota 35.

⁴⁶ Secondo Anastasia, il sovraffollamento penitenziario italiano ha tre “stigmati”: la legislazione sulle sostanze stupefacenti, la prima disciplina dell’immigrazione e la riforma costituzionale che ha limitato di fatto il ricorso a provvedimenti di amnistia e indulto: S. Anastasia, *La forma della pena. Alternative nelle politiche penitenziaria*, in S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi, (a cura di), *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Roma, Ediesse, 2011, p. 142.

⁴⁷ Cfr P. Massaro, *Dall’emergenzialismo penale all’emergenza penitenziaria. Paradossi e populismi delle politiche penali in Italia*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2014, pp. 223-241.

⁴⁸ L. Manconi, *Emergenza come governo*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, 2006, 1, p. 54.

⁴⁹ Al 31 gennaio 2020, a fronte di una media europea dell’86,6%, l’Italia presenta un tasso pari al 120,3%, secondo solo a quello della Turchia (127,3%). All’inizio della pandemia i detenuti presenti nelle carceri italiane erano 61.230 (al 29/02/2020), scesi poco più di un anno dopo a 53.509 (al 31/03/2020) (dati Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria).

⁵⁰ Cfr L. Manconi, A. Boraschi, *Quando hanno aperto la cella...*, cit.

personale e dello spazio disponibili; servizi di assistenza sanitaria sovraccarichi; tensione crescente e quindi più violenza tra i detenuti e il personale. La lista è lunga dall'essere esaustiva"⁵¹. L'importanza delle relazioni sociali e della relativa qualità delle stesse spiega anche il rischio più elevato di atti suicidari proprio di condizioni di sovraffollamento così come di regimi penitenziari caratterizzati da condizioni di isolamento⁵².

La disomogeneità riscontrabile nella distribuzione dei suicidi non è solo geografica ma anche propria dei singoli istituti sovraffollati, all'interno dei quali appaiono maggiormente interessate alcune sezioni «ove, mediamente, si trovano i detenuti meno dotati dal punto di vista delle capacità individuali e sociali e con minori risorse materiali a disposizione che, per questi motivi, hanno maggiore difficoltà a cogliere quelle limitate opportunità che il carcere offre. (...) Non sarebbe quindi il sovraffollamento in sé a far degenerare la situazione personale quanto la sua associazione con l'incapacità personale a procurarsi condizioni di vita migliori in un contesto di forte concentrazione umana»⁵³.

Attraverso un'analisi di regressione su dati relativi alle carceri inglesi, una recente ricerca ha smentito l'esistenza di una relazione causale diretta tra il sovraffollamento degli istituti di pena inglesi ed i più elevati tassi di suicidio in essi riscontrati, senza con ciò negare l'impatto negativo del sovraffollamento stesso, considerato però al più alla stregua di una sorta di "causa distale"⁵⁴. Lo studio chiama in causa variabili ambientali come il turnover e, nelle carceri più grandi, una popolazione detenuta numerosa⁵⁵. Variabili che possono compromettere la qualità e la stabilità del rapporto dei detenuti con il personale, e contestualmente aumentare il rischio di accrescere il senso di anonimato dei detenuti e influire negativamente sulla capacità dei detenuti stessi di creare stabili reti sociali: «This study confirms that specific prison environments and characteristics may elevate suicide rates in prison; these ecological risks may further compound individual risk. Our results chime with what common sense and a humane

⁵¹ Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (Cpt), *Gli Standard del CPT. Rilievi essenziali e generali dei Rapporti Generali del CPT*,

⁵² Cfr M. H. Dye, *Deprivation, importation, and prison suicide: Combined effects of institutional conditions and inmate composition*, in *Journal of Criminal Justice*, 2010, 38(4), pp. 796-806.

⁵³ P. Buffa, *Alcune riflessioni sulle condotte auto aggressive*, cit., p. 10.

⁵⁴ La ricerca non giunge a sostenere l'esistenza di un effetto protettivo del sovraffollamento, possibile grazie alla condivisione delle celle che introduce una supervisione più diretta da parte di un compagno di cella, che può anche fornire supporto emotivo. M. P. Huey, T. L. McNulty, *Institutional conditions and prison suicide: Conditional effects of deprivation and overcrowding*, in *The Prison Journal*, 2005, 85(4), pp. 490-514.

⁵⁵ E. F. J. C. van Ginneken, A. Sutherland, T. Molleman, *An Ecological Analysis of Prison Overcrowding...*, cit., p. 80.

view of prisons would suggest: a small-scale and stable prison environment is associated with a lower risk for suicide»⁵⁶.

Una ancor più recente ricerca sulle carceri del nordest italiano – nella quale il fenomeno è correttamente inquadrato come grave problema globale di salute pubblica - ha evidenziato come la maggior parte dei suicidi e dei tentativi di suicidio si verifichi in condizioni di sovraffollamento, senza tuttavia identificare quest'ultimo come un predittore significativo dei tentativi di suicidio. Lo studio rimanda ad ulteriori e future ricerche in grado di chiarire l'incidenza, che appare al momento controversa, del sovraffollamento e dei fattori ambientali, non escludendo una efficacia protettiva legata alla occupazione singola di una cella e ad un maggiore reciproco sostegno tra detenuti⁵⁷. Non sono infatti mancate analisi che hanno posto in evidenza il beneficio in termini di contenimento del rischio suicidario dato dalla presenza di uno o più compagni di cella, ciò che evita l'isolamento del detenuto e rende materialmente più difficile la realizzazione dell'atto suicidario⁵⁸.

5. Una riflessione sulle scelte suicidarie dei detenuti si giustifica anche in ragione dell'ampia forbice esistente tra il tasso molto contenuto e poco oscillante dei suicidi nella popolazione italiana e quello più alto registrato nella popolazione detenuta⁵⁹, sebbene il rapporto tra il numero dei suicidi in carcere ed il numero totale dei detenuti transitati nelle carceri possa indurre ad una maggiore cautela, aldilà dei problemi di comparazione dei dati di cui si è detto.

Le disuguaglianze sociali espressione dei determinanti sociali della salute spiegano in una prospettiva sociologica la particolare vulnerabilità della popolazione detenuta,

⁵⁶ Ivi, p. 81.

⁵⁷ G. Castelpietra et al., *Suicide and suicides attempts in Italian prison. Epidemiological findings from the "Triveneto" area, 2010-2016*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2018, 61, pp. 6-12.

⁵⁸ G. Duthé, A. Hazard, A. Kensey, *Trends and risk factors for prisoner suicide in France*, in *Population*, 2014, 69(4), pp. 463-494.

⁵⁹ Il grafico pubblicato dall'European Prison Observatory nel report del 2019 sulle carceri in Europa permette uno sguardo d'insieme sui paesi europei in merito alla differenza tra i due tassi: European Prison Observatory, *Prisons in Europe. 2019 report on European prisons and penitentiary systems*, 2019, in <http://www.prisonobservatory.org/upload/Prisons%20in%20Europe.%202019%20report.pdf>, p. 4. Secondo i dati dell'Organizzazione Mondiale della Salute, nel 2016 a fonte di una media europea pari a 15,4 (24,7 per gli uomini e 7,7 per le donne), e globale di 10,6 (13,5 per gli uomini e 7,7 per le donne), l'Italia ha fatto registrare un tasso di suicidi pari a 8,2 (12,1 per gli uomini e 4,5 per le donne), sempre ogni 100.000 abitanti). Guardando ai tassi standardizzati per età nello stesso anno, il tasso per l'Italia scende a 5,5, rispetto al 12,9 in Europa e al 10,5 globale. Dati: WHO, *Suicide in the world. Global Health Estimates*, 2019, in <https://www.who.int/teams/mental-health-and-substance-use/suicide-data>. Il trend del tasso di suicidi in Italia, calcolato ogni 100.000 abitanti, mostra una flessione a partire dalla metà degli anni ottanta, con un leggero aumento tra il 2008 e il 2012, tuttavia rimanendo alquanto costante, sempre tra 6 e 8 circa (dati Istat). I dati sul suicidio in carcere presentano una curva meno lineare, anche in considerazione della possibilità che uno scarto anche minimo possa incidere in maniera rilevante sul dato generale, trattandosi di numeri assoluti contenuti.

attribuendo senso ad un “modello dell’importazione” che, tuttavia, trascura l’impatto dell’ambiente penitenziario sulla vita, sulla salute e sull’equilibrio dei detenuti. Una rilevazione sulla scorta della quale matura l’esigenza di condividere un approccio integrato, attraverso il quale riconoscere l’importanza dei fattori di rischio legati alla stratificazione sociale, ed al conseguente divario di salute, nella loro interazione con i fattori di rischio riconducibili all’istituzione penitenziaria.

L’ambiente patogeno ed insalubre del penitenziario, le cui condizioni generali appaiono peggiorate in conseguenza della crisi del welfare state⁶⁰, può rappresentare un fattore di rischio soprattutto in considerazione della fragilità della popolazione detenuta. Un’insalubrità intrinseca al carcere stesso, in virtù dell’isolamento sociale, della perdita della privacy, della sedentarietà, della promiscuità, della routine che esso impone, e che si acuisce ulteriormente in ragione delle condizioni materiali di detenzione, legate alla vetustà ed alla inadeguatezza degli edifici, nonché a quei comportamenti, ricorrenti nelle carceri, come il consumo di tabacco e di sostanze stupefacenti, la promiscuità sessuale, lo scambio di materiale per le iniezioni, tatuaggi e piercing e la violenza⁶¹, nelle sue diverse forme ed espressioni. Una qualità della vita generalmente mortificante per la dignità ed il benessere dei detenuti e che il sovraffollamento finisce per esacerbare, compromettendo la qualità delle relazioni e delle attività e riflettendosi negativamente sulla salute dei detenuti, sebbene le ricerche attuali non appaiono concordi nel delineare il rapporto tra sovraffollamento e i suicidi dei detenuti.

Una prospettiva esclusivamente basata sul modello dell’importazione non può efficacemente spiegare le ragioni che portano solo alcuni detenuti alla scelta suicidaria: “Molte delle caratteristiche dei detenuti suicidi sono comuni a tutti gli altri detenuti, e pochi studi hanno identificato elementi in grado di distinguere i detenuti che commettono suicidio dal resto della popolazione carceraria”⁶².

Le ragioni della scelta suicidaria in situazioni apparentemente simili, fermo restando un certo grado di imprevedibilità delle scelte, possono scorgersi nell’intreccio tra situazioni di specifica vulnerabilità e contesti penitenziari particolarmente degradati e degradanti. Detenuti altamente vulnerabili con scarse risorse personali e sociali possono fare affidamento su limitate capacità di coping nell’adattamento alla

⁶⁰ Pavarini scorge il passaggio da un Well-fare ad un prison-fare: M. Pavarini, *L’abolizionismo ai tempi del prison-fare*, in *Antigone, quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, 2007, 1, pp. 18-38.

⁶¹ Nel report relativo all’ultima visita in Italia, il Cpt denuncia: “The worrying increase in the number of critical events. The increase referred notably to the number of aggressive incidents against prison staff by inmates, episodes of self harming and inter-prisoner violence”. “The CPT recommends that the Italian authorities put in place a comprehensive strategy for preventing inter-prisoner violence and intimidation in light of the above remarks”. Cpt, *Report to the Italian Government*, cit., pp. 11-17.

⁶² WHO, *La prevenzione*, cit., p. 8.

reclusione, soprattutto in presenza di condizioni di particolare deprivazione⁶³. Dinamiche molto complesse e specifiche per ciascun istituto e finanche per ciascuna sezione, in relazione alle quali nuove ed ulteriori ricerche ecologiche appaiono necessarie per individuare e analizzare le diverse variabili istituzionali ed ambientali collegate ai suicidi.

Un approccio basato sulla tutela della salute dei detenuti che possa aspirare alla prevenzione dei suicidi nelle carceri non può che in primo luogo incentivare e stimolare politiche di promozione della giustizia sociale per identificare e agire sui determinanti sociali della salute e ridurre le corrispondenti disuguaglianze⁶⁴. Politiche sociali di ampio respiro necessarie per affrontare i fenomeni criminali come fenomeni in primo luogo sociali, rinunciando alla tentazione di misure emergenziali assai poco sostenibili per il sistema penitenziario e, dunque, per la salute dei detenuti. Le scelte “tragiche” di politica criminale adottate sin qui devono lasciare spazio ad un indirizzo politico in grado di porre “in crisi” l’attuale sistema carcerario-centrico, di ripensare gli attuali regimi di sicurezza e di investire sulla presenza e sulla formazione di tutti gli operatori penitenziari⁶⁵, allo scopo di garantire standard di vivibilità negli istituti di pena in linea con i principi di umanità della detenzione, di rispetto della dignità dei detenuti e di tutela del diritto alla salute.

⁶³ M. H. Dye, *Deprivation*, cit.

⁶⁴ Cfr G. D Caruso, *Public Health and Safety*, cit.

⁶⁵ «Negli Stati Uniti la creazione di Ufficio Federale appositamente dedicato alla formazione del personale penitenziario ha attivato una spirale di effetti positivi al punto da diminuire del 70% il numero di suicidi all’interno delle strutture carcerarie di quel Paese»: P. Buffa, *Il suicidio in carcere: diffondere la riflessione per migliorare la prevenzione*, in Quaderni Issp, *La prevenzione dei suicidi in carcere contributi per la conoscenza del fenomeno*, 2011, 8, p. 17.

Paolo Pardolesi

PANDEMIE E SCELTE TRAGICHE

ABSTRACT

Lo scritto riflette succintamente sulla complessa dicotomia, da scelte tragiche, tra una prospettiva etica e un contrapposto approccio utilitaristico.

The present report intends to reflect succinctly on the complex dichotomy that can be identified in terms of tragic choices between an ethical and utilitarian perspective.

PAROLE CHIAVE

Pandemia – Covid-19 – Scelte tragiche

Pandemic – Covid-19 – Tragic choices

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Un approccio in chiave di EAL: il valore economico della vita umana nelle scelte del decisore pubblico. – 3. Osservazioni conclusive.

1. Nelle pieghe delle molte sfaccettature concettuali ascrivibili al tema delle ‘scelte tragiche’ innescate dalla pandemia da Covid-19, il mio intervento odierno è volto a porre l’accento sulla complessa dicotomia tra una prospettiva etica e un approccio più propriamente utilitaristico¹.

Quando a febbraio dello scorso anno arrivarono i primi drammatici dati dalla Cina [ossia che: 1) il 95% degli infetti era composto da soggetti asintomatici/paucisintomatici; 2) il 5 % era soggetto a ospedalizzazione con rischio di terapia intensiva, e 3) lo 0,5 % (di quest’ultima categoria) era a rischio reale di morte]² ci si è posti subito un’inevitabile domanda: si tratta di una buona oppure di una cattiva notizia?

Quasi non abbiamo avuto il tempo di mettere a fuoco tale interrogativo e già la rapida (quanto travolgente) saturazione del nostro Sistema Sanitario Nazionale ci ha portato, nei giorni più intensi della crescita dell’epidemia (tanto nella prima quanto nella seconda ondata) a dover affrontare interrogativi ben più sinistri: chi salvare? chi sacrificare?

Nondimeno, i dati forniti dall’Istituto Superiore di Sanità – che a marzo ed aprile mettevano in risalto come la mortalità del virus concernesse essenzialmente gli ultraottantenni o i malati con una o più patologie pregresse, risparmiando i bambini, i giovani e, sebbene in misura minore, le donne – sono stati trasmessi dai media con messaggi di rassicurazione inaccettabili dal punto di vista etico³, ma frutto di un approccio utilitaristico (riconducibile a una matrice di analisi economica) che è profondamente penetrato nelle scelte pubbliche.

¹ A tale proposito, vorrei rimarcare come molte riflessioni che verranno esposte nella presente relazione prendono le mosse dalle preziose suggestioni formulate in un recente lavoro pubblicato da Matteo Rizzoli (*L’epidemia da CoVid-19: un caso di «scelte tragiche»?*, in *Mercato, concorrenze e regole*, 2020, p. 485 ss.).

² *Report of the WHO.China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (CoVid-19), 16-24 February 2020*, disponibile su: [https://www.who.int/publications/i/item/report-of-the-who-china-joint-mission-on-coronavirus-disease-2019-\(covid-19\)](https://www.who.int/publications/i/item/report-of-the-who-china-joint-mission-on-coronavirus-disease-2019-(covid-19))

³ A tale proposito, M. Rizzoli, *op. cit.*, p. 486, osserva come: «[q]uesti dati asettici sembrano voler tranquillizzare l’opinione pubblica e ricalcano fedelmente un modo di presentare le notizie sull’evoluzione dell’epidemia già visto in queste due settimane, quando molti giornalisti hanno scelto di compensare le cattive notizie sottolineando quanto la morbilità colpisse soprattutto gli anziani e le persone con patologie complesse». Quanto dire che, nelle pieghe delle cattive notizie «circa la diffusione del contagio» sembrerebbe possibile compiacersi «per il fatto che le morti si concentrino solo in determinate fasce (anziani e malati) e risparmiino i bambini».

2. A ben vedere, l'analisi economica utilizza un criterio di efficienza per valutare, spiegare, prescrivere regole, soluzioni, scenari in qualsiasi ambito/campo della nostra realtà sociale⁴.

Ora, facendo tesoro delle preziose riflessioni formulate da Philip Bobbitt e Guido Calabresi nel loro celebre testo *Tragic Choice* del 1978⁵, appare giocoforza rilevare come la maggior parte delle scelte di *policy* (e, in particolare, quelle concernenti le misure di sicurezza volte a salvare delle vite: per esempio, la scelta di realizzare nuove terapie intensive o quella di rendere obbligatoria dispositivi antiabbandono sui seggiolini) nascondano un'intrinseca valutazione economica del valore di una vita umana⁶.

Più in chiaro, gli economisti hanno escogitato diversi criteri (più o meno discutibili) volti a superare il problema del valore economico di una vita [si pensi, ad esempio, a parametri quali: 1) la misura sulla 'qualità della vita'; 2) il 'tempo della vita restante'; e, forse il più controverso di tutti, 3) il 'reddito potenziale futuro' (in relazione al quale le persone anziane – che, avendo smesso di lavorare, hanno sostanzialmente già prodotto il loro reddito – costituirebbero un costo/peso sociale dalla valenza negativa⁷, mentre i bambini e i minori – per le ragioni inverse – rappresenterebbero un valore in sostanza positivo)⁸]: «[s]e possiamo misurare e monetizzare per ciascuna persona questi parametri, nella logica utilitaristica li possiamo anche comparare e – al limite — usare per dirimere l'accesso a delle risorse scarse»⁹.

Le cennate 'metriche' concernenti il valore implicito/economico di una vita umana sono penetrate progressivamente nelle scelte di *policy* operate dal decisore pubblico:

⁴ Per una riflessione allargata sui principali profili ascrivibili all'approccio in chiave di Analisi Economica v., orientativamente, A.M. Polinsky, *Un'introduzione all'analisi economica del diritto*², Edizione de "Il Foro Italiano", Roma, 1992; R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Little, Brown and Company, Boston, 1992; A. Chiancone, D. Porrini, *Lezioni di analisi economica del diritto*³, Giappichelli, Torino, 1996; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*², il Mulino, Bologna, 2006, vol. I – *Fondamenti*; S. Shavell, *Analisi economica del diritto*, trad. it. a cura di A. Baccini, A. Palmieri, D. Porrini, Giappichelli, Torino, 2007; P. Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Cacucci, Bari, 2015.

⁵ P. Bobbitt, G. Calabresi, *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, WW Norton & Co., New York, 1978.

⁶ Sul punto v. I. Brannon, *What is a life worth*, in *Regulation*, n. 27, 2004, p. 60.

⁷ A tale proposito occorre osservare come una valutazione di tal fatta ometta di considerare il rilevante impatto (anche in termini economici) che molto spesso gli anziani/nonni possono avere sul *welfare* familiare allorquando si sostituiscono al ruolo di costose *baby-sitter*.

⁸ Per un incisivo approfondimento dei profili critici concernenti il parametro del 'reddito potenziale futuro' si rinvia alle penetranti osservazioni di M. Rizzolli (*op. cit.*, p. 487) che rileva come sebbene per un bambino ci siano ancora molti investimenti in capitale umano da effettuare «non è detto che questi investimenti producano i frutti attesi e c'è poi il rischio non trascurabile che questi redditi futuri vadano a svilupparsi altrove, vista la elevata tendenza migratoria dei giovani». Per un'analisi dei criteri di misurazione del capitale umano v. L. Tronti, *Capitale umano. Definizioni e misurazioni*, Cedam, Padova, 2012.

⁹ Così, M. Rizzolli, *op. cit.*, p. 487.

prova ne sia l'esempio tratto dal testo di Calabresi e Bobbitt riguardante l'obbligo di installare dispositivi antiabbandono sui seggiolini¹⁰. Mi spiego: prendendo le mosse dall'assunto che, per un verso, l'istallazione di tale dispositivo costi circa 30 euro (come accade in Italia) e, per l'altro, che venga acquistato ogni anno dai 2/3 dei genitori dei nuovi nati (circa 300.000) –, ne deriva che una spesa di circa 9 milioni di euro consentirà di ridurre da 0,66 (8 morti negli ultimi 12 anni) a 0 le morti annuali per abbandono in auto. Ecco, allora, che, per questa via, secondo i due autori, viene implicitamente attribuito alla vita di un bambino un valore economico di circa 13 milioni di euro (in quanto «imponiamo alla collettività di spendere questa cifra per ridurre i casi di abbandono a zero»)¹¹.

Ora, con l'epidemia da Covid-19, sebbene si abbia a che fare con calcoli notevolmente più complessi e imprevedibili, il *modus operandi* risulta sostanzialmente lo stesso: «da una parte, infatti, abbiamo il beneficio di ridurre le morti per contagio e dall'altra i costi di tenere ferma l'economia». Non a caso, muovendosi in orizzonti di tal fatta, viene da porsi alcuni 'dolorosi' interrogativi: 1) quanto costa tenere chiuse le attività economiche (cinema, negozi, palestre, ristoranti, bar, stadi e così via)?; 2) quanti contagi in più siamo disposti ad accettare per poter riaprire queste attività? e, infine, 3) quanti morti valgono un punto Pil?

Una risposta (per certi versi 'brutale') a tali quesiti ci perviene dalla più volte richiamata riflessione numerico/speculativa abbozzata da Matteo Rizzoli. Partendo dal presupposto che la popolazione italiana annoveri circa 60 milioni di abitanti e che, secondo il parere di molti epidemiologici, il virus infetterà non meno del 50% della popolazione (ma si potrebbe arrivare fino a punte del 70%), l'A. prospetta due possibili scenari:

- I) Primo scenario: sospendendo le attività economiche, accadrebbe che, secondo i dati dell'OMS, il 5% dei malati avrà bisogno di cure in terapia intensiva e i decessi tra coloro che vi avranno accesso corrisponderanno a circa il 20% (ovvero l'1% del totale degli infettati). Pertanto, se «l'epidemia investisse tutta la popolazione, ma tutti i pazienti che ne necessitano fossero gestiti in terapia intensiva, ci dovremmo aspettare [circa] 300.000 morti»;

- II) Secondo scenario: qualora, per non rallentare l'economia, si lasciasse correre l'epidemia e le terapie intensive andassero in totale saturazione, «ci

¹⁰ P. Bobbit, G. Calabresi, *op. cit.*, *passim*.

¹¹ M. Rizzoli, *op. cit.*, p. 488.

dovremmo attendere che il 90% di quel 5% di pazienti bisognosi di cure in terapia intensiva possa morire» (ossia circa 1 milione e 350.000 morti).

Sulla scorta di siffatte considerazioni, qualora adottassimo il valore statistico di una vita umana prospettato nell'ultima meta-analisi condotta da Kip Viscusi per l'Italia (circa 5,3 milioni di euro), il lasciar andare l'epidemia costerebbe molto di più, circa 5.500 miliardi di euro (ovvero un ammontare tre volte superiore del PIL italiano): quanto dire che «sarebbe ragionevole rinunciare a tre anni di produzione pur di evitare la morte di oltre un milione di cittadini italiani. Altro che lasciar correre l'epidemia per non fermare l'economia»!¹²

3. Tirando le fila del discorso, pertanto, appare possibile affermare come quelli illustrati siano i 'compromessi' che generalmente sono presenti/pressanti nelle decisioni pubbliche. In questa prospettiva, quindi, il ruolo dell'economista non può che essere quello di disvelare questi *trade-off*, lasciando al decisore politico la scelta in merito a quale sia il corretto compromesso da applicare.

Nondimeno, non si può fare a meno di rimarcare come l'illustrata logica utilitaristica non possa essere l'unica chiave di lettura adottabile per affrontare le cd. scelte tragiche. Non a caso, lo stesso Phil Bobbitt in una recentissima intervista, alla domanda relativa alla scelta che dovrebbe compiere un medico qualora dovesse decidere a chi destinare le cure intensive tra un luminare che sta scoprendo il vaccino del Covid-19 e un giovane con maggior speranza di vita, ha dichiarato: «se fossi un vero medico – e non un semplice dottore di ricerca – immagino che preferirei salvare la persona di qualsiasi età che sta scoprendo il vaccino contro il Covid-19 rispetto a qualcuno anche molto più giovane perché, così facendo, potrei essere in grado di salvare in futuro la vita di molti uomini più giovani anziché quella solamente di uno. Chiamiamolo 'pragmatismo americano', se vi piace. Ma se il giovane fosse mio figlio, Pasha di 7 anni, io mi sottrarrei a questa decisione»¹³.

Concludo con le parole del prof. Rizzoli: «il richiamo alla difesa dei più deboli e degli scartati impone soluzioni diverse dalle scelte tragiche. Accettare che una vita ben spesa incorpori anche un certo rischio di morire non è affatto l'equivalente di ponderare i

¹² Così, M. Rizzoli, *op. cit.*, p. 490.

¹³ Intervista curata da R. Conti, *Tragic choice, 42 anni dopo. Phil Bobbitt riflette sulla pandemia*, disponibile su https://www.giustiziasieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1049-tragic-choises-43-anni-dopo-philip-chase-bobbitt-riflette-sulla-pandemia?fbclid=IwAR2wQn6fUW8umgFK52gZBrryK_DLux88ykeQS7liCSmxS8K9DCIGY7TyYsU.

costi, in termini di rischio di morte, e i benefici, in termini di guadagni monetari ottenuti, di una scelta tragica»¹⁴.

¹⁴ M. Rizzoli, *op. cit.*, p. 490.

Francesco Perchinunno

**SCELTE TRAGICHE NELL'ERA COVID-19: LA TUTELA DEL
PERSONALE SANITARIO NEL QUADRO DEI VALORI
COSTITUZIONALI**

ABSTRACT

Nella recente pandemia da Covid-19, la tutela del personale sanitario costituisce un fattore cruciale, sia per il controllo della diffusione della malattia, sia per garantire le cure necessarie per la salvaguardia del cittadino e dei pazienti che necessitano di cure mediche. Il quadro emergenziale costituisce l'occasione per porre in disamina alcune criticità emerse con particolare riguardo ai profili costituzionali e al principio di solidarietà.

In the Covid-19 pandemic, the protection of healthcare workers plays a crucial role both for reducing spreading of disease and for preserving the health of people and patients. The adoption of measures for restraining the spreading of Covid-19 disease and for protect health workers, leads to the examination of some critical aspects regarding constitutional principles, particularly the principle of solidarity.

PAROLE CHIAVE

Tutela della salute – Pandemia da Covid-19 –
Principi costituzionali

Health protection – Pandemic covid 19 –
Constitutional principles

Sommario: 1. Premessa e delimitazione del tema. – 2. Rilievi sulla tutela costituzionale nell'emergenza pandemica da Covid-19. – 3. L'emergenza pandemica come occasione di solidarietà.

1. Alla luce dei drammatici dati emersi a seguito della pandemia in corso, ci si è interrogati se sia giusto e legittimo che il personale sanitario, costretto ormai da diversi mesi ad operare in un contesto emergenziale per la salvaguardia della salute pubblica, mettendo a rischio anzitutto la propria e quella dei propri familiari, possa subire una così significativa lesione del diritto alla vita e alla salute. L'allarme generato dalla diffusione del numero dei contagi in danno del personale sanitario ha indotto l'OMS e l'International Labour Organization ad avviare uno studio per descrivere i fattori di rischio e i fattori protettivi per la salute degli operatori delle strutture sanitarie durante la pandemia, oltre a stimare l'impatto dell'esposizione a virus SARS-CoV-2 sulla salute mentale e a valutare altri aspetti psicosociali connessi all'emergenza sanitaria.

Di particolare interesse, uno studio pubblicato dall'associazione medica della Federazione nazionale degli ordini dei chirurghi e dei dentisti (FNOMCeO) che ha evidenziato che Covid-19 ha causato un cospicuo numero di decessi in Italia, rendendo pubblico l'elenco dei medici deceduti durante la pandemia che viene quotidianamente aggiornato: alla data odierna, 11 dicembre 2020, il numero dei decessi tra i soli medici è di circa 255! Il dato è allarmante ed è destinato a crescere in maniera significativa, in conseguenza dell'incessante propagazione del virus.

Nel quadro delle "scelte tragiche", oggetto della I sessione delle giornate di studio del Convegno "Medicina e Diritto", giunto alla III edizione, si è ritenuto di porre l'attenzione sul profilo correlato alla tutela del personale sanitario nel quadro dell'emergenza sanitaria, alla luce dei valori offerti dalla nostra Carta costituzionale, nella consapevolezza che l'era pandemica dovrà rappresentare un momento di accurata riflessione anche in ordine ai rapporti etico-sociali.

Occorre premettere che gli operatori sanitari sono stati spesso sopraffatti dall'imponente carico di lavoro e certamente non agevolati, nel gravoso compito, dalla mancanza di forniture di materiali necessari per erogare un trattamento adeguato ai pazienti e per evitare il contagio; non va poi trascurato che in alcuni casi si è aggiunta la mancanza di tempestività nella indicazione delle linee guida tecniche e cliniche per agire adeguatamente nella gestione clinica dei pazienti. Tali fattori hanno generato, tra gli operatori sanitari, sentimenti di sconforto, sofferenza, isolamento e solitudine su cui è doveroso riflettere e porsi numerosi interrogativi, auspicando che, nelle more, siano almeno moltiplicate le azioni e le politiche di sostegno rivolte agli operatori stessi e alla riorganizzazione dei servizi.

2. In quest'era pandemica, si assiste alla frequente evocazione dei principi espressi dalla Carta costituzionale e ciò in considerazione sia della pretesa illegittimità di alcuni strumenti normativi di delimitazione o compressione delle libertà fondamentali dell'individuo, sia con riferimento al criterio di bilanciamento dei valori costituzionali e delle stesse libertà con il diritto fondamentale alla salute e quello inviolabile alla vita¹.

In questa sede, ci si limiterà ad evidenziare l'erroneo approccio metodologico alla Carta fondamentale da parte di coloro che hanno ritenuto una grave dimenticanza dei Padri costituenti l'assenza, nella Costituzione stessa, di esplicite previsioni che riguardassero le emergenze sanitarie e la gestione e regolamentazione delle stesse da parte degli Organi statali.

Val bene, sul punto, solo accennare alla seduta del 20 settembre 1946, nel corso della quale l'Assemblea costituente ebbe a discutere proprio sull'opportunità di inserire nella Carta costituzionale un profilo normativo proprio legato alla regolamentazione delle emergenze sanitarie, proprio in virtù dei fenomeni epidemiologici che avevano già afflitto il nostro Paese, anche in maniera devastante e con un tasso di mortalità molto elevato. La scelta operata dall'Assemblea di non ricorrere ad una espressa previsione va attribuita alla I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione dell'Assemblea costituente che avviò un dibattito sulle epidemie espressamente evocate da tutti quale presupposto per legittimare restrizioni alla libertà di circolazione - proprio in virtù del vivo ricordo collettivo dei costituenti delle epidemie che in Italia erano state lunghe e letali – mediante il ricorso agli strumenti legali al dettato dell'art. 32 Cost., inteso come disciplina specifica del diritto fondamentale alla salute.

La tutela della salute e della vita della collettività, infatti, si evince dalla lettura sistematica di una serie di norme che, unitamente all'art. 32 Cost., impongono detta tutela come esigenza pubblica a cui provvedere con prestazioni costanti e non episodiche che servono anche a prevenire epidemie pericolose per la vita della

¹M. Luciani, voce *Salute*, I, (*diritto alla salute-diritto costituzionale*), in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, p.1 ss.; D. Vincenzi Amato, voce *Art. 32*, in *Comm. Cost.*, G. Branca (a cura di), *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli, Roma- Bari 1976 p. 167 ss.; A. Simoncini, E. Longo, voce *Art. 32*, in *Comm. Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Utet, Torino 2006, p. 655-674. Il suo significato essenziale sta nella pretesa del singolo all'astensione da parte di tutti da qualsiasi comportamento che possa mettere a repentaglio l'integrità della salute e fisica e psichica dell'individuo, coerentemente a una concezione integrale della persona umana (art. 2 Cost.). M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, 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. 64 ss.; M. Cartabia, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 455 ss.; A. Morrone, F. Minni, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013, n.3, p. 2 ss.

popolazione, in considerazione del fatto che la vita e la salute sono i presupposti per l'esercizio di tutti i diritti costituzionalmente garantiti.

Per far fronte all'emergenza della pandemia, secondo il lascito dei Costituenti, non occorre far ricorso a revisioni costituzionali, perché non vi è in realtà alcuna lacuna nella Carta costituzionale la quale contempla espressamente la possibilità, in via generale, di limitare i diritti e le libertà fondamentali per assicurare la tutela di altri beni costituzionali (salute, vita); le limitazioni appaiono lecite e ragionevoli a fronte dell'eccezionale emergenza odierna, purché adottate in conformità alle forme imposte dalla Costituzione.

Sono apparsi, forse, smisuratamente ultronei i dubbi espressi da parte della dottrina sulla tenuta e sul funzionamento effettivo del sistema delle fonti con riguardo al rischio di eludere il ruolo costituzionale dei decreti - legge o la riserva di legge o di fare un ricorso smodato ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri².

Rinviando l'approfondimento di tali considerazioni ad altra sede³, preme sottolineare che l'approccio più corretto in seno ad un giudizio di bilanciamento di valori, come nel

² Sulla tenuta della Carta costituzionale e in senso critico alle ipotesi di sospensione della medesima, cfr. P. Bonetti, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2020, p. 689 ss., volendo, F. Perchinunno, *La libertà personale in trasformazione. Genesi, itinerari e mutazioni*, Cacucci, Bari 2020.

³ La dimensione solidaristica del diritto alla salute desumibile dal primo comma dell'art 32 Cost., nella definizione della salute non solo quale diritto fondamentale dell'individuo, ma anche quale interesse della collettività, è stata individuata quale fattore determinante del bilanciamento operato nel caso dell'attuale situazione sanitaria emergenziale. Di fatto sono stati ridisegnati i contorni del diritto alla salute, attribuendo allo stesso un significato nuovo e capace di giustificare non solo limitazioni alla libertà di circolazione dell'individuo e degli altri diritti costituzionalmente garantiti, ma anche di imporre rigorosi limiti alla proiezione individualistica della salute. Sul punto, alcune pronunce della Corte costituzionale in ordine all'autodeterminazione in ambito sanitario, avevano fondato le proprie radici negli artt. 2, 13 e 32 Cost., configurando la stessa non solo quale "libertà del malato nella scelta delle terapie" ma anche, e più in generale, quale facoltà della persona di scegliere liberamente gli atti riguardanti il proprio corpo e le aspettative di salute e di vita, fino al possibile rifiuto di un trattamento sanitario. In realtà, anche rispetto a tale manifestazione di libertà e indipendenza sussistono dei limiti che ne circoscrivono la portata, come il dovere di non arrecare un pregiudizio agli altri soggetti, il cui fondamento giuridico è acchiuso nell'art. 2 Cost., in quei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale del gruppo sociale. In tal senso, il dovere di curarsi, e indirizzato non solo a preservare le condizioni del singolo, ma di salvaguardare soprattutto la salute collettiva, come nel caso delle malattie altamente infettive che rappresentano una minaccia per salute e sicurezza pubblica. Nel caso dell'emergenza sanitaria in corso, la scelta del singolo di incrementare il rischio di poter contrarre la malattia, al solo fine di non rinunciare alle pratiche quotidiane e al ripetuto contatto con altre persone, diviene veicolo per la propagazione della malattia, risolvendosi in sostanza in un pregiudizio a danno sia della salute dei soggetti appartenenti alle categorie vulnerabili e al funzionamento del Servizio Sanitario Nazionale. Nel bilanciamento tra dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute, in merito all'era Covid-19, sono stati formulati dubbi sull'opera di bilanciamento non troppo equilibrata e conforme al principio di proporzionalità, considerando il preponderante riconoscimento della salute collettiva a discapito di quella individuale e dell'autodeterminazione in materia sanitaria, pur garantita da norme di rango costituzionale e sovranazionale. Nel quadro esegetico delineato dalla Consulta vi è traccia dei limiti posti al profilo individuale della tutela in esame e della giusta dimensione costituzionale

caso che ci occupa, non deve identificarsi con la soccombenza necessaria di una libertà rispetto alle altre, ma della necessità di esprimere un giudizio di prevalenza a favore di quelle libertà che – in ogni singola valutazione e scelta - tutelano la persona umana nella sua interezza, preservandone integrità e dignità⁴.

E ciò, in linea con quanto espresso dalla Corte costituzionale nelle pagine più suggestive delle sue decisioni sulla dimensione valoriale della Costituzione repubblicana⁵.

non limitata alla sola sfera delle pretese soggettive che sono implicate dal diritto alla salute, ma estesa e, in molti casi, condizionata dalla dimensione superindividuale del bene salute, come nel caso della sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, nella parte in cui aveva sancito che: "...l'art 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività...", sicché: "...in caso di accertata incompatibilità e con le dovute garanzie, comportare la compressione o, comunque, la limitazione del diritto individuale..."; altrettanto vivo il richiamo spesso operato dalla dottrina alla sentenza Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307 e al principio secondo il quale la solidarietà verso gli altri può costituire un obbligo a un dato trattamento sanitario, "restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione... se il trattamento è 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". In tal senso, si può individuare ragionevolezza nel bilanciamento operato dal legislatore e nel sacrificio della libera autodeterminazione, in virtù dello stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche. Al di là degli effetti generabili dall'inottemperanza al dovere di solidarietà, altri profili di criticità possono individuarsi nell'aspetto violativo dell'eguaglianza sostanziale tra consociati (art. 3 Cost.) connesso ai più elevati rischi di contagio che sarebbero derivati dalla prevalenza dell'accezione individualistica di tutela della salute. Sul punto, volendo, si v. F. Perchinunno, *La libertà personale in trasformazione. Genesi, itinerari e mutazioni*, op. cit.

⁴ Sul punto, cfr. la sent. n. 85 del 2013 con la quale la Corte costituzionale ha risolto il "caso Ilva", componendo così un complesso conflitto di valori costituzionali (tutela della salute, tutela dell'ambiente, tutela del lavoro). La pronuncia ha avuto particolare eco e ai suoi principi oggi si guarda con spirito di riflessione: «...tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (...). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona...». Per una disamina dell'opera di bilanciamento operata dalla Corte costituzionale, cfr. A. Morrone, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2008, vol. II, tomo II, pp. 185- 204; *Id.*, *Il bilanciamento nello stato costituzionale: teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino 2014, vol. VIII, pp. 1-149; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 32-35; M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione nell'ambito della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, pp. 9 ss.

⁵ Incessante l'apporto interpretativo della Corte costituzionale che ha sempre fatto presente, sul punto, che questa operazione vuole la attenta ponderazione della rilevanza costituzionale dei valori in campo e, con riguardo specifico sempre al diritto alla salute, non è ammissibile che l'esito del bilanciamento sia un pregiudizio delle prerogative fondamentali derivanti dal diritto di cui siamo titolari; tra le altre, cfr. C. cost. n. 509/2000 e C. cost. n. 309/1999, specificando che il diritto ai trattamenti sanitari necessari alla tutela della salute «è garantito ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente

3. Si è accennato, in premessa, come ogni evento straordinario debba costituire un'occasione di riflessione. La pandemia in corso, al di là dei contrasti esegetici su cui la dottrina si è soffermata diffusamente, offre ampi spazi di analisi sul principio di solidarietà, partendo proprio dal dato letterale consacrato nella nostra Carta costituzionale, ove il principio in esame è stato eletto quale nucleo essenziale attraverso il quale poi sviluppare le altre libertà e l'apparato valoriale della nostra Costituzione⁶.

L'assenza della solidarietà priva di quello spirito collettivo tanto invocato nell'art. 2 della Costituzione che eleva l'unione del gruppo sociale, al pari delle esigenze individuali di ogni individuo; ogni libertà individuale trova nel principio di solidarietà la necessaria e perfetta coesione tra l'individuo e il gruppo sociale, poiché non c'è vita umana che non possa essere contemplativa dell'altruità e della reciprocità. In tal senso si orientano anche le Carte sovranazionali che sono proprio il frutto della reciprocità e della solidarietà tra gli ordinamenti degli stati aderenti.

Dalla natura essenziale del principio di solidarietà consegue che ogni condotta non solidale possa generare una grave violazione della Costituzione. Ponendo in esame il comportamento assunto dalla comunità sociale nel corso dell'attuale emergenza sanitaria è apparso molto enfatizzato il clima di insofferenza per le limitazioni delle libertà, spesso trascurando quale fosse l'esigenza di tutela prioritaria (vita e salute), volgendo uno sguardo troppo limitato alla solidarietà nei confronti del personale sanitario, trovatosi improvvisamente coinvolto in alcune scelte molto delicate. Si pensi alla necessità di trasferire interi pazienti o interi reparti, di rimodulare l'assetto interno del personale, di affrontare le scelte più tragiche, come curare i pazienti "no-covid" e di operare frequenti scelte di bilanciamento tra situazioni spesso non sempre compatibili e di difficile risoluzione.

Si tratta di decisioni e scelte che il medico ha dovuto assumere da solo, senza avvertire intorno un forte senso civico, senza quella percezione di solidarietà che è a fondamento della natura umana; ma le scelte tragiche il medico le ha fatte e continua a farle

protetti»; A. Morrone, F. Minni, Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, *op. cit.* Il quadro offerto dalla Consulta sul diritto alla salute delinea una sfera di tutela di un diritto soggettivo direttamente azionabile (cfr. C. cost. n. 247/1974, C. cost. n. 88/1979, C. cost. n. 356/1991 e C. cost. n. 107/2012) nei confronti dei pubblici poteri e dei privati (C. cost. n. 88/1979, C. cost. n. 184/1986; C. cost. n. 557/1987; C. cost. n. 202/1991).

⁶La persona umana è un essere per sua tendenza sociale, creato per l'amicizia e per l'amore verso gli altri e si contraddistingue per l'esigenza di essere riconosciuta dal prossimo nei diversi ambiti della vita. Lo spirito innovativo che ha alimentato la stesura definitiva dell'apparato valoriale costituzionale ha sviluppato le proprie radici nell'affermazione del principio della centralità della persona, caratterizzata dal passaggio dalla concezione stato-centrica a quella personalista. Sul punto, sia consentito rinviare a: F. Perchinunno, *Principio di solidarietà e tutela della salute nell'era Covid-19*, in "Identità, pluralità, diversità. Il riconoscimento, ovvero l'essere per l'altro", in questa *Rivista*, n.13/2020, p. 278 ss.

incessantemente, senza soluzione di continuità, assumendosene la piena responsabilità⁷.

Lo spirito solidaristico avrebbe potuto evitare quella contraddizione in termini che si riscontra nella lesione del fondamentale diritto alla tutela della salute in danno di coloro che sono destinati alla cura della salute altrui; l'aspetto paradossale è che la violazione di questo diritto si sia perpetrata nel medesimo perimetro delineato dall'art. 32 Cost. determinando, così, una situazione di inaccettabile incoerenza nel quadro sistematico di valori costituzionali.

Se per lo Stato-istituzione l'adempimento ai doveri di solidarietà era riconducibile all'elargizione dei necessari strumenti di formazione del personale sanitario e alla distribuzione di mezzi di protezione (stivali, grembiuli impermeabili, tute protettive e di tutti i dispositivi di protezione individuale di routine c.d. DPI), per lo Stato-comunità, le forme di solidarietà imponevano una rigorosa osservanza delle regole comportamentali e delle limitazioni imposte, oltre ad una maggiore collaborazione con tutto il personale sanitario, cui spesso sono stati attribuiti perfino irragionevoli profili di responsabilità.

Sul punto, confortanti notizie erano emerse, originariamente, dal plenum del Consiglio Nazionale Forense che aveva deliberato di applicare sanzioni disciplinari per gli avvocati che avrebbero offerto assistenza per azioni legali contro i medici impegnati nella cura dei pazienti affetti da Covid-19, ritenuta una mera "speculazione sul dolore" e, pertanto, una violazione dei principi etici dell'avvocatura⁸.

⁷ Cfr., volendo, F. Perchinunno, *Rilievi giuridici sulla tutela del degli operatori sanitari nell'emergenza da pandemia Covid-19*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, Ipsosa, Milano, n.10/2020, p. 942 ss.

⁸ Spicca, sul punto, il comunicato del C.N.F. di forte condanna per gli iscritti all'ordine forense che violeranno i principi etici dell'avvocatura, Coronavirus, CNF: "Sanzioni ad avvocati che speculano sul dolore", in www.consiglionazionaleforense.it, 1° aprile 2020. In tal senso è stato affermato come non sia «irrealistico immaginare, in questa situazione, un ulteriore fronte di rischio per gli operatori sanitari, legato alla possibile responsabilità per eventi avversi che si verifichino nell'ambito dell'emergenza epidemiologica: quante denunce e richieste di risarcimento è ragionevole attendersi nei loro confronti (e nei riguardi delle strutture sanitarie), all'esito del numero, inevitabilmente elevatissimo, di morti per o da coronavirus?», così C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "Irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema Penale*, 30 marzo 2020, il quale, in seno ad un'accurata ricostruzione dei profili correlati alla tutela degli operatori sanitari e alla necessità di un ripensamento (legislativo) della loro responsabilità penale, ha evidenziato il timore che possano profilarsi rischi per l'incolumità giudiziaria del personale sanitario, a tal punto da indurre ad atteggiamenti improntati a una sorta di "medicina difensiva dell'emergenza" che andrebbe a soverchiare l'ammirevole spirito solidaristico dimostrato sinora dagli operatori sanitari. Riecheggiano le parole del Presidente della GIMBE – fondazione di diritto privato costituita dall'associazione Gruppo Italiano per La Medicina Basata sulle Evidenze – che ha evidenziato che gli operatori sanitari infetti sono stati purtroppo i grandi e inconsapevoli protagonisti dell'infezione negli ospedali, nelle case di cura e nelle case dei pazienti. Se è vero che nei periodi di crisi, gli effetti delle disuguaglianze formali e sostanziali diventano spesso ancor più evidenti, i governi sono chiamati a rispondere all'appello dei medici «non siamo eroi, siamo umani» e a chiarire cosa ha impedito l'eliminazione delle disuguaglianze inerenti ai principi essenziali e alla

La comunità ha il dovere di ritrovarsi e unirsi in uno spirito solidale e l'emergenza sanitaria dovrà risvegliare le coscienze riportando il concetto sacro di "salute" entro un perimetro meno egoistico, in conformità ai doveri inderogabili di cooperazione e reciproco sostegno, nucleo essenziale di convivenza dello Stato sociale⁹. Lo spirito di solidarietà dovrà rappresentare la regola non l'eccezione, apprezzarsi come intervento collettivo, sinergico e diretto così da attenuare il doloroso impatto determinato dalle affezioni subite dal personale sanitario e costituire un incentivo per le Istituzioni, in quel complesso percorso di ricerca dei livelli imprescindibili di tutela della dignità dell'uomo.

globalizzazione della salute e dei diritti umani. Per una disamina accurata sul tema, con particolare riguardo al dilemma se occorra riformulare la responsabilità nell'emergenza o riformulare nell'emergenza la colpa professionale, cfr. G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 4; l'A. Il tema volge un attento alle cd. "scelte tragiche" nell'attività di rianimazione e ai profili di responsabilità ad esse correlate.

⁹ Cfr., sul punto, sia pure in una prospettiva parallela, la lotta contro il Coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute di M. Noccelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2020.

Maria Benedetta Saponaro

L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DEL TRAGICO

The levity of the examples is not meant to offend. (Philippa Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*)

ABSTRACT

Il celebre dilemma dello scambio ferroviario nelle sue molteplici varianti, di cui la più nota è certamente il dilemma del ponticello, è stato oggetto di riflessione di eticisti, psicologi, sociologi, neuroscienziati. L'introduzione delle auto senza conducente incontra la difficoltà di definire l'algoritmo morale, che guiderà tali veicoli in situazioni di danno inevitabile, come il problema del carrello. La questione è: possiamo programmare un algoritmo morale? Possiamo definire morale un algoritmo che decide chi uccidere o salvare? Cercheremo di dare un'prima risposta a queste questioni.

The famous dilemma of the railway exchange in its many variants, of which the best known is certainly the bridge dilemma, has been the subject of reflection by ethicists, psychologists, sociologists and neuroscientists. The introduction of driverless cars meets the difficulty of defining the "moral" algorithms that will guide such vehicles in situations of unavoidable harm, like the trolley problem. The question is: can we program a moral algorithm? Can we define a moral algorithm that decides who to kill or who to save? We will try to give an initial answer to these questions.

PAROLE CHIAVE

Carrellologia – algoritmo – etica

Carrellology – algorithm – ethics

Sommario: 1. Esperimenti mentali in etica. – 2. Dilemmi morali e neuroetica. – 3. Algoritmo *morale* delle auto senza conducente

1. Il titolo è volutamente ambiguo. La leggerezza è della costruzione di situazioni manichee in bianco e nero, private delle coloriture dell'esperienza individuale, la tragicità è nell'irriducibilità della complessità dell'esistenza ad un'ermeneutica binaria. D'altra parte, l'*allenarsi al pensare*, immaginare risposte possibili a esperimenti mentali, può aiutarci a prendere consapevolezza delle nostre credenze.

L'uso di esperimenti mentali in filosofia non è affatto recente¹, specie al fine di confutare approssimazioni e certezze fondate sul sapere quotidiano (caverna di Platone). Lo scopo non è tanto quello di predire le nostre azioni in circostanze analoghe, piuttosto di indagare concettualmente ciò che è giusto, ciò che è bene.

Un'etica sperimentale deve «essere consapevole del fatto che *esperienza* ed *esperimento* hanno una radice comune, quella che consiste nel carattere sperimentale di ogni esperienza e nella qualità di esperienza umana di ogni esperimento»².

Si sta facendo strada un approccio empirico-sperimentale all'indagine etico-filosofica, tendente alla riunificazione delle scienze filosofiche, sociologiche, antropologiche, psicologiche, neurobiologiche.

Nonostante non siano pochi coloro che non cedono alla seduzione di questa prospettiva, non si può negare che queste brevi finzioni forniscano «gli strumenti per individuare più chiaramente i fattori che influenzano i nostri giudizi morali, come l'appartenenza ad una specie o le qualità dei singoli individui»³.

Un ormai noto -soprattutto per le applicazioni in psicologia morale e in neuroetica- esperimento in etica è il dilemma dello scambio ferroviario, elaborato da Philippa Foot nel 1967⁴ per discutere la validità della teoria del duplice effetto tommasiana a sostegno

¹ Si pensi, a solo titolo di esempio, all'allegoria della caverna proposta da Platone nella Repubblica, al *demone malvagio* delle Meditazioni di Descartes, alla “macchina dell'esperienza” di Nozick, al “cervello in una vasca” di Putnam.

² L. Boella, *La morale e la natura*, in A. Lavazza, G. Sartori, *Neuroetica*, Il Mulino, Bologna 2011, p.93.

³ R. Ogien, *Del profumo dei croissants caldi e delle sue conseguenze sulla bontà umana*, tr. it., Laterza, Roma-Bari 2017, p.5.

⁴ P. Foot, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, *Oxford Review*, 5, 1967, pp.1-5. Nell'articolo confronta il dilemma del carrello ferroviario con il dilemma del magistrato che per evitare una vendetta sanguinosa deve scegliere se imputare di un crimine un innocente, non riuscendo a

di posizioni antiabortiste, sottolineando la differenza tra uccidere e lasciar morire: *un tram sta percorrendo un binario, dove ci sono cinque uomini. Il conducente non può arrestare la corsa del tram, ma può, azionando lo scambio, deviarlo su un binario, dove c'è un solo uomo ed evitare così che impatti i cinque uomini. Chiunque sia sul binario è destinato ad essere ucciso.*

La Foot esamina questo dilemma, confrontandolo con situazioni apparentemente analoghe e distingue, accogliendo e in parte superando la teoria del duplice effetto, tra ciò che facciamo (intenzione diretta) e ciò che permettiamo (obliquamente previsto). Il *permettere* come astenersi dall'evitare (l'agente è in grado di intervenire ma non lo fa) deve essere declinato per essere compreso nelle sue sfumature morali: vi è una differenza tra ciò che si fa o si causa e ciò che semplicemente si permette che avvenga? (ad es. la morte di un figlio può essere causata somministrandogli del veleno o non somministrandogli un farmaco necessario per la sua guarigione). Ad un diritto positivo (la crescita di un bambino) corrisponde un dovere positivo (l'obbligo di nutrirlo), così come ad un diritto negativo (libertà dall'oppressione) corrisponde un obbligo negativo (dovere di non interferenza).

Nel caso del dilemma dello scambio ferroviario, il conducente del tram, si troverebbe «di fronte ad un conflitto di doveri negativi, dal momento che è suo dovere sia evitare di ferire cinque uomini, sia di ferirne uno. Date le circostanze non è in grado di evitare entrambi, e sembra chiaro che dovrebbe compiere il male minore»⁵.

Judith Jarvis Thomson, non soddisfatta dalle conclusioni cui perviene Philippa Foot, elabora ulteriori varianti del dilemma, in due articoli successivi del 1976 ("Killing, letting die and the Trolley Problem") e del 1985 ("The Trolley Problem"), ponendo quello che da quel momento diventa *il problema del carrello ferroviario* e dando vita inconsapevolmente a quel filone di studi interdisciplinari che ha assunto il nome di *carrelologia (trolleyology)*⁶. La variante più interessante è nota come dilemma del ponticello (*Footbridge Dilemma*): *un treno fuori controllo sta per passare sotto un ponticello dove c'è un uomo grasso. Sul binario ci sono cinque uomini, che moriranno se il treno non arresterà la sua corsa. Il treno potrà essere fermato solo spingendo l'uomo grasso giù dal ponticello.*

trovare il vero colpevole. La Foot sottolinea comparando le situazioni, quale rilevanza assuma la certezza/alta probabilità che si realizzi l'evento dannoso.

⁵ *Ibidem*, p.4.

⁶ Il termine è stato coniato da Kwame Anthony Appiah e designa una sorta di minisetto accademico – così lo definisce David Edmonds- che si occupa di identificare i casi in cui si possa applicare il principio per cui la morte di uno è da preferire alla morte di più. K. A. Appiah, *Experiments in Ethics*, Harvard University Press, Cambridge, 2010; D. Edmonds, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, tr.it., Cortina, Milano 2014, p.9.

Le risposte a questi dilemmi evidenziano una certa asimmetria morale, in quanto, così come rilevato dalla Thomson e da ricerche successive⁷, le persone sono generalmente inclini ad azionare la leva dello scambio ferroviario, ma non a spingere l'uomo grasso giù dal ponticello per arrestare la corsa del treno fuori controllo.

Questo dato è stato confermato anche da successive ricerche di psicologia morale. Tale «convergenza quasi incredibile delle risposte a dispetto delle differenze di età, di religione, di sesso, di cultura, di livello di istruzione, di precedenti conoscenze di filosofia morale» non può non sorprendere, al punto che per Ruwen Ogien «ciò che vi è di universale nelle nostre reazioni morali è solo la loro incoerenza»⁸. Se i consequenzialisti sono diventati deontologisti, lo dobbiamo alle differenze tra i due scenari, solo apparentemente analoghi rispetto ai termini della scelta: nel caso dello scambio ferroviario, la minaccia viene deviata su una sola persona e la leva è uno strumento che in se stesso non viola alcun diritto, mentre nel caso del ponticello, la minaccia viene deviata attraverso la violazione dei diritti dell'uomo grasso. Ciò che andrebbe ulteriormente indagato è «un aspetto inquietante di questi esempi è che, sebbene la maggior parte delle persone abbia una reazione morale istantanea, forte e inflessibile, di solito non è in grado di esporre perché la senta così fortemente, né di identificare facilmente una ragione convincente per la distinzione che vuole tracciare»⁹.

L'esperimento mentale dello scambio ferroviario viene proposto dalla Foot e rimodulato con una serie di varianti dalla Thomson per chiarificare concettualmente la distinzione tra intenzione diretta ed intenzione obliqua nel giudizio morale. La *filosofia* che ne deriva tende a concentrarsi sul valore da attribuire alle nostre intuizioni morali, a sostegno (o meno) delle grandi dottrine morali. L'interesse successivo per questo dilemma e le sue molteplici varianti dilatano ulteriormente lo spettro delle prospettive d'indagine: le intuizioni, le reazioni morali spontanee, le emozioni, la razionalità ... la vita morale tra filosofia, psicologia morale, neuroscienze e diritto.

2. I “dilemmi del carrello” hanno animato e continuano ad animare i set sperimentali della ricerca psicologica e neuroscientifica. Il quadro emerso attraverso l'uso di tecniche di visualizzazione cerebrale tende sostanzialmente a confermare le evidenze rilevate dalla Foot e dalla Thomson: il giudizio morale si esprime in maniera contraddittoria. Le situazioni descritte (leva/ponticello) solleticano reazioni cerebrali non perfettamente sovrapponibili. Somministrando questi ed altri dilemmi simili, a soggetti sottoposti a fMRI è emerso che: «ci sono sistematiche variazioni nel

⁷ M. D. Hauser, *Menti morali*, tr. it., Il Saggiatore, Milano 2007; C.D. Navarrete et al., *Virtual Morality: Emotion and Action in a Simulated Three-Dimensional “Trolley Problem”*, *Emotion*, 12, 2, 2012, pp.364-370.

⁸ R. Ogien, *Del profumo dei croissants caldi e delle sue conseguenze sulla bontà umana*, cit., p.51.

⁹ D. Edmonds, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, cit., p.34.

coinvolgimento dell'emozione nel giudizio morale»¹⁰ per un'estensione maggiore in dilemmi come quello del ponticello -classificato come morale-personale-, minore in dilemmi come quello del carrello ferroviario -classificato come morale-impersonale. Gli intervistati tendono ad avere una risposta emozionale forte nei confronti di dilemmi come quello "del ponticello", perché il contatto fisico diretto li porta a giudicare inappropriata l'azione di buttare giù l'uomo grasso.

Le risposte incongruenti emozionalmente, che si verificano quando un soggetto risponde "appropriato" nella condizione morale-personale (ad es. giudicando appropriato spingere l'uomo grasso), evidenziano tempi di reazione più lunghi.¹¹ Greene utilizza la metafora della fotocamera digitale reflex per spiegare il *doppio processo* cerebrale del giudizio morale¹²: i riflessi e le intuizioni sono impostazioni automatiche che guidano il nostro comportamento, il "pensare" -inteso come ragionamento controllato e consapevole- è una modalità manuale. Recenti studi di *neuroimaging* hanno rivelato le aree interessate da questi processi sono: lo striato ventriale e la corteccia prefrontale ventromediale per le risposte automatiche, la corteccia prefrontale dorsolaterale per la risposta controllata. A differenza di una fotocamera, però,

le impostazioni automatiche del cervello sono sempre attive e sebbene le due modalità possano funzionare l'una indipendentemente dall'altra, il cervello di molti animali non può funzionare in modalità manuale senza che sia attiva la modalità automatica. Le impostazioni automatiche sono le nostre *precomprensioni*, sempre modificabili, in parte attribuibili a trasmissione genetica, trasmissione culturale e apprendimento esperienziale. Quando funzioniamo in modalità automatica eludiamo la criticità dell'esperienza attuale, filtrata attraverso i giudizi già elaborati per esperienze pregresse ed analoghe, dirette e indirette. Si attiva la modalità manuale quando la situazione specifica (ad es. dilemma ponticello) genera un conflitto tra intuizioni, suscitate dall'emozione, e precomprensione, tra intuizioni e principi.¹³

Da questi studi si deduce che ai dilemmi impersonali corrispondono giudizi "manuali" consequenzialisti e ai dilemmi personali corrispondono giudizi "automatici"

¹⁰ J.D. Greene et al., *An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment*, *Science*, 293, 2001, p.2107. In ognuno degli studi sottoposero ai partecipanti 60 dilemmi pratici divisi in due categorie: morali e non morali.

¹¹ In merito agli studi di *neuroimaging* sul giudizio morale, mi permetto di rinviare al mio contributo su *Neuroimaging e giudizio morale. Ragione ed emozione*, in *Emozioni. L'altro lato del sapere*, D. Del Mastro (a cura di), AGA, Alberobello 2019. Il volume è stato pubblicato anche in lingua polacca.

¹² J. D. Greene, *Beyond Point-and Shoot Morality: Why Cognitive (Neuro)Science Matters for Ethics*, *Ethics*, 124, 4, 2014. Vedi anche J. Greene, *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them*, Penguin Press, New York 2013; D. Kahneman, *A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality*, *American Psychologist*, 58, 2003, pp.697-720; J. A. Bargh, T. L. Chartrand, *The Unbearable Automaticity of Being*, *American Psychologist*, 54, 1999, pp.462-79.

¹³ *Neuroimaging e giudizio morale. Ragione ed emozione*, cit., pp. 352-353.

deontologici. La diversità della reazione dipende dalla costruzione dei due scenari. Non è d'altra parte indagato, o almeno esplicitato, se ci siano soggetti che di fronte al dilemma della leva abbiano un'attivazione cerebrale corrispondente al processo "automatico", o se ci siano soggetti che, di fronte al dilemma del ponticello, abbiano un'attivazione cerebrale corrispondente al processo "manuale". In altri termini, più che distinguere i dilemmi in personali e impersonali, potremmo distinguere le nostre *reazioni* in personali e impersonali, se dovessimo evidenziare che taluni soggetti *personalizzano* dilemmi considerati strutturalmente impersonali. Queste curiosità potrebbero essere in parte soddisfatte attraverso l'analisi dei dati sperimentali che riguardano quella minoranza di soggetti che ha risposto negativamente sia all'attivazione della leva di scambio, che all'uccisione dell'uomo grasso. Questi dati sarebbero anche significativi relativamente all'incoerenza di chi azionerebbe la leva di scambio per salvare cinque vite, ma non butterebbe giù dal ponticello l'uomo grasso per salvare sempre cinque vite, attribuita tradizionalmente alla fallacia dell'emozione che ci impedisce di compiere un atto violento, sebbene la finalità sia il bene di un maggior numero di soggetti. La detta incoerenza potrebbe, d'altra parte, essere il sintomo di una moralità immatura, che nel percorrere i sentieri tortuosi dell'agire, seppur ipotetico, vacilla di fronte a principi enunciati ma non incarnati.

La validità delle intuizioni è messa in crisi soprattutto se si ritiene che la scelta utilitarista sia preferibile. Greene con non poche difficoltà sostiene la scelta morale consequenzialista, benché usi il termine in un modo caratteristico, ovvero in un'accezione limitata alla relazione che pone tra azione e conseguenze. Le intuizioni morali sarebbero valide nell'affrontare i problemi della vita morale quotidiana ("Me vs Us"), non quelli che riguardano il disaccordo tra gruppi/tribù ("Us vs Them), seppure in questo secondo caso i meccanismi di apprendimento affettivo potrebbero sottrarci al giogo dei pregiudizi maturati nei gruppi. Non sono convincenti le motivazioni offerte a sostegno di questa distinzione.

Singer sulla scorta dei risultati di Green, travalicando le intenzioni dello stesso autore¹⁴, che attribuisce *valore descrittivo e non normativo* alle sue conclusioni, esorta a riseminare talune convinzioni teoriche filosofico-morali, in quanto «se ha ragione Greene nel suggerire che le nostre reazioni intuitive sono dovute a differenze nell'attrazione emotiva delle situazioni che implicano causare la morte di qualcuno in maniera ravvicinata e personale, e di altre che implicano causarla in maniera distante e meno personale, perché dovremmo credere all'esistenza di qualcosa che giustifichi tali reazioni?»¹⁵.

¹⁴ J. D. Greene, R. B. Sommerville et. Al, *An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment*, Science, 293, 2001, pp.2105-2108.

¹⁵ P. Singer, *Ethics and Intuitions*, The Journal of Ethics, 9, 2005, pp.331-352.

Nella stessa direzione, l'intuizionismo sociale di Haidt¹⁶ caldeggia l'idea che i giudizi morali, prodotti dalle nostre reazioni emotive (influenzate dai contesti sociali e culturali) non sono razionali, né lo sono i processi che li governano. Ad essere razionale è la ricerca delle buone ragioni a sostegno delle nostre intuizioni morali.

Tuttavia, questa prospettiva, che soffre del pregiudizio storico nei confronti delle emozioni, è messa in discussione della filosofia contemporanea¹⁷, nonché da recenti studi nell'ambito delle neuroscienze¹⁸, che hanno illuminato i meccanismi neurali del pensiero morale.

Il riconoscimento di *un* ruolo delle emozioni nel ragionamento morale è sicuramente uno dei risultati più significativi degli studi neurobiologici in ambito morale, resta da definire *quale* ruolo svolgano.

Come sottolinea Laura Boella, sulla base anche delle riflessioni di Bartles¹⁹, «le osservazioni più convincenti (e anche più aperte a nuove ricerche su ampie architetture neurali) appaiono in realtà quelle che sottolineano l'importanza delle differenze individuali che intervengono nel giudizio morale e considerano quindi le sue variazioni e la sua flessibilità legate a diversi “stili di pensiero” e a una sensibilità emotiva che si modula spesso in relazione al contesto»²⁰.

Le emozioni, pertanto, «non sono soltanto risposte automatiche di allarme al cospetto di eventi esterni, ma sono risposte a domande normative, così come di utilità non c'è solo quella del calcolo economico, ma anche quella legata alla giustizia»²¹.

Parafrasando Greene, il bene viene prima del giusto²², a patto che la sua realizzazione non implichi procurare un'ingiustizia.

¹⁶ J. Haidt, *The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment*, *Psychological Review*, 108, 2001, pp.814-834; *The emotional dog does learn new trick: a reply to Pizarro and Bloom*, *Psychological Review*, 110, 2003, pp.197-198.

¹⁷ Vedi in particolare M. C. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, tr. it., Il Mulino, Bologna 2004; J. Neu, *A Tear is an Intellectual Thing: the Meaning of Emotion*, Oxford University Press, Oxford-New York 2000, P. S. Churchland, *Self-representation in nervous system*, *Annals of the New York Academy of Science*, 1001, 2003, pp.31-38; J. R. Searle, *La riscoperta della mente*, tr. it., Bollati Boringhieri, Torino 1994.

¹⁸ Vedi in particolare A. Damasio, *L'errore di Cartesio: emozione, ragione e cervello umano*, tr.it., Adelphi, Milano 1995; *Emozione coscienza*, Adelphi, Milano 2000; *Alla ricerca di Spinoza: emozioni, sentimenti e cervello*, Adelphi, Milano 2004.

¹⁹ D.M. Bartles, *Principled moral sentiment and the flexibility of moral judgment and decision making*, in *Cognition*, 108, 2008, pp.381-417.

²⁰ L. Boella, *La morale e la natura*, in A. Lavazza e G. Sartori (a cura di), *Neuroetica*, , Il Mulino, Bologna 2011, p.101.

²¹ *Ibidem*, pp.101-102.

²² J. D. Greene, *The rat-a-gorical imperative: Moral intuition and the limits of affective learning*, in *Cognition* XXX 2017.

3. La definizione dell’algoritmo “morale” delle auto senza conducente ripropone il dilemma del carrello e le sue varianti. Benché infatti l’introduzione delle auto c.d. a guida autonoma dovrebbe portare numerosi vantaggi (riduzione emissioni inquinanti e della possibilità di incidenti automobilistici fino al 90%, agevolazione mobilità individui disabili) tarda ad arrivare, perché gli scienziati sono in difficoltà sull’elaborazione dell’algoritmo morale²³. Da dove sorgono queste difficoltà? Si tratta di delineare una moralità di tipo operativa, che dovrebbe definire algoritmicamente le *condotte* morali da assumere, specie in scenari di danno inevitabile. Si tratta di determinare se un automa possa riprodurre una sorta di pensiero morale, tenendo presente che i giudizi morali umani ripercorrono e intrecciano i rivoli della razionalità e dell’emozione, della computazione e della intuizione nella dialogica corpo/mente.

Gli studi in ambito psicologico-morale tentano di definirlo rilevando ciò che le persone farebbero in situazioni ipotetiche di danno inevitabile, che ricalcano il sistema binario proposto nel dilemma del carrello di Philippa Foot.

Bonnefon, Sharif e Rahwan²⁴ hanno condotto six online Amazon Mechanical Turk studies tra giugno e novembre del 2015 per valutare il modo in cui dovrebbero essere orientati gli algoritmi “morali”. Gli Studi hanno evidenziato che, sebbene le persone tendenzialmente riconoscano ed apprezzino l’opzione morale utilitaristica, non sempre sono in grado di adottarla quando dalla sua applicazione potrebbe derivare un danno personale. Tra “protect the driver at all cost” o “maximize the number of lives saved”, le persone ritengono più morale “maximize the number of lives saved”, ma se devono scegliere per se stessi, preferiscono “protect the driver at all cost”.

Come ha evidenziato Greene, «Bonnefon e collaboratori ci hanno mostrato, in un altro modo, quanto sarà difficile progettare macchine autonome che si comportino con la nostra sensibilità morale. Il problema, a quanto pare, è più filosofico che tecnico. Prima di poter mettere i nostri valori nelle macchine, dobbiamo capire come rendere i nostri valori chiari e coerenti»²⁵. Si tratta di indagare se sia configurabile un algoritmo morale. Qualsiasi scelta di programmazione che implichi *chi* sacrificare, è una scelta morale. Qualunque scelta dovesse derivare dai risultati conseguiti attraverso la

²³ Mi permetto di rinviare per una prima introduzione al tema al mio contributo *Protect the passenger at all costs or minimize the number of casualties? What ethics for autonomous vehicles?*, in *Research in Progress. Population, Environment and Health*, Cacucci Editore, Bari 2017, pp. 369-377; nonché *La traduzione algoritmica del pensiero relazionale*, in *Teoria*, XL/2020/2 (terza serie XV/2), pp.187-205.

²⁴ *Ibidem*

²⁵ J. D. Greene, *Our driveless dilemma*, in *Science*, 352, 2016, p. 1515.

somministrazione di Moral Tests, incorrerebbe nella c.d. fallacia naturalistica, ovvero nell'impossibilità di derivare proposizioni di diritto da proposizioni di fatto.

Lo stesso Greene ridimensiona notevolmente i risultati delle sue ricerche

sono un fan dei dilemmi del carrello *come strumenti scientifici, non come guide normative*. I dilemmi del carrello sono utili, non perché siano rappresentativi, ma perché sono stimoli artificiali ad alto contrasto che ci consentono di dissociare processi cognitivi altrimenti difficili da dissociare. La comprensione che otteniamo dallo studio dei dilemmi del carrello (ecc.) ci aiuta a capire perché non dovremmo fare affidamento su di essi come guida normativa.²⁶

I benefici che l'immissione delle AV promette, in termini di aumentare l'efficienza del traffico, ridurre l'inquinamento e di eliminare fino al 90% gli incidenti stradali, sarebbero raggiunti probabilmente anche dotando tali autovetture di sistemi di sicurezza (ad es. riduzione della velocità, mantenimento della corsia, rispetto delle norme sulla circolazione stradale) e di allerta (ad es. ostacoli improvvisi) obbligatori, lasciando la scelta del comportamento da assumere in situazioni di danno inevitabile al passeggero (che dovrà essere un soggetto moralmente e giuridicamente responsabile).

La c.d. etica algoritmica dovrebbe affrontare i problemi legati *all'input*, la percezione e la comprensione della situazione che l'agente morale deve affrontare, e all'*output*, tra produrre un'azione, in quanto appropriata, e sentirne l'obbligatorietà c'è differenza.

Se vogliamo raccogliere la sfida di Aristotele, dobbiamo «prestare attenzione al dettaglio fine della nostra esperienza vissuta ... La comprensione morale non è solo una questione di smistamento di situazioni in una categoria generica anticipata in precedenza di situazioni associate ad una determinata risposta... Un buon giudizio morale, in altre parole, richiede che l'agente condivida una struttura umana sottostante di buone abitudini, sensibilità emotive equilibrate e abilità affinate attraverso l'esperienza del mondo reale»²⁷. La determinazione algoritmica della scelta morale, separa l'azione dall'agente, ma la moralità non riguarda solo, non riguarda tanto, ciò che dovremmo fare in una determinata situazione, quanto chi siamo o chi vogliamo essere. È per questo motivo che la scelta morale, a differenza di un problema matematico, trascina tutto l'uomo nella situazione che coglie attraverso la ragione, le sensazioni, le emozioni, le intuizioni. L'output reazione appropriata al contesto sulla base dei dati preventivamente inseriti e categorizzati, per questi stessi motivi, non può essere considerata morale in senso stretto. Per dirsi morale in senso proprio l'azione non deve essere solo considerata appropriata, ma la sola possibile sulla base della

²⁶ J. D. Greene, *The rat-a-gorical imperative: Moral intuition and the limits of affective learning*, in *Cognition* XXX 2017, p.10.

²⁷ W. Hasselberger, *Ethics beyond Computation: Why We can't (and Shouldn't) Replace Human Moral Judgment with Algorithms*, in *Social Research*, vol.86, no.4 2019, pp. 988-989.

risposta che diamo alla domanda sul “chi siamo”. La dimensione del “mine-ness” è ineludibile nel giudizio morale, «nessuno può pensare la nostra morale *per noi*»²⁸.

L’agire morale è «un agire che si rivolge sempre anche a se stesso e che, in questo rivolgersi a sé, scopre e consolida la propria motivazione. E’ un agire in cui auto-relazione ed etero-relazione si trovano co-implicate. E’ un agire, per così dire, che si compie anche “sapendo” di agire»²⁹.

Ciò che l’automa non può riprodurre è questa dimensione morale individuale, riflessiva, in cui matura la libera determinazione morale. Eliderla significa rinunciare a qualificare un algoritmo come morale. A ciò si aggiunga che i programmi di supporto decisionale, ogni qualvolta ineriscano questioni morali e non solo nel caso della auto senza conducente, possono diminuire l’intensità del coinvolgimento dell’agente umano, in considerazione della certezza e oggettività del dato algoritmico (pregiudizio dell’automazione)³⁰, generando una sorta di atrofia della morale.

Mutuando le riflessioni di Sommaggio e Marchiori in merito al dibattito neuroscientifico, psicologico-morale, sociopolitico sulle possibili soluzioni al dilemma del carrello, possiamo concludere che «invece di rivolgere la nostra attenzione alla ricerca di una soluzione, riteniamo di dover considerare l’aspetto “tragico” del problema del carrello e quindi possiamo affermare che non siamo in grado di risolvere il problema, ma possiamo affrontare seriamente la situazione dilemmatica»³¹. Significa opporsi alla tendenza positivista ad interpretare ogni problema dell’uomo, anche quelli morali, in termini matematici, alla ricerca di una certezza data dal metodo e non dalla soluzione. Interpretando la scelta morale come una procedura di *problem solving*, sfiorisce la tragicità del dilemma, la tragicità dell’interrogativo, in *nous* dell’esistere dell’umano.

²⁸ Ibidem, p.992.

²⁹ A. Fabris, *Etica delle macchine*, in *Teoria*, 2, 2016, p.128.

³⁰ N. Carr, *The Glass Cage: Automation and Us*, Norton, New York 2014

³¹ P. Sommaggio, S. Marchiori, *Break the chains: a new way to consider machine’s moral problems*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, p.251.

Adriana Schiedi

LA DIALETTICA LOGOS/PATHOS: PER UNA PEDAGOGIA
FENOMENOLOGICA DELLA RAGIONE EMPATICA

ABSTRACT

La pandemia in corso ha esasperato le criticità preesistenti a livello politico e sociale facendo emergere il volto tragico della differenza, legata a nuove diseguaglianze e povertà educative. Nei diversi contesti della vita quotidiana si sono manifestati comportamenti individuali poco responsabili e si sono prese decisioni politiche, senza dubbio difficili, talvolta poco chiare per chi le doveva accettare ed eseguire. Questa situazione complessa fa ricadere le scelte a livello del singolo soggetto che spesso non sa cogliere il *logos* e il *pathos* della tragica condizione nella quale si è venuto a trovare. Muovendo da una analisi degli effetti generati dalla attuale pandemia da Covid-19 sul rapporto Io-Io, Io-Tu, Io-mondo, il contributo intende porre al centro della riflessione pedagogica la capacità del soggetto di compiere scelte responsabili dinanzi a situazioni

The ongoing pandemic has exacerbated the pre-existing criticalities at political and social level by bringing out the tragic face of difference, linked to new inequalities and educational poverties. In the different contexts of daily life, not very responsible individual behaviors have occurred and political decisions, always difficult but sometimes unclear for those who had to accept and to follow them, have been made. This complex situation makes choices fall back to the level of the single subject who often doesn't know how to grasp the *logos* and *pathos* of the tragic condition in which he found itself. Starting from an analysis of the effects generated by the current Covid-19 pandemic on the relationship Me-Me, Me-You, Me-World, the contribution intends to put at the center of pedagogical reflection the subject's ability to perform responsible choices in the face of

imprevedibili, percepite come aut/aut. Ciò, a nostro parere, è senz'altro possibile, a patto, però, che si educi l'uomo ad acquisire consapevolezza fenomenologica per muoversi lungo i sentieri della complessità, richiamando principi, categorie e strategie "semplesse".

unpredictable situations, perceived as either-or. In our opinion, this is certainly possible, provided, however, that man is educated to acquire phenomenological awareness in order to move along the paths of complexity, recalling principles, categories and "simplex" strategies.

PAROLE CHIAVE

Covid-19 – pedagogia fenomenologica – ragione empatica

Covid-19 – phenomenological pedagogy – empathic reason

Sommario: 1. Covid-19 e nuove povertà educative. – 2. Educare alla scelta responsabile, tra *ethos*, *logos* e *pathos*. – 3. Per una pedagogia fenomenologica della ragione empatica.

1. In questi ultimi mesi nei diversi ambienti, finanche in quello accademico, si è molto parlato dei risvolti tragici della pandemia sia sul piano esistenziale sia sociale. La temperie emergenziale ed epocale che stiamo vivendo ormai da quasi un anno ha sconvolto le nostre esistenze e modificato le nostre abitudini, proiettandoci in una inedita dimensione del lavoro *smart* e della formazione a distanza, che ci costringe a stare lontano dagli altri, in una forma di isolamento e di smaterializzazione dei rapporti umani che impoverisce le nostre giornate innescando nuovi dinamismi e non pochi rischi che, spesso, sfuggono al controllo sia personale che sociale. E, se è pur vero, da un lato, che questa situazione ci ha unito, ci ha fatto sentire di appartenere a una stessa condizione¹, è innegabile, dall'altro, che ci ha anche diviso, nella misura in cui ha esasperato le disuguaglianze.

¹ Nel memorabile discorso pronunciato il 27 marzo 2020 da Papa Francesco, in una piazza San Pietro spettrale e bagnata dalla pioggia, torna il valore della condivisione, dell'essere comunità. Afferma il Pontefice: «La pandemia ci ha ricordato come siamo tutti sulla stessa barca», e prosegue «Ritrovarci ad avere preoccupazioni e timori comuni ci ha dimostrato ancora una volta che nessuno si salva da solo». Da qui l'appello accorato di guardare in faccia la realtà, non ignorando le differenze che ci separano dall'altro, ma imparando a condividere ciò che abbiamo per riconoscerci come comunità: «Per crescere davvero dobbiamo crescere insieme, condividendo quello che abbiamo, come quel ragazzo che offrì a Gesù cinque pani d'orzo e due pesci... E bastarono per cinquemila persone!».

Sin dalla prima ondata si è molto parlato degli effetti della pandemia sul soggetto (solitudine, stress, precarietà, angoscia, mancanza di futuro, svuotamento interiore) che hanno interessato un folto numero di persone, soprattutto gli operatori sanitari che hanno vissuto in prima linea il trauma della malattia, della morte, il problema su come assegnare risorse già scarse ai soggetti più vulnerabili e bisognosi. Anche la scuola, sebbene non sia stato sottolineato con la stessa insistenza, è stata ed è teatro tutt'oggi di cambiamenti radicali sul piano strutturale, organizzativo e pedagogico². Con la DaD, poi diventata DDI sono cresciute le disparità sociali, si è acuita la forbice ricchezza-povertà, ha preso forma con nuove evidenze il fenomeno delle povertà educative³.

Tale espressione, a ben vedere, indica un “concetto ombrello” riconducibile a diverse forme di deprivazione (sociale, culturale, economica) che riguardano il soggetto e l'ambiente nel quale si colloca⁴. Queste deprivazioni, di fatto, rappresentano per chi le sperimenta un ostacolo all'accesso alle stesse opportunità dei pari, ovvero alla possibilità di acquisire uno sviluppo sano e ben integrato nell'ambiente sociale di riferimento e, più in generale, la negazione del diritto al soddisfacimento di bisogni necessari a una vita dignitosa e felice⁵. Sul piano pedagogico l'espressione “povertà educativa” indica, in maniera più specifica, la condizione in cui un soggetto, in fase di sviluppo, è privato del diritto all'apprendimento in senso lato, ovvero delle opportunità culturali, educative e del diritto al gioco. Assumendo come cornice teorica la teoria della *capabilities* di Amartya Sen e Martha Nussbaum, *Save the Children* ha osservato che la deprivazione educativa si manifesta allorché in un processo educativo-formativo non si verificano le seguenti condizioni 1) *apprendere per comprendere*, cioè per acquisire le competenze necessarie per vivere nel mondo di oggi; 2) *apprendere per essere*, ovvero per rafforzare la motivazione, la stima in se stessi e nelle proprie capacità, coltivando aspirazioni per il futuro e maturando, allo stesso tempo, la capacità

² Sugli effetti della pandemia sul piano pedagogico e, soprattutto in ambito scolastico, la letteratura è già molto ampia. Per una prima indicazione si vedano i due volumi di Giuseppe Bertagna per il quale, dinanzi alla tragica situazione che stiamo vivendo, che impatta fortemente la scuola sia come sistema e organizzazione sia come comunità, l'atteggiamento non è quello della rinuncia, bensì della scommessa. Si tratta, cioè, nella prospettiva delineata dall'autore, di ripensare la scuola come *scholé*, secondo una logica e una organizzazione pedagogico-didattica maggiormente affidata all'autonomia degli Istituti, meno condizionata dalla politica, dalle mode del momento e dalla contingenza. La pandemia, se letta e interpretata con le categorie pedagogiche suggerite da Bertagna potrebbe essere: «il momento per non perdere un'occasione storica per il cambiamento di un sistema scolastico che mostra ormai da decenni le sue debolezze reali, coperte solo da virtù fittizie» e per guardare un modello di scuola intesa come *scholé*, un sistema dinamico capace di meglio adattarsi a un mondo in rapida evoluzione (*Reinventare la scuola. Un'agenda per cambiare il sistema di istruzione e formazione a partire dall'emergenza Covid 19*, Edizioni Studium, Roma 2020, p. 636) Si veda anche dello stesso autore: cfr. Id., *La scuola al tempo del Covid. Tra spazio di esperienza ed orizzonte d'attesa*, Edizioni Studium, Roma 2020.

³ Su questo punto, vedi, tra gli altri: AA.VV., *La povertà educativa. Quali risposte?*, *Scholé – Rivista di educazione e studi culturali*, n. 2/2020.

⁴ Cfr. A.K. Sen, *La disegualianza. Un riesame critico*, tr. it., il Mulino, Bologna 1994.

⁵ Cfr. Id., *Scelta, benessere, equità*, tr. it., il Mulino, Bologna 1986; Id., *Lo sviluppo è libertà*, tr. it., Mondadori, Milano 2000.

di controllare i propri sentimenti anche nelle situazioni di difficoltà e di stress; 3) *apprendere per vivere assieme*, ossia sviluppare la capacità di relazione interpersonale e sociale, di cooperazione, comunicazione, empatia, negoziazione; 4) *apprendere per condurre una vita autonoma e attiva*, per rafforzare le possibilità di vita, la salute, l'integrità e la sicurezza, come condizioni funzionali all'educazione⁶.

I dati delle ormai sempre più frequenti ricerche dimostrano che povertà economica (materiale) e povertà educativa (immateriale) sono consequenziali e si alimentano a vicenda, compromettendo non solo lo sviluppo dei minori coinvolti, ma anche il futuro di un Paese. Dunque: la mancanza di educazione non solo priva i minorenni dell'opportunità di sperimentare, apprendere, sviluppare e far fiorire liberamente capacità, talenti e aspirazioni, ma li relega ad una condizione di povertà materiale assoluta dalla quale è difficile liberarsi e che, oltretutto, ha delle ricadute pesanti sui territori di riferimento e, più in generale, sul Paese.

L'apprendimento, infatti, è essenziale non solo per acquisire competenze cognitive, ma anche per sviluppare competenze trasversali e, più in generale, per rafforzare la fiducia in se stessi, la capacità di controllare le proprie emozioni nelle situazioni difficili, nonché la capacità di relazionarsi positivamente a livello sociale, di cooperare, comunicare con empatia e di negoziare⁷.

Già da alcuni anni è in corso, a livello europeo, un profondo ripensamento delle competenze chiave che gli individui devono poter acquisire per rispondere alle sfide sociali, culturali e lavorative della attuale società della conoscenza. Il risultato di questo percorso è stato l'elaborazione delle 8 competenze chiave europee (alfabetica funzionale; multilinguistica; matematica, scienze, tecnologie e ingegneria; digitale; personale, sociale e capacità di imparare a imparare; in materia di cittadinanza; imprenditoriale; in materia di consapevolezza ed espressione culturali), di cui gli Stati Membri dell'Unione Europea devono poter facilitare l'acquisizione da parte di tutti i cittadini⁸ per garantire una "vita fruttuosa nella società", attraverso la fruizione di esperienze educative formali, non formali e informali.

Dunque, posto che l'esperienza scolastica rappresenta quella fase dello sviluppo del soggetto in cui egli impara a conoscere e a capire il mondo, se stesso, gli altri, a formare quelle competenze chiave necessarie per orientarsi e vivere nel XXI secolo, è

⁶ Save the Children, *Liberare i bambini dalla povertà educativa. A che punto siamo?*, Roma 2016; Id., *Sconfiggere la povertà educativa in Europa*, Roma 2016.

⁷ Caritas italiana, *Rapporto 2017 sulle politiche contro la povertà in Italia*, Roma 2017.

⁸ Il testo di riferimento è la Raccomandazione relativa alle competenze chiave per l'apprendimento permanente (con il suo Allegato Quadro di riferimento europeo), approvata dal Parlamento Europeo il 22 maggio del 2018. In linea con questo quadro di riferimento è anche quello delineato dall'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.

fondamentale che, sin dalla prima infanzia, si risolva o si contribuisca ad arginare il problema delle disuguaglianze e delle povertà educative.

L'attenzione su questi aspetti è da sempre molto alta, tanto più in questo momento storico in cui, accanto al diritto alla salute, si evidenzia la necessità di preservare il diritto all'educazione, all'istruzione, alla costruzione di relazioni sociali positive per rompere il circolo vizioso della trasmissione dello svantaggio tra generazioni, prevenire la fragilità esistenziale, liberare i talenti, far fiorire le capacità delle persone superando i limiti e le disuguaglianze sociali. Tuttavia, nonostante l'attenzione, i dati fotografano una situazione nel nostro Paese estremamente critica.

Save the Children, sulla base anche di alcuni dati forniti dall'INVALSI e da altri enti di ricerca, ha svolto un'indagine campionaria sugli effetti della pandemia, nella quale ha cercato di stimare le mappe del rischio educativo, ovvero una previsione della situazione che ci troveremo a fronteggiare nel prossimo futuro. Ebbene, nel raccogliere le impressioni delle famiglie italiane durante la fase emergenziale, è emerso che ben il 50% degli intervistati ritiene che, a causa della pandemia, le proprie condizioni siano di gran lunga peggiorate. Il Covid-19 ha ridotto le già esigue risorse economiche di molte famiglie riversandole in una condizione di povertà assoluta: più di una famiglia su 10 ha subito una riduzione di salario e circa il 7,4% dei genitori ha perso il lavoro. Inoltre, una famiglia su cinque dichiara di aver dovuto richiedere prestiti economici per acquistare medicinali, alimentari e altri beni di prima necessità. Infine, circa il 14,8% degli intervistati ritiene che la propria situazione economica non cambierà.

La stagione pandemica, senza dubbio, ha modificato l'assetto economico del nostro Paese, con gravi ripercussioni sull'educazione. Dati Istat confermano che, se nel 2019 i bambini e gli adolescenti che vivevano in povertà assoluta in Italia erano il 9,2%, la stima odierna è del 20%, un ragazzo su cinque. A questo quadro già di per sé tragico si è aggiunto anche l'impatto sulla povertà educativa. In un recente Rapporto pubblicato da *Save the Children* si evidenzia come le misure intraprese per bloccare l'espansione della pandemia, la chiusura delle attività economiche, sociali e culturali, ed in particolare della scuola, hanno avuto conseguenze molto gravi sulla vita dei bambini, degli adolescenti e delle loro famiglie, evidenziando il rischio di povertà educativa. Indagini sviluppate in tal senso mostrano il disagio di molti genitori dinanzi alla scelta sofferta della politica di tenere chiuse le scuole per evitare il contagio. Una famiglia su cinque lamenta la difficoltà dei propri figli a seguire l'organizzazione e il ritmo delle lezioni durante il *lockdown*, come anche la mancanza di supporti adeguati per i più fragili (DSA e BES). Ecco, quindi, che alla deprivazione materiale si aggiunge anche la deprivazione educativa e culturale dei bambini e degli adolescenti, dovuta all'assenza, all'inadeguatezza o all'inaccessibilità delle opportunità di formazione nella comunità di appartenenza.

Le diverse misure restrittive messe in atto dalla politica, come si può facilmente intuire, sono all'origine di un vero e proprio dramma che attraversa silenziosamente la scuola, con effetti di lungo periodo sull'apprendimento, sulla dispersione scolastica, e più in generale sulla salvaguardia dei diritti dell'infanzia. Bambini e ragazzi, a causa della pandemia, sono sempre più protagonisti di una povertà educativa crescente: difficoltà di accesso alla didattica a distanza e assenza di attività educative extrascolastiche, motorie e ricreative. La mancanza di queste opportunità, se per alcuni è un'esperienza passeggera, per altri si trasforma nella condanna a rimanere indietro, ad essere esclusi, a rimanere ai margini della società. È innegabile, infatti, che l'esperienza della pandemia è stata ed è tuttora vissuta in modo molto diverso sul territorio nazionale e a livello globale. Tale situazione ovviamente colpisce soprattutto i minori che versano già in condizione di svantaggio socioeconomico, le cui famiglie, nella tragica situazione che stiamo attraversando, sono costrette a sacrificare il loro diritto all'educazione/istruzione per mancanza di risorse. Si pensi, per esempio, all'impatto del *lockdown* sui bambini appartenenti a famiglie immigrate, di culture diverse o senza figure genitoriali, che vivono in case sovraffollate o in cooperative sociali, senza la possibilità di svolgere la didattica a distanza perché privi di dispositivi o accesso alla rete. Secondo gli ultimi dati Istat, si stima che nel nostro Paese, più di 4 minori su 10 vivono in abitazioni non confortevoli, sovraffollate, prive di spazi adeguati allo studio, e il 12,3% non dispone della tecnologia necessaria per seguire le lezioni a distanza. Nel Mezzogiorno d'Italia questa percentuale arriva a sfiorare addirittura punte del 20%.

Circa le previsioni per il futuro, sei genitori su dieci ritengono che, a causa del prolungarsi di questa fase di lontananza dal normale svolgimento delle lezioni e della perdita progressiva di competenze dei propri figli, quando questi torneranno a scuola, avranno bisogno di sostegno didattico, ascolto e supporto per recuperare la vita relazionale, per riappropriarsi di spazi di riflessione autonomi mediati da creatività, libertà e confronto, nonché di modalità di studio, di strategie di apprendimento, di una personalizzazione degli interventi, a partire da una attenta interpretazione dei bisogni.

2. Venuta meno la fiducia nella scuola e nell'educazione, nella società traumatizzata dalla pandemia, si avverte sempre di più la necessità di riscoprire il valore di una pedagogia militante, capace di coltivare le attese di bambini e ragazzi, di supportare le famiglie, di educare genitori, insegnanti e soprattutto i *decision maker* ad assumere decisioni, talvolta anche tragiche, per tenere insieme diritto alla vita e diritto alla formazione e per garantire a tutti le stesse opportunità, indipendentemente dalle condizioni di partenza.

Ebbene sì, anche queste sono scelte tragiche, sì, forse diverse da quelle che siamo portati ad immaginare in questo periodo negli ambienti sanitari, ma pur sempre reali. Ma chi decide che cosa è giusto salvare in questa situazione così tragica, è forse il

singolo, o la comunità, lo Stato, la politica? Qual è la scala delle nostre priorità, il diritto alla vita, alla salute, all'economia, all'istruzione? Rispondere a queste domande non è facile perché a scontrarsi sono due logiche da sempre inconciliabili: quella individualistica del “faccio come mi pare” e quella collettiva “sensibile alle regole per la salvaguardia del bene comune”. Un'idea di bene comune anch'essa difficile da preservare nel suo profondo e denso significato. Disgregandosi il concetto di unità e di comunità anche il concetto di cultura subisce una revisione semantica: cessa di essere un tutto organico, come nell'accezione classica, e si trasforma in un insieme di significati accostati l'uno all'altro senza ordine e coerenza, soggetto alle mode del momento⁹. Come se non bastasse, ad entrare in crisi è anche la dialettica libertà/responsabilità che manifesta uno spaesamento ideologico e assiologico senza eguali.

E vengo, quindi, al tema sul quale intendo soffermarmi in questa sede: il ris-volto tragico dell'immobilismo umano di fronte alla pandemia, l'incapacità dei *decision maker* di assumere delle scelte, ovvero la mancanza di una educazione alle “scelte tragiche”¹⁰. Tale *vulnus*, a ben vedere, evidenzia un orizzonte esistenziale sempre più sfibrato, all'origine di una preoccupante crisi di valori¹¹, rispetto alla quale si fa urgente il bisogno di proporre un diagramma assiologico per comprendere e vivere il nostro tempo, riscoprendo il mistero dell'umanità e trovando nell'attuale esperienza tragica della pandemia le ragioni e le coordinate per arginare la decadenza pedagogica.

Per educare alle scelte tragiche il pedagogista dovrà muoversi lungo i confini epistemologici propri della fenomenologia husserliana, entro la quale solo è possibile cogliere l'intima relazione tra essere e mondo «superando un atteggiamento puramente “interpretativo” per assumere uno realmente “trasformativo”»¹². Come ha osservato P. Bertolini, non vi è, infatti, alcuna trasformazione che possa prendere forma al di fuori di una comprensione del sé immerso nella storia: «c'è una storia dell'uomo e per questo non è possibile condurre una ricerca su di lui né pretendere di indicargli una via da seguire, al di fuori di una considerazione storica»¹³. Il *leitmotiv* costante della pedagogia a indirizzo fenomenologico-husserliano è quello di una scienza rigorosa capace di fondare una riflessione sulla storia dell'uomo, «intesa però non come un semplice flusso di avvenimenti, ma come avvenimento di un senso: la storia è un momento della comprensione di noi stessi in quanto noi cooperiamo al suo determinarsi»¹⁴. Occorre, dunque, immetterci su questo cammino delineato da Husserl,

⁹ Cfr. A. Giddens, *Il mondo che cambia*, tr. it., il Mulino, Bologna 2000.

¹⁰ Cfr. G. Calabresi, P. Bobbit, *Scelte tragiche*, a cura di V. Grembi, Giuffrè, Milano 2006.

¹¹ Cfr. L. Santelli Beccegato (a cura di), *Bisogno di valori: per un rinnovato impegno educativo nella società contemporanea*, La Scuola, Brescia 1991.

¹² P. Bertolini, *L'esistere pedagogico. Ragioni e limiti di una pedagogia come scienza fenomenologicamente fondata*, La Nuova Italia, Firenze 1999, p. 9.

¹³ Ivi, p. 10.

¹⁴ Ivi, p. 11.

e poi ripreso, seppure in maniera non analoga da altri filosofi, quali M. Heidegger, M. Scheler, nonché dalla sua allieva E. Stein, per aiutarci a comprendere l'uomo nella *Lebenswelt* di questo nostro tempo, nell'intimità del suo essere ma anche nel suo sé comunitario, da cui soltanto possono scaturire le responsabilità che gravano su di lui e che egli deve in qualche modo assumersi fondando eticamente le sue scelte.

L'aspetto tragico della pandemia da Covid-19, non diversamente da quelle che l'hanno preceduta, ha a che fare, a ben vedere, con gli effetti che essa ha prodotto sul piano storico, politico, economico, intellettuale, ma soprattutto umano ed esistenziale. Questo ci fa capire che, se è vero da un lato che per risolvere il problema bisogna cercare una soluzione esterna all'uomo (scienza, economia, politica, medicina, da cui possano discendere metodologie, prassi, ricette, antidoti vaccinali), dall'altro, occorre non dimenticare che è con l'uomo, con la sua natura, con la sua personalità e con la sua educazione/formazione che bisogna fare innanzitutto i conti.

La complessità del mondo, il suo lato tragico genera talvolta il bisogno nell'uomo di trovare una via di fuga nell'immaginario, ovvero in una rappresentazione distorta, solo emotiva della realtà ma non aderente al vero. Tale comportamento, sul piano pedagogico, altro non è se non un meccanismo adattivo critico-razionale, da un lato, e utopico dall'altro per affrontare il *pathos*, termine greco (πάθος) derivato dal verbo πάσχειν "*paschein*", che significa soffrire, emozionarsi, e che rappresentava per i greci una delle due forze che regolano l'animo umano insieme al *logos*, che, al contrario, corrisponde alla parte razionale. *Logos* e *pathos*, potremmo dire, prendendo in prestito un concetto caro alla filosofia kantiana e alla pedagogia critico-problematicista che ad essa si è ispirata, costituiscono una antinomia tra due forze opposte che orientano le scelte esistenziali, la prima legata alla cultura dionisiaca guidata da razionalità e la seconda apollinea irrazionale. Il *pathos* e il *logos*, insieme all'*ethos*, costituiscono i tre pilastri fondamentali della retorica di Aristotele (Retorica, 329 a. C.). Pur riconoscendone e apprezzandone il valore anche sul piano pedagogico, noi utilizzeremo i principi della teoria aristotelica come punti d'appoggio del nostro discorso, cioè al fine analizzare il *pathos* e il *logos* come termini di una fenomenologia della ragione pedagogica dinanzi alle scelte tragiche.

Aristotele nella *Retorica* spiega che il *pathos* è quel tipo di discorso che suscita emozioni negli ascoltatori. Ha a che fare con i sentimenti, con la dimensione interiore; corrisponde, quindi, al lato empatico di ogni persona e rappresenta tutto ciò che fa emozionare e che sta alla base della persuasione. Quest'ultima, continua il filosofo, «si realizza [...] tramite gli ascoltatori quando questi siano condotti dal discorso a provare un'emozione: i giudizi [spiega, infatti, Aristotele] non vengono emessi allo stesso

modo se si è influenzati da sentimenti di dolore o di gioia, oppure di amicizia o di odio»¹⁵.

Il *logos* rappresenta, invece, il mezzo di persuasione basato sul discorso. Si identifica, quindi, con il contenuto che fonda un ragionamento che sta alla base di una scelta; indica, pertanto, l'argomento trattato, ma anche il modo di porlo all'interlocutore. Il discorso «deve dimostrare o sembrare dimostrare qualcosa». Aristotele era persuaso, infatti, che «la persuasione si ottiene tramite i discorsi quando mostriamo il vero o ciò che appare tale attraverso i mezzi di persuasione appropriati»¹⁶. I discorsi, per raggiungere il loro scopo, devono essere formati da ragionamenti logici, cioè devono fornire prove e dimostrazioni che li giustifichino nella loro fondatezza. Il *logos* è la logica della comunicazione, la sua parte razionale: consiste nell'essere chiari, ordinati ed attendibili in quello che si dice. Pertanto, richiede che le argomentazioni forniscano prove a sostegno della propria tesi, che soddisfino la parte razionale della mente, sicché chi ascolta non deve avere alcun dubbio o perplessità sulla bontà delle argomentazioni presentate. Accanto alla forza razionante del *logos* e alla sensibilità del *pathos*, Aristotele nella sua opera *Retorica* menziona l'*ethos*, che indica l'affidabilità, la credibilità e viepiù l'autorevolezza che ogni oratore dovrebbe dimostrare al proprio interlocutore nel sostenere le proprie argomentazioni. Aristotele afferma: «La persuasione si realizza per mezzo del carattere quando il discorso sia fatto in modo da rendere credibile l'oratore: noi infatti crediamo alle persone affidabili in misura maggiore»¹⁷. È il discorso stesso pronunciato con competenza e conoscenza, a rendere affidabile un oratore e a contribuire alla persuasione. *Logos*, *pathos* ed *ethos* oggi vivono una stagione di profonda incertezza che dipende, di fatto, dall'incapacità del singolo di governare il mondo con le proprie scelte, e di fondarle con autorità e metodo.

3. L'incertezza esistenziale che qualifica il nostro tempo ha ridotto la capacità dell'uomo di compiere scelte rilevanti, soprattutto dinanzi a situazioni percepite come *aut aut*, rispetto alle quali si richiedono scelte definitive, irreversibili e risolutive. Ciò avviene più per la dimensione del rischio e la paura della perdita che per l'incapacità di individuare mete precise. È così che, di fronte alla necessità di decidere, l'autonomia cede il passo all'insicurezza, alla fragilità educativa: il *logos* perde di consistenza, di autorità e di spessore, il *pathos* rinuncia alla sua dimensione etica ed empatica e l'*ethos* si frantuma, si liquefa. Morta la soggettività, non già intesa come individualità, bensì alla maniera fenomenologica (Husserl, Stein) come un soggetto che vive, si percepisce e opera all'interno di un Mondo e in funzione di una collettività, a prevalere sono gli

¹⁵ Aristotele, *Retorica*, I, 2, 1356.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

egoismi, gli obiettivi individuali, ovvero tutto ciò che ricade nella logica miope e autoreferenziale. Trionfa il pluralismo che è lo stigma del nostro tempo.

A ben vedere, la crisi epocale che stiamo attraversando ha messo in scena la tragedia della *Bildung* postmoderna, che trova in Lyotard il suo interprete per eccellenza. Il postmoderno si caratterizza, infatti, come epoca delle diverse verità, costruite individualmente e collettivamente, attraversata dal paradigma della complessità. Venute meno le certezze individuali, sociali e scientifiche, proliferano i punti di vista, talvolta anche contrapposti, tutti legittimi, sostenibili, che aumentano l'incertezza, generano disorientamento, incapacità di assumere decisioni di fronte ai dilemmi del momento.

In questa *Stimmung* frammentata e disorientante l'interrogarsi, l'andare oltre il già detto, il ricercare una trama, un *fil rouge* unitario nella propria storia e in quella collettiva costituisce il denominatore comune dell'uomo contemporaneo spaventato di fronte alla crisi che lo attraversa, sprovvisto di quegli schemi interpretativi globali del passato e finanche della fede. Nei grandi interrogativi umani posti da Kant, Cosa posso conoscere? Cosa debbo fare? Cosa posso sperare? egli ritrova il suo bisogno di senso, da cui discende la sua ricerca di punti di riferimento per agire eticamente, superando il *qui e ora*, temporalità e spazialità, in vista di un approdo fatto di universalità, che tenga insieme il proprio bene con quello dell'/degli altro/i. La crisi dei riferimenti assiologici provoca nell'uomo un disagio patologico che mina la sua capacità decisionale e viepiù la sua progettualità esistenziale. «L'attuazione delle attese e dei progetti personali appare come il centro di tutti gli sforzi, mentre il perseguimento delle finalità comuni viene ricercato, subordinandolo al raggiungimento degli obiettivi individuali»¹⁸. La crisi, scrive Maurizio Fabbri: «oggi, ... sembra voler far regredire l'orologio della storia di decenni, se non di secoli: essa ci annuncia l'impoverimento, se non lo svuotamento, dell'ideale democratico; la manomissione dell'economico nel finanziario; la riduzione della scuola a luogo di compatibilità sociale, piuttosto che di promozione sociale e di risoluzione dei problemi... La crisi prescrive la disoccupazione dei giovani e intima loro di arrendersi a un destino, nel quale non avranno più potere di negoziazione»¹⁹ né avranno autorità.

¹⁸ D. Simeone, *Educare i giovani alla scelta: una prospettiva relazionale*, in L. Pati, L. Prenna (a cura di), *Ripensare l'autorità: riflessioni pedagogiche e proposte educative*, Guerini studio, Milano 2008, p. 96.

¹⁹ M. Fabbri, *Oltre le cose stesse dell'educazione. Sconfinare per connettere, in ascolto della complessità*, in M. Corsi (a cura di), *La ricerca pedagogica in Italia. tra innovazione e internazionalizzazione*, Lecce, PensaMultiMedia 2014, p. 63; sul tema della crisi e delle modalità educative per attraversarla, dello stesso autore si veda anche: Id., *Uscire dalla Caverna. Percorsi di emancipazione per attraversare la Crisi*, in M. Contini, M. Fabbri (a cura di), *Il futuro ricordato. Impegno etico e progettualità educativa*, Pisa, Casa Editrice ETS 2014, pp. 170 – 175.

L'autorità, intesa alla maniera latina come *auctoritas* rinvia al concetto di potere, forza, ordine, ma anche legittimità, garanzia, autenticità, attestazione, legalizzazione. Ad esercitarla vi è sempre un *auctor*, ovvero un autore, un fondatore, un promotore, un modello, un maestro, che è colui che crea, produce, inventa, promuove. Nel suo significato corrente il termine autorità si riferisce all'azione soggettiva, ovvero alla capacità del singolo di assumere decisioni, responsabilità e di garantire una condotta; si pone, dunque, come principio di ogni relazione. La vera autorità, secondo Romano Guardini, non è limitativa della libertà altrui, ma è vincolante in quanto l'altro a cui si rivolge, riconoscendola, accettandola e accogliendo le decisioni che ne derivano, si rende partecipe con la propria libera iniziativa²⁰. Per poter richiamare la libertà altrui, l'ordine che viene dall'autorità della scelta deve essere moralmente buono e destinato alla sua crescita e alla crescita della stessa libertà. Inoltre, affinché il *logos* abbia un contenuto morale, dovrà essere sostenuto da una ragione empatica, che potrà riconoscersi solo in colui che è *auctor* della vita, della libertà, ma anche della felicità dell'altro, ovvero in colui che occupa un posto di rilievo nel suo cammino personale. È il fatto stesso di «trovarsi all'origine della vita» di un altro essere umano a rendere il genitore, ma anche per certi versi il maestro, il mentore, il politico, il medico, responsabile della vita dei suoi figli (*auctores vitae*), dei suoi allievi, dei suoi cittadini, dei suoi pazienti. Ne discende che l'«autorità, quale figura identitaria della persona, è essa stessa principio di relazione interna ed esterna. In quanto principio di relazione interna, caratterizza l'identità personale dell'uomo; in quanto principio di relazione esterna, si apre alle molteplici alterità che animano il mondo della vita»²¹.

In questo contesto frammentato, compito della pedagogia è insegnare ai giovani a rivolgere uno sguardo critico alla storia che stiamo vivendo, a smascherare i condizionamenti a cui tutti siamo soggetti. Se come pedagogisti vogliamo educare i giovani al pensiero critico e divergente occorre sì, comunicare quelli che consideriamo “valori dell'educazione”, ma è necessario insegnare loro a riconoscerli nelle scelte; a difenderli coltivando il dubbio e prendendo le distanze da un vivere senza punti riferimenti. Perché solo chi possiede il buon senso e valori adeguati è preparato culturalmente e spiritualmente, sa vivere empaticamente nel mondo e con gli altri, sa andare oltre il condizionamento politico e sociale e sa assumersi la responsabilità delle proprie decisioni. Esse, alla maniera fenomenologica, faranno leva sulla coscienza della ragione empatica, ovvero sulla promozione della consapevolezza di sé e sull'interiorizzazione di un sistema normativo e valoriale come strategia “semplessa”²²

²⁰ Cfr. R. Guardini, *L'ateismo e la possibilità dell'autorità*, in AA.VV., *Il problema dell'ateismo*, Morcelliana, Brescia 1966, p. 53.

²¹ L. Prenna, *L'autorità, una capacità morale*, in L. Pati – L. Prenna (a cura di), *Ripensare l'autorità*, cit., p. 35.

²² Sulla teoria della semplessità, si veda: A. Berthoz, *Semplessità*, tr. it., Codice edizioni, Torino 2011.

per rispondere ad un appello: affrontare la crisi, governare il cambiamento e contrastare gli effetti del virus e viepiù della differenza, dell'intolleranza e dell'ignoranza.

Paolo Stefani

DIRITTO, RELIGIONE E SCELTE TRAGICHE

ABSTRACT

Il contributo analizza il rapporto tra diritto, religione e scelte tragiche. Dopo aver analizzato il concetto di scelte tragiche e la distinzione tra queste e le scelte difficili e/o drammatiche, il saggio analizza i motivi per i quali l'irrompere della religione nelle dinamiche della sfera della convivenza sociale comporta una forma di tragicità delle scelte compiute dai soggetti istituzionali e dai soggetti individuali.

The paper analyzes the relationship between law, religion and tragic choices. After analyzing the concept of tragic choices and the distinction between these and the difficult and/or dramatic choices, the essay analyzes the reasons why the irruption of religion in the dynamics of the sphere of social coexistence involves a form of "tragicity" of the choices made by institutional and individual subjects.

PAROLE CHIAVE

Diritto, religione, scelte tragiche

Law, Religion, Tragic choices

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il tragico nell'esperienza giuridica e il rapporto tra politica, diritto e religione; 3. Appartenenza religiosa, libertà e scelte tragiche; 4. Le scelte tragiche tra bioetica, diritto e società multiculturale.

1. Il titolo del contributo è conseguenza di un'opzione operata a monte tra il concetto di scelte difficili, drammatiche e quello di scelte tragiche. Si è scelto, cioè, di analizzare il rapporto tra il diritto e la religione attraverso il concetto di scelte tragiche. Questa opzione genera due distinte considerazioni: la prima, qual è la differenza tra scelte tragiche e scelte difficili e/o drammatiche; la seconda, perché la questione delle scelte tragiche interseca il problema del rapporto tra il diritto e la religione e ancora perché l'irrompere della religione nelle dinamiche della sfera pubblica della convivenza genera la questione della "tragicità" delle scelte.

Possiamo affermare che siamo dinanzi all'emergere del tragico nel diritto quando la scelta operata dal soggetto, sia esso un soggetto istituzionale o individuale, comporta "una antitesi tra sistemi valoriali posti in maniera assolutizzante e – in quei sistemi valoriali - non sia raggiungibile una sintesi ... quando i valori in gioco e compromessi non sono in alcun modo bilanciabili, o perché considerati assoluti, non negoziabili, o perché di status diverso (perché non appartenenti a sistemi valoriali non compatibili)"¹. Le scelte tragiche si distinguono dalle scelte difficili o drammatiche proprio per il fatto che esse da un lato affondano alle radici del sistema della convivenza e da un altro lato prefigurano una sorta di cambiamento di paradigma, che accade quando i problemi che si creano sono il preludio di un mutamento sostanziale nell'ordine costituito dai sistemi giuridici e valoriali in campo.

Quando, per dirla con le parole di Bauman, un nuovo ordine sorge dal "caos" del mutamento dei valori in gioco², o quando le scelte operate dai soggetti impegnano nel profondo la dinamica del bilanciamento dei valori, caratteristica dei sistemi costituzionali contemporanei, dell'idea stessa del costituzionalismo occidentale. Il tragico irrompe nella dinamica del sistema della convivenza solo quando, cioè, i valori in campo si pongono in conflitto irrimediabile, generando un disordine (o caos) che non può essere governato semplicemente dalla produzione e/o applicazione delle norme della legge, delle norme giuridiche, come nel caso delle scelte difficili e/o drammatiche. Il conflitto tra valori irrimediabili, non negoziabili, il conflitto tra sistemi valoriali differenti, il mutamento del paradigma della convivenza, si distingue cioè dalla semplice individuazione di criteri e modalità di attuazione dei valori e principi fondamentali sui quali si fonda un sistema giuridico, come nel caso dell'analisi di Guido Calabresi e Philip Bobbit sulle scelte tragiche, che fonda la questione delle scelte

¹ G. Salvi, *Mito, Tragedia e Diritto*, in www.indafondazione.org, pp. 2-3.

² Z. Bauman, *Modernità e ambivalenza*, Torino, 2010, pp. 14 ss.

“tragiche”, o per meglio dire delle scelte drammatiche e/o dolorose, sui principi dell’analisi economica del diritto³.

In realtà, come si è cercato di dire, il problema delle scelte tragiche sta proprio nell’impossibilità di risolvere il conflitto dei valori all’interno del sistema di produzione e/o applicazione delle norme giuridiche. Nell’impossibilità, cioè, di affidare “alla legge e alla sua applicazione la composizione di tutti gli interessi che possono venire in comparazione si manifesta l’incompletezza del diritto positivo ...”⁴. Le scelte tragiche non si risolvono nell’individuazione di criteri e modalità definibili a priori attraverso cui bilanciare il conflitto degli interessi in gioco, nella capacità del sistema di generare al suo interno, all’interno di un quadro di valori condiviso, criteri e modalità per allocare le risorse e attuare i valori posti al fondo dell’ordinamento, del sistema della convivenza. Le scelte sono tragiche quando prefigurano un conflitto di valori talmente profondo da risultare non bilanciabile. Ciò accade quando si è alle soglie di un mutamento sostanziale nella struttura valoriale della convivenza, che non può non avere un impatto forte sul sistema delle regole giuridiche, ovvero quando il conflitto si attua tra un soggetto, o una comunità di soggetti, e il sistema delle regole della convivenza. E’ allora, e solo allora, che il decisore politico si trova dinanzi al problema della costruzione di un nuovo sistema di convivenza, di un nuovo “ordine” sociale.

2. Perché tutto quanto sin qui detto ha a che vedere con la religione e segnatamente con la relazione tra questa e il sistema giuridico? Per due ragioni che attengono sostanzialmente alla storia delle relazioni tra la politica, il diritto e la religione. La prima, riguarda in modo particolare il sorgere stesso della modernità come paradigma di un nuovo “ordine”, fondativo di un nuovo modello di convivenza sociale. È noto che l’ordine della modernità, quel mutamento storico che ha investito la politica e il diritto, dando luogo al modello del cd. diritto moderno che giunge sino a noi, è l’esito anche dell’avvento del cd. pluralismo religioso, conseguenza della frantumazione dell’unità interna alla cristianità generata dalla Riforma Protestante. I conflitti religiosi che hanno dilaniato l’Europa in quel periodo storico hanno causato un vero e proprio mutamento di paradigma nel concetto stesso di giustizia. Si affermano in questo periodo storico i principi e i valori giuridici che rappresentano il mutamento di paradigma e che fungeranno da soluzione ai conflitti e alla violenza di matrice religiosa. Dall’esito tragico dei conflitti religiosi, generati dall’incapacità dei soggetti in campo di trovare una sintesi e un bilanciamento nel conflitto tra valori indisponibili, nasce cioè un nuovo ordine sociale. Il sistema politico e giuridico dell’epoca si mostrava difettivo rispetto alla capacità di risolvere il conflitto dei valori e da quel conflitto nasceva un nuovo

³ G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*, Milano , 2006, pp. 258.

⁴ G. Salvi, *op. cit.*, p.3.

modello politico e giuridico. I valori di quel nuovo sistema saranno i principi costituzionali dei secoli successivi e, per quel che riguarda più precisamente le relazioni tra il sistema giuridico e la religione, sono la libertà religiosa, l'uguaglianza religiosa e la laicità dello Stato. Questi principi costituzionali si affermano come emblema della neutralità dello Stato in materia religiosa, della separazione tra la dimensione religiosa e la dimensione della politica dell'esistenza umana. Il diritto moderno, quale diritto neutrale, si disinteressa delle questioni religiose, si separa in qualche modo dalla morale religiosa, divenendo un diritto razionale e astratto, valido per tutti i cittadini a prescindere dalla loro fede religiosa. La separazione tra religione e politica genera a sua volta una doppia appartenenza, normativa e di lealtà ordinamentale, quella politica e quella religiosa, che ben presto producono altri conflitti e altri elementi di emersione del tragico nelle relazioni tra il diritto e la religione. Ed è questa la seconda ragione per cui il tragico nell'esperienza giuridica interseca il problema della relazione tra il diritto e la religione.

3. L'appartenenza religiosa, che si radica sul diritto alla libertà di religione, o, come dice la nostra costituzione, sul diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, spesso genera nel soggetto giuridico un conflitto di lealtà tra i valori del proprio individuale ordinamento culturale e/o religioso rispetto a istituti obbliganti dell'ordinamento giuridico. Questo conflitto appare a volte irrisolvibile e sottratto alla possibilità di sintesi e/o di bilanciamento tra l'appartenenza politica e l'appartenenza religiosa. A volte, ed è il caso della società multi-etnica o multiculturale, il conflitto investe non tanto le norme nel loro contenuto apparente, ma i sistemi culturali che sono alla base dell'ordinamento giuridico da un lato, le cd. parti mute del diritto, e il sistema valoriale e normativo di tipo culturale di riferimento del soggetto eterocolto dall'altro. Un conflitto che può assumere le sembianze della vera e propria tragicità e che forse prelude ancora una volta ad un cambiamento di paradigma nell'analisi e interpretazione dei sistemi giuridici.

Perché, dunque, tutte le volte che la persona è posta dinanzi a scelte che riguardano il rapporto tra la religione e il diritto emerge una certa tragicità? Ciò accade perché le scelte religiosamente qualificate, esito dell'appartenenza religiosa dell'individuo, sono scelte che impegnano nel profondo la coscienza del soggetto, la stessa struttura antropologica dell'uomo in qualche modo è profondamente coinvolta in queste scelte. Sono scelte che riguardano valori etici fondamentali dell'esistenza umana. Il diritto di nascere, quello di morire, il diritto di curarsi, sono solo alcuni degli ambiti del sistema giuridico, dell'assetto costituzionale, che si riferiscono anche al problema del conflitto potenziale e in sé tragico tra il diritto e la religione.

Se volgiamo lo sguardo al principio di laicità nel sistema costituzionale italiano, affermato quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale dalla sentenza n.

203 del 1989 della Corte costituzionale, possiamo affermare che la sua evoluzione attiene in qualche modo all'evoluzione dei conflitti tra il sistema giuridico e la coscienza delle persone, a una evoluzione nel sistema giuridico che ha in qualche modo coinvolto valori ritenuti indisponibili, che ha indotto il legislatore a scelte che hanno causato veri e propri cambiamenti fondamentali, di paradigma, a quelle che possono essere definite scelte tragiche del legislatore. Due sono le tappe che hanno segnato nella storia italiana l'evoluzione dei rapporti tra la religione e il sistema giuridico e che hanno causato in modo irreversibile il progressivo distacco del sistema giuridico italiano dalla morale religiosa di tipo cattolico. Queste si svolgono nel decennio che va dagli inizi degli anni 70 agli inizi degli anni 80 dello scorso secolo. La legge sull'interruzione volontaria della gravidanza e quella sullo scioglimento degli effetti civili del matrimonio saranno confermati da due referendum popolari, nei quali l'impossibilità di trovare una sintesi tra valori ritenuti irrinunciabili segna un passaggio storico per l'Italia e la sua laicità, un mutamento sostanziale e paradigmatico nelle relazioni tra il diritto, la politica e la religione. Il conflitto sociale tra laici e cattolici determinò una svolta storica e fece comprendere come l'Italia avesse ormai maturato una coscienza laica. L'interruzione volontaria della gravidanza e il superamento dell'indissolubilità del matrimonio furono battaglie condotte sul crinale dell'affermazione dei diritti di libertà, dei diritti civili e segnò un conflitto lacerante tra lo stato e la Chiesa, tra società civile e società religiosa. Quel conflitto si giocò sul terreno dei valori indisponibili e le scelte del legislatore affermarono la prevalenza della libertà delle persone rispetto ai valori di una determinata religione. In qualche modo, la laicità si affermò quale principio "nuovo" posto a garanzia delle scelte di coscienza, senza che la religione potesse o dovesse rappresentare un limite etico alla libertà del cittadino. Lo Stato laico diveniva il garante delle scelte dei cittadini in materie eticamente sensibili. Il valore della libertà diveniva prevalente rispetto a quelli "religiosamente sensibili" della tutela della vita umana del nascituro e dell'indissolubilità del matrimonio come presupposto dell'unità della famiglia. Il conflitto di valori assoluti segnò una scelta che potremmo definire tragica, nel senso che la prevalenza degli uni generò il superamento e l'abbandono degli altri. Un nuovo modello sociale sorse da quel conflitto.

4. Il conflitto tra valori etici fondati sulla religione e valori laici dello Stato costituzionale si è riproposto sui temi bioetici, come la fecondazione assistita, altro referendum che ha visto la contrapposizione tra mondo laico e mondo religioso; o, ancora, in tema suicidio assistito, sul quale è recentemente intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza 242 del 2019, il cui dibattito ha riprodotto la contrapposizione tra laici e cattolici. Ma il conflitto insanabile tra valori religiosi e valori giuridico-costituzionali ha riguardato anche i cd. nuovi movimenti religiosi. Si pensi, ad esempio, al problema delle cure per i testimoni di Geova, al divieto opposto alle trasfusioni di sangue, anche nei confronti dei minori, che entra in irrimediabile e

insanabile conflitto con il diritto alla salute e con l'obbligo morale, deontologico e giuridico dei medici di prestare le cure ai malati. Tutte scelte che interrogano il sistema giuridico e che non possono non essere analizzate sotto il profilo della dimensione tragica delle stesse, nella misura in cui i valori in gioco appaiono essere inconciliabili. In questo periodo i cittadini fedeli hanno dovuto subire limitazioni forti al proprio sentire religioso, a causa dell'emergenza derivante dalla pandemia da SARS COV 2. Penso non tanto alle limitazioni alla libertà di culto, quanto all'impossibilità di celebrare il rito funebre per i propri parenti morti.

Credo appaia in tutta evidenza che tutte le volte in cui il sistema giuridico incontra i problemi che provengono dall'appartenenza religiosa delle persone e/o dalla religione in sé considerata, emerge il carattere della tragicità delle soluzioni giuridiche e il sistema giuridico entra in una sorta di crisi, che segna a volte il passaggio a un nuovo modello di "giustizia", fondato su nuovi valori, nuovi principi.

Una crisi che emerge ancora una volta in modo tragico nelle vicende che riguardano il conflitto tra sistemi culturali e religiosi all'interno della società multiculturale e multireligiosa. Un problema di proporzioni enormi, che in questa sede si può soltanto accennare. Recentemente, abbiamo assistito al tragico episodio della decapitazione in Francia di Samuel Paty, un professore di scuola che ha compiuto la "tragica scelta" di trasmettere ai suoi allievi i valori della *Republique* e che ha innescato, invece, una reazione violenta che è sfociata in un episodio di una tragicità devastante, scioccante per la cultura e l'immaginario delle nostre società. Un episodio che dovrebbe indurre a una riflessione seria sul livello di conflitto tra culture religiose e tra queste e gli ordinamenti costituzionali europei. Una riflessione sul modello di laicità fondata sulla netta separazione tra Stato e religione, un modello di laicità fondato esclusivamente sulla riproduzione sociale dei valori repubblicani, senza interrogarsi su come si possa invece risolvere questi conflitti attraverso una politica di mutuo riconoscimento delle culture religiose. Questo drammatico episodio ci pone dinanzi alla tragicità dell'affermazione della nostra laicità fondata sulla netta separazione tra diritto e religione, che ignora il conflitto che si può ingenerare tra i valori culturali veicolati dalle norme giuridiche e i valori culturali e normativi delle persone che appartengono a religioni e culture differenti. Un conflitto che andrebbe gestito e sanato attraverso il ricorso a un nuovo paradigma della laicità dello Stato, che sappia divenire fattore di traduzione interculturale, che sappia generare un sistema normativo che guardi al dialogo tra culture e religioni differenti come a una prospettiva nuova di interpretazione e applicazione delle norme giuridiche. Una laicità, cioè, interculturale, che possa essere adattata alle dinamiche e ai conflitti tragici generati dall'incontro/scontro tra religioni e culture differenti⁵.

⁵ Cfr., M. Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, 2012, pp. 9 ss.

Laura Tafaro

IL PARADIGMA ROVESCiato: LE SCELTE NON TRAGICHE

ABSTRACT

Il saggio analizza criticamente le misure legislative adottate nell'emergenza pandemica da CoViD-19 - dividendole in scelta tragica (il mancato accesso alla terapia intensiva delle persone di età anziana); misure emergenziali dagli effetti tragici (la discriminazione multipla, il mancato esercizio del diritto alle cure palliative, alla terapia del dolore ed alla sedazione profonda continua); scelta opportuna (la somministrazione di farmaci off label e ad uso compassionevole) e misura emergenziale dagli effetti non tragici (il contact tracing tecnologico) - e traccia direzioni da seguire per la costruzione del diritto dopo la catastrofe del CoViD-19.

The essay critically analyzes the legislative measures adopted in the pandemic emergency by CoViD-19 - dividing them into tragic choice (the lack of access to intensive care for elderly people), emergency measures with tragic effects (multiple discrimination, failure to exercise the right palliative care, pain therapy and continuous deep sedation), appropriate choice (the administration of off-label and compassionate drugs) and emergency measure with non-tragic effects (technological contact tracing) - and traces directions to follow after the CoViD-19 catastrophe.

PAROLE CHIAVE

Pandemia da CoViD-19 – Misure legislative – catastrofe

Pandemic emergency – Legislative measures – catastrophe

Sommario: Il diritto *dopo la catastrofe*. Le ferite della storia e il diritto riparatore. – 2. La scelta tragica della pandemia da CoViD-19: il mancato accesso alla terapia intensiva delle persone di età anziana. – 3. Le misure emergenziali *dagli effetti tragici*: la discriminazione multipla, il mancato esercizio del diritto alle cure palliative, alla terapia del dolore ed alla sedazione profonda continua. – 4. La scelta *opportuna*: la somministrazione di farmaci *off label* e ad uso compassionevole - 5. La misura emergenziale *dagli effetti non tragici*: il *contact tracing* tecnologico per motivi di sanità pubblica. – 6. Tutela della salute collettiva e (necessaria, proporzionata e temporanea) compressione del diritto alla protezione dei dati personali. – 7. Rilievi conclusivi.

1. Nella riflessione sulle misure legislative emergenziali adottate nella pandemia (globale) da CoViD-19 - la quale sin dall'inizio, forse perché ha messo di fronte al «trauma di una morte che imperversa, onnipresente e imprevedibile come non succedeva dal secondo conflitto mondiale»¹, è stata paragonata ad una guerra² e descritta con linguaggio bellico³ - è opportuno partire, nel quadro di una interpretazione

¹ M. Mondini, *In guerra senza una guerra: pandemia e narrazioni guerriere. Dialogo con Nicolas Beaupré ed Emmanuel Debruyne (prima parte)*, in <https://ilbolive.unipd.it/it/blog-page/guerra-senza-guerra-pandemia-narrazioni-guerriere>. In argomento v. altresì, le riflessioni sviluppate dall'A. in Id., *In guerra senza una guerra: dietro gli slogan la ricerca di un senso. Dialogo con Nicolas Beaupré ed Emmanuel Debruyne (seconda parte)*, in <https://ilbolive.unipd.it/it/blog-page/guerra-senza-guerra-dietro-slogan-ricerca-senso>.

² Tra i primi a criticare l'uso della metafora, in un articolo pubblicato il 22 marzo 2020, il giornalista Daniele Cassandro, il quale così ammoniva: «parlare di guerra, d'invasione e di eroismo, con un lessico bellico ancora ottocentesco, ci allontana dall'idea di unità e condivisione di obiettivi che ci permetterà di uscirne. Abbiamo urgente bisogno di nuove metafore e di nuove parole per raccontarci i giorni che stiamo vivendo; quelle vecchie rischiano di trasformare in un incubo non solo il presente ma anche, e soprattutto, il futuro che ci aspetta» (D. Cassandro, *Siamo in guerra! Il coronavirus e le sue metafore*, consultabile in <https://www.internazionale.it/opinione/daniele-cassandro/2020/03/22/coronavirus-metafore-guerra>).

³ In questo senso, rileva che «gli infermieri e i medici sono diventati eroi, gli ospedali *trincee*, il virus il nemico da *sconfiggere*» ed esorta a cambiare la narrazione della pandemia, T. Tessari, *La pandemia non è una guerra*, consultabile in <https://pensshare.it/la-pandemia-non-e-una-guerra/>.

sistemica e assiologica⁴ e in attuazione del principio di legalità (costituzionale⁵ ed europea⁶) da intendersi come rispetto non della legge, ma dell'intero *Jus*, ossia «dell'ordinamento unitariamente inteso»⁷, da una significativa affermazione che, nel 1950, nella riflessione giuridica della ricostruzione post-bellica, dopo la «catastrofe» di ben due conflitti mondiali e l'esperienza del totalitarismo, del Capograssi. Egli ebbe ad osservare che «[s]arebbe preferibile che non ci fosse bisogno delle catastrofi per capire; ma l'uomo è fatto in modo che ha bisogno della terribile pedagogia della storia»⁸ e precisò: «il guaio è che, per capire, questa è condizione necessaria ma non sufficiente»⁹.

Occorre oggi, dopo la «catastrofe» della pandemia da CoViD-19 (e la conseguente sua «terribile pedagogia») domandarsi se essa sia necessaria e sufficiente per «capire», ossia per trarre insegnamento dalla storia¹⁰, oppure se vi sia bisogno di altro per fare in modo che le «scelte tragiche» di questa pandemia non abbiano a ripetersi.

⁴ Per un approccio metodologico sistematico-assiologico, v. P. Perlingieri, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, ora in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli 1989, p. 275 ss.; Id., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in Aa.Vv., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, P. Femia (a cura di), Esi, Napoli 2006, p. 1 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006, p. 580 ss.; Id., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.

⁵ Gli artt. 2 e 3 della Costituzione mettono al centro del sistema e al primo posto nella gerarchia dei valori la persona umana e il suo pieno sviluppo. Così, autorevolmente, P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, Camerino-Napoli, 1972, spec. pp. 12, 175 e 189 s.; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, p. 3 ss., pp. 12 ss., 137 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. 433 ss.

⁶ Nell'ordinamento europeo è stato positivizzato il valore normativo - di rilevanza sovraordinata - della dignità umana. Nello specifico, l'art. 2 T.U.E. riconosce che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana [...]», mentre l'art. 21 T.U.E. sancisce che «l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi [...] del rispetto della dignità umana, dei principi di uguaglianza e di solidarietà [...]», mentre nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si afferma che «L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana [...], dell'uguaglianza e della solidarietà [...] Pone la persona al centro della sua azione». La Carta di Nizza, inoltre, all'art. 1, proclama: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

⁷ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 31. Id. *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 175 s. Secondo l'a. occorre che il giurista si muova «nel mare magnum delle fonti per individuare la soluzione più ragionevole, adeguata e congrua rispetto alla singola fattispecie concreta»: Id., *op. ult. cit.*, p. 177.

⁸ G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, p. 177 ss. ora in Id., *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. V, p. 186 ss.

⁹ G. Capograssi, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Sul punto cfr. G. Thomas e G. Lachenal, *COVID-19: When History Has No Lessons. Facing a crisis without precedent*, consultabile in <https://publicseminar.org/essays/covid-19-when-history-has-no-lessons/>, i quali si domandano «What value do the lessons of the past have in shaping strategies for managing the COVID-19 outbreak».

A me pare che, oggi più che mai, in un terribile momento storico segnato dall'emergenza non solo sanitaria ma anche economica e sociale, sia indispensabile l'attività di mediazione culturale del giurista per «la messa a fuoco della dimensione giuridica entro la grande realtà socio-economica»¹¹.

La «catastrofe» del CoViD-19 «disseppellisce dai sepolcri [...] proprio i giuristi»¹², al quale spetta il compito di fare in modo che «le ferite della storia»¹³ di questa pandemia, siano non soltanto superate, ma anche «sanate»¹⁴, riparate¹⁵.

Difatti, deve purtroppo rilevarsi, nella prospettiva della storia come prodotto del diritto¹⁶, che alcune pagine buie del diritto (e della storia) del secolo scorso che pensavamo non si sarebbero più ripetute, sono state, per certi versi e con le dovute differenze, riscritte¹⁷ in conseguenza della pandemia. Questa volta non si è trattato di «guerre di religione o di [...] totalitarismi politici»¹⁸, ma si è ugualmente rischiato di perdere di vista che «le persone non sono cose e che in nessun caso si giustifica lo svilimento della loro dignità per effetto della disumanizzazione delle pratiche giuridiche e mediche»¹⁹.

¹¹ P. Grossi, *Società diritto Stato, Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 6.

¹² P. Grossi, *Società diritto Stato, Un recupero per il diritto*, cit., p. 53.

¹³ G. Resta, *Le ferite della storia e il diritto privato riparatore*, in G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich, *Dialoghi con Guido Alpa*. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno, RomaTre-Press, Roma, 2018, p. 421.

¹⁴ G. Resta, *op. loc. cit.* L'a. precisa: «in modo tale da [...] evitare per il futuro il riprodursi di analoghe esperienze di sopraffazione e mortificazione dei diritti dei singoli e dei gruppi».

¹⁵ Ciò con la consapevolezza che «l'intera tematica della riparazione per le ingiustizie e le ferite della storia [...] riflette il ruolo sempre crescente attribuito al diritto privato, alle sue categorie, ai suoi istituti e alle sue tecniche»: G. Resta, *op. cit.*, p. 422.

¹⁶ In questa prospettiva cfr., in particolare, G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *La storia 'giuridificata'*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 11 ss.; A. Melloni, *Per una storia della tribunalizzazione della storia*, in O. Marquard, A. Melloni (a cura di), *La storia che giudica, la storia che assolve*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 30 ss.

¹⁷ Al riguardo, rileva che «la verità, amara, è che il passato fa fatica a passare. Vicende [...] che si immaginavano confinate ai momenti più foschi del Novecento, riemergono ciclicamente [...] toccando nel profondo la sensibilità del giurista educato al rispetto e alla tutela dei valori scolpiti nelle carte costituzionali e nelle dichiarazioni dei diritti postbelliche»: G. Resta, *Le ferite della storia e il diritto privato riparatore*, cit., p. 420.

¹⁸ G. Alpa, *Autonomia privata, diritti fondamentali e 'linguaggio dell'odio'*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 46, il quale evidenzia che, da questo punto di vista, «Il Novecento ha segnato [...] il livello di crudeltà e disumanizzazione più basso che la storia abbia registrato».

¹⁹ Così Antonio Ruggeri intervistato da R.G. Conti (in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/942-scelte-tragiche-e-covid-19?hitcount=0>) secondo il quale «l'idea che si possa (e si debba) "bilanciare" una vita umana con altre vite è, francamente, ripugnante ed insopportabile. Ogni volta che una vita si spegne, l'intera umanità ne esce impoverita senza rimedio; e, quando ciò avviene, i medici cui, in ultima istanza, è demandata la scelta ne risultano comunque sconfitti, anche se grazie al loro operato altre vite sono state risparmiate e recuperate a beneficio dell'intera collettività».

Dobbiamo prendere atto, «con molta tristezza ma anche con forte sdegno»²⁰, che «il mondo di allora non è cambiato, ha solo trovato nuove forme di espressione e la sfrontatezza di riemergere in tutta la sua violenza»²¹ durante la pandemia.

Con riferimento alla «catastrofe» del secolo scorso, nella riflessione giuridica successiva fu tracciata una strada che, *mutatis mutandis*, sembra percorribile ancora oggi, ossia di ripartire dalla persona umana, con l'acquisita consapevolezza che tutta l'esperienza giuridica «si raccoglie nella vita della persona [...] nell'assoluta concretezza della persona come principio che dà sostanza e valore a tutta l'esperienza e le sue forme concrete»²².

Questa visione – la quale ha inciso sul passaggio dalla nozione formale ed astratta di persona fisica del Libro I del cod. civ. (con i correlati concetti di soggetto di diritto e di capacità giuridica) a quella di persona²³ (intesa quale «realtà umana che preesiste, anche giuridicamente, al diritto positivo»²⁴) e sulla considerazione della persona quale valore normativo (ossia «valore obiettivo, interesse, bene giuridicamente rilevante»²⁵) al vertice della gerarchia dei valori del sistema italo-europeo - comporta la necessità dell'assunzione della persona concreta come canone metodologico, con i peculiari interessi, i precipi bisogni, le concrete esigenze ed istanze di protezione meritevoli di tutela nell'ordinamento²⁶ e impone di conservare la centralità della persona quale

²⁰ G. Alpa, *Autonomia privata, diritti fondamentali e 'linguaggio dell'odio'*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 46.

²¹ G. Alpa, *op. loc. cit.*

²² G. Capograssi, *op. loc. cit.*

²³ In questo senso F.D. Busnelli, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 540. L'A. sostiene che l'uomo «postula una protezione la cui estensione non sopporta limiti e/o misure di stampo statuale-legalistico, ma è funzionale allo "svolgimento della personalità" ed è proiettata verso il "pieno sviluppo della persona umana"»: *Id.*, *op. cit.*, p. 562.

²⁴ G. Oppo, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 829 ss. L'A. afferma che il diritto positivo «può negare il soggetto o limitare la soggettività, non può negare l'uomo» e ricostruisce il passaggio della «ascesa della "persona" rispetto al "soggetto"» quale ascesa dello stesso soggetto «da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell'ordine giuridico», giungendo a configurare il «declino» del soggetto esclusivamente «come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona». Sul punto, cfr., altresì, S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, *passim*.

²⁵ P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *Id.*, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., p. 13.

²⁶ In questo senso già L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1135 s. L'A. considera la persona «nella totalità dei suoi elementi costitutivi e nell'emersione nella sfera della giuridicità di problemi di tutela della vita materiale e spirituale che nella visuale del concetto astratto rimangono in ombra, quali i problemi di promozione del «pieno sviluppo della persona umana».

«stella polare»²⁷ del giurista²⁸, in una rinnovata concezione del diritto *hominum causa constitutum*²⁹.

2. Richiamando l'evocativo titolo di una celebre monografia del 1978 sui conflitti che la società affronta nell'allocazione di risorse tragicamente scarse³⁰, nel contesto di risorse sanitarie scarse rispetto all'elevato numero dei contagiati di questa pandemia, al fine di individuare chi ammettere o meno alla terapia intensiva e alla ventilazione polmonare, in definitiva chi curare e chi no³¹, è stata effettuata la *scelta tragica* di riservare i letti disponibili ai pazienti più giovani, in quanto tali con ragionevoli possibilità di sopravvivenza, con ciò negandoli alle persone anziane³², in un sistema

²⁷ P. Stanzione, *Biodiritto, postumano e diritti fondamentali*, in http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/stanzione_biodiritto.pdf.

²⁸ Sul ruolo del giurista - tradito in alte epoche della storia giuridica, nelle quali egli «in un clima di legalismo e formalismo esasperati, si limitò a disegnare sulla base delle norme prodotte da altri una sorta di teoria pura, scarnificata perché affondante nella astrattezza delle norme e non già sulla carnalità dei fatti economici sociali culturali» (P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, cit., p. 114) - nella realtà contemporanea, cfr. già T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 74; Id., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, ivi, p. 188 ss.; Id., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 12; Id., *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 121.

²⁹ Il giurista Ermogeniano affermò che: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris* (D. 1. 5. 2, Hermog. 1. 1). Anche Giustiniano, nelle Istituzioni, sottolinea la centralità della persona: *Ac prius de personis videamus. Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur* (Inst. Iust. 1. 2. 12). In tal modo, egli considera tutto il diritto caratterizzato dalla massima considerazione delle persone, tanto da potersi dire creato in funzione di esse. La consapevolezza della centralità della persona nell'articolazione del diritto si rifletté anche nelle sistematiche dei giuristi romani, i quali iniziavano le loro opere partendo proprio dalle *personae*. Al riguardo emblematico è il manuale istituzionale di Gaio, il quale nel primo commentario dichiarava: *Et prius videamus de personis* (Gai. 1. 8). Sul punto, osserva acutamente che, attraverso la sistematica gaiana, «la persona viene così ad occupare un posto di preminenza, di centralità nell'ordinamento; è l'asse attorno al quale gravita il *ius*, l'intera costruzione giuridica [...] È una prospettiva che tende ad orientare il diritto verso il suo destinatario naturale, l'uomo, nel cui interesse «statutum est»: R. Quadrato, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura* 37, 1986, pp. 1 s. In argomento v. S. Tafaro, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, 2009, *passim*.

³⁰ G. Calabresi e P. Bobbit, *Tragic Choices*. Norton, 1978, ora in G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*, trad. it. di C. M. Mazzoni, V. Varano, Giuffrè, Milano, 2006.

³¹ In argomento v., in particolare, L. Palazzani, *La pandemica CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in Aa.Vv., *Un diritto per la pandemia*, L. Busatta e M. Tomasi (a cura di), in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, p. 359 ss.; C. Di Costanzo e V. Zagrebelski *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, ivi, p. 441 ss.; P. Sommaggio e S. Marchiori, *Tragic choices in the time of pandemics*, ivi, p. 453 ss.

³² Tale scelta, come tristemente noto, è stata effettuata dall'Ospedale Papa Giovanni XXIII di Bergamo. Sul punto cfr., in particolare, il comunicato del *New England Journal of Medicine – Catalyst Innovations in Care Delivery* del 21 marzo 2020.

ordinamentale (italo-europeo) che pone al vertice il valore normativo della persona umana e della sua dignità, senza consentire distinzioni, in particolare, in base all'età³³.

Al riguardo, il Comitato nazionale per la bioetica, partendo dai princìpi costituzionali e, in particolare, dagli artt. art. 2, 3 e 32 Cost., ha precisato che - nel rispetto dei princìpi di giustizia, equità e solidarietà - «è doveroso fare sempre tutto il possibile per garantire a tutti, nessuno escluso [...] eguali opportunità di raggiungere il massimo potenziale di salute consentito»³⁴ e ha individuato, quale criterio più adeguato per l'allocazione delle risorse, quello clinico³⁵, in tal modo escludendo qualsivoglia altro criterio «definito aprioristicamente»³⁶.

Con specifico riferimento al criterio dell'età, il Comitato ha puntualizzato che «tra le tante persone vulnerabili, un'attenzione particolare va dedicata agli anziani»³⁷, i quali hanno «eguale diritto ad ottenere cure adeguate»³⁸ e, di conseguenza, ha considerato l'età del paziente un parametro da prendere in considerazione «in ragione della correlazione con la valutazione clinica attuale e prognostica ma non è l'unico e nemmeno quello principale»³⁹.

³³ Nel sistema ordinamentale italo europeo, la dignità umana «non dipende dalle circostanze esteriori, né tanto meno dalle condizioni personali [...] ma è valore che inerisce all'uomo in quanto tale» (P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 88 s.). In questo senso v., altresì, P. Stanzione, *Le età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 447 ss.; G. Lisella, *Rilevanza della «condizione di anziano» nell'ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 800 ss.

³⁴ Parere CNB Covid-19: *la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica* dell'8 aprile 2020. In argomento, cfr. anche i documenti precedenti del Comitato Nazionale per la Bioetica: *Etica, sistema sanitario e risorse* (1998) e *Orientamenti bioetici per l'equità nella salute* (2001), tutti in <https://bit.ly/3ecTArE>.

³⁵ Il Comitato ha difatti affermato che «ogni paziente va visto nella globalità della sua situazione clinica, tenendo in considerazione tutti i necessari fattori di valutazione» e, con riferimento al *triage* in emergenza pandemica, ha esplicitato i criteri dell'appropriatezza clinica, intesa come valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto ai bisogni clinici, con riferimento all'urgenza e alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione, evidenziando che ogni decisione e programmazione del *triage* deve sempre «evitare la formazione di categorie di persone che poi risultino svantaggiate e discriminate» (Parere CNB Covid-19: *la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica* dell'8 aprile 2020, cit.)

³⁶ A titolo esemplificativo, tra i criteri di selezione definiti aprioristicamente, il CNB individua «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» (Parere CNB Covid-19: *la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica* dell'8 aprile 2020, cit.).

³⁷ Parere CNB Covid-19: *la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica* dell'8 aprile 2020, cit.

³⁸ Parere CNB Covid-19: *la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica* dell'8 aprile 2020, cit.

³⁹ Parere CNB Covid-19: *la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica* dell'8 aprile 2020, cit. Secondo il Comitato «la priorità andrebbe stabilita valutando, sulla base degli indicatori menzionati, i pazienti per cui ragionevolmente il trattamento può

La visione del CNB dà attuazione al principio di legalità in un sistema ordinamentale, quello italo-europeo, nel quale l'età anziana non può rappresentare il criterio esclusivo per effettuare, in una situazione caratterizzata dallo squilibrio tra risorse sanitarie necessarie e disponibili⁴⁰, la scelta (*tragica*) di non ammettere le persone anziane alla terapia intensiva unicamente in virtù dell'età posseduta. Siffatto criterio, qualora utilizzato, sarebbe in contrasto con «il principio del valore e della dignità della persona in quanto tale, quali che siano le sue caratteristiche personali»⁴¹.

Non esiste - e non può esistere - un'astratta categoria dei soggetti di età anziana; occorre invero distinguere tra anziano ed anziano, in quanto, sulle condizioni di salute, l'età non produce automaticamente gli stessi effetti per tutti e occorre verificare in concreto l'incidenza dell'età sulla salute del soggetto⁴², tenendo conto che è da ritenersi superata in via definitiva la nozione (riduttiva) di salute quale semplice assenza di malattia fisica, come da tempo richiedeva l'OMS⁴³ e la relativa concezione, emancipata

risultare maggiormente efficace, nel senso di garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza. Non si deve cioè adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente [...] È importante poi che la decisione terapeutica concernente i diversi pazienti da trattare, secondo la gravità della loro patologia, sia per quanto possibile il frutto di un consulto tra più medici, per garantire il confronto tra diversi punti di vista ed una scelta la più corretta possibile, e, fatto altrettanto importante, per consentire di condividere la responsabilità ed il peso di una decisione che sarà sempre lacerante». In argomento cfr., in particolare, C. Di Costanzo, V. Zagrebelsky, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, cit., p. 441 ss.

⁴⁰ In argomento cfr., in particolare, per il punto di vista etico, A. Rimedio, *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da CoViD-19*, in *Biola Journal - Rivista di Biodiritto*, n. 1/2021, p. 13 ss.

⁴¹ Così Luigi Ferrajoli, intervistato da R.G. Conti (in <https://www.giustiziansieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/942-scelte-tragiche-e-covid-19?hitcount=0>), secondo il quale «il solo criterio accettabile, sarebbe quello rappresentato dalle prospettive di successo dell'intervento sanitario».

⁴² In termini più generali, sulla valutazione in concreto dell'incidenza dell'età sulle capacità ed attitudini del soggetto v. P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, cit., p. 91, secondo il quale l'età senile viene in considerazione quando ad essa si accompagni uno «stato psico-fisico patologico [...] tale da incidere sulle "normali capacità"». Come si è opportunamente affermato, più che attribuire rilevanza all'età senile in quanto tale, occorrerebbe distinguere e verificare in concreto se gli anziani siano sani, malati e con quale tipologia di patologie (in questi termini, sebbene con riferimento alla valutazione della complessiva situazione concreta in cui l'anziano versa, cfr. G. Lisella, *Rilevanza della «condizione di anziano» nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 800; P. Stanzione, *Le età dell'uomo e la tutela della persona: gli anziani*, cit., p. 447 ss.

⁴³ L'OMS definisce la salute, nel preambolo della Costituzione dell'OMS, firmata il 22 luglio 1946 a New York ed entrata in vigore il 7 aprile 1948, come «*a complete physical, mental and social well-being*», «*not merely the absence of disease or infirmity*»: *Constitution of the World Health Organization*, in *www.who.int*. Per un'analisi approfondita delle tappe evolutive di tale diritto, cfr., in particolare, V. Durante, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 132; Id., *La salute come diritto della persona*, in *Tratt. Biodiritto*, III, *Il governo del corpo*, S. Rodotà e P. Zatti, (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, p. 579; A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, I, p. 1 ss. Si noti che, già dagli anni 80, anche la giurisprudenza costituzionale italiana accoglie siffatta nozione. In tal senso si vedano, *ex multis*, Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 88 in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 9 ss.; Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053 ss.; Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3297 ss.; Corte Cost., 18 dicembre 1987, n. 559, in *Giur. cost.*, 1987, p. 3506 ss.. Si veda

da una dimensione esclusivamente «biologico-fisica»⁴⁴, è stata enucleata prendendo in considerazione fattori ulteriori quali l'ambiente di vita e di lavoro, i rapporti familiari e sociali, i valori culturali, religiosi e spirituali dell'individuo⁴⁵, ossia senza più farla coincidere con la mera esigenza di «cura o terapia medico-farmaceutica»⁴⁶, ma considerandola quale «bene»/diritto a struttura complessa, contenente una pluralità di proiezioni sostanziali⁴⁷, da identificare con una condizione di completo benessere fisico e psichico⁴⁸. Così intesa la salute, il diritto alla salute è stato conseguentemente ricostruito «in chiave relazionale e intersoggettiva [...] fondat[o] [...] su un oggettivo benessere della persona che asseconi le sue esigenze biologiche, psicologiche ed affettive»⁴⁹.

In questa pandemia, i trattamenti sanitari avrebbero dovuti essere calibrati sulle specifiche condizioni patologiche dei concreti malati e non in considerazione esclusiva del fuorviante ed astratto criterio dell'età, la quale può concorrere, in maniera anche determinante, ma non automatica sulle globali condizioni di salute del soggetto.

Purtroppo, deve registrarsi che non è andata così e l'età anziana ha costituito *ipso facto* un fattore determinante della mortalità, come tristemente noto, anche qualora non accompagnata da rilevanti situazioni di comorbidità⁵⁰, rischiando di far perdere di vista

anche, per la giurisprudenza di legittimità, Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 357 ss.

⁴⁴ A. D'Aloia, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BiLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, n. 1/2014, p. 91. L'A. avverte: «parlare di salute significa fare riferimento ad un'idea di sé che tiene insieme fisicità e psiche, e che perciò si correla strettamente con la dimensione interiore (e morale) di ciascuna persona [...] supera gli stili di vita per mirare al benessere».

⁴⁵ Si rileva che la salute, «in quanto elemento del più complessivo quadro dei diritti fondamentali della persona», è apprezzabile «sulla base di una valutazione soggettiva riferita all'intera esperienza vissuta dal paziente»: G. Ferrando, *Diritto alla vita*, in Aa.Vv., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Atti del II Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, II, *Rapporti civili. Rapporti etico-sociali*, Napoli, 2007, p. 350.

⁴⁶ A. D'Aloia, *o.c.*, p. 89. L'A. evidenzia che si tratta di un percorso «con diverse diramazioni, che appunto riguardano l'ambiente, gli stili di vita, i comportamenti delle persone, i consumi (soprattutto, ma non solo) alimentari, la promozione del benessere nelle diverse fasi della vita umana (dalle soluzioni abitative al lavoro)».

⁴⁷ M. Luciani, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, L. Chieffi (a cura di), Torino, 2003, p. 64.

⁴⁸ Sul diritto alla salute, che trova il proprio fondamento normativo nell'art. 32 cost., la letteratura è sterminata e non è possibile darne conto in questa sede. Con specifico riferimento alla salute quale benessere fisico, mentale e sociale dell'uomo inteso quale unitarietà psico-fisica, v., in particolare, P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., p. 104 ss.; L. Cuocolo, *Salute (diritto alla) (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. it.*, 2007, vol. XIV, p. 23 ss.; Aa.Vv., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003.

⁴⁹ P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., prefazione, p. XI.

⁵⁰ In argomento v. *World Health Organization, Coronavirus disease 2019 (Covid-19). Situation Report – 36*, 25/02/2020. Si rileva che la pandemia ha reso evidente «la condizione di invisibilità ontologica, epistemologica e pratica in cui versano le persone anziane»: M.G. Bernardini, *Una questione di*

che, anche in una situazione di squilibrio tra le risorse sanitarie necessarie e quelle disponibili, lo Stato deve assicurare ad ogni malato, senza distinzioni, l'accesso al più alto livello di cure possibile⁵¹.

Va detto che, in astratto, i criteri utilizzabili per l'allocazione di risorse scarse, possono essere svariati, dal criterio cronologico (c.d. *first come, first served*) a quello casuale (c.d. *lottery*) a quello terapeutico, in correlazione con le maggiori probabilità di successo dell'intervento medico o della maggiore speranza di vita, applicato nella c.d. medicina delle catastrofi⁵². Nella prima fase dell'emergenza pandemica quest'ultimo criterio è stato individuato quale criterio da seguire da linee guida predisposte dalla Società italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia intensiva (SIAARTI)⁵³.

Non è questa la sede per una riflessione di tipo etico su tali linee guida, anche se va al riguardo rilevato che essa si inserisce nel contesto di una più generale riflessione sulla distribuzione delle risorse sanitarie scarse in scenari di medicina di guerra o di medicina delle catastrofi o, molto più semplicemente, ogniqualvolta ci si trovi di fronte alla scelta di decidere chi includere o escludere, ad es., dalla donazione di organi da trapiantare, dal ricovero, dall'uso di farmaci o da tecnologie costose. Al riguardo, occorre verificare la conformità dei criteri utilizzati al codice di deontologia medica e, soprattutto, ai principi costituzionali personalista e di eguaglianza, oltre che ai principi del rispetto della dignità umana, dell'equità, dell'eguaglianza e della universalità del diritto alla salute⁵⁴.

3. La scelta di riservare i letti disponibili ai pazienti che, in quanto giovani di età, hanno ragionevoli possibilità di sopravvivenza è stata l'unica scelta *tragica*, nel senso qui

interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2020, p. 141 ss.

⁵¹ Sul punto v., in particolare, M.G. Bernardini, *op. loc. cit.*

⁵² Al riguardo va precisato che l'assimilazione dello scenario pandemico a quello della medicina delle catastrofi va preso *cum grano salis*, considerato che nel caso delle maxi-emergenze (determinate da terremoti, incendi, etc.) la durata dell'evento è definita, sicché è possibile avere un quadro tendenzialmente preciso del numero di pazienti e, di conseguenza, dell'adattamento delle risorse rispetto alle necessità emerse, a differenza della pandemia, caratterizzata dall'incertezza in merito alla sua durata.

⁵³ Nelle linee guida del 6 marzo 2020 (*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*) sono stabiliti i criteri di accesso alle cure intensive in modo da consentire ai medici di adottare dei principi comuni nella valutazione della "maggiore speranza di vita" dei pazienti, nell'ottica di un'efficiente allocazione delle risorse sanitarie.

⁵⁴ In questo senso v., in particolare, L. D'Avack, *Covid-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, pp. 371-378; C. Di Costanzo, V. Zagrebelsky, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, *ivi*, pp. 441-446; M.G. Bernardini, *Dilemmi mor(t)ali. Scelte etiche, ageism e diritti fondamentali ai tempi del Covid-19*, in *Diritto virale. Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, vol. I, *Pandemia e mutazioni del diritto*, 2020, pp. 38-45, consultabile in <http://www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale/dilemmi-mor-tali-scelte-etiche-ageism-e-diritti-fondamentali-ai-tempi-del-covid-19>.

inteso (e nell'accezione ristretta) di scelta di allocazione di risorse sanitarie tragicamente scarse, effettuata nella pandemia. Accanto ad essa vi sono state misure emergenziali che hanno prodotto conseguenze drammatiche o effetti tragici. Si pensi, per le prime, alla circostanza che, ad es., per contrastare la diffusione della pandemia, non è stato e non è tuttora possibile nelle strutture ospedaliere accompagnare i propri cari nel momento del passaggio dalla vita alla morte, condannandoli così a morire in solitudine, oppure alla circostanza che talvolta non è stato possibile partecipare alla cerimonia funebre, ossia al rito - importante e centrale nella vita delle società di tutti i tempi - che consente di rendere l'ultimo saluto e di elaborare la separazione dal familiare o dall'amico.

Tra le misure emergenziali dagli effetti tragici va segnalata *in primis* la discriminazione multipla o intersezionale⁵⁵, ossia l'effetto moltiplicatore della vulnerabilità e discriminazione dei soggetti già deboli dell'ordinamento, proprio quelli nei confronti dei quali va primariamente indirizzata la solidarietà costituzionale.

Le misure emergenziali adottate per fronteggiare la diffusione del virus, difatti, non hanno prodotto gli stessi effetti per tutti, ma hanno avuto un impatto maggiore sulle persone già deboli, oggetto di discriminazioni o in condizioni di fragilità, indebolendole ancora di più⁵⁶.

Il singolo e nuovo fattore di discriminazione non è rimasto isolato, ma si è andato ad intessere con altri, si è cioè innestato in una precedente situazione di vulnerabilità, determinando un effetto moltiplicatore dei fattori di discriminazione e della debolezza. A parte le persone anziane, per le quali si è verificato il concorso della vulnerabilità conseguente all'aggressione del virus con la forma di discriminazione strutturale peculiare che le colpisce (il cd. *l'ageism*⁵⁷), si considerino, a titolo esemplificativo, le donne, per le quali la forzata reclusione tra le mura domestiche ha determinato l'aumento dei reati che le vedono vittime⁵⁸ e la penalizzazione sul lavoro, in quanto al

⁵⁵ Il concetto di discriminazione multipla è stato individuato negli Stati Uniti con riferimento ai problemi razziali e, nello specifico, con riferimento alle donne afroamericane, doppiamente discriminate per la razza e il genere. In argomento si veda, in particolare, K. Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, p. 1241 ss.; Id., *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Form*, 1989, p. 57 ss.

⁵⁶ Sul punto cfr. M. D'Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2020, p. 31 ss.

⁵⁷ Il termine *ageism* è stato coniato alla fine degli anni Sessanta dal medico statunitense Robert Butler, padre della geriatria e primo direttore del *National Institute on Aging*, per indicare l'interazione tra diversi componenti, ossia i pregiudizi nei confronti delle persone anziane, l'invecchiamento, le pratiche discriminatorie nei confronti delle persone anziane e le *policies* che perpetuano tali stereotipi (R. Butler, *Ageism: another form of bigotry*, in *The Gerontologist*, part 1, 1969, pp. 243-246).

⁵⁸ In argomento, si veda, in particolare, il *policy brief* delle Nazioni Unite, *The impact of COVID-19 on women* (09/04/2020) e il documento della Commissione europea *The impact of sex and gender in the*

lavoro di cura da esse solitamente svolto in famiglia (si pensi al lavoro domestico o al controllo della didattica *on line* dei figli) si è andato a sommare, per le donne lavoratrici, lo *smart working*⁵⁹.

La medesima situazione di discriminazione multipla o intersezionale si è verificata per altre persone deboli dell'ordinamento quali le persone con disabilità, fortemente penalizzate dalle misure prese per contrastare la diffusione del virus in tutto il mondo, al punto che il 9 aprile 2020 l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha pubblicato una guida rivolta agli Stati e finalizzata all'adozione di misure adeguate per affrontare i rischi sproporzionati che le persone con disabilità devono affrontare nel periodo di emergenza sanitaria e in Italia, già dal DPCM del 26 aprile 2020, sono state prese in considerazione le esigenze di questa categorie di soggetti deboli⁶⁰.

Ugualmente, per i migranti e gli stranieri presenti nel nostro Paese⁶¹, va rilevato che, nell'emergenza pandemica, alcuni Comuni hanno irragionevolmente previsto quali requisiti di accesso ai cc.dd. buoni spesa, ossia a contributi di solidarietà alimentare (misure finalizzate a «consentire il concreto soddisfacimento dei “bisogni primari” inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare»⁶²) il possesso del titolo di soggiorno di lungo periodo, oppure della residenza nel territorio comunale o finanche della cittadinanza.

COVID-19 pandemic (05/2020). Sul punto, interessanti le considerazioni giornalistiche di C. Di Cristofaro, M. Perrone, *La pandemia della violenza: più donne uccise meno denunce*, del 25 novembre 2020 in https://www.ilsole24ore.com/art/la-pandemia-violenza-piu-donne-uccise-meno-denunce-ADSwyn3?refresh_ce=1.

⁵⁹ Sul punto v., in particolare, M. D'Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, cit., pp. 43-46.

⁶⁰ Nello specifico, inizialmente è stata prevista la riattivazione delle attività sociali e socio-sanitarie erogate in favore delle persone con disabilità e l'organizzazione delle attività di scuole, Università e delle Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica in modo da tener conto delle specifiche esigenze degli studenti con disabilità e, nella legge di conversione del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020 con il quale erano state previste limitazioni alla libertà di circolazione, sono state introdotte deroghe per i soggetti «con disabilità motorie o con disturbi dello spettro autistico, con disabilità intellettiva o sensoriale o con problematiche psichiatriche e comportamentali con necessità di supporto, certificate ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104», qualora ciò «sia necessario al benessere psico-fisico della persona e purché siano pienamente rispettate le condizioni di sicurezza sanitaria».

⁶¹ Al riguardo, va segnalato che altre volte in passato, nei momenti di crisi, l'accesso ai diritti e alle prestazioni sociali è stato limitato per ragioni di contenimento della spesa pubblica e, alla questione di legittimità posta, la Corte costituzionale ha risposto affermato la legittimità di siffatte limitazioni esclusivamente qualora ragionevoli e non lesive del contenuto minimo essenziale dei diritti che devono essere garantiti a tutti, indipendentemente dalla cittadinanza, regolarità o tempo del soggiorno in Italia. Sul punto cfr. le riflessioni di M. D'Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, cit., p. 48.

⁶² Corte cost., sentenza 28 maggio 2010, n. 187, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2212 ss.,

Così, con riferimento ai detenuti, la pandemia ne ha accentuato la «vulnerabilità bio-psico-sociale»⁶³, discostandosi «dall’impegno costituzionale (art. 27, comma 3) alla rieducazione e al reinserimento»⁶⁴ per via del maggiore rischio di diffusione del virus all’interno delle carceri in ragione del sovraffollamento carcerario⁶⁵.

In definitiva, le misure emergenziali hanno finito con il travolgere soprattutto le persone più vulnerabili, in tal modo acuendo «quelle differenze di cui lo Stato, alla luce dell’art. 3, secondo comma, Cost., dovrebbe sempre tenere conto»⁶⁶, laddove si sarebbe dovuto effettuare con maggiore attenzione il bilanciamento fra diritti fondamentali, in modo da non spezzare il legame stretto «fra limitazioni a libertà fondamentali, doveri e principio di solidarietà»⁶⁷, ossia quel patto solidaristico nei confronti «di chi vive, anche in tempi ordinari, situazioni di vulnerabilità»⁶⁸.

Infine, l’emergenza pandemica ha prodotto quale effetto tragico, nella cd. prima fase della pandemia, anche il non aver sempre garantito ai malati terminali di Covid il diritto all’accesso alle cure palliative ed alla terapia del dolore previsto dall’art. 1, comma 1, della legge 15 marzo 2010 n. 38⁶⁹ e tutelato nell’ambito dei livelli essenziali di

⁶³ Parere CNB Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale, 28 maggio 2020.

⁶⁴ A. D’Aloia, *Il parere del CNB su CoViD-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale: osservazioni a margine*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, p. 5 s.

⁶⁵ Sul punto v. C. Storace, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nel periodo di emergenza sanitari*, in *Osservatorio AIC*, Fasc. 4/2020, o. 11 ss. Va segnalato che il rischio della diffusione del virus all’interno delle carceri ha indotto alcuni magistrati di sorveglianza a concedere la detenzione domiciliare anche a detenuti condannati in via definitiva per reati di mafia e sottoposti al regime speciale del 41-bis. Tali provvedimenti hanno suscitato clamore nell’opinione pubblica e il dibattito si è incentrato sulla prevalenza accordata alla tutela del diritto alla salute individuale del detenuto (e alla salute collettiva della comunità-struttura penitenziaria), senza tenere conto della gravità dei reati commessi e delle perduranti esigenze di prevenzione correlate alla loro pericolosità. In argomento, si è osservato che i principi costituzionali di umanizzazione e di funzione rieducativa della pena non consentono discriminazioni tra detenuti (così M. D’Amico, *I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, cit., p. 50) e che la Convenzione europea dei diritti dell’uomo vieta di sottoporre i detenuti a trattamenti disumani e degradanti. Il Governo, con il d.l. del 30 aprile, n. 28 il d.l. del 10 maggio 2020, n. 29 (recante misure urgenti volte a disciplinare la detenzione domiciliare o il differimento dell’esecuzione della pena, nonché la sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all’emergenza sanitaria) ha previsto che il magistrato, prima di autorizzare la fuoriuscita dal carcere, acquisisca il parere del procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i soggetti sottoposti al 41-bis e valuti periodicamente la permanenza dei motivi legati all’emergenza sanitaria. Sul punto cfr. M. D’Amico, *op. cit.*, p. 31 ss.; M. Palma, *Il carcere nello specchio di un’emergenza*, in *Giustizia insieme*, 19 marzo 2020, p. 1 ss.

⁶⁶ M. D’Amico, *op. loc. cit.*

⁶⁷ M. D’Amico, *op. cit.*, p. 31 ss. L’A. richiama la giurisprudenza costituzionale costante, secondo la quale «Nell’architettura dell’art. 2 Cost. l’adempimento dei doveri di solidarietà costituisce un elemento essenziale tanto quanto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ciascuno» (Corte cost., 7 marzo 2019, n. 114, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=114>).

⁶⁸ M. D’Amico, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁹ Su tale diritto v., da ultimo, E. Lamarque, *Le cure palliative nel quadro costituzionale*, in *Riv. Aic*, n.1/2021, in https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2021_2_Lamarque.pdf; L. Orsi, *Le cure*

assistenza del Servizio Sanitario Nazionale (dall'art. 1, comma 2, L. 38/2010) rientranti tra gli obiettivi prioritari del Piano sanitario nazionale (dall'art. 3, comma 1, L.38/2010) o, meglio, esso è stato garantito per lo più nei contesti in cui la Rete di Cure Palliative era già sufficientemente organizzata e sperimentata⁷⁰.

Invero, le epidemie e pandemie verificatesi nel corso della storia hanno sempre messo in difficoltà, in generale, i sistemi sanitari e questo si è verificato nella pandemia da CoViD-19 anche con riferimento specifico all'accesso alle cure palliative⁷¹, al punto che la stessa Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha evidenziato che «nelle epidemie causate da infezioni potenzialmente letali, come in altre emergenze e crisi umanitarie, la sofferenza delle vittime e gli sforzi per alleviarla spesso vengono trascurati nella fretta di salvare vite»⁷². Eppure, secondo la stessa OMS, in queste

palliative, in *I diritti in medicina*, L. Lenti, E. Palermo Fabris e P. Zatti (a cura di), in *Tratt. di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, p. 605. Va evidenziato che l'art. 2 della 15 marzo 2010 n. 38 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*) specifica che per cure palliative e terapia del dolore si intende, rispettivamente, «l'insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici nonché l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore».

⁷⁰ In questo senso M. De Angelis, F. Canzani, L. Orsi, et al., *Le cure palliative nella pandemia da SARS-CoV-2: esperienze italiane e internazionali a confronto* in *Riv. it. cure palliative*, 2020, pp. 54-63; R. Bertè, D. Cassinelli, S. Bonfanti, et al., *Creare e gestire un reparto "end stage" per malati COVID-19 positivi*, in *Riv. it. cure palliative*, 2020, pp. 64-69; M. Pizzuto, F. Croce, N. Gusella, et al., *Hospice-COVID: cinque settimane di trasformazione per rispondere ad uno tsunami*. in *Riv. it. cure palliative*, 2020, p. 70 ss.; S. Tanzi, S. Alquati, G. Martucci, L. De Panfilis, *Learning a palliative care approach during the COVID-19 pandemic: A case study in an Infectious Diseases Unit*, in *Palliat. med.*, 2020, p. 1220 ss.

⁷¹ Così M. Matzo, A. Wilkinson, J. Lynn, et al., *Palliative care considerations in mass casualty events with scarce resources*, in *Biosecurity and Bioterrorism: Biodefense Strategy, Practice, and Science*, 2009, p. 199 ss. Più in generale, sulla carenza di una presenza organica delle cure palliative nei piani e nelle strategie di soccorso nei confronti delle crisi umanitarie, v. R.A. Powell, L. Schwartz, E. Nouvet, et al. *Palliative care in humanitarian crises: always something to offer*, in *The Lancet*, 2017, p. 1498 s. Per lo specifico dell'esperienza italiana, cfr. le riflessioni della Società Italiana di Cure Palliative, della Federazione di Cure Palliative (SICP) e della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI), pubblicate in un documento in cui sono state formulate talune raccomandazioni per il Sistema Sanitario Nazionale e quelli regionali da recepire nei rispettivi Piani pandemici, con la richiesta «di prevedere urgentemente specifici protocolli di cure palliative e di inserire la figura del palliativista nelle unità di crisi regionali e locali» (*Ruolo delle cure palliative durante una pandemia (contributo finalizzato alla definizione di un piano pandemico per la gestione dell'emergenza da covid-19)*, in https://www.sicp.it/wp-content/uploads/2020/10/FCP-SICP-Covid_def_con-immagine-1.pdf). Sul punto, v. L. Orsi, *SICP e pandemia Covid-19*, in *Riv. it. Cure Palliative*, 2020, pp. 105-109.

⁷² *World Health Organization, Integrating palliative care and symptom relief into the response to humanitarian emergencies and crises: a WHO guide*, 2018, in www.sicp.it/wp-content/uploads/2018/12/155_whopchumanitarianemergencies18.pdf.

situazioni più che in altre⁷³ le cure palliative sono fondamentali⁷⁴ e garantirne l'effettività costituisce un imperativo morale⁷⁵.

Vi è peraltro da dire che, nella legge che ha introdotto il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento diagnostico o sanitario⁷⁶, ossia di esprimere il consenso o il rifiuto all'inizio o alla prosecuzione di trattamenti sanitari, anche qualora si tratti di trattamenti salvavita quali l'alimentazione, l'idratazione o la respirazione artificiale (art. 1, comma 5, l. n. 219/2017), è stato anche sancito il dovere per il medico di adoperarsi per alleviare le sofferenze del malato, anche nel caso in cui quest'ultimo rifiuti il trattamento sanitario, prospettandogli le cure previste dalla L. n. 38 del 2010 e il diritto di richiedere, in associazione con la terapia del dolore, la sedazione palliativa profonda continua per i pazienti con prognosi infausta a breve termine o in imminenza di morte (art. 2, comma 2, l. n. 219/2017)⁷⁷.

È stata in tal modo legislativamente sancita la necessità, in riferimento al dovere del medico di alleviare le sofferenze, di garantire sempre la terapia del dolore e, nell'ambito delle cure di fine vita, anche della sedazione palliativa profonda quale parte integrante delle cure palliative⁷⁸. Anche nella pandemia da CoViD-19 si sarebbe dovuto garantire a ciascun malato la terapia antalgica in tutti i casi nei quali fosse risultato necessario

⁷³ Sull'importanza delle cure palliative nella pandemia da Covid-19, cfr. M. De Angelis, F. Canzani, L. Orsi, C. Florian, D. Valenti, M. Bernardo, M. Pizzuto, I. Rigotti, R. Antonione, R. Bertè, S. Tanzi, S. Di Leo, F. Garetto, M. Beretta, *Le cure palliative nella pandemia da SARS-CoV-2: esperienze italiane e internazionali a confronto*, in *Riv. it. cure palliative*, 2020, pp. 54-63.

⁷⁴ Così J.K. Eynor, A.M. Rosenau, D.B. Burmeister, D.M. Richardson, A.M. DePuy, A.N. Kayne, M.R. Greenberg, *Palliative care in the emergency department during a COVID-19 pandemic*, in *Am J Emerg Med* 2020, consultabile in <https://doi.org/10.1016/j.ajem.2020.07.004>.

⁷⁵ In questi termini l'articolo giornalistico di L. Tonon, *Garantire le cure palliative è un imperativo sanitario e morale*, in <https://www.internazionale.it/notizie/laura-tonon/2020/04/27/cure-palliative>. Per qualche riflessione giuridica, cfr. A. Ferrara, *Eutanasia e covid-19. perché l'espansione della pandemia del secolo richiede un'urgente riflessione in merito ad eutanasia ed assistenza al suicidio*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1S/2020, pp. 414-423.

⁷⁶ Si tratta della l. 22 dicembre 2017 n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* la quale ha previsto, anche allo scopo di rendere effettiva la tutela garantita dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e dagli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il diritto per ogni persona di rifiutare qualsiasi trattamento diagnostico o sanitario (finanche nutrizione e idratazione artificiale), obbligando il medico a rispettare la volontà del paziente.

⁷⁷ In argomento v., in particolare, S. Cacace, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, in *Riv. it. med. legale*, 2017, p. 471, secondo la quale tale trattamento sanitario «rappresenta il passo successivo rispetto alle cure palliative [...] laddove [...] curare la patologia non è più possibile, allora l'obiettivo diviene controllarne i sintomi». Sul punto cfr., in particolare, C. Casonato, *Biodiritto e pluralismi. alla ricerca della sostenibilità*, in *Riv. biod.*, 2016, p. 7. ss.

⁷⁸ Nel senso che le cure palliative non necessariamente si contrappongono alle terapie curative e, di conseguenza, non sono da considerare relegate alla imminenza della morte, quale terapia minimale o addirittura come astensione dalla terapia: C. Viafora, *La sedazione in fase terminale, parte integrante delle cure palliative. Un commento all'art. 2 della Legge 219, 22 dicembre 2017*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018, p. 39 ss.

lenire e/o controllare il dolore sofferto dal paziente e la sedazione profonda continua costituisse l'unica soluzione per la gestione del dolore e della sofferenza conseguenti al virus.

4. Nella prima fase pandemica sono state anche operate scelte non tragiche e, nello specifico, una scelta *opportuna* e una misura dagli *effetti non tragici*.

Quanto alla prima, in assenza di trattamenti terapeutici specifici e di vaccini, si è rivelata quanto mai opportuna la scelta della sperimentazione clinica (c.d. uso compassionevole) e della somministrazione, quale terapia di supporto dei sintomi del CoViD-19, di farmaci *off label*⁷⁹, ossia di medicinali già utilizzati per la cura di talune patologie in maniera non conforme - con indicazioni terapeutiche, modalità di somministrazione e dosaggi differenti da quelli autorizzati - a quanto previsto nella relativa scheda tecnica autorizzata all'Immissione in Commercio (AIC) dal Ministero della Salute,.

Siffatta possibilità - consentita dall'art. 17 del d.lgs. 17 marzo 2020 n 18 (Disposizioni urgenti materia di sperimentazione dei medicinali e dispositivi medici per l'emergenza epidemiologica da COVID-19) - non è nuova: sin dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso il legislatore è intervenuto, con le leggi n. 648/1996 e n. 94/1998, per regolamentare l'utilizzo di farmaci registrati in maniera difforme rispetto all'autorizzazione ministeriale oppure con modalità alternative o in dosi diverse dalla posologia normale indicata. Si tratta dell'impiego di molecole conosciute ed utilizzate come trattamenti terapeutici di alcune malattie in base a linee guida ufficiali le quali, in mancanza di terapie alternative o di nuove evidenze scientifiche, vengono utilizzate in situazioni cliniche e per finalità terapeutiche non previste dalla relativa scheda tecnica.

Nello specifico dell'utilizzo *off label* dei farmaci - regolamentato dalla legge 648/96 in relazione a necessità terapeutiche non risolvibili diversamente - esso è consentito a

⁷⁹ Sul punto cfr., in particolare, F. Cerea, *Farmaci off label e sperimentazione clinica: l'emergenza CoViD-19 svela le potenzialità del dato normativo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1S/2020, p. 433 ss. Sui profili di responsabilità del medico derivanti da somministrazione dei farmaci *off label* v. S. Viciani, *I margini dell'autonomia prescrittiva del medico nella terapia farmacologica*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2018, p. 311 ss. Per gli aspetti fiscali, interessanti riflessioni in L. Carpentieri, *La cessione gratuita di farmaci ad uso compassionevole: ovvero quando le norme fiscali rispondono a finalità extrafiscali*, in *Riv. telem dir. trib.*, 2020, 28 aprile 2020, in <https://www.rivistadirittotributario.it/2020/04/28/la-cessione-gratuita-farmaci-ad-uso-compassionevole-ovvero-le-norme-fiscali-rispondono-finalita-extrafiscali/>. Per gli aspetti etici, va evidenziato che il Comitato nazionale per la Bioetica, con il parere del 22 ottobre 2020 *La sperimentazione biomedica per la ricerca di nuovi trattamenti terapeutici nell'ambito della pandemia covid-19: aspetti etici*, ha subordinato l'ambito di operatività della somministrazione dei farmaci off-label e delle cure compassionevoli al rispetto dei criteri scientifici, etici e giuridici generali della sperimentazione clinica.

condizione che sussistano taluni requisiti (criteri di accesso) e, precisamente, la mancanza di una valida alternativa terapeutica per il trattamento di una determinata patologia; la comprovata base scientifica (studi clinici di fase seconda) per l'indicazione terapeutica; informazioni concernenti il tipo e la gravità della patologia da trattare; lo stato autorizzativo del medicinale in Italia e in altri Paesi, con indicazioni dell'azienda produttrice o fornitrice; l'esistenza di una prassi d'uso consolidata nel trattamento della patologia da trattare. Inoltre, l'art. 3, comma 2 del d.l. n. 23/1998, convertito nella legge n. 94/1998 (la c.d. legge Di Bella), ha sancito la liceità dell'impiego anomalo di un medicinale, previo consenso del paziente, «qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale».

L'impiego *off label* dei farmaci permette, in generale, di ovviare e superare il problema del divario temporale che solitamente intercorre tra l'attività di ricerca medico-scientifica sull'uso difforme del farmaco ed i tempi burocratici dell'approvazione amministrativa e della registrazione del medicinale.

Durante la prima fase della pandemia è stata opportunamente effettuata la scelta di consentire, in considerazione della situazione di necessità e di urgenza, non solo l'uso *off label* dei farmaci⁸⁰ - che l'Agenzia Italiana del Farmaco ha inserito a carico del S.S.N., in deroga alla legge n. 648/1996⁸¹ - per il trattamento dell'infezione da SARS-CoV-2 in presenza di soli dati preliminari di potenziale efficacia nell'ambito del piano nazionale di gestione dell'emergenza⁸², ma anche il cd. uso compassionevole di farmaci in fase di mera sperimentazione, subordinatamente al parere favorevole del Comitato Etico del centro clinico che presenta la richiesta, previa conferma della

⁸⁰ In argomento v. A. Pira, *L'uso off-label dei medicinali: un'agenda per il dopo-Covid-19*, in *quotidianosanita.it*, 9 aprile 2020; G. Guerra, *La commercializzazione dei farmaci a confronto con gli usi off-label: il difficile bilanciamento tra tutela della salute e concorrenza*, in *Politiche sanitarie*, 2014, vol. 15, 2, p. 99 ss.; L. Pani, *Off label: disciplina italiana piena di zone d'ombra*, in *IlSole24Ore*, 21 marzo 2014; F. Massimino, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, in *Danno e resp.*, 2010, 12, p. 1104 ss.

⁸¹ Va evidenziato che, mentre inizialmente la l. n. 648/1996 aveva previsto che il costo del farmaco fosse integralmente a carico del S.S.N. solamente in assenza di valida alternativa terapeutica, la successiva legge n. 79/2014 ne ha previsto il costo a carico del S.S.N. anche in presenza di alternative terapeutiche valide, a condizione che il diverso impiego sia opportunamente documentato a livello clinico e che l'uso rispetti i principi di economicità e appropriatezza.

⁸² Nello specifico, l'uso *off label* ha riguardato taluni farmaci, già presenti in protocolli nazionali e internazionali, al di fuori delle indicazioni ufficialmente registrate quali, ad es. il Tocilizumab, farmaco approvato nel 2010 negli Stati Uniti per l'artrite reumatoide ed inserito, per la sua verificata capacità di limitare i danni conseguenza di Covid-19, dalla *National Health Commission* cinese nelle linee guida per il trattamento dei casi gravi da Coronavirus.

disponibilità alla fornitura gratuita del medicinale da parte dell'azienda farmaceutica produttrice⁸³.

Anche l'utilizzo di farmaci per uso compassionevole era già previsto nel sistema. Esso era stato regolamentato dal D.M. 7.9.2017, abrogativo del D.M. 8.5.2003, il quale lo aveva consentito in presenza di stringenti criteri e modalità di impiego⁸⁴. Esclusivamente il rispetto di questi ultimi permette l'uso di farmaci in astratto pericolosi, in quanto sprovvisti dell'autorizzazione alla loro commercializzazione, giustificato dalla circostanza che, trattandosi di casi per i quali non esiste una cura efficace, il beneficio curativo che potrebbe derivare dal farmaco sperimentale è superiore a quello ottenibile attraverso i normali sistemi di trattamento⁸⁵.

⁸³ Si evidenzia che, per l'autorizzazione alla somministrazione compassionevole del farmaco, l'art. 4 del D.M. 7.9.2017 prevede che un medico o un gruppo di medici (art. 3) ne facciano richiesta sottoponendola al competente Comitato etico, il quale trasmette all'AIFA il proprio parere, corredato dalla relativa documentazione, entro tre giorni dall'adozione, in modo da consentire alla stessa di compiere attività di monitoraggio. All'AIFA spetta anche l'eventuale decisione di intervenire in modo restrittivo e di sospendere o vietare l'impiego del medicinale (art. 4, comma 4). L'uso compassionevole è stato consentito, ad es., per una molecola sperimentale testata dall'americana Gilead per combattere il virus Ebola e ora allo studio per il trattamento di Covid-19 (Remdesivir), non autorizzata né dalla *Food and Drug Administration* (FDA) né da alcun altro organismo di controllo. Ai pazienti non coinvolti nell'ambito degli studi clinici di Fase III in corso sul farmaco il medicinale è stato offerto ad uso compassionevole.

⁸⁴ I requisiti dei farmaci oggetto di uso compassionevole sono indicati dall'art. 2, comma 2 del D.M. 7.9.2017. Deve trattarsi di farmaci non ancora autorizzati, sottoposti a sperimentazione clinica oppure provvisti dell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC), per indicazioni diverse da quelle autorizzate o, infine, autorizzati ma non ancora disponibili sul territorio nazionale. L'uso compassionevole di farmaci sottoposti a sperimentazione clinica è consentito a pazienti in mancanza di alternative terapeutiche, in pericolo di vita o affetti da malattie rare purché le probabilità rischi/benefici appaiano empiricamente favorevoli. Deve trattarsi, pertanto, di situazioni in cui il paziente versa in una condizione clinica rispetto alla quale il ricorso alla sperimentazione costituisce una *chance* concreta, talvolta l'unica, di salvezza.

⁸⁵ Deve evidenziarsi che, nella pandemia da Covid-19, le procedure di approvazione sono divenute più flessibili e celeri. Ad es., l'art. 17 del d.l. n. 18/2020 (c.d. decreto Cura Italia) ha istituito un Comitato Etico unico nazionale – individuato nel Comitato Etico dell'Istituto Nazionale per le Malattie Infettive Lazzaro Spallanzani di Roma – con il compito di valutare le sperimentazioni cliniche dei medicinali per uso umano e dei dispositivi medici per pazienti con CoViD-19 e di esprimere il parere nazionale formulato in maniera unica con procedura d'urgenza, anche sulla base della preventiva valutazione della Commissione Tecnico-Scientifica (CTS) dell'AIFA, nel rispetto della normativa europea in materia di uso compassionevole (Reg. (CE) n. 726/2004) e sperimentazione clinica (Reg. (UE) n. 536/2014), anche se unicamente per le richieste rientranti in un "programma di uso terapeutico", ossia in un protocollo clinico predefinito e identico per tutti i centri e tutti i pazienti presentato dalle aziende farmaceutiche. L'art. 17 ha inoltre affidato all'AIFA la possibilità di accedere a tutti i dati degli studi sperimentali e degli usi compassionevoli dei medicinali per pazienti con Covid-19, e l'AIFA ha adottato procedure straordinarie e semplificate per la presentazione e l'approvazione delle sperimentazioni cliniche, la definizione delle modalità di adesione agli studi e di acquisizione dei dati e l'avvio di programmi di uso compassionevole (AIFA, *COVID-19: precisazioni su definizioni di uso compassionevole e relative applicazioni del decreto legge 18/2020*, 26 marzo 2020).

Da tutto questo sembra potersi affermare che l'emergenza epidemiologica ha condotto ad invertire il bilanciamento tradizionale nell'attività di sperimentazione clinica tra l'interesse pubblico all'avanzamento della ricerca (tutelato dagli artt. 9 e 33 Cost.) e il diritto alla salute (previsto all'art. 32 Cost.) e dei suoi corollari, quali il diritto all'autodeterminazione, all'integrità psico-fisica e alla dignità del paziente, in favore del prima. Ciò in considerazione della circostanza che la terapia sperimentale costituisce l'esclusiva alternativa di cura per patologie non altrimenti curabili e la sperimentazione, anche se incompleta, assume natura di vero e proprio trattamento terapeutico.

5. Una misura emergenziale dagli *effetti non tragici* della pandemia è stata l'istituzione del sistema nazionale di tracciamento digitale dei contatti⁸⁶, al dichiarato fine di «allertare le persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi e tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione»⁸⁷.

Invero, il tracciamento dei contatti⁸⁸ rappresenta una misura efficace per il controllo e il contenimento del contagio del virus, soprattutto se attuato mediante tecnologie che utilizzano l'intelligenza artificiale⁸⁹ e il sistema italiano di *contact tracing* tecnologico (il «Sistema di allerta CoViD-19») è stato realizzato con tali tecnologie, mediante una

⁸⁶ Il *contact tracing* tecnologico è disciplinato dall'art. 6 (rubricato «Sistema di allerta CoViD-19») del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge 25 giugno 2020, n. 70 (entrata in vigore il 30 giugno 2020). In argomento, sia consentito rinviare a L. Tafaro, *Sistemi di allerta Covid-19: diritti della persona e contrasto tecnologico dell'epidemia* in Aa.Vv., *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Fili', F. Seghezzi (a cura di), vol. I, *Covid-19 e rapporto di lavoro*, V. Fili' (a cura di), ADAPT University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT, 2020, pp. 133-155

⁸⁷ Art. 6 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, cit.

⁸⁸ Sul *contact-tracing* tradizionale e tecnologico cfr. F.P. Micozzi, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in Aa.Vv., *Un diritto per la pandemia*, L. Busatta e M. Tomasi (a cura di), cit., p. 623 ss.

⁸⁹ Il *contact tracing* tecnologico consente, attraverso un sistema di intelligenza artificiale, di individuare gli spostamenti e i luoghi frequentati dai contagiati e, in tal modo, di risalire alle persone che con questi ultimi abbiano avuto contatti. Si rileva che il *contact tracing* tradizionale, rimesso alle interviste del personale sanitario, «sconta la “debolezza” di essere rimesso alla memoria del paziente e alla sua capacità di indicare soggetti determinati»: F.P. Micozzi, *op.cit.*, p. 623. In effetti, il tracciamento tradizionalmente svolto dal personale sanitario, pur essendo insostituibile, presenta alcuni limiti quali le inevitabili difficoltà della persona positiva di ricostruire con precisione i propri spostamenti e ricordare tutte le persone con cui sia venuta in contatto, talora anche accidentalmente e di cui potrebbe finanche ignorare l'identità. Per questa ragione, al fine di rendere più efficace, capillare e celere la ricostruzione della catena dei contatti e l'allerta dei soggetti a rischio, sono stati approntati sistemi di *contact tracing* tecnologico. Più in generale, sull'efficacia dell'intelligenza artificiale per il controllo della salute pubblica ed il rilevamento di malattie altamente infettive ed epidemiche all'interno della popolazione cfr., da ultimo, M. Fasan, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, in Aa.Vv., *Un diritto per la pandemia*, L. Busatta e M. Tomasi (a cura di), cit., p. 679; E. Stradella, *Forum Artificial Intelligence and Law. La medicina*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, pp. 508-512.

piattaforma unica nazionale e applicazioni installate sui dispositivi personali di telefonia mobile, le quali consentono di raccogliere, monitorare e condividere informazioni relative alla condizione di salute ed agli spostamenti degli utenti⁹⁰.

Quanto alla base giuridica del trattamento dei dati personali effettuato mediante *contact tracing* tecnologico, essa può essere rinvenuta nel consenso prestato nel momento della installazione della App sul dispositivo individuale - secondo la disciplina generale⁹¹, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a) GDPR - oppure nella sussistenza di motivi di sanità pubblica, la quale costituisce una delle deroghe legislativamente previste al trattamento

⁹⁰ Al riguardo, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali nel *Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 - App Immuni - 1° giugno 2020* (in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9356568>), ha chiarito che il Sistema nazionale di tracciamento digitale dei contatti finalizzato al contrasto della diffusione del Covid-19 è complementare alle modalità di tracciamento dei contatti ordinarie già in uso nell'ambito del Servizio sanitario nazionale (SSN) e consente, mediante la App *Immuni* installata liberamente e volontariamente dagli interessati, di avvisare tempestivamente gli utenti di essere stati a contatto con un soggetto risultato positivo al Covid-19, fornendo indicazioni e raccomandazioni sul comportamento da tenere. Essa è basata sull'utilizzo della tecnologia *Bluetooth Low Energy (BLE)* e sul *Framework (Exposure Notification)* realizzato da Apple e Google e reso disponibile sui dispositivi mobili con i rispettivi sistemi operativi iOS e Android, in modo da consentire il tracciamento dei contatti senza ricorrere alla geolocalizzazione dei dispositivi degli utenti.

⁹¹ Il trattamento dei dati personali, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a, è lecito in presenza di una manifestazione di volontà espressa dell'interessato. In dottrina, sulla centralità del consenso per il trattamento dei dati personali v., in particolare, da ultimo, A. Vivarelli, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, Esi, Napoli, 2019, p. 15 ss.; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, n. 1/2018, p. 113 ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Esi, Napoli, 2017, p. 39 ss.; F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Aa.Vv., Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, G. Finocchiaro (a cura di), Zanichelli, Torino, 2017, p. 101 ss.; Id., *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 38 ss.; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 81. Sul consenso quale presupposto di liceità del trattamento dei dati cfr., in particolare, F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 2/2017, p. 384 ss.; A.C. Nazzaro, *L'Utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, n. 4/2014, p. 1246 ss.; I.A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, n. 1/2018, p. 67 ss.; N. Zorzi Galgano, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in *Aa.Vv., Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, N. Zorzi Galgano, (a cura di) Cedam, Padova, 2019, p. 59 ss., la quale, nella prospettiva degli interessi meritevoli di tutela, evidenzia che il diritto alla *privacy* deve essere considerato alla luce della sua funzione sociale e temperato con altri diritti fondamentali, come espressamente richiede il «considerando» n. 4 del GDPR; D. Poletti, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2784; S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 633 ss. Sul ruolo del consenso dell'utente al trattamento dei dati personali a condizione che la memorizzazione, oltre che l'accesso, siano strettamente necessari alla fornitura del servizio v., in particolare, F.G. Viterbo, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2008, p. 181 ss.; C. Perlingieri, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 110 ss.; Ead., *Profili civilistici dei social networks*, Esi, Napoli, 2014, p. 66 ss.

dei dati dall'art. 9, comma 2, lett. i) GDPR (oltre che dall'art. 15 Direttiva 2002/58/CE e dall'art. 6, comma 1, lett. e)⁹².

Va al riguardo evidenziato che, pur essendosi sul punto espresso anche il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) nel senso dell'opportunità di fondare il trattamento non sul consenso dell'interessato, bensì sull'adempimento di un compito nell'interesse pubblico⁹³, il decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 si è limitato a richiamare l'art. 9, comma 2, del GDPR, senza esplicitamente dichiarare che il trattamento dei dati personali effettuato con il sistema di tracciamento digitale dei contatti attraverso la App *Immuni* costituisce una deroga al trattamento dei dati prevista dal GDPR per motivi di sanità pubblica⁹⁴.

Va peraltro tenuto presente che il sistema di *contact tracing* tecnologico, prima di essere introdotto nell'ordinamento italiano, era stato già adottato in altre esperienze giuridiche quali la Corea del sud⁹⁵, Singapore⁹⁶, la Cina⁹⁷, originando talora episodi di *Data Breach*⁹⁸ e, probabilmente, la riflessione su quanto si andava verificando in Paesi caratterizzati da regimi non democratici hanno fatto sì che non si è imboccata con

⁹² In questo senso D'Ambrosio, *Tracciamento tecnologico del contagio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 873, il quale evidenzia che la App *Immuni* è messa a disposizione da un soggetto pubblico per finalità (di interesse pubblico) di tutela della salute (ossia di contrasto all'epidemia di CoViD-19).

⁹³ EDPB, *Guidance 4/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*, in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9322501>, punti 29 e 33.

⁹⁴ Sembra dunque che «non si sia intesa adeguatamente la possibilità offerta dal Regolamento sulla privacy (GDPR) all'art. 9, dove prevede la possibilità di una deroga al divieto di trattamento di dati per ragioni di sanità pubblica: una legge che interrompa la regola, con limiti chiari e dichiarati e per il tempo strettamente necessario. Questo doveva essere il fulcro del Decreto-Legge del 30 aprile, piuttosto che una fugace citazione»: A. Santosuosso, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in Aa.Vv., *Un diritto per la pandemia*, L. Busatta e M. Tomasi (a cura di), cit., 615.

⁹⁵ Sulle esperienze di Singapore e della Corea del Sud e sulle rispettive strategie di contrasto all'epidemia, basate su un alto grado di sorveglianza delle persone, in grado di tracciare i contatti delle persone positive a Covid-19 anche attraverso avvisi telefonici inviati a coloro che vivono nelle vicinanze, contenenti un collegamento ad un registro dei movimenti ricostruiti da dati pubblici quali, ad es., le telecamere a circuito chiuso o riservati, come le transazioni con carta di credito, v. A. Santosuosso, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in Aa.Vv., *Un diritto per la pandemia*, L. Busatta e M. Tomasi (a cura di), cit., p. 614 e il suo commento ai dati riportati su *COVID-19 digital apps need due diligence*, in *Nature*, 580, 30 April 2020, p. 563.

⁹⁶ Sulla App sviluppata per il tracciamento dei contatti a Singapore (*TraceTogether*), la quale ne prevede l'installazione per un periodo di tempo predeterminato, in base ad una adesione volontaria e mediante tecnologia Bluetooth v. G. Resta, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziavivile.com*, 2020, n. 5, p. 3.

⁹⁷ In argomento v. M. Fasan, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, cit., p. 679 s.

⁹⁸ Si pensi a quanto accaduto in Corea del Sud, dove si è verificata la diffusione di informazioni personali relative ai contagiati in conseguenza della possibilità di incrociare il «codice del caso di contagio» con altre informazioni agevolmente reperibili in rete quali, ad es., le sue fotografie o il suo gruppo familiare, come rileva F.P. Micozzi, *op.cit.*, p. 625.

coraggio la strada di prescindere dal consenso dell'interessato e che il trattamento dei dati personali realizzato attraverso il *contact tracing* non è stato considerato *expressis verbis* un'ipotesi normativamente prevista di deroga alla disciplina generale⁹⁹.

6. Va detto che il sistema di *contact tracing* tecnologico è sembrato ad alcuni una misura dagli *effetti tragici* per via dei dubbi sulla compatibilità e sul possibile contrasto con il modello ed il livello di protezione dei dati personali del sistema italo-europeo delineato dal Regolamento (UE) 2016/679 e dal d.lgs. 196/2003 (come modificato dal d.lgs. n. 101/2018).

Al riguardo, va anzitutto considerato che nel sistema ordinamentale (italo-europeo), la protezione dei dati personali relativi alle persone fisiche non è garantita *tout court*.

Difatti, il diritto alla protezione dei dati personali - disciplinato dal Regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati personali, comunemente indicato con l'acronimo GDPR¹⁰⁰ - pur riconoscendo, al primo «considerando», che la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale costituisce un diritto fondamentale nell'U.E. (ai sensi dell'art. 8, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 16, comma 1, TFUE) esclude che si tratti di una «prerogativa assoluta» («considerando» n. 4) e prescrive che ad esso venga accordata tutela in relazione alla sua funzione sociale e, comunque, in contemperamento con gli altri diritti fondamentali.

Nello specifico del trattamento dei dati attraverso il *contact tracing* digitale, va evidenziato che il «considerando» n. 52 del GDPR precisa che «la deroga al divieto di trattare categorie particolari di dati personali dovrebbe essere consentita [...] laddove ciò avvenga nell'interesse pubblico [...] per finalità di sicurezza sanitaria, controllo e allerta, prevenzione o controllo di malattie trasmissibili e altre minacce gravi alla salute» e l'art. 9 del GDPR, nel porre il divieto generale di trattare dati personali relativi allo stato di salute di una persona fisica, ne prevede, al contempo, talune deroghe¹⁰¹ e, tra queste, quella dettata dall'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (lett. i).

Ne consegue che, in alcune eccezionali ipotesi è normativamente consentito derogare al divieto generale di trattare dati personali relativi allo stato di salute di una persona

⁹⁹ Sul punto, v. A. Santosuosso, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in Aa.Vv., *Un diritto per la pandemia*, L. Busatta e M. Tomasi (a cura di), cit., p. 613.

¹⁰⁰ Il Regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati personali è entrato in vigore il 24 maggio 2016, ma la sua attuazione è avvenuta due anni dopo, il 25 maggio 2018. Esso si compone di 99 articoli e ben 173 «considerando», contenenti indicazioni importanti a fini interpretativi dell'atto normativo.

¹⁰¹ Tra esse, l'art. 9.2, prevede le deroghe dettate dalla necessità di tutelare l'interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica (lett. c) ovvero da motivi di interesse pubblico (lett. g) o di diagnosi, terapia e assistenza sanitaria (lett. h) oppure dall'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (lett. i).

fisica e, in tal caso, come esplicitato nel «considerando» n. 54 del GDPR, il trattamento dei dati personali può essere effettuato anche in assenza del consenso dell'interessato.

Il legislatore, peraltro, nell'introdurre nell'ordinamento il sistema di *contact tracing* tecnologico, ha disposto che la mancata installazione dell'applicazione *Immuni* non determina conseguenze ed ha precisato che ogni trattamento di dati personali dovrà cessare al termine dell'emergenza sanitaria, in tal modo recependo le indicazioni del Garante per la protezione dei dati personali¹⁰² e attenendosi ai principi indicati da questi e dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB)¹⁰³.

Nonostante l'adeguamento della normativa italiana sul tracciamento tecnologico dei contatti alle indicazioni del Garante della *privacy* italiano ed alle linee-guida 4/2020

¹⁰² Il Garante per la protezione dei dati personali, nel *Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 - App Immuni - 1° giugno 2020* cit., oltre ad aver chiarito che il trattamento dei dati personali deve essere conforme ai principi di minimizzazione dei dati e di limitazione della conservazione - in base ai quali, rispettivamente, i dati personali devono essere «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati», nonché «conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati» (art. 5, par. 1, lett. c) ed e), del Regolamento) - ha altresì specificato che, ai sensi dell'art. 6, comma 6, del d.l. n. 28/2020, l'utilizzo dell'App e della piattaforma, nonché ogni trattamento di dati personali effettuato tramite essi devono terminare alla data di cessazione dello stato di emergenza e che, per i dati relativi ai contatti stretti, essi devono essere conservati, anche nei dispositivi mobili degli utenti, esclusivamente per il periodo di tempo strettamente necessario al trattamento (art. 6, comma 2, lett. e), del d.l. n. 28/2020). Il Garante inoltre, con il parere del 29 aprile 2020 (in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9328050>) e nell'audizione informale resa alla IX Commissione della Camera l'8 aprile 2020 (in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9308774>) si è espresso, in termini più generali, nel senso della compatibilità, a determinate condizioni, dell'uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus con la disciplina sulla protezione di dati personali, segnalando però la necessità che l'uso delle tecnologie di *contact tracing* avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità e suggerendo di optare per un sistema decentrato, fondato sulla adesione volontaria non comportante pregiudizi in caso di relativa mancanza e di prevedere un periodo temporalmente limitato per la conservazione dei dati.

¹⁰³ Principi enunciati, in particolare, nelle linee-guida 4/2020 del 21 aprile del Comitato europeo per la protezione dei dati (in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9322501>). In esse l'*European Data Protection Board* (EDPB) ha affermato che il sistema di *contact tracing*, per essere correttamente bilanciato con i diritti fondamentali, deve: prevedere la volontarietà dell'eventuale adozione degli utenti senza che il mancato utilizzo determini conseguenze pregiudizievoli; individuare chiaramente le finalità perseguite in modo da consentire la verifica del rispetto dei principi di limitazione e di minimizzazione dei dati; evitare che la crisi sanitaria si trasformi in un'occasione per derogare al principio di limitazione della conservazione dei dati. L'EDPB, in definitiva, ha chiarito che a nessuno deve essere chiesto «di scegliere tra una risposta efficace all'attuale crisi e la tutela dei diritti fondamentali». In precedenza, il 19 marzo 2020, l'*European Data Protection Board* aveva già affermato che le misure adottate dai governi per aumentare la rapidità e l'efficacia delle strategie di contrasto all'epidemia sono legittime, in quanto preordinate alla tutela di un interesse pubblico rilevante, a condizione che siano rispettati i parametri della proporzionalità e della temporaneità (ossia limitate al persistere della situazione di emergenza) e ha rilevato che le esigenze di contrasto all'epidemia e di tutela della salute pubblica rilevano *ex se*, in alternativa al consenso dell'interessato, quale base giuridica del trattamento dei dati personali.

dell'EDPB, la disciplina ha sollevato interrogativi in merito al possibile contrasto con il livello di protezione dei dati personali del sistema italo-europeo. Il *contact tracing* tecnologico, indubbiamente, determina una limitazione della sfera personale «molto pervasiva [potenzialmente consentendo] il monitoraggio, da parte delle multinazionali digitali (compagnie telefoniche e/o anche *social network*), delle nostre azioni e di tutto quel che riguarda la nostra persona, che rientra nel concetto di “diritto di protezione dei dati personali”»¹⁰⁴ e produce una compressione del diritto alla protezione dei dati personali¹⁰⁵, la quale induce ad interrogarsi in ordine alla sua legittimità¹⁰⁶.

Occorre domandarsi se siffatta compressione del diritto alla protezione dei dati personali - giustificata da finalità di tutela della salute collettiva¹⁰⁷ ovvero, secondo

¹⁰⁴ L. D'Arcangelo, *Contact tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell'epidemia da covid-19 (anche nel rapporto di lavoro)*, in *Giustiziacivile.com*, 6.

¹⁰⁵ I rischi di tale compressione sono evidenziati da più parti e, in particolare, si segnala che «quanto maggiore è la compressione del livello ordinario delle garanzie, sia pure per inoppugnabili fini di interesse pubblico, tanto più alto è il rischio che il diritto alla protezione dei dati personali - pilastro centrale del sistema contemporaneo dei diritti fondamentali - soffra delle limitazioni eccessive e non facilmente revocabili [...] una volta terminata l'emergenza» (G. Resta, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 3). I pericoli del *contact tracing* per la tutela dei dati personali sono posti in rilievo anche dall'Organizzazione mondiale della sanità, secondo la quale: «*We do always have to have in the back of our minds - especially when it comes to collecting information on individual citizens or tracking their whereabouts or movements - that there are always very serious data protection, human rights principles that re involved. We're very, very cognisant of that and we want to ensure that all products that are developed are done in the most sensitive way possible and that we never step beyond the principles of individual freedoms, rights for individuals and for society*» (World Health Organisation. *COVID-19 virtual press conference del 25 March 2020*, in <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-pressconference-full-25mar2020.pdf>).

¹⁰⁶ Sul punto cfr., in particolare, le riflessioni di M. D'Ambrosio, *Tracciamento tecnologico del contagio*, cit., p. 873, il quale considera illegittime le soluzioni normative «che non rispondano, in base ai principi di proporzionalità [...], adeguatezza e ragionevolezza, all'esigenza di protezione dei valori evocati».

¹⁰⁷ La tutela della salute collettiva, come si rimarca, «non può essere esclusiva ma deve essere temperata con esigenze altrettanto fondamentali della persona»: D'Arcangelo, *op. loc. cit.* Va evidenziato che, in una nota sentenza relativa al caso Ilva di Taranto (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 in *Foro it.*, 2014, I, c. 441 ss.), i giudici costituzionali, con riferimento al bilanciamento tra il diritto alla salute e altri diritti costituzionalmente garantiti, hanno affermato che «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Occorre pertanto garantire, secondo gli ermellini, «un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi [...] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Secondo la Corte costituzionale l'aggettivo “fondamentale”, contenuto nell'art. 32 Cost., non è rivelatore «di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona». Nella pandemia in corso, nel bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla salute, ha prevalso quest'ultimo. In argomento, cfr. C. Caruso, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani, in <https://giustiziainsieme.it>.

alcuni, dalla prevalenza accordata alla libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.¹⁰⁸ - risulti necessaria per il contenimento della diffusione del virus¹⁰⁹, proporzionata rispetto alla finalità di tutela della salute collettiva perseguita¹¹⁰ e

La prevalenza del diritto alla salute, peraltro, si pone in continuità con quanto la Corte costituzionale, in una successiva pronuncia relativa sempre al caso ILVA, ha affermato che «a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)» (Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58 in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=58>).

¹⁰⁸ In questo senso v., in particolare, D'Ambrosio, *op. cit.*, p. 872. L'a. segnala che «il morso della crisi economica, che prende larga parte della cittadinanza [...] giustifica la protezione di un interesse che fa da contrappunto alla prudenza insita nel distanziamento sociale [...] Nell'assunzione della decisione di offrire alla collettività strumenti di tracciamento del contagio emerge, dunque, tanto la necessità di assicurare la tutela salute della cittadinanza quanto l'esigenza di proteggere il tessuto imprenditoriale, l'iniziativa economica». Più in generale, sui limiti alla libertà di trattamento dei dati personali derivanti dall'art. 41, comma 2, Cost., F. Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, Padova, 2018, p. 150 ss., il quale chiarisce che la sicurezza che opera quale limite alla libertà di iniziativa economica è quella preordinata «alla tutela della vita e della salute di tutti i soggetti coinvolti nell'attività economica», ma anche «alla tutela della collettività», ossia la pubblica sicurezza (come, ad es., il contrasto al terrorismo ed alla criminalità). Sul bilanciamento tra diritti e libertà di natura economica e interessi generali si è espressa anche la Corte di giustizia precisando che i diritti fondamentali «non risultano però essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. È pertanto possibile operare restrizioni all'esercizio di detti diritti [...] purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale [...] e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti» (Corte giust. CC.EE, sent. 13 luglio 1989, causa C-5/88, Hubert Wachauf c. Repubblica federale di Germania) e che «la libertà d'impresa non costituisce una prerogativa assoluta, bensì deve essere presa in considerazione rispetto alla sua funzione della società» (Corte giust. UE, sent. 22 gennaio 2013, causa C-283/2011, Sky Osterreich GmbH c. Osterreichischer Rundfunk).

¹⁰⁹ Al riguardo, nelle Linee-guida 4/2020 del 21 aprile del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB *Guidance 4/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak* cit., § 3.2, punto 40-41), è stato precisato che, in conformità al principio di minimizzazione, i dati trattati devono essere limitati a quelli strettamente necessari. Ne consegue, pertanto, da un lato, che non devono essere raccolte informazioni non necessarie, dall'altro, che i dati trasmessi dall'App «devono includere solo identificatori univoci e pseudonimi» generati dall'applicazione e specifici di tale strumento, i quali devono essere rinnovati regolarmente, «secondo una frequenza compatibile con lo scopo di contenere la diffusione del virus e sufficiente a limitare il rischio di identificazione e di localizzazione fisica delle persone».

¹¹⁰ Sulla proporzionalità e sul bilanciamento quali tecniche del giudizio di ragionevolezza, che costituiscono la «parte interna, [...] fase del più ampio test di proporzionalità» e sulle tre fasi di quest'ultimo, ossia l'idoneità, la necessità e la proporzionalità v., in particolare, G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 42-45 e 143-163; Id., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014, p. 541 ss.; Id., *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 134 ss. Sul bilanciamento tra diritti costituzionalmente protetti, si rileva, da un lato, che nessun diritto costituzionale «può considerarsi assoluto, tale cioè da prevalere sugli altri in misura indiscriminata», dall'altro, che «ogni disposizione che impone un sacrificio, una restrizione o una limitazione di un diritto costituzionale deve valere alla maggior realizzazione di un altro interesse costituzionale»: M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, in www.cortecostituzionale.it, p. 11.

temporanea¹¹¹, ossia circoscritta nel tempo, limitata al periodo di tempo ritenuto sufficiente per scongiurare il pericolo del contagio o, comunque, al perdurare dell'emergenza sanitaria.

A tal proposito, è necessario evidenziare che, già in base ai principi generali stabiliti dall'art. 5 del Regolamento (UE) 2016/679, ogni trattamento di dati personali deve perseguire obiettivi specifici, coincidere con il tempo del loro raggiungimento e risultare a ciò necessario (ne devono essere previste la limitazione delle finalità, la limitazione della conservazione e la minimizzazione dei dati) e il medesimo GDPR sancisce, all'art. 23, la possibilità di limitare gli obblighi e i diritti di cui agli artt. da 12 a 22 GDPR, nonché dell'art. 5, «qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare [...] importanti obiettivi di interesse pubblico generale [...], in particolare un rilevante interesse di [...] sanità pubblica e sicurezza sociale», mentre il «considerando» n. 46 comprende, tra i trattamenti legittimi per motivi di interesse pubblico e per la tutela degli interessi vitali dell'interessato, quelli «a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione».

Nell'impianto del legislatore europeo in tema di trattamento dei dati personali, pertanto, la chiave di volta è rappresentata dal principio di proporzionalità, espressione concreta della giustizia sin dal pensiero aristotelico¹¹², idoneo a consentire al diritto di divenire quell'*ars boni et aequi* che, secondo i giureconsulti romani, ne costituisce l'essenza¹¹³.

¹¹¹ La temporaneità che ogni Stato di diritto è tenuto ad assicurare per non «consolidare compressioni definitive di alcun diritto»: T. Epidiendo, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in www.giustiziainsieme.it, 2020, p. 5. Si rammenta, al riguardo, il caso emblematico dei limiti alla carcerazione preventiva ai tempi delle brigate rosse: la Corte Costituzionale al riguardo ha affermato che dinanzi all'emergenza che mette a repentaglio la *salus rei publicae*, le limitazioni straordinarie ai diritti fondamentali sono un sacrificio accettabile, ma solo se limitate nel tempo e ha precisato che «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (Corte cost, 1 febbraio 1982, n. 15, in <https://www.giurcost.org/decisioni/1982/0015s-82.html>).

¹¹² Aristotele, *Ethica Nicomachea*, cap. V, trad. it. C. Mazzarelli, Rusconi, Milano, 1993, p. 195. Si tratta di quella giustizia «nella quale sta il fine del diritto, [che] non si può ottenere se non mediante l'applicazione della legge al caso concreto [...] Ma applicazione della legge al caso singolo vuol dire trasformazione dell'astratto al concreto, una magia. A ciò la scienza non basta perché la scienza non può operare se non attraverso le leggi. Dalla legge al fatto c'è un salto, che la scienza non può fare»: F. Carnelutti, *Arte del diritto*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, III, p. 130.

¹¹³ Si rammenta che, in apertura del Digesto giustiniano, il giurista Ulpiano attribuisce l'espressione *Ius est ars boni et aequi* a Giuvenzio Celso (Dig. 1, 1, 1pr).

Anche nello specifico del sistema di tracciamento digitale dei contatti delle persone risultate positive al CoViD-19, è il test di proporzionalità¹¹⁴ - mutuato dall'ordinamento tedesco¹¹⁵ - a consentire il corretto bilanciamento¹¹⁶, secondo ragionevolezza¹¹⁷, dei contrapposti diritti fondamentali.

Attraverso il test di proporzionalità, in generale, si perviene alla soluzione proporzionata¹¹⁸ e calibrata sui diritti così come si manifestano nel caso concreto, senza che a nessuno sia assegnata prevalenza in assoluto e, con specifico riferimento al *contact tracing* tecnologico per il contrasto alla pandemia da CoViD-19, si rende possibile il bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati personali - e, specificatamente, dei dati sensibili raccolti per realizzare il tracciamento tecnologico - e le contrapposte esigenze di tutela del diritto alla salute costituzionalmente previsto all'art. 32 Cost. quale diritto del singolo e interesse della collettività.

Nel rispetto del principio di proporzionalità, a garanzia della legittimità della compressione del diritto al trattamento dei dati personali a tutela della salute

¹¹⁴ Test di proporzionalità cd. "a tre gradini", ossia con le tre valutazioni di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. In argomento, tra i tanti, D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 16 ss.

¹¹⁵ Sul punto v. A. Bortoluzzi, *Proporzionalità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., 2007, p. 1098.

¹¹⁶ Sul bilanciamento tra principi costituzionali e diritti fondamentali la letteratura è sterminata e ci si limita a richiamare le riflessioni di R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998. Nella prospettiva del diritto europeo, si afferma che, nel bilanciamento tra le contrapposte esigenze della tutela dell'interesse collettivo e della salvaguardia delle garanzie individuali, un ruolo decisivo deve essere svolto dalla valutazione sulla proporzionalità delle misure adottate e l'azione degli Stati membri deve essere guidata dai principi generali di efficacia, necessità e proporzionalità ai sensi dell'art. 52 della Carta di Nizza e dell'art. 5 T.U.E., in modo da evitare, come è stato detto con un'immagine efficace, che la polizia «spari ai passeri con i cannoni» (D.U. Galetta, *op. cit.*, p. 14).

¹¹⁷ La letteratura sulla ragionevolezza è sterminata ed è impossibile darne conto in questa sede. Si veda, tuttavia, in particolare, L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, 1997, p. 899 ss. e più di recente, con prospettive diverse, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, p. 4 ss.; Id., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 5 ss.; E. Del Prato, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23; L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005; L. Nívarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, in Aa.Vv., *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, VII, *Ragionevolezza e interpretazione*, Cedam, Padova, 2002, p. 373 ss.

¹¹⁸ Il principio di proporzionalità rappresenta il tentativo « di soddisfare, di conciliare, di armonizzare, di adattare [...] pretese ed esigenze che sono spesso in contrasto, o garantendole direttamente e immediatamente, o garantendo determinati interessi individuali, o per mezzo di delimitazioni e di compromessi individuali, in modo tale da dare effetto al maggior numero di interessi o a quelli che hanno maggiore importanza nella nostra civiltà, col minimo sacrificio dello schema degli interessi nell'insieme»: R. Pound, *Rassegna degli interessi sociali* (1923), in Id., *Giustizia, diritto, interesse*, Il Mulino, Bologna, 1962, p. 333.

pubblica¹¹⁹, la Commissione EU¹²⁰ e l'*European Data Protection Board*¹²¹ hanno univocamente indicato agli Stati membri di optare per una App non obbligatoria.

7. Va evidenziato che il tracciamento digitale dei contatti è realizzato in maniera tale che la persona fisica dei cui dati personali si tratta non sia identificata o identificabile.

A tal proposito, occorre rammentare che, ai sensi del Regolamento (Ue) 2016/679, costituisce dato personale una «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile», ossia la persona fisica «che può essere identificata, direttamente o indirettamente» (art. 4) e che il «considerando» n. 30 del GDPR specifica che la persona fisica può essere identificata nella misura in cui sia associabile ad «identificativi *online* prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, marcatori temporanei (cookies) o identificativi di altro tipo, quali i tag di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle».

Per evitare l'identificazione l'identificabilità della persona fisica, nell'App *Immuni*, quando un utente informa l'App - caricando su un server i codici casuali generati nei giorni precedenti, in modo da renderli disponibili a tutti i dispositivi che hanno l'App

¹¹⁹ Occorre evidenziare che, secondo una risalente concezione, diritto alla salute era inteso quale «fine pubblica della sanità nell'interesse dello Stato ad avere una popolazione sana e numerosa, poiché la sanità e il numero della popolazione è un presupposto necessario della potenza dello Stato»: F. Cammeo, C. Vitta, *Sanità Pubblica*, in V.E. Orlando (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo italiano*, IV, 2° parte, Società Editrice Libreria, Milano, 1905, p. 213.

¹²⁰ La Commissione Europea, con la Raccomandazione dell'8 aprile 2020 (e il successivo documento del 17 aprile 2020), ha espresso linee guida - non vincolanti - per gli Stati Membri (la *Commission Recommendation of 8.4.2020, On a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the COVID-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data*) e, con specifico riferimento alle App mobili di tracciamento, ha raccomandato l'utilizzo di applicazioni facoltative, sul presupposto che le funzionalità contenute nelle app «possono incidere in misura diversa su un'ampia gamma di diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE» (C/2020/2523).

¹²¹ Il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (EDPB), già nella *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19* del 19 marzo 2020 (in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9295504>), pur avendo riconosciuto che l'emergenza sanitaria in atto costituisce una condizione giuridica idonea a legittimare limitazioni delle libertà personali, ha affermato la necessità della proporzionalità e temporaneità di siffatte limitazioni. Successivamente, lo *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, del 20 marzo 2020 e le *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak* adottate il 21 aprile 2020, con specifico riferimento ai profili della temporaneità e della proporzionalità della compressione del diritto al trattamento dei dati personali, hanno suggerito di optare per la non obbligatorietà della App.

installata, senza che questo ne consenta l'identificazione - di essere positivo al virus, automaticamente viene inviato un messaggio di allerta sul *device* personale degli utenti con il quale viene loro notificato di essere stati in contatto stretto con il dispositivo di un soggetto risultato positivo al SARS-CoV-2, senza che gli venga comunicata l'identità di quest'ultimo. Il tutto si svolge, pertanto, attraverso identificativi temporanei anonimizzati¹²², conservati su un server dell'autorità sanitaria o decentrati sull'apparecchiatura dell'utente. Se i dati in qualsiasi modo sono ricollegabili ad una persona fisica identificata o identificabile, di conseguenza, non sono anonimizzati¹²³.

Il Garante europeo ha chiarito che, al fine di realizzare l'anonimizzazione, devono essere adoperate tecniche idonee ad eliminare la possibilità di ricollegare le informazioni ad una persona fisica identificata o identificabile in base ad uno sforzo ragionevole che tenga conto di aspetti oggettivi (quali i tempi o i mezzi tecnici) e di una serie di elementi di contesto che variano caso per caso¹²⁴.

A tal proposito, deve segnalarsi che un ruolo decisivo, al fine dell'anonimizzazione, rivestono le informazioni relative all'ubicazione della persona fisica che ne consentono la localizzazione e il tracciamento della posizione¹²⁵.

L'applicazione *Immuni*, progettata in modo da non aver accesso ai dati di geolocalizzazione¹²⁶, sembra però non attivarsi senza il GPS e non funzionare senza la localizzazione abilitata¹²⁷. La circostanza, qualora confermata, susciterebbe interrogativi in ordine alla liceità della geolocalizzazione, in quanto idonea a consentire

¹²² Sulla non coincidenza tra anonimato e anonimizzazione cfr., in particolare, G. Resta, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 171 ss. Nel senso che i dati anonimizzati non possono essere resi anonimi isolatamente e, di conseguenza, spesso «le informazioni ritenute anonime non lo sono di fatto a causa delle tracce della mobilità. Si evoca una polvere di frammenti di dati che correlati rendono possibile la re-identificazione»: D'Ambrosio, *op. loc. cit.* Su tale «polvere» di informazioni personali le quali «in passato non lasciavano in larga misura traccia, ma che il progresso scientifico e tecnologico ha reso intelligibili»: F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 384.

¹²³ In questo senso D'Ambrosio, *op. loc. cit.* L'a. evidenzia che, secondo le citate Linee-guida 04/2020 EDPB, § 2.2, punto 15 s., la valutazione della robustezza della tecnica di anonimizzazione adottata dipende da tre fattori: l'individuabilità *singling out*, ossia la possibilità di isolare una persona all'interno di un gruppo sulla base dei dati; la correlabilità, ossia la possibilità di correlare due record riguardanti la stessa persona e, infine, l'inferenza, ossia la possibilità di dedurre, con probabilità significativa, informazioni sconosciute relative a una persona.

¹²⁴ Linee-guida 4/2020 del 21 aprile del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) cit., § 3.2, punto 40-41.

¹²⁵ In argomento v. *Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid-19 - App Immuni - 1° giugno 2020*, cit. dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

¹²⁶ Sulle rassicurazioni in tal senso della società (*Bending Spoons*) che ha realizzato l'app *Immuni* v. <https://www.hdblog.it/android/articoli/n522492/app-immuni-domande-risposte-italia/>.

¹²⁷ Per gli articoli giornalistici al riguardo cfr., in particolare, https://www.repubblica.it/tecnologia/2020/06/15/news/immuni_domande_e_risposte_sull_app_di_contact_tracing-259276740/

l'identificazione della persona fisica alla quale le informazioni si riferiscono. L'applicazione *Immuni* non dovrebbe difatti consentire «di tracciare la posizione dei singoli utenti»¹²⁸, dovendosi limitare a fornire solamente «le informazioni di prossimità [...] avvalendosi di sistemi di anonimizzazione che rendano difficile da re-identificazione»¹²⁹.

Siffatta riflessione va inserita in una più generale considerazione delle insidie e dei corrispondenti bisogni di tutela rivenienti dalla geolocalizzazione realizzata dai gestori di telefonia mobile o provenienti da *Big Data* raccolti dall'esame, ad es., delle *fidelity cards*, dei sistemi di videosorveglianza, delle transazioni con carte di credito., che costituiscono una imponente mole di informazioni personali dalle quali «è possibile disegnare un quadro assai definito sugli spostamenti di un'intera popolazione e dei singoli soggetti contagiati»¹³⁰.

L'App *Immuni*, invero, è stata progettata con il modello DP-3T, il quale utilizza un sistema decentrato, ossia consente la memorizzazione delle informazioni all'interno dei singoli dispositivi e in tal modo, nel rispetto del concetto di *privacy by design*, tutela la *privacy* dell'utente mediante tecnologie che riducono al minimo «le possibilità di individuare il soggetto al quale tali informazioni si riferiscono, ricorrendo a tecniche di criptazione, anonimizzazione e non tracciabilità delle medesime»¹³¹.

Tutto questo porta a considerare che la misura emergenziale del *contact tracing* digitale - necessaria, proporzionale e temporanea - è una misura dagli *effetti non tragici*, anche se presenta profili delicati legati a diversi aspetti, non ultimo quello relativo alla circostanza che le multinazionali Apple e Google hanno rilasciato un *framework* che opera tra i rispettivi sistemi operativi (iOS e Android) a supporto delle App di tracciamento di contatto, inglobando il sistema di *contact tracing* nei rispettivi sistemi operativi, comportando, di conseguenza, il loro accesso a dati di indubbio valore economico¹³².

¹²⁸ D'Ambrosio, *op. loc. cit.*

¹²⁹ D'Ambrosio, *op. loc. cit.*

¹³⁰ F.P. Micozzi, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l'emergenza Coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, cit., p. 626.

¹³¹ F. Piraino, *op. cit.*, p. 388 ss. In argomento si veda altresì R. D'Orazio, *Protezione dei dati by default e by design*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina europea della privacy*, S. Sica (a cura di), Cedam, Padova, 2016, p. 99 ss.; F. Mollo, *Gli obblighi previsti in funzione di protezione di protezione dei dati personali*, in Aa.Vv., *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, N. Zorzi Galgano, (a cura di) cit., p. 272 ss. Più in generale, sui concetti di *privacy by design* e *privacy by default* v., in particolare, A. Principato, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contr. imresa/Europa*, 2015, p. 197 ss.; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, cit., p. 122 ss.; G. D'Acquisto, M. Naldi, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione Pseudonimizzazione Sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 33 ss.

¹³² Sul punto, sono espresse perplessità da chi rileva che «la risposta di chi sottovaluta il problema, tanto sanno già tutto di noi, non convince. Vi sono almeno due aspetti: da un lato, la totale mancanza di controllo su come Apple e Google incroceranno i nuovi dati [...] con tutti gli altri dati che sono in loro

Tuttavia, nonostante la delicatezza delle questioni coinvolte, si può ritenere che, nella pandemia dovuta ad un virus che rappresenta talvolta un pericolo e una minaccia per la vita stessa, sembra ragionevole pensare che, se qualcuno ci chiedesse di scegliere tra la *privacy* o la vita¹³³ opteremmo per la compressione del diritto al trattamento dei dati personali e per la nostra sopravvivenza, per quel bene-vita che costituisce il bene-presupposto per l'effettività di tutti gli altri diritti e libertà. Peraltro, non può non registrarsi l'insuccesso del sistema italiano di tracciamento dei contatti, dovuto a diverse cause, *in primis* al basso tasso di adozione dell'App di *contact tracing*¹³⁴.

A conclusione delle riflessioni fin qui proposte, deve dunque rilevarsi che, a differenza della scelta *tragica* e delle misure emergenziali dagli *effetti tragici*, vi sono state anche scelte non tragiche, opportune o dagli *effetti non tragici* e che, per l'importanza dei beni giuridici in rilievo, occorre ribadire che, anche con riferimento alla pandemia da CoViD-19, a fini di tutela della salute collettiva, il principio di precauzione deve rivestire un ruolo determinante¹³⁵.

Esso impone, per una più efficace ed effettiva tutela della persona, il passaggio dalla tutela successiva e dalle tradizionali tecniche riparatorie alla tutela preventiva, cautelativa, precauzionale ogniquale volta vi sia incertezza scientifica¹³⁶ sulla

possesso fino a non potersi escludere che i dati aggregati possano trasformarsi con relativa facilità in dati personali. Ma anche se restassero ancora aggregati, il drenaggio di una tale grande quantità di dati avrebbe comunque un valore economico enorme»: A. Santosuosso, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in Aa.Vv., *Un diritto per la pandemia*, L. Busatta e M. Tomasi (a cura di), cit., p. 615.

¹³³ Interessanti, al riguardo, le riflessioni di E. Rammeloo, *La privacy o la vita*, in *Internazionale*, 2020, 1349, p. 26 s.

¹³⁴ In argomento v. l'articolo giornalistico di L. Zennaro, *Cos'è successo all'app Immuni*, pubblicato il 18 febbraio 2021 in <https://www.ilpost.it/2021/02/18/immuni-app-draghi/>.

¹³⁵ Impossibile, in questa sede, dare conto della vasta bibliografia in tema di principio di precauzione e diritto alla salute, tuttavia, con specifico riferimento all'attuazione di esso rispetto al Covid-19, v. T. Penna, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da CoViD-19*, in Aa.Vv., *Un diritto per la pandemia*, L. Busatta e M. Tomasi (a cura di), cit., pp. 563-570.

¹³⁶ Si rileva che il principio di precauzione «introduce il dubbio alla stregua di una variante, fonte di una nuova responsabilità nascente dalla consapevole potenzialità di un danno derivante dall'aver esposto persone [...] ad un rischio ignoto» (C.M. Dona' dalle Rose, *Riflessioni intorno all'evoluzione del concetto di principio di precauzione*, in Aa.Vv., *Lezioni di diritto privato europeo*, (a cura di) G. Alpa e G. Capilli, Cedam, Padova, 2007, p. 226) e che l'intrinseca incertezza del sapere scientifico contemporaneo dipende anche «dall'intrinseca incompiutezza e indeterminazione della scienza rispetto alla necessità di definizione delle scelte sociali, delle politiche pubbliche, delle decisioni giuridiche» (M. Tallachini, *Sicurezza e responsabilità in tempi di crisi*, in *Riv. dir. alimentare*, n. 1/2012, pp. 4-5). Nel senso che il dubbio in ordine al possibile verificarsi di un evento dannoso in base alle conoscenze scientifiche del momento si pone alla base di una regola di comportamento («nel dubbio, agisci») e non di un divieto (secondo la massima «nel dubbio astieniti») L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2004, p. 25.

pericolosità e, dunque, sui rischi per la salute, riassumibile nello slogan *better safe than sorry*¹³⁷.

Il principio di precauzione costituisce una sorta di crocevia tra scienza, diritto e politica¹³⁸ e richiede che le autorità politiche dialoghino e si confrontino con tecnici e scienziati, in modo da inserire, nel bilanciamento da loro effettuato, il principio di precauzione quale strumento «che aiuta ad individuare il punto di equilibrio fra i principi in contrasto»¹³⁹.

Peraltro, occorre evidenziare che la gestione dei rischi per la salute e la vita umana non sorge oggi. Anche nel passato le autorità politiche dovettero decidere «se ed eventualmente quali rischi affrontare e con quali misure»¹⁴⁰. Nelle epidemie di peste e di colera, ad es., che per molti secoli hanno rappresentato fenomeni rischiosi per la vita umana per l'alto grado di mortalità che provocavano¹⁴¹, le decisioni in ordine alla gestione del rischio sono state prese in base al buon senso, alla valutazione dei rischi e alle conoscenze tecniche e scientifiche a disposizione. La novità oggi sembra consistere nelle maggiori conoscenze su cui possiamo basare la decisione «se agire o no in modo precauzionale ed eventualmente quali cautele adottare»¹⁴².

¹³⁷ C.R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 7. L'a. esplicita il suo pensiero in altro lavoro (C.R. Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge UP, Cambridge 2005) e così precisa la propria concezione del principio di precauzione: «*All over the world, there is increasing interest in a simple idea for the regulation of risk: the Precautionary Principle. Simply put, the principle counsels that we should avoid steps that will create a risk of harm; until safety is established through clear evidence, we should be cautious. In a catchphrase: Better safe than sorry*»: Id., *The Paralyzing Principle. Does the Precautionary Principle Point Us in Any Helpful Direction?*, in *Regulation*, 2002-2003, 31. L'A. rileva che quando una collettività è divisa sul modo in cui affrontare i rischi, ciò si verifica perché sussistono differenze sia in merito alla valutazione dei fatti sottesi ai rischi, sia relative alle diverse visioni della vita e della gestione del rischio delle persone (C.R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, cit., p. 13).

¹³⁸ Così L. Buffoni, A. Cardone, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2012, p. 1.

¹³⁹ R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 182.

¹⁴⁰ S. Zorzetto, *Concetto di rischio e principio di precauzione (I parte). L'approccio precauzionale nei confronti dei rischi delle moderne società tecnologiche al vaglio del senso comune e della storia e nella sua dimensione etico-filosofica*, in http://www.sintesidialettica.it/leggi_articolo.php?AUTH=214&ID=445#_ednref57.

¹⁴¹ S. Zorzetto, *op. loc. cit.* L'a., con riferimento alle epidemie di peste e di colera, osserva che, poiché non se ne conoscevano le cause, quando venivano diagnosticati sintomi ad esse connesse, in mancanza di cure sicuramente efficaci, «si escogitavano varie forme di contenimento del rischio di contagio».

¹⁴² S. Zorzetto, *op. loc. cit.* L'a., dopo aver rilevato che l'avversione o la propensione al rischio è un fatto assolutamente soggettivo, evidenzia che affrontare o meno i rischi «ha comunque un costo. Se si continua a fare ciò che si fa, si sostiene il costo delle possibili perdite o danni che si potrebbero verificare; se si decide di modificare in tutto o in parte le scelte prese, c'è il costo delle misure che si prendono al fine di evitare le possibili perdite o danni. Peraltro, poiché la scelta di adottare o no una misura precauzionale

Peraltro, oggi come allora, per poter funzionare, le misure precauzionali «devono essere adottate da più parti in maniera organizzata e sistematica», in quanto «il rischio è contagioso, cioè ciascun individuo è un portatore di rischi nei confronti degli [altri] individui»¹⁴³.

Nella gestione del rischio nella pandemia da CoViD-19 è il principio di precauzione, unitamente al principio di proporzionalità, a dover guidare il bilanciamento tra la tutela della salute e gli altri diritti, considerando che nella prima fase pandemica la nozione di salute che è venuta in rilievo è stata quella, riduttiva e basica, di malattia fisica, ossia di mancanza di contrazione del virus CoViD-19 o di delle conseguenze di esso più gravi, fino alla morte, mentre nella fase attuale si è iniziata a prendere in considerazione una concezione di salute più ampia, comprensiva della salute mentale e dei danni anche psichici della pandemia¹⁴⁴.

avviene in condizioni di incertezza, è solo possibile ma non certo che essa effettivamente riduca o annulli il rischio. Potrebbe risultare inutile o persino controproducente. Cioè potrebbe essere più alto o più incerto il costo della misura precauzionale che il beneficio, in termini di riduzione del rischio, che da essa si trae».

¹⁴³ S. Zorzetto, *op. loc. cit.*

¹⁴⁴ Al riguardo, va evidenziato che la Società italiana di Psichiatria stima che oltre trecentomila persone in Italia, in conseguenza della pandemia in atto, siano a rischio di disturbi mentali. Dei rischi di patologie psichiche in conseguenza della pandemia Covid-19, in particolare, se ne è discusso nella *Web Conference Lockdown vs salute mentale: la tutela del paziente nell'era Covid-19*, (in <https://www.maprovider.com/index.php/it/eventi/prossimi-eventi/item/709-web-conference-lockdown-vs-salute-mentale-la-tutela-del-paziente-nell-era-covid-19>). Sembrano particolarmente a rischio le categorie più deboli quali i bambini e gli adolescenti (in <https://www.varesenews.it/2020/06/limpatto-psicologico-del-covid19-difficolta-7-bambini-10/939159/>).

Stefano Vinci

L'INFLUENZA SPAGNOLA E LE SCELTE EMERGENZIALI DEL GOVERNO ITALIANO

ABSTRACT

Il saggio analizza le circolari telegrafiche inviate dal Ministro dell'Interno Vittorio Emanuele Orlando ai prefetti d'Italia nell'agosto e nel settembre 1918 con le quali venivano comunicate le misure profilattiche da adottare per fronteggiare l'epidemia di febbre spagnola che imperversava in Italia. A queste seguì la pubblicazione di un opuscolo divulgativo rivolto alla cittadinanza, con il quale si fornivano informazioni sulla natura della malattia e raccomandazioni sui comportamenti da adottare per prevenire il contagio.

The essay analyses the telegraphic circulars sent by the Minister of the Interior Vittorio Emanuele Orlando to the prefects in August and September 1918 informing them of the prophylactic measures to be adopted to deal with the Spanish fever epidemic raging in Italy. This was followed by the publication of a pamphlet addressed to the citizens, providing information on the nature of the disease and recommendations on how to prevent contagion.

PAROLE CHIAVE

Emergenza – Pandemia – Grande Guerra

Emergency – Pandemic – Great War

Sommario: 1. Le circolari ministeriali rivolte ai prefetti. - 2. Le istruzioni popolari per la difesa contro l'influenza. - 3. Appendice documentaria. Circolare telegrafica diretta ai Prefetti del Regno, sulla profilassi dell'influenza. 22 Agosto 1918, n. 26125; Circolare telegrafica diretta ai Prefetti del Regno, sulla profilassi dell'influenza. 15 ottobre n. 33687; Istruzioni popolari per la difesa contro la influenza per cura del Ministero dell'Interno

1. Gli studi più recenti¹ hanno messo in evidenza le misure che furono adottate in Italia dal Ministero dell'Interno, dai prefetti e dai sindaci per fronteggiare l'epidemia di influenza spagnola in un difficile contesto politico e sociale caratterizzato dalla Grande Guerra, che rendeva impraticabili restrizioni di viaggio, controlli di frontiere e cordoni sanitari, consentendo isolamenti e quarantene soltanto nei campi e negli ospedali militari². Le uniche azioni possibili nei confronti dei civili – adottate solo nel corso

¹ Sull'influenza spagnola in Italia cfr. G. Mortara, *La salute pubblica in Italia durante e dopo la guerra*, Laterza, Bari 1925; P. Giovannini, *L'influenza spagnola: controllo istituzionale e reazioni popolari (1918-1919)*, in A. Pastore, P. Sorcinelli (a cura di), *Sanità e società*, vol. II, *Emilia-Romagna, Toscana, Marche, Umbria, Lazio, secoli XVI-XX*, Casamassima, Udine 1987; Id., *L'influenza "Spagnola" in Italia (1918-1919)*, in F. Magni, A. Staderini, L. Zani (a cura di), *La grande guerra e il fronte interno. Studi in onore di George Mosse*, Università degli Studi di Camerino, Camerino 1998, pp. 123-141; E. Tognotti, *La "spagnola" in Italia. Storia dell'influenza che fece temere la fine del mondo (1918-19)*, Franco Angeli, Milano 2015; L.R. Angeletti, G. Motta, *"In bona salute de animo e de corpo": malati, medici e guaritori nel divenire della storia*, Franco Angeli, Milano 2007; A. Fornasin, M. Breschi, M. Manfredini, *Spanish Flu in Italy: New Data, New Questions*, in «Le Infezioni in Medicina», 26.1 (2018), pp. 97-106; F. Cutolo, *L'influenza spagnola nel regio esercito (1918-1919)*, in «Annali, Museo Storico Italiano della Guerra», n. 27/2019, pp. 33-61; Id., *L'influenza Spagnola del 1918-1919. La dimensione globale, il quadro nazionale e un caso locale*, ISRPt, Pistoia 2020; Id., *La quotidianità in tempo di pandemia. L'esperienza della "spagnola" in Italia (1918-1919)*, in «Al presente», aprile 2020; R. Dionigi, F.M. Ferro (a cura di), *Non è la prima volta ... Epidemie e pandemie. Storie, leggende e immagini*, Nomos Edizioni, Varese 2020. Più numerosi risultano gli studi di storia locale: D. Maraffino, B. Carroccia, D. Guidi, *Quel terribile autunno del 1918: progresso civile-sanitario e pandemia di spagnola nel Lazio meridionale*, Comunità montana dei monti Lepini, Priverno 2003; G. Cerasoli, *L'epidemia di spagnola in Romagna: una guerra nella guerra*, in A. Luparini (a cura di), *La Grande Guerra nel Ravennate (1915-1918)*, Longo, Ravenna 2010, pp. 117-143; F. Ratti, *«Qui sono diventati 'spagnoli' in molti». Storia sociale comparata della pandemia influenzale 1918-1919 nella provincia di Modena e nel Land Salisburgo*, in F. Montella, F. Paolella, F. Ratti (a cura di), *Una regione ospedale. Medicina e sanità in Emilia-Romagna durante la prima guerra mondiale*, Clueb, Bologna 2010; R. Ghirardi, *La febbre cattiva: storia di una epidemia e del suo passaggio per Mantova*, Mondadori, Milano 2013; V. Musardo Talò, *L'altro volto della Guerra: l'epidemia influenzale di Spagnola a Taranto e nel suo Distretto*, in Ead. (a cura di), *1915-1918: La Guerra a Taranto e nel suo distretto*, Filocalia, Manduria 2016, pp. 235-254; F. Degli Esposti, *La grande retrovia in territorio nemico. Bologna e la sua provincia nella Grande Guerra (1914-1918)*, Unicopli, Milano 2017, pp. 764-769; R. Bianchi (a cura di), *La Grande Guerra lontano dal fronte. Barberino Val d'Elsa e Tavarnelle Val di Pesa*, Pacini, Pisa 2018.

² Sotto il profilo storico-giuridico cfr. il recente saggio di F. Rossi, *«Il morbo crudele». Opinione pubblica e diritto dell'emergenza in Italia di fronte all'influenza 'spagnola'*, in «Italian Review of Legal History», 6 (2020), n. 12, pp. 293-337 il quale esamina le misure adottate dal governo italiano per fronteggiare il 'morbo crudele' durante la seconda ondata (agosto-ottobre del 1918).

della seconda ondata di contagio diffuso a partire dall'agosto 1918 – furono quindi quelle rivolte ad informare le autorità locali della presenza del morbo e a fornire indicazioni di carattere preventivo.

In tal senso, il 22 agosto 1918 fu predisposta dal Ministero dell'Interno una circolare telegrafica, firmata da Vittorio Emanuele Orlando, inviata ai prefetti con la quale veniva precisato trattarsi di una forma di influenza che colpiva le vie respiratorie - per cui si negava ogni allarme ingiustificato dovuto a «fantasie esaltate» - e venivano indicate alcune raccomandazioni per effettuare una «razionale profilassi»³. Tenuto conto del fatto che il contagio era «rapidamente diffusivo» anche per il tramite di «portatori non riconoscibili», il Ministro riteneva inopportuno adottare «misure contumaciali o di isolamento» solitamente disposte per altri morbi epidemici. Considerata invece la natura mite della malattia «che ben trattata non riveste carattere maligno», venivano consigliati provvedimenti di carattere generale rivolti a ridurre la trasmissione del contagio per vie respiratorie⁴, elencati in otto punti nei quali veniva consigliato di evitare i contatti sospetti; curare l'igiene delle vie respiratorie; vigilare sulle collettività particolarmente predisposte quali caserme, convitti, scuole, teatri, cinematografi allo scopo di ridurre gli affollamenti ed ottenere rigorosa pulizia; invito ad utilizzare le mascherine per medici ed infermieri; intensificare la vigilanza annonaria, specialmente nei riguardi di frutta e latte; predisporre per tempo assistenza medica e farmaceutica, assicurando provvista medicinali anche per i poveri⁵. Tali indicazioni, rivolte ad orientare i prefetti sulla profilassi della forma epidemica influenzale, si chiudevano con la raccomandazione di tranquillizzare in ogni caso la popolazione, «evitando allarmi ingiustificati e che non hanno ragione alcuna di sussistere», al fine di stemperare la drammatizzazione del fenomeno veicolata da voci popolari e da alcuni organi di stampa locale⁶.

Nonostante gli sforzi di contenere la diffusione di notizie preoccupanti, la recrudescenza dell'epidemia nel mese di settembre impose l'adozione di disparate e difformi misure di contenimento del contagio, diverse da una provincia all'altra, che

³ *Circolare telegrafica n. 26125 diretta ai Prefetti del Regno sulla profilassi dell'influenza, 22 agosto 1918*, in allegato a Ministero dell'Interno, Direzione generale della sanità pubblica, *Epidemia influenzale. [Circolare] n. 20300*, s.l. 1918, pp. 4-5.

⁴ *Ibidem*. Le raccomandazioni risultavano ispirate alle conoscenze epidemiologiche che avevano dimostrato che «materiale infettivo si elimina e si diffonde attraverso vie respiratorie, e che labilità germe prova che via più ovvia contagio risiede nei contatti diretti ad esplosione colpi tosse».

⁵ *Circolare telegrafica n. 26125*, cit., pp. 4-5. Sulla falsariga di questa circolare, il Ministero della Guerra ne avrebbe emanata un'altra il 26 agosto. Cfr. Cutolo, *L'influenza spagnola*, cit., p. 41; Rossi, «*Il morbo crudele*», cit., p. 308.

⁶ Osserva Cutolo, *L'influenza spagnola*, cit., p. 193 che il tentativo di Vittorio Emanuele Orlando di arginare la diffusione del panico (invitando i prefetti a tranquillizzare la popolazione, evitando allarmi ingiustificati) era stato reso necessario a seguito della pubblicazione di notizie allarmanti che presentavano un quadro critico in alcune zone del Paese. Sulla censura giornalistica che si estese anche sull'influenza spagnola cfr. Tognotti, *La "spagnola" in Italia*, cit., pp. 136-137.

prevedevano il divieto di riunioni pubbliche in luoghi chiusi e di cortei funebri, la sospensione degli spettacoli nei cinematografi e nei teatri, la chiusura anticipata dei negozi per ridurre il flusso di persone nelle strade, il posticipo dell'apertura delle scuole⁷. La congerie di provvedimenti emanati spinse il Ministero a predisporre una nuova circolare, datata 15 ottobre del 1918 e firmata dal sottosegretario Giacomo Bonicelli⁸, che facesse chiarezza sulla situazione in corso, esasperata da evidenti contrasti tra la severità dei provvedimenti presi e le informazioni che presentavano un quadro non grave della malattia e del suo decorso⁹. Nel rilevare «il fervore dell'opera» posta in essere dalle autorità locali, il Ministero richiamava la loro attenzione al fine di dare «ogni maggiore impulso alla profilassi e ad assicurare entro certi limiti la maggiore uniformità di criteri nel campo esecutivo»¹⁰.

Venivano fornite, quindi, indicazioni pratiche per la profilassi individuale e collettiva, alla cui esecuzione avrebbero dovuto cooperare i medici, consistenti nell'adozione di una «vigilanza sanitaria assidua nei singoli comuni per accertare, se non i casi, quanto meno e rapidamente i focolai, e per procurare che la profilassi collettiva ed individuale siano sempre rivolte a diminuire e ridurre al minimo possibile i contatti, sorgenti di infezioni, e così nelle collettività sia assicurato il mezzo ad appartare in qualunque momento i colpiti, e nel governo degli ospedali si eviti la disseminazione dei malati nelle corsie, ma si raccolgano a seconda delle disponibilità in appositi locali, o in sezioni, reparti o sale separate, e sia ovunque tolto nel maggior grado possibile il contatto della popolazione, evitando le visite del pubblico, in modo rigoroso»¹¹. Per quanto riguardava invece la gestione domestica dei malati, dove non era possibile creare ambienti appartati, il precetto dell'isolamento del malato veniva sostituito con quello dell'isolamento dei suoi «prodotti patologici infettanti»¹². Nell'obiettivo di limitare per quanto possibile i contatti con i malati e con persone in grado di trasmettere la malattia, le autorità avrebbero dovuto ridurre al minimo necessario le pubbliche

⁷ Una efficace sintesi dei provvedimenti adottati dalle diverse Prefetture italiane si trova in Tognotti, *La "spagnola" in Italia*, cit., pp. 80 ss.; Maraffino, *Quel terribile autunno*, cit., pp. 113 ss; Cutolo, *L'influenza spagnola*, cit., p. 167 ss.

⁸ *Circolare telegrafica n. 33687 diretta ai Prefetti del Regno, sulla profilassi dell'influenza*, 15 ottobre 1918, in allegato a Ministero dell'Interno, Direzione generale della sanità pubblica, *Epidemia influenzale. [Circolare] n. 20300*, cit., pp. 5-6: «Con la circ. 22 agosto ultimo scorso n. 26125 il ministero ha richiamato l'attenzione delle SS.LL. sulla pandemia influenzale, che aveva invaso i vari paesi di Europa, non risparmiando l'Italia».

⁹ Su questo contrasto rinvio a Rossi, *«Il morbo crudele»*, cit., pp. 310 ss.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Particolare importanza era dedicata alla funzione del personale sanitario, che avrebbe dovuto «prescrivere e vigilare le norme igieniche da parte dei propri clienti e soprattutto col dare in questa contingenza l'esempio dell'adozione, convinta di queste difese». In tal modo essi avrebbe contribuito in larga misura a diminuire la propalazione del male e ne avrebbero affrettato la fine, «ric conducendo la tranquillità alle popolazioni colpite». *Ibidem*.

¹² Si legge nella circolare che tale rimedio rappresentava «la forma più razionale ed evoluta del buon governo igienico dei malati nell'ambito familiare». *Ibidem*.

riunioni, specie in ambienti chiusi e sopprimere quelle che avessero luogo in locali igienicamente inadeguati. Il riferimento era soprattutto ai teatri, ai cinematografi e a quegli ambienti nei quali non si praticavano frequenti e sistematiche pulizie e disinfezioni «fatte sotto buona guida tecnica»¹³.

2. La difficile equazione tra la volontà di non divulgare la reale gravità della malattia e la necessità di intensificare misure di igiene che riducessero la diffusione del contagio indusse ancora il Ministero dell'Interno a pubblicare un opuscolo di *Istruzioni popolari per la difesa contro la influenza* al fine di rivolgersi direttamente ai cittadini, cercando di mettere ordine alle confuse indicazioni che provenivano dalla stampa e dalle prefetture¹⁴. Condensato in otto pagine, il libriccino assolveva al compito di spiegare quale fosse la natura dell'epidemia e di tranquillizzare gli animi, nonché di fornire indicazioni pratiche sulla profilassi da seguire per limitare la diffusione della malattia.

Il primo paragrafo intitolato «L'epidemia attuale è dovuta ad influenza» si proponeva di fugare le fantasie e le leggende che avevano agitato lo spirito delle popolazioni a seguito del diffondersi della malattia in tutto il mondo e nelle regioni d'Italia. In tale ottica venivano elencate e smentite le voci circolanti sull'«infezione», provvisoriamente chiamata di *febbre spagnola*¹⁵, la cui natura non era stata riconosciuta dai medici; sulla sua provenienza da altri continenti per importazione da parte delle truppe provenienti dall'Asia e dell'Africa; sulla sua elevata mortalità con ripetute morti fulminee¹⁶. Tutte queste affermazioni venivano ritenute prive di fondamento, in quanto i medici coinvolti nella cura degli infermi in Italia e negli altri Stati d'Europa erano concordi nel riconoscere che si trattasse d'influenza (cioè di quella malattia studiata fin dal secolo XVI in Italia, dove le fu dato questo nome a causa della rapidissima ed estesa diffusione) la stessa che aveva colpito l'Italia negli anni 1889-1890 e che era stata felicemente superata¹⁷.

Il secondo paragrafo, intitolato «Caratteri generali della epidemia», affrontava il problema delle cause della propagazione del contagio e del decorso dell'influenza, chiamata *grippe* in Francia, che tornava ciclicamente in media ogni quarto di secolo sotto forma di estesissima epidemia, ossia di pandemia (i due termini venivano usati come sinonimi), generalizzandosi in breve tempo da paese in paese, senza che si

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Istruzioni popolari per la difesa contro la influenza, per cura del Ministero dell'Interno Direzione Generale della Sanità Pubblica*, Tipografia I. Artero, Roma 1918.

¹⁵ Ivi, p. 3. Si legge nell'opuscolo che il nome *febbre spagnola* era stato «tratto dallo Stato in cui avrebbe avuto un'imponente manifestazione».

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sulle epidemie che colpirono l'Italia nell'Ottocento cfr. C.B. Vicentini, E. Guidi, S. Lupi, M. Maritati, S. Manfredini, C. Contini, *L'influenza nelle odate epidemiche del XIX secolo*, in «Le infezioni in medicina», n. 4 (2015), pp. 374-389.

riuscisse ad arrestarne il decorso¹⁸. Nell'ottica di minimizzare la portata del fenomeno e di circoscriverne la gravità, veniva affermato che il «maggior numero di casi e di morti» si contavano fra coloro i quali trascuravano «la nettezza e l'igiene nelle loro abitudini di vita», specificando che gli esiti funesti risultavano causati soprattutto «dalla facilità con cui molti credevano di poter sopportare il male senza porsi a letto o rinunciare ai dovuti riguardi lungo la convalescenza e segnatamente dall'errore di abbandonare il letto, e magari uscire di casa non appena cessata la febbre»¹⁹. In tali casi i sintomi dell'influenza avrebbero potuto degenerare in complicazioni ai polmoni e talvolta anche agli organi digerenti e al sistema nervoso, anche se «fortunatamente» la mortalità non era così rilevante come in altre malattie più temute. In questo gioco di parole che rispondeva alla logica di informare senza allarmare, non veniva negato il grande numero di ammalati che potevano essere attinti dal contagio, la cui prevenzione avrebbe richiesto «viva attenzione» per l'adozione di misure adeguate di profilassi e di cura.

Nel paragrafo successivo, intitolato «L'epidemia in corso», venivano definite le tappe geografiche della diffusione dell'influenza in Europa, partita in Francia e in Germania alla fine dell'inverno e al principio della primavera del 1918 e poi estesa in Spagna in aprile e in Italia a maggio, dove si era manifestata «in forma generalmente assai mite e quasi senza mortalità, con caratteri uguali alle comuni epidemie primaverili di influenza», mentre solo tra settembre e ottobre erano comparse forme più gravi con complicazioni, specialmente polmonari²⁰. Venivano poi indicati i sintomi iniziali della malattia, riconoscibili in una vaga sensazione di malessere e fiacchezza, accompagnata con quei disturbi volgarmente detti «raffreddore di testa»²¹, cui potevano aggiungersi lievi aumenti di temperatura, dolori e bruciori alla gola ed al petto, voce rauca, tosse secca e molesta che comunque consentivano agli ammalati di continuare ad attendere, «sia pure di mala voglia», alle ordinarie occupazioni. Nonostante il tentativo di fornire una descrizione non allarmante dei sintomi della malattia, il curatore dell'opuscolo non celava la circostanza secondo cui in altre persone la malattia comparisse fin dal principio con maggiore intensità e presentasse febbre alta, forte dolore di testa, dolore alle spalle e ai fianchi come per reumatismo, grande perdita di forze ed emorragia nasale che sarebbero perdurati dai quattro agli otto giorni, cui sarebbe seguita una lunga convalescenza con grande senso di fiacchezza²². Mentre nei casi più gravi sarebbero comparsi fin dai primi giorni di malattia anche complicanze polmonari che negli

¹⁸ Per togliere ogni dubbio sulla natura influenzale del morbo che era stata accolta «con qualche scetticismo», veniva chiarito che l'*influenza* era cosa diversa rispetto ai raffreddori febbrili e ai comuni catarri dell'inverno e della primavera erroneamente denominati nello stesso modo. *Istruzioni popolari per la difesa contro la influenza*, cit., pp. 3-4.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ivi*, p. 5.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

individui meno resistenti avrebbero potuto volgere ad un esito funesto, che sarebbe stato frequente nei casi di ricaduta che avrebbero potuto verificarsi facilmente nei soggetti «che non si riguardano con cura durante la convalescenza»²³. In rari casi si potevano sviluppare complicanze intestinali, mentre non risultavano comparse in Italia forme nervose a decorso rapidamente mortale che avevano mietuto vittime in altre regioni d'Europa. Il paragrafo si chiudeva con un dato rassicurante relativo alla mortalità in Italia che era rimasta ovunque «assai bassa» in rapporto al gran numero di malati, in media non superiori al 2-3% dei colpiti²⁴.

Tutte queste premesse, rivolte a ridimensione le notizie correnti sulla “spagnola”, aprivano la strada all'elencazione delle misure di prevenzione da adottare per contrastare il morbo²⁵. Sotto il paragrafo intitolato «L'azione delle autorità e quella dei cittadini» veniva comunicata l'importanza degli interventi delle autorità e dei poteri pubblici per limitare la diffusione del contagio, pur evidenziando che molta parte della difesa era affidata all'iniziativa diretta dei singoli cittadini che si invitavano a non ascoltare le voci superstiziose o esagerate correnti, «come se mali misteriosi minacciassero l'umanità»²⁶.

L'elencazione delle raccomandazioni sulle misure di prevenzione iniziava nel paragrafo seguente, intitolato «Evitare gli ammalati, i convalescenti di influenza ed i loro oggetti di uso», che si apriva con l'avvertimento secondo cui il germe della malattia fosse contenuto nel muco delle vie respiratorie del malato dove si riteneva sarebbe rimasto anche dopo la cessazione della febbre e fino a quando fosse persistita la tosse e ogni altro sintomo. Ciò significava che l'infermo ed il convalescente avrebbero potuto trasmettere il germe ad altri tossendo, starnutando, sputando o anche semplicemente parlando, «poichè molte persone sogliono disseminare intorno goccioline di saliva mentre parlano ad alta voce»²⁷. Occorreva quindi che i soggetti sani si astenessero dal visitare o avvicinarsi, senza assoluto bisogno, ad individui che sapevano essere ammalati o convalescenti d'influenza e dal maneggiare oggetti appartenenti a loro, specialmente indumenti, biancheria personale o di letto, asciugamani, bicchieri, stoviglie e simili. Veniva precisato, inoltre, che i sani si ammalavano più facilmente se si fossero esposti a raffreddamenti e se le mucose del naso e della gola, che potevano avere il primo contatto con il germe, si fossero trovate

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ivi*, p. 6.

²⁵ *Ibidem*. Sotto il titolo del paragrafo «Come difendersi dalla malattia» si legge: «L'estrema diffusibilità dell'infezione e la grande disposizione dell'organismo umano a contrarla rendono assai difficile la difesa contro di essa, né si possono ottenere quei risultati rapidi e decisivi, che attualmente i servizi profilattici bene organizzati raggiungono contro malattie più gravi e più temute».

²⁶ Ancora una volta si invitavano i cittadini ad evitare preoccupazioni e a predisporre alla calma ed alla serenità dello spirito, in considerazione del fatto che la vita sobria ed ordinata doveva considerarsi tra i più efficaci mezzi profilattici. *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

alterate nel loro stato normale di resistenza. Per questa ragione bisognava evitare di esporsi a correnti d'aria (specialmente se sudati), coprirsi in modo da difendere il corpo dai mutamenti di temperatura e non trascurare le affezioni catarrali, anche lievi, del naso e della gola, che avrebbero potuto maggiormente esporre al contagio.

Poiché le forme più comuni dell'influenza erano quelle lievi, le quali consentivano di continuare ad attendere alle ordinarie occupazioni, era elevato il rischio di incontrare soggetti influenzati - anche senza che essi ne fossero coscienti - che avrebbero potuto trasmettere il morbo con starnutendo, tossendo, sputando o parlando. Come specificato nel paragrafo «Evitare i luoghi pubblici ed i veicolo di trasporto molto affollati», durante l'epidemia doveva ritenersi prudente evitare il più possibile i luoghi pubblici (dove queste persone erano specialmente pericolose addensandosi in ambienti chiusi) e i comuni mezzi di trasporto, come treni e *tramways*, che spesso determinavano la diffusione della malattia da paese a paese. Le autorità locali avrebbero dovuto procedere ad una sistematica pulizia di questi locali e di questi veicoli con mezzi appropriati al fine di allontanare «quello che vien detto abitualmente *sudiciume*», con l'avvertenza di evitare di sollevare la polvere, la quale avrebbe potuto contenere «varii germi morbosi» ed essere respirata da coloro che frequentavano quegli ambienti per consuetudine e necessità di vita²⁸. A questi ultimi si rivolgevano le raccomandazioni contenute nel paragrafo successivo, intitolato «Evitare molestie e pericoli ai vicini», nel quale si leggeva che queste persone avrebbero dovuto concorrere, per la loro parte, ad evitare di sollevare la polvere; a non sputare sul pavimento «o, meglio, abituandosi a non sputare affatto»; a tossire, starnutire o espettorare nel proprio fazzoletto; ad abituarsi a parlare senza proiettare goccioline di saliva intorno a sé²⁹. A queste raccomandazioni comportamentali si aggiungevano quelle - indicate nel paragrafo «Difesa contro i contatti inevitabili» - di curare in maniera scrupolosa le ordinarie misure di igiene personale, le quali avevano lo scopo di allontanare dal corpo umano i germi «che vi capitano durante le varie contingenze della vita» e di impedire che questi penetrassero nell'ambiente domestico. Si invitavano, quindi, i cittadini ad «Intensificare la nettezza della persona» (così era intitolato il successivo paragrafo) e si fornivano indicazioni pratiche - che davano contezza dell'arretratezza delle abitudini igieniche delle nostre popolazioni - come quella di lavarsi accuratamente le mani con acqua e sapone quante più volte al giorno possibile e «in ogni caso sempre dopo un contatto sospetto e così pure prima di mangiare»³⁰; di sciacquarsi la bocca, più volte al giorno, con una soluzione antisettica, aiutando la pulizia dei denti con uno spazzolino e fare dei «gargarismi alcalini a scopo detersivo o disinfettante a base di acido fenico,

²⁸ Ivi, p. 7.

²⁹ *Ibidem*. Queste quattro norme comportamentali avrebbero già dovuto far parte delle comuni abitudini di ogni persona pulita che volesse risparmiare sensazioni sgradite e pericoli alle persone con cui era chiamato a convivere o venire a contatto, «secondo il sano precetto di non fare agli altri ciò che non si vuole sia fatto a noi stessi».

³⁰ Si raccomandava vivamente di insaponarsi e lavarsi con cura anche il viso. Ivi, p. 8.

o di acqua ossigenata, o con soluzioni aromatiche preparate a regola d'arte, specie se si avverte irritazione alla gola»³¹. Altrettante prescrizioni igieniche riguardavano gli ambienti domestici che andavano tenuti puliti con la massima diligenza: sotto la voce «Curare la nettezza della casa», veniva precisato che non solo la cucina e le stanze da letto o di dimora, ma soprattutto i luoghi dove non arrivavano il sole e la luce naturale o dove più spesso «suole mancare la pulizia» come «depositi di immondizie, latrine, acquai, angoli bui, ecc.» dovevano essere raggiunti dalla «scopa» e dal «cencio umido» per portar via «la polvere dal pavimento e dai mobili»³². Mentre le disinfezioni vere e proprie dei locali, ad opera di personale specializzato, sarebbero state disposte solo quando si fossero verificate particolari circostanze, secondo disposizioni ordinate e consigliate dalle autorità sanitarie o dai medici³³. Si trattava ovviamente di casi nei quali si fosse riscontrata la presenza di contagi, che aprivano al problema della prevenzione speciale a cui era dedicato il paragrafo intitolato «Quando si hanno ammalati in famiglia»: chi si fosse ammalato di influenza, anche nelle forme più lievi, avrebbe dovuto mettersi immediatamente a letto e chiamare il medico, onde attenuare il decorso della malattia, evitare la comparsa consecutiva di sintomi gravi e risparmiare ad altri il pericolo di infezione³⁴. Al fine di tutelare i membri della propria famiglia sarebbe stato inoltre necessario segregarsi in una stanza - con pochi mobili, senza tappeti e con le persone strettamente necessarie all'assistenza - oltre che tossire nel proprio fazzoletto e raccogliere gli sputi in una sputacchiera³⁵. Particolari indicazioni venivano fornite per le persone chiamate ad assistere i malati, i quali sui loro abiti avrebbero dovuto indossare una «sopraveste» ben chiusa, da togliere prima di uscire dalla stanza e lavarsi le mani accuratamente con acqua, sapone e con una soluzione disinfettante. Infine, si invitava a seguire le altre precauzioni consigliate dal medico, anche per la disinfezione degli oggetti usati dall'ammalato e di quelli collocati nella

³¹ Nell'unica nota che accompagnava il testo delle *Istruzioni*, si suggerivano alcune «ottime soluzioni che potrebbero entrare nel comune uso quotidiano», di facile preparazione, che sarebbero servite a mantenere la bocca pulita e sana: «1. Acido fenico da gr. 0,25 a 0,50 in cento grammi d'acqua; 2. Acqua ossigenata allungata con altrettanta acqua distillata. In mancanza di queste sostanze si può anche usare l'acqua semplice con un po' di aceto di vino».

³² Ivi, p. 9: «La nettezza scrupolosa e sistematica vale una disinfezione, e l'uso razionale della scopa e dello strofinaccio è il primo precetto igienico da osservarsi». Tali indicazioni assolvevano allo scopo di dissuadere dall'utilizzo di sostanze nocive che producevano vapori irritanti della mucosa del naso, degli occhi e della gola: per questa ragione si suggeriva di lavare i pavimenti con soluzione calda di soda al 4%, quale ottimo mezzo di pulizia e disinfezione. Ciò rispondeva al problema dell'ossessione della disinfezione con sostanze nocive, il cui forte odore rappresentava un segno tangibile del potere antisettico. Cfr. Tognotti, *La "spagnola" in Italia*, cit., pp. 84 ss.

³³ *Istruzioni*, cit., p. 9. Le disinfezioni avrebbero dovuto essere eseguite da «personale ben pratico secondo speciali norme».

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*: «In tal modo si diminuirà pei propri cari il pericolo di ammalare; e va detto che spesso in una famiglia il primo caso è leggiero, ma i consecutivi, che si contagiano dal primo, divengono mano mano più gravi».

sua camera³⁶, diffidando dall'abuso di «medicamenti cosiddetti preservativi» e purganti «di cui spesso si sente parlare» che avrebbero avuto l'effetto di disabilitare l'organismo e predisporlo alla infezione³⁷.

Per concludere, venivano riassunti e riepilogati «I sette precetti della profilassi» consistenti nell'evitare il contatto con i malati e con i convalescenti d'influenza; nel condurre una vita sobria ed ordinata, sfuggendo qualsiasi intemperanza, evitando i luoghi chiusi di pubblico ritrovo di ogni genere, i viaggi non necessari, le cause perfrigeranti; nell'evitare molestie e pericoli ai vicini, non sollevando polvere nei locali frequentati, non sputando sul pavimento e, possibilmente, abituandosi a non sputare affatto, starnutando o tossendo solo nel proprio fazzoletto, parlando senza proiettare goccioline di saliva intorno a sé; nell'intensificare la pulizia della propria persona con particolare riguardo alle mani ed alla bocca; nell'intensificare la pulizia della propria casa, «confidando specialmente nel largo e continuo uso della scopa e dello strofinaccio umido; aerarla e soleggiarla»; nell'evitare di prendere medicinali senza prescrizione medica; nell'aver cura di assistere gli ammalati in famiglia, isolandoli in una stanza appartata o quanto meno difendere, con pratici accorgimenti, se stessi e gli altri dalle mucosità infettanti di quest'ultimo³⁸.

3. Appendice documentaria³⁹

*Circolare telegrafica diretta ai Prefetti del Regno, sulla profilassi dell'influenza. 22 Agosto 1918, n. 26125*⁴⁰

Come è noto SS. LL. fin dalla scorsa primavera comparve in molti paesi di Europa una forma epidemica analoga a quella verificatosi negli anni 1889 e 1890 e che anche ora

³⁶ Per rendere più semplici le operazioni di igienizzazione delle camere degli ammalati si invitava a ridurre all'essenziale il numero dei mobili contenuti in quegli ambienti. In ogni caso, anche in assenza del medico, si suggeriva un disinfettante alla portata di tutti: la «discivia bollente, od in altri termini il bucato» utilizzabile per «quegli oggetti che vi si possono sottoporre» ed in particolare per i fazzoletti da naso, i quali raccoglievano maggiori quantità di materiale infettante. Ivi, p. 10, § «Le disinfezioni alla portata di tutti».

³⁷ *Ibidem*, § «Non abusare di medicinali». Il riferimento era ai prodotti farmaceutici di dubbia scientificità ed efficacia pubblicizzati dalla stampa, come compresse, sciroppi, liquori, disinfettanti, collutori, clisteri. Cfr. Tognotti, *La "spagnola"*, cit., pp. 123-133; Cutolo, *L'influenza spagnola*, cit., pp. 181-191.

³⁸ *Ibidem*, § «I sette precetti della profilassi».

³⁹ I testi delle circolari e delle istruzioni ministeriali qui di seguito pubblicati sono state impaginate e numerate progressivamente, senza rispettare l'interruzione originale data dall'editore, indicata tra parentesi quadra.

⁴⁰ *Circolare telegrafica n. 26125 diretta ai Prefetti del Regno sulla profilassi dell'influenza, 22 agosto 1918*, in allegato a Ministero dell'Interno, Direzione generale della sanità pubblica, *Epidemia influenzale. [Circolare] n. 20300*, s.l. 1918, pp. 4-5.

riconobbesi trattasi di influenza con complicitanze generalmente consecutive incuria primi attacchi morbosi.

Tale malattia ha fatto anche in Italia sua apparizione. Essa colpisce preferibilmente vie respiratorie, tendendo localizzarsi polmoni, tuttavia non mancano casi con sintomatologia abnorme.

Mentre negasi ogni giustificazione allarmi dovuti a fantasie esaltate, reputo opportuno richiamare attenzione SS. LL. su alcuni punti fondamentali utili per effettuare razionale profilassi.

Trattandosi di contagio rapidamente diffusivo anche per tramite portatori non riconducibili, emerge inopportunit  misure contumaciali o di isolamento quali si adottano per altri morbi epidemici; considerando invece natura mite malattia che ben trattata non riveste carattere maligno, consigliansi provvedimenti generali, che debbono ispirarsi conoscenze epidemiologiche dimostranti che materiale infettivo si elimina e si diffonde attraverso vie respiratorie, e che labilit  germe prova che via pi  ovvia contagio risale nei contatti diretti ad esplosione colpi tosse.

Ci  premesso, profilassi dovrebbe essere basata sopra seguenti capisaldi:

Primo. – Identificazione e rapida denuncia della eventuale comparsa di focolai.

Secondo. – Evitare possibilmente contatti sospetti.

Terzo. - Disinfettare mucose esterne attaccate o minacciate da processo infettivo, nonch  punti pi  esposti contaminazioni sospette.

Quarto. – Speciale vigilanza reclamano collettivit  particolarmente predisposte, quali caserme, convitti, scuole, teatri, cinematografi ecc., allo scopo di evitare eccessivi affollamenti ed ottenere rigorosa pulizia.

Quinto. – Buone pratiche preventive sono disinfezione bocca, naso e mani; divieto di sputare in terra massime in ambienti chiusi; e pulizia e disinfezione sistematica oggetti e punti maggiormente esposti agli inquinamenti boccali e nasali, quali fazzoletti, apparecchi telefonici ecc.

Sesto. – Comparso focolaio epidemico, ammalati vanno trattati con speciali precauzioni nell'interesse loro e di chi assiste. – Infermieri e medici debbono indossare vestaglia, non omettere disinfezione viso e mani e munirsi di opportuni schermi filtranti per proteggersi contro inalazione pulviscolo infetto quando speciali circostanze lo consiglino. – Parimenti debbono provvedere disinfezione immediata sputi, fazzoletti, pavimenti, male degenza, attivandone ventilazione.

Viste facili recidive e complicazioni spesso mortali cui espongono trascuratezze, occorre che infermi anche leggeri rimangano letto, osservando consigli medico, fino termine speciale convalescenza, e considerando gravità assunta morbo negli infermi altre malattie è consigliabile, in tempo epidemia, limitare a casi estremi visite del pubblico negli ospedali comuni.

Anche riguardo infermi in case private, medici debbono essere consci pericolo che corrono infermi di malattie comuni, onde predisporre adozione di ogni possibile misura preventiva. [5]

Settimo. – Occorre intensificare più possibile vigilanza annonaria, specialmente nei riguardi frutta e latte.

Ottavo. – Occorre, infine, predisporre in tempo assistenza medica e farmaceutica, assicurando provvista medicinali anche per i poveri.

Quanto sopra si fa presenta alle SS. LL. in via di massima onde orientare profilassi della forma epidemica influenzale, raccomandando, in ogni caso, di tranquillizzare popolazione, evitando allarmi ingiustificati e che non hanno ragione alcuna di sussistere. – Ministro ORLANDO.

Circolare telegrafica diretta ai Prefetti del Regno, sulla profilassi dell'influenza. 15 ottobre n. 33687⁴¹.

Con la circolare 22 agosto u. s. N. 26125 il Ministero ha richiamata l'attenzione delle SS. LL. sulla pandemia influenzale, che aveva invasi i vari paesi di Europa non risparmiando l'Italia.

Accentuandosi ed estesosi il fenomeno nel settembre, specialmente nella terza decade di detto mese, la SS. LL. furono sollecitate a provvedere sulla guida delle condizioni e delle esigenze locali.

Dai provvedimenti presi e che si vanno tuttora adottando, il Ministero rileva il fervore dell'opera e se ne compiace, ma a dare ogni maggiore impulso alla profilassi e ad assicurare, entro convenienti limiti, la maggior uniformità di criteri nel campo esecutivo, richiama l'attenzione delle SS. LL. sui seguenti punti essenziali.

1. – Sorgente d'infezione è l'uomo infermo. Per esso non sono applicabili – per il fatto del predominare i casi lievi e lievissimi e della rapidissima diffusione, - né la denuncia singola dei casi né l'isolamento classico dei malati in uso per le altre infezioni. Ma dove, ciò nonostante, essere scopo precipuo della difesa igienica il procurare di avvicinarsi, per quanto è possibile, alla adozione di tali mezzi, con la vigilanza sanitaria

⁴¹ *Circolare telegrafica n. 33687 diretta ai Prefetti del Regno, sulla profilassi dell'influenza*, 15 ottobre 1918, in allegato a Ministero dell'Interno, Direzione generale della sanità pubblica, *Epidemia influenzale*. [Circolare] n. 20300, cit., pp. 5-6.

assidua nei singoli Comuni per accertare, se non i casi, quanto meno, e rapidamente, i focolai, e per procurare che la profilassi collettiva e quella individuale siano sempre rivolte a diminuire e ridurre al minimo possibile i contatti, sorgenti di infezione.

Così, nelle collettività sia assicurato il mezzo di apportare in qualunque momento i colpiti e, nel governo degli ospedali, si eviti la disseminazione dei malati nelle corsie, ma si raccolgano a seconda delle disponibilità in appositi locali, o in sezioni, reparti o sale separate; e sia ovunque tolto nel maggior grado possibile il contatto della popolazione, evitandosi le visite del pubblico in modo rigoroso.

Nell'ambiente domestico, dove sono malati, e dove non può parlarsi di creare ambienti appartati, si sostituisca al precetto dell'isolamento del malato, che è praticamente inattuabile, quello dell'isolamento dai suoi prodotti patologici infettanti, che rappresenta la forma più razionale ed evoluta del buon governo igienico dei malati nell'ambito familiare.

2 – Al concetto di tendere a diminuire i contatti con malati o con persone in grado di contagiare, debbono le autorità porgere efficace aiuto di carattere generale riducendo al minimo necessario le pubbliche riunioni, specie in ambienti chiusi, e sopprimendo quelle che avvenissero in locali igienicamente inadatti, soprattutto teatri e [6] cinematografi, ed ambienti nei quali, per quanto adatti, non si praticassero frequenti, sistematiche pulizie e disinfezioni, fatte *lege artis* sotto buona guida tecnica.

3 – Alla esecuzione del tracciato piano profilattico devono colle autorità concorrere soprattutto i medici, coll'opera e coll'opportuno consiglio, così negli ospedali e negli istituti collettivi ad essi affidati per l'assistenza, come nelle case private.

E siccome uno dei mezzi per isolarsi dai prodotti patologici ed infettanti dei malati – base della profilassi – consiste nel proteggersi con le sistematiche disinfezioni, colla più scrupolosa igiene personale, con la protezione delle vie respiratorie mediante opportuni schermi, così i medici, apostoli ed ascoltati consiglieri, col prescrivere e vigilare le norme igieniche da parte dei propri clienti e soprattutto col dare in questa contingenza l'esempio dell'adozione convinta di queste difese, contribuiranno in larga misura a diminuire la propagazione del male e ne affretteranno la fine riconducendo la tranquillità tra le popolazioni colpite. – Pel Ministro: BONICELLI.

*Istruzioni popolari per la difesa contro la influenza per cura del Ministero dell'Interno*⁴²

[3] *L'epidemia attuale è dovuta ad influenza.*

⁴² *Istruzioni popolari per la difesa contro la influenza per cura del Ministero dell'Interno Direzione Generale della Sanità Pubblica, Roma 1918, tipografia I. Artero, Piazza Montecitorio 126.*

La malattia che in pochi mesi si è diffusa in tutta l'Europa, anzi si può dire al mondo intero, e che corre attualmente molte regioni di Italia, ha suscitato fantasie e leggende, che hanno agitato lo spirito delle popolazioni. Si è parlato di una infezione, la cui natura non fosse stata ancora riconosciuta dai medici ed a cui fosse perciò stato attribuito il nome provvisorio di *febbre spagnola*, tratto dallo Stato in cui avrebbe avuto un'imponente manifestazione. Si è accennato anche a gravi malattie contagiose epidemiche proprie di altri continenti, importate fra noi da truppe provenienti dall'Asia e dall'Africa; si è pure detto di una elevata mortalità con ripetute morti fulminee.

Tali voci non hanno alcun fondamento. I medici, che curano questi infermi in Italia e negli altri Stati d'Europa, sono concordi nel riconoscere che si tratta d'influenza, cioè di una malattia studiata fin dal secolo XVI in Italia, dove le fu dato questo nome appunto a causa della rapidissima ed estesa diffusione; e più precisamente si tratta della stessa malattia epidemica che infierì in Italia e fu felicemente superata negli anni 1889-90.

Caratteri generali dell'epidemia.

L'influenza, in Francia chiamata *grippe*, ritorna sotto forma di estesissime epidemie, ossia di pandemie, a distanza in media di un quarto di secolo tra loro. Si generalizza in breve tempo da paese a paese senza che si riesca ad arretrarne il decorso, attaccando tutte le classi della popolazione,

Si osserva però che il maggior numero di casi e di morti si conta fra le persone che trascurano la nettezza e l'igiene nelle loro abitudini di vita.

Altra causa di esiti funesti viene dalla facilità con cui molti credono potere sopportare il male senza porsi a letto e rinunciare ai dovuti riguardi lungo la convalescenza [4] e segnatamente dall'errore di abbandonare il letto e magari uscire di casa non appena cessata la febbre. Ordinariamente i primi casi hanno una forma più mite, mentre consecutivamente si manifestano sempre più frequenti le complicazioni ai polmoni e talvolta anche agli organi digerenti, al sistema nervoso. Fortunatamente anche nelle epidemie più intense la mortalità non è così rilevante come in altre malattie più temute. Ad ogni modo, tenuto conto del grande numero d'ammalati cui suole dar luogo, l'influenza reclama viva attenzione per misure adeguate di profilassi e di cura.

Nel periodo di tempo tra l'una e l'altra pandemia si hanno piccole epidemie primaverili che sogliono avere carattere prevalentemente benigno. Le nostre popolazioni, abituate a queste forme attenuate, hanno preso la consuetudine di chiamare *influenza* i raffreddori febbrili dell'inverno e della primavera, estendendo spesso tale denominazione anche ai più comuni catarri. È stata accolta perciò con qualche scetticismo l'affermazione, che la presente epidemia sia dovuta ad *influenza*, in ragione della gravità presentata da alcuni infermi, delle morti verificatesi, e della sua comparsa nella stagione estivo – autunnale. Pure, se è vero che le epidemie di *influenza* sono più

frequenti nell'inverno e nella primavera, non è escluso che dominino anche nelle altre stagioni. Di 128 epidemie influenzali meglio studiate dai medici durante i secoli scorsi, 52 si sono sviluppate nell'inverno, 35 nella primavera, 24 nell'autunno e 17 nell'estate.

L'epidemia in corso.

L'ultima grande pandemia di influenza, come già si è accennato, si ebbe verso la fine del secolo scorso (1889-90) e si diffuse dall'Oriente in Europa verso Occidente attaccando quasi tutti gli Stati e producendo quasi ovunque una insolita mortalità. L'epidemia presente ha dato sul continente europeo i suoi primi casi in Francia ed in Germania alla fine dell'inverno e al principio della scorsa primavera (1918). La pubblica attenzione fu richiamata dai casi gravi comparsi con notevole frequenza, quando la malattia passò nella Spagna durante i mesi di aprile e maggio. [5] Da quando derivò il nome di *febbre spagnola*, cui gli stessi medici spagnuoli hanno tolto ormai ogni valore, riconoscendo anch'essi che si tratta di *influenza*.

In Italia cominciò nel mese di maggio in forma generalmente assai mite e quasi senza mortalità, con caratteri uguali alle comuni epidemie primaverili di *influenza*. Solo nei mesi consecutivi sono comparse le forme più gravi con complicazioni, specialmente polmonari, assumendo la maggiore intensità e diffusione sul declinare del settembre ed al principio d'ottobre. I segni, con cui essa suole cominciare nel massimo numero di casi, sono ben noti a tutti. Talvolta si ha solamente una vaga sensazione di malessere e fiacchezza, accompagnata con quei disturbi che sogliono indicarsi volgarmente come un *raffreddore di testa*. Tutta la malattia può fermarsi qui con qualche lieve aumento di temperatura, sicchè gli ammalati continuano ad attendere, sia pure di mala voglia, alle ordinarie occupazioni. Altre volte, specialmente se si trascurano questi primi sintomi, sono attaccate altre parti delle vie respiratorie con quei disturbi che vengono indicati come *raffreddore di gola e di petto*; dolore e bruciore alla gola ed alla parte alta del petto, voce rauca, tosse secca e molesta. In altre persone la malattia compare fin dal principio con maggiore intensità, e comincia proprio con questi segni, cui si accompagnano febbre piuttosto alta, forte dolore di testa, dolore alle spalle e ai fianchi come un reumatismo, grande perdita di forze. Un sintomo assai frequente è la emorragia nasale. La febbre e tutte queste sofferenze durano da quattro a otto giorni; segue poi una lunga convalescenza con grande senso di fiacchezza. Nei casi più intensi compaiono al quarto o al quinto giorno – od anche fin dai primi giorni di malattia – complicanze polmonari più gravi, che, segnatamente negli individui meno resistenti, possono volgere ad un esito funesto. Questo diviene specialmente frequente nelle ricadute, le quali sogliono verificarsi facilmente nelle persone che non si riguardano con cura durante la convalescenza. Più rare sono in questa epidemia le complicanze intestinali, mentre non sono comparse punto in Italia le forme [6] nervose a decorso rapidamente mortale, che hanno mietuto molte vittime in altre regioni d'Europa. Da

noi invece la mortalità è restata ovunque assai bassa in rapporto al gran numero di malattie; in media non superiore al 2-3 % dei colpiti,

* * *

Come difendersi dalla malattia.

L'estrema diffusibilità dell'infezione la grande disposizione dell'organismo umano a contrarla rendono assai difficile la difesa contro di essa, nè si possono ottenere quei risultati rapidi e decisivi, che attualmente i servizi profilattici bene organizzati raggiungono contro malattie più gravi e più temute.

L'azione delle autorità e quella dei cittadini.

L'azione delle Autorità e dei poteri pubblici può contribuire molto a limitare la diffusione; ma molta parte della difesa è affidata all'iniziativa diretta dei singoli cittadini.

Ed anzitutto non lotta contro l'epidemia, per non dire che la favorisce, chi ascolta le voci superstiziose ed esagerate, che si fanno correre, come se mali misteriosi minacciassero l'umanità. Vale qui la norma già divulgata per tutti i morbi infettivi: le preoccupazioni predispongono all'attacco, mentre la calma e la serenità dello spirito, la vita sobria ed ordinata sono tra i più efficaci mezzi profilattici.

Evitare gli ammalati, i convalescenti di influenza ed i loro oggetti di uso.

Bisogna aver presente, prima di ogni altra cosa, che il germe della malattia è contenuto nel muco delle vie respiratorie del malato, e si ritiene che vi rimanga pure dopo cessata la febbre, fino a che persiste la tosse od altro segno, che le condizioni non sono tornate al perfetto benessere. L'infermo ed il convalescente possono quindi proiettare il germe intorno a sé tossendo, starnutando, sputando od anche semplicemente parlando, poiché molte persone sogliono disseminare intorno goccioline di saliva, mentre parlano ad alta voce.

È necessario quindi che le persone sane si astengano dal visitare od avvicinare, senza assoluto bisogno, individui che sanno essere ammalati o convalescenti *d'influenza* e dal maneggiare oggetti appartenenti ad essi, specialmente indumenti, biancheria personale o di letto, asciugamani, bicchieri, stoviglie e simili. [7]

I sani ammalano più facilmente se si espongono a raffreddamenti e se le mucose del naso e della gola, che possono avere il primo contatto col germe, sono alterate nel loro stato normale di resistenza. Si deve cercare perciò di non esporsi, specialmente se sudati, a correnti di aria, e coprirsi in modo da difendere il nostro corpo contro i mutamenti di temperatura. Non si debbono trascurare le affezioni catarrali, anche lievi, del naso e della gola, che potrebbero maggiormente esporre a prendere malattie.

Evitare i luoghi pubblici ed i veicoli di trasporto molto affollati.

Poiché si è detto che le forme più comuni dell'influenza sono quelle lievi, e queste permettono spesso di attendere alle ordinarie occupazioni, è facile comprendere che ciascuno è esposto ad incontrare dovunque persone che starnutiscono, tossiscono, o spargono goccioline di saliva parlando o sputando, e che sono degli *influenzati* anche senza che essi medesimi lo sappiano. È prudente, perciò, durante l'epidemia, di evitare il più possibile i luoghi pubblici, dove queste persone sono specialmente pericolose addensandosi in un ambiente chiuso, ed i comuni mezzi di trasporto – treni, tranways ecc. – che spesso diffondono la malattia da paese a paese.

Le Autorità procedano ad una sistematica pulizia di questi locali e di questi veicoli con mezzi appropriati, che allontanino quello che vien detto abitualmente *sudiciume*, evitando di sollevare la polvere la quale può contenere varii germi morbosi ed essere respinta dalle persone, che debbono frequentare questi ambienti per consuetudine e necessità di vita.

Evitare molestie e pericoli ai vicini.

Queste persone debbono concorrere per la loro parte: evitando di sollevare la polvere; non sputando sul pavimento o, meglio, abituandosi a non sputare affatto; tossendo, o starnutando, od espettorando, se nel hanno necessità, nel proprio fazzoletto; abituandosi a parlare senza proiettare goccioline di saliva intorno a sé.

Queste quattro norme dovrebbero essere di già nelle [8] comuni abitudini di ogni persona pulita, che voglia risparmiare sensazioni sgradite e pericoli alle persone, con cui deve convivere o comunque venire a contatto, secondo il sano precetto di non fare agli altri ciò che non si vuole sia fatto a noi stessi.

Difesa contro i contatti inevitabili

Non è possibile perciò sottrarsi ai numerosi contatti quotidiani imposti ad ognuno dal proprio genere di vita. E necessario quindi curare in maniera specialmente scrupolosa, durante il periodo di epidemia, le ordinarie misure di nettezza, le quali hanno lo scopo di allontanare dal corpo umano i germi di malattia che vi capitano durante le varie contingenze della vita, e di impedire che essi penetrino e si fermino nell'ambiente domestico.

Intensificare la nettezza della persona

Tornando a casa, è indispensabile lavarsi accuratamente le mani con acqua e sapone. La lavatura delle mani, che è di fondamentale importanza come mezzo di lotta contro questa e le altre malattie infettive, conviene sia ripetuta nel giorno quante più volte è possibile, ed in ogni caso sempre dopo un contatto sospetto, e così pure prima di

mangiare. Si raccomanda inoltre vivamente di insaponarsi e lavarsi con cura anche il viso.

E pure ottimo consiglio ripulire più volte al giorno la bocca con una tenue soluzione antisettica, aiutando la pulizia dei denti con uno spazzolino, e fare dei gargarismi alcalini a scopo detergente o disinfettante a base di acido fenico, o di acqua ossigenata, o con soluzioni aromatiche preparate a regola d'arte, specie se si avverte irritazione alla gola*.

Curare la nettezza della casa.

Ogni diligenza va portata nella nettezza della casa e non solo della cucina e delle stanze da letto o di dimora, ma ancora e specialmente dei luoghi dove più spesso suole mancare la pulizia: depositi di immondizie, latrine, acquai, [9] angoli bui, ecc.. Bisogna che giungano dovunque la scopa ed il cencio umido, per portar via la polvere dal pavimento e dai mobili: maggior cura va portata negli ambienti dove non arrivano il sole e la luce naturale.

La nettezza scrupolosa e sistematica vale una disinfezione, e l'uso razionale della scopa e dello strofinaccio è il primo precetto igienico da osservarsi. Le disinfezioni vere e proprie dei locali sono necessarie, quando si verificano speciali circostanze. Vengono ordinate e consigliate dalle Autorità sanitarie o dai medici e debbono essere eseguite da personale ben pratico secondo speciali norme.

Va detto perciò che lo spruzzare disinfettanti sul pavimento ha un valore assai limitato, o nullo, e può essere nocivo se vengono adoperate sostanze che producono vapori irritanti della mucosa del naso, degli occhi, della gola. Invece ottimo mezzo di pulizia e disinfezione è il lavare i pavimenti con soluzione calda di soda al 4 %.

Quando si hanno ammalati in famiglia.

Chi ammalata di influenza deve mettersi a letto immediatamente e chiamare il medico. E ciò deve farsi anche per le forme più leggiere della malattia, sia perché così si evita meglio la comparsa consecutiva dei sintomi gravi, o, in ogni caso, se ne attenua il decorso, sia perché si risparmia agli altri il pericolo di infettarsi. Anche nei riguardi della propria famiglia, bisogna avere la fermezza di segregarsi in una stanza con pochi mobili e senza tappeti e con le persone strettamente necessarie all'assistenza, di tossire nel proprio fazzoletto, di raccogliere gli sputi in una sputacchiera. In tal modo si diminuirà nei propri cari il pericolo di ammalare; e va detto che spesso in una famiglia

* Ottime soluzioni che potrebbero entrare nel comune uso quotidiano sono le seguenti di semplice preparazione, che valgono a mantenere la bocca pulita e sana: 1° Acido fenico da gr. 0,25 a 0,50 in cento grammi d'acqua. 2° Acqua ossigenata allungata con altrettanta acqua distillata. In mancanza di queste sostanze si può anche usare l'acqua semplice con un po' di aceto di vino.

il primo caso è leggiero, ma i consecutivi, che si contagiano dal primo, divengono mano mano più gravi. Si raccomanda che le persone, le quali assistono il malato, indossino sui loro abiti una sopravveste ben chiusa che toglieranno prima di uscire dalla stanza di questo, lavandosi poi le mani accuratamente con acqua e sapone o con una soluzione disinfettante e seguendo le altre precauzioni consigliate dal medico.

Non abusare di medicamenti

Si raccomanda di astenersi dai medicamenti cosiddetti [10] preventivi; anche l'abuso dei purganti, di cui spesso si sente parlare, debilita l'organismo e può predisporlo alla infezione. Ed in genere nessun rimedio dovrebbe prendersi senza il consiglio del medico.

Le disinfezioni alla portata di tutti.

Il medico darà i consigli necessari per la disinfezione degli oggetti usati dall'ammalato o che sono nella camera di questo, e l'operazione riuscirà tanto più facile quanto minore sarà il numero dei mobili contenuti nello ambiente. Ma, in assenza del medico, un disinfettante è alla portata di tutti: la lisciva bollente, od in altri termini il bucato, per quegli oggetti che vi si possono sottoporre. Speciale riguardo deve aversi ai fazzoletti da naso come quelli che raccolgono maggiori quantità di materiale infettante.

* * *

I sette precetti della profilassi

I precetti si possono perciò riassumere così:

- 1). evitare il contatto coi malati e coi convalescenti d'influenza;
- 2). condurre vita sobria e ordinata, sfuggire qualsiasi intemperanza, evitare i luoghi chiusi di pubblico ritrovo di ogni genere, i viaggi non necessari, le cause perfrigeranti, ecc;
- 3). evitare molestie e pericoli ai vicini: non sollevando polvere nei locali frequentati; non sputando sul pavimento, e, possibilmente, abituandosi a non sputare affatto; starnutendo e tossendo solo nel proprio fazzoletto; parlando senza proiettare goccioline di saliva intorno a sé;
- 4). intensificare la nettezza della propria persona con particolare riguardo alle mani e alla bocca;
- 5). intensificare la nettezza della propria casa, confidando specialmente nel largo e continuo uso della scopa e dello strofinaccio umido; aerarla e soleggiarla;
- 6). non prendere medicinali senza prescrizione medica;

7). se si hanno malati in famiglia, curare che siano tenuti es assistiti nelle migliori condizioni d'isolamento possibile; e quando non si possa isolare il malato in una stanza appartata a sè, difendere almeno con pratici accorgimenti e con prevalente buona volontà le altre persone dalle mucosità infettanti del medesimo.

Intervento programmato

Fabrizio Cesareo

PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E GESTIONE DEL RISCHIO

Il fondamento del principio di precauzione, citato nell'art. 191 TFUE e nell'art. 301 D.Lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, c.d. Codice dell'Ambiente e da non confondere con il principio di prevenzione, risiede nella «consapevolezza che le conoscenze dell'uomo nel proprio agire in un determinato momento storico sono per definizione limitate, in quanto l'essere umano non è in grado di prevedere tutte le possibili conseguenze che da esso possono discendere»¹ e «la portata degli effetti delle proprie innovazioni tecnologiche e delle politiche economiche»².

Tale postulato risulta strettamente collegato con il fattore rischio, che mai come nell'anno della pandemia da Covid-19 si è imparato a conoscere, da assumersi, a sua volta, quale associazione inevitabile all'importante ruolo della contemporanea *societas*. Nel rischio vi sono due componenti: le conseguenze distruttive già in atto e l'elemento potenziale del rischio. In questo l'analisi economica del diritto ha concesso di sottolineare come anche l'attività economica sia «strettamente collegata al tempo, in quanto essa conosce un momento iniziale e finale ove il tempo intercorrente tra questi due limiti genera incertezza»³. Il rischio potrebbe, pertanto, definirsi come l'ipotesi che possano ingenerarsi conseguenze sfavorevoli per il soggetto. L'obiettivo resta, quindi,

¹ B. Bertarini, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, 2016, p. 5.

² S. Di Benedetto, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, Lecce, 2006, p. 11.

³ D. Lamanna Di Salvo, *L'influenza del fattore "rischio" nella gestione aziendale*, in C. Riviezzo (a cura di), *L'impresa in tempo di crisi. Riorganizzazione e strumenti di soluzione dell'insolvenza - Rapporti di lavoro, con banche e fisco*, Milano, 2010, p. 4.

quello di eliminare l'incertezza, quale «assenza, anche parziale, di informazioni rispetto a una situazione futura [...]»⁴.

La tutela della salute è un diritto previsto nella Carta sociale europea del 1961, che prevede un *minimum* nell'ambito della salvaguardia *multilevel* dei diritti economici e sociali, ove l'art. 11 sancisce il diritto alla protezione della salute stabilendo che sia compito degli Stati aderenti di adoperarsi e l'art 13 sancisce poi il diritto all'assistenza sociale e medica.

Nel 1999 la Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio ha fatto per esempio riferimento alla opportunità di porre in essere un *precautionary approach* in merito alla protezione dalle radiazioni non ionizzanti⁵.

Ma è la Comunicazione della Commissione (COM)2000 1 *final* che definisce il principio in oggetto come assunto di portata generale che trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che ci sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani (degli animali e delle piante) possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto. La COM mette in evidenza le sue due caratteristiche, vale a dire: a) «pervenire a decisioni proporzionate che assicurino il livello di protezione considerato appropriato»⁶; b) ricercare il giusto compromesso corrispondente alla tutela da apprestare.

Orbene, ciò che emerge è il conflitto tra la decisione politica di agire o di non agire e il come agire, atteso che poi il principio di precauzione deve essere posto in connessione con altri principi, quali: il principio di proporzionalità, il principio di non discrezionalità, il principio di coerenza ed il principio dell'esame dell'evoluzione scientifica. In questo le scelte tragiche costituiscono un'estrinsecazione pratica del conflitto anzidetto; ma questo meriterebbe un'analisi di ottimizzazione dei valori posti all'attenzione degli operatori, che si trovano a dover scegliere tra diritto alla salute, *ex art. 32, comma 1, Cost.* e diritto al libero esercizio di un'attività economica, *ex art. 41, comma 2, Cost.*

Peculiare è stato il terzo programma d'azione comunitaria in materia di salute pubblica, per il periodo 01/01/2014-31/12/2020, che non ha previsto un rinvio al principio *de quo* ma ha posto l'attenzione alla sola problematica della valutazione dei rischi correlati in *prima facie* alle minacce sanitarie transfrontaliere.

⁴ D. Lamanna Di Salvo, *L'influenza del fattore "rischio" nella gestione aziendale*, cit., p. 5; J. O'Riordan, J. Cameron, A. Jordan, *Reinterpreting the precautionary approach*, London, 2001, p. 3 ss.

⁵ C.M. Nanna, *Principio di precauzione e lesione da radiazioni non ionizzanti*, Napoli, 2003, passim.

⁶ D. Franzone, *Il principio di precauzione in diritto comunitario*, in A. Bianchi, M. Gestri (a cura di), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 8.

«La pandemia ha colto tutti alla sprovvista e, almeno in Italia, e in alcune sue Regioni, ha costretto le Autorità competenti ad un'opera di continuo raffronto tra “precauzione” e “proporzionalità” dell'azione conseguenziale necessariamente condizionata dall'”emergenza” che, nel frattempo, era già prevalsa sul “rischio”. Ne sono derivati provvedimenti davvero eccezionali, tutti giustificati dalla suprema ratio della tutela della salute pubblica e della necessità di garantire la tenuta del sistema sanitario e, gradatamente, volti a comprimere sempre di più talune libertà che si sono sempre considerate intangibili, costringendo ciascuno di noi a non fermarsi a leggere solo la prima parte delle norme che le contemplano ma a spingersi oltre, cogliendone i limiti. Così, accade ora per la “libertà di circolazione” che, per l'art. 16 Cost., può essere limitata per “motivi di sanità e di sicurezza”; o, in generale, per tutte le altre prerogative personali e collettive che ne risultano menomate – *privacy*, vita di relazione, istruzione ed attività culturali che corredano il nostro sapere, iniziativa economica – e che potrebbero essere ricondotte alla clausola aperta dell'art. 2 Cost. ed alle Convenzioni europee sulla tutela dei diritti delle persone»⁷.

«Tuttavia, sul piano della tutela dei diritti e degli interessi in giuoco, decisivo è sempre stato il ruolo della Corte costituzionale, la cui interpretazione è stata sempre orientata a garantire che il principio stesso, nel necessario bilanciamento, non sia mai “prevalente” quanto piuttosto considerato in maniera tale che il diritto o le libertà compresse non vengano troppo menomati, soprattutto nei casi in cui, nella valutazione del rischio, persista l'incertezza scientifica»⁸.

Pertanto, il principio di precauzione può rappresentare realmente l'utile strumento di gestione del rischio, cd. *risk management* e questo consentirebbe di fatto di allontanarsi dai classici dogmi della dottrina privatistica, ma solo in virtù di un'applicazione non assolutistica e connotata da un'accezione negativa di questa “norma”.

⁷ T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, s.i. 1, 2020, pp. 597-598.

⁸ T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, cit., p. 599.

II SESSIONE

SCELTE TRAGICHE, SCELTE INFELICI E DIRITTO PENALE

Maurizio Carbone

INTRODUZIONE

La pandemia, anche nel capo del diritto penale, ha da un lato introdotto temi nuovi e dall'altro ha offerto l'occasione per approfondire antiche tematiche, in particolare per tutto quello che attiene alla responsabilità per colpa medica.

Già nei primi mesi del diffondersi dell'epidemia da Covid-10 gli Uffici di Procura sono stati chiamati ad elaborare dei protocolli investigativi per affrontare il fenomeno della colpa medica, rispetto alla eccezionalità della pandemia, su sollecitazione della stessa Procura Generale della Cassazione che ha anche indicato delle linee guida sul punto.

Durante la prima ondata di contagi sono pervenute presso gli Uffici di Procura numerose denunce per colpa medica per le quali si è reso necessario individuare dei criteri omogenei di trattazione, pur tenendo conto delle varie specificità nelle diverse realtà territoriali.

La maggiore problematica è stata certamente quella di verificare l'applicabilità dei normali criteri della responsabilità colposa, così come delineati dalla legge Gelli-Bianco, rispetto ad una situazione eccezionale nella quale occorre una attenta individuazione delle norme precauzionali, in presenza di un fenomeno pandemico di cui sono sconosciuti origine, effetti e conseguenze.

Questo impone una particolare difficoltà nella individuazione della norma precauzionale da osservare e dell'accertamento della sussistenza del nesso di causalità tra la violazione della norma precauzionale e l'evento lesivo (morte o lesione). Occorre altresì verificare, per accertare eventuali responsabilità colpose, se il comportamento dei sanitari possa, in alcuni casi, considerarsi inevitabile o non altrimenti esigibile,

quale conseguenza di possibili disfunzioni organizzative imputabili alle autorità sanitarie, locali e nazionale. Occorre pertanto accertare se tali disfunzioni organizzative possano essere causalmente collegate alla condotta dei sanitari e ancor di più con l'evento lesivo. Accertamento, come detto, reso particolarmente problematico in presenza di una pandemia dal carattere massivo per la quale non esistono sperimentazioni pregresse né evidenze scientifiche.

E allora quali categorie giuridiche di tipo penalistico vanno applicate al sanitario che opera in mancanza di posti letto o di risorse sufficienti in una situazione di necessità, che può comportare da parte sua delle scelte tragiche: nel dovere, in mancanza di adeguate risorse, operare a favore di un paziente piuttosto che di un altro, pur agendo nel massimo delle proprie disponibilità?

Nella prima parte di questa sessione i nostri autorevoli relatori cercheranno di dare una risposta proprio a questi quesiti.

Questa malattia tra le sue caratteristiche ha avuto anche quella di allontanare il paziente dai propri cari, dai propri affetti, aumentandone la sofferenza. In questa situazione di particolare sofferenza il paziente può decidere in ordine alla propria vita e porre fine alla propria sofferenza?

Nella seconda parte di questa sessione saranno esaminati i maggiori orientamenti giurisprudenziali ed i casi pratici in materia di accanimento terapeutico, della sedazione profonda e continua, del rifiuto di trattamenti necessari per la sopravvivenza, fino ad arrivare all'aiuto attivo al paziente, affinché questi raggiunga la morte per mano propria.

Sappiamo che spesso la magistratura si è dovuta sostituire in tante occasioni sui temi della bioetica, in assenza di interventi legislativi più volte invocati. Il primo fondamentale intervento si è avuto, come è noto, per mano della giurisprudenza civile, con la sentenza n. 21748 della Cassazione sul caso Englaro del 16 ottobre del 2007, nella quale si è evidenziato il diritto al consenso informato, quale espressione del fondamentale principio personalistico che implica la facoltà per il paziente di rifiutare la terapia e decidere consapevolmente di interromperla in tutte le fasi della vita anche in quella terminale.

Soltanto dopo tale prima sentenza vi è stato l'intervento del legislatore con la legge 22 dicembre 2017 n. 219 che ha procedimentalizzato in materia di consenso informato la possibilità di rifiutare i trattamenti necessari alla propria sopravvivenza, per poi giungere alla sentenza n.242 del 2019 della Corte Costituzionale sul caso Cappato, che ha previsto la parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p.(istigazione o aiuto al suicidio) nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità della legge sul consenso informato, agevola la esecuzione del proposito suicida, autonomamente e liberamente formatosi in una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e

affetta da patologie irreversibili, che voglia volontariamente e consapevolmente porre fine alle proprie sofferenze psichiche e fisiche, intollerabili.

RELAZIONI

Lucia Risicato

MORS TUA, VITA MEA, MORIRE CON IL COVID PER L'ASSENZA DI POSTI LETTO. PROFILI DI RESPONSABILITÀ DEL "RIANIMATORE"

ABSTRACT

La pandemia da Covid-19 ha creato un'inedita situazione planetaria di rischio colposo, in cui un virus ancora parzialmente sconosciuto s'interseca con comportamenti umani irresponsabili generando nuove regole precauzionali di condotta che hanno ridefinito il nostro stesso stile di vita. Nelle attività medico-chirurgiche si riscontra, per un verso, l'estraneità dell'art. 590 *sexies* c.p. all'emergenza coronavirus e, per l'altro, la presenza drammatica di conflitti di doveri tipici dello stato di necessità scusante. Ove il rianimatore non riuscisse a curare più pazienti egualmente bisognosi di cure non potranno entrare in gioco valutazioni utilitaristiche legate all'età del paziente, ma solo alla gravità delle sue condizioni: anche in chiave di esclusione della colpevolezza, la materia trattata non è uno "spazio libero dal diritto". Occorre quindi un'interpretazione rigorosa del requisito

The Covid-19 pandemic has created an unprecedented global situation of culpable risk, in which a partially unknown virus is intertwined with irresponsible human behavior, generating new precautionary rules that have redefined our own lifestyle. In medical surgical activities, we note on the one hand the strangeness of art. 590 *sexies* i.c.c. to the coronavirus emergency and, on the other hand, the dramatic presence of conflict of duties typical of the state of necessity. If the resuscitator doctor fails to treat more patients in need of treatment, utilitarian evaluations linked to the patient's age cannot be taken into consideration (unlike the severity of the general conditions of the patient): this matter is not "a space free from law", also in the perspective of the exclusion of *mens rea*. Therefore, a rigorous interpretation of the gravity of risk is required, so that the

dell'attualità del pericolo, di modo che la scelta non sia più tra una vita più "meritevole" e l'altra, ma tra il salvarne una o nessuna.

choice is no longer between a more "worthy" life and another, but between saving one life or none.

PAROLE CHIAVE

Pandemia – Stato – Necessità

Pandemic – State – Need

Sommario: 1. Qualche inquietante spunto di riflessione tratto dalle cronache recenti. - 2. La pandemia come emergenza caratterizzata da un rischio strutturalmente colposo. - 3. L'estraneità dell'art. 590 sexies c.p. all'emergenza coronavirus: a) l'assenza di linee guida. - 4. Segue: b) la difficile qualificazione dell'imperizia e l'impossibile bilanciamento tra adeguatezza delle cure e caso concreto. - 5. Conflitto di doveri e stato di necessità. - 6. L'emergenza pandemica e le scelte al triage. - 7. Colpa medica ed emergenza pandemica: una nuova riforma per un settore tormentato? - 8. La vera china scivolosa e i suoi rischi

1. L'importanza cruciale del tema che stiamo trattando – che va ben oltre la responsabilità del rianimatore, riproponendo l'atroce questione degli esseri umani "di serie B" – è illustrata dalle sconcertanti cronache delle ultime settimane.

Lo scorso 24 ottobre la Svizzera sceglie di negare la rianimazione agli anziani malati di coronavirus: così dispone il documento elaborato dall'Accademia svizzera delle scienze mediche e dalla Società svizzera di medicina intensiva per le ipotesi di saturazione dei reparti di terapia intensiva causata dall'emergenza Covid. A pagina cinque del documento sono indicate le tipologie di pazienti destinati a non essere ricoverati in terapia intensiva: «età superiore a 85 anni. Età superiore a 75 anni accompagnata da almeno uno dei seguenti criteri: cirrosi epatica, insufficienza renale cronica stadio III, insufficienza cardiaca di classe NYHA superiore a 1 e sopravvivenza stimata a meno di 24 mesi». A livello A, letti in terapia intensiva disponibili ma risorse limitate, i criteri per non essere ammessi alla rianimazione sono più gravi. Tra gli altri: «arresto car con aspettativa di vita inferiore a 12 mesi, demenza grave, insufficienza cardiaca di classe NYHA IV, malattia degenerativa allo stadio finale». Si tratta, come tra poco vedremo, di uno scenario non del tutto alieno dalla drammatica realtà dei reparti di terapia intensiva italiani soprattutto durante la prima ondata di coronavirus.

Lo scorso primo novembre (data peraltro emblematica), con un *tweet* infelicissimo, il presidente della Regione Liguria Giovanni Toti commenta i decessi nella sua regione osservando che in maggior parte si trattava di anziani, «non indispensabili allo sforzo

produttivo del Paese». *Lapsus* freudiano? Si sta davvero facendo avanti, in modo carsico, l'idea che esistano soggetti "sacrificabili", "non necessari" in emergenza sanitaria? E come deve regolarsi l'anestesista rianimatore?

Nella situazione attuale, è centrale il rapporto tra il comportamento del medico e lo stato emergenziale, che, soprattutto in determinate zone del Paese, ha impedito che la macchina sanitaria statale rispondesse tempestivamente ed in modo adeguato. Si fa riferimento in particolare al concetto di "scelta tragica", che per consuetudine trova spazio in ambito medico (si pensi, ad esempio, alle situazioni in cui si sia dovuto decidere se curare X e non Y, oppure a quando si sia dovuta rifiutare l'ospedalizzazione di un soggetto non acuto per mancanza di posti, soggetto che poi, proprio in ragione di ciò, si sia successivamente acutizzato); ci si domanda, quindi, come regolarsi in presenza di una *standardizzazione* della situazione straordinaria, dove la "scelta tragica" perde il suo carattere di eccezionalità diventando regola meritevole di tipizzazione.

2. La diffusione su scala mondiale del COVID-19 ha determinato una situazione di emergenza sanitaria, reale e grave, senza precedenti¹. È stato correttamente osservato, a riguardo, che in questo caso un virus s'interseca con comportamenti umani irresponsabili ma quasi sempre involontari, dando vita a un rischio strutturalmente colposo che pone problemi di gestione e "contenimento"²: si è così verificata un'inedita restrizione delle libertà fondamentali mirata a contrastare le cause stesse dell'emergenza, accompagnata in un secondo momento (c.d. fase 2) dall'adozione di rigorose regole precauzionali volte a *limitare* la propagazione di un virus che potrà essere neutralizzato solo da un vaccino (o da sue imponderabili quanto al momento improbabili mutazioni *in mitius*).

L'emergenza implica, di regola, una deroga alle garanzie: un'eccezione da rischio colposo che si è rivelata, nel caso di specie, assai più insidiosa di quella derivante da fatti dolosi di terzi. Nel caso peculiarissimo della colpa medica, tuttavia, questa emergenza implica anche una deroga alla disciplina penalistica, per dir così, "ordinaria", per assoluta eccentricità del fenomeno Sars-Cov2 rispetto all'usuale perimetro della responsabilità del personale sanitario. Al contempo, la pandemia ha

¹ Sul rapporto tra emergenza sanitaria da Covid-19 e responsabilità penale del medico v., da ultimo, l'ampio studio monografico di A. De Lia, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020, spec. pp. 111 e ss., 305 e ss., 402 e ss. Per quanto concerne il rapporto tra colpa e attività medica – sulla base di originali chiavi di lettura dei rapporti tra errore umano e responsabilità colposa - v. da ultimo D. Falcinelli, *Il disegno penale della colpa umana*, Pisa, 2020, 228 e ss., e C. Iagnemma, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nella gestione dell'illecito colposo*, Pisa, 2020, 128 e ss.

² Così, diffusamente, R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020, 4.

permesso di evidenziare ben altre falle all'interno delle strutture sanitarie, legate alla responsabilità organizzativa di nosocomi e RSA.

La prima questione che denuncia l'estraneità del COVID-19 ai confini ordinari della responsabilità colposa del medico è l'irriducibilità di un fenomeno patologico straordinario, parzialmente sconosciuto e dall'andamento imponderabile entro linee guida consolidate.

3. La natura inaffidabile e caotica delle linee guida³, sospese tra direttive deontologiche, istanze di *spending review* sanitaria e migliore interesse del paziente, era nota alla giurisprudenza della Cassazione ben prima dell'entrata in vigore della legge Balduzzi: i giudici della IV Sezione penale hanno sempre ribadito, nel corso del tempo, il ruolo non tassativo e nemmeno vincolante delle linee guida, nella constatata impossibilità di irreggimentare l'*ars medica* in protocolli generali e astratti che prescindano dalle peculiarità irripetibili del caso concreto e soprattutto nella consapevole necessità di evitare pericolosi automatismi di affermazione o di esclusione della responsabilità. Fino all'entrata in vigore della l. 189/2012, poi, non era affatto chiara l'interazione tra linee guida genericamente intese e regole cautelari dell'arte medica: vero è che il richiamo espresso contenuto a tale sistema nel corpo dell'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi poteva suggerire l'impressione dell'inglobamento delle linee guida tra le *discipline* di cui all'art. 43 c.p.⁴, ma la giurisprudenza dominante ha sempre preferito qualificarle come norme di contenuto solo *eventualmente* cautelare, utili come parametro logico per la successiva e distinta ponderazione di negligenza, imprudenza e imperizia del personale sanitario.

La legge Gelli-Bianco, col dichiarato intento di fugare il disorientamento del sanitario tra linee guida "buone" e "cattive", non distinte dalla legge 189/2012 in base alla loro fonte di provenienza, si è premurata all'art. 5 di stabilire un sistema di accreditamento formale, monitoraggio e aggiornamento delle *guidelines*, partito con grande ritardo e tuttora incompleto. Il sistema di accreditamento in questione non è esente, a sua volta, da forti riserve critiche proprio per l'irriducibile mutevolezza dell'istituto, destinato a cambiare fisionomia in rapporto a contesti di incertezza scientifica come quello che ci interessa.

L'emergenza COVID non è ancora riconducibile, nell'attuale momento storico, a linee guida consolidate: è incerta la genesi – probabilmente zoonotica - del virus, incerto il

³ Per tutti, v. A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, Torino 2012. Si veda, più di recente, la sintesi critica di L.A. Terrizzi, *Le linee guida in funzione espansiva del diritto penale: quando l'Unglück si trasforma in Unrecht*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, fasc. 7-8/2019, 107 e ss.

⁴ In questo senso, da ultimo, pare invece orientato A. De Lia, *Il rapporto di tensione*, cit., 197 e ss.

potenziale lesivo del virus in rapporto alle risposte immunitarie individuali, incerta la correlazione tra l'aggressività della patologia respiratoria da esso generata e fattori esterni come la densità abitativa o l'inquinamento, incerta la cura (nonostante gli orizzonti incoraggianti degli anticorpi monoclonali). Incerti sono persino i tempi di "copertura" del vaccino, la sua efficacia in rapporto alle numerose varianti del virus e il monitoraggio del contagio al di fuori di generiche regole di prudenza che impongono distanze sociali e dispositivi in grado di limitare lo scambio di fluidi corporei.

Risulta soprattutto materialmente impossibile che le linee guida in materia, ancora nebulose, vengano tempestivamente definite e accreditate ai sensi di legge: la diffusione di un'infezione nuova, contagiosissima e con un tasso di mortalità variabile in base all'interazione di concause ancora in parte sconosciute, si è tradotta per molti mesi in una fisiologica assenza di indicazioni cliniche consolidate e nella prescrizione di farmaci *off-label* pensati e sperimentati per la cura di altre patologie⁵. Beninteso, il Sistema Nazionale delle Linee Guida ha creato, nella sezione "buone pratiche" (sussidiarie rispetto alle linee guida), una pagina dedicata al *Corona Virus Disease*, ma la strada per l'applicazione proficua del 590 *sexies* è ancora tutta in salita⁶ e del tutto infruttuosa rispetto alla frequente contestazione del delitto di epidemia colposa di cui all'art. 452 c.p. (escluso *a priori* dall'ambito applicativo dell'art. 590 *sexies*)⁷.

4. Anche gli altri elementi strutturali dell'art. 590 *sexies* c.p. sono inconciliabili con la contingenza sanitaria da coronavirus. Tra le qualifiche normative della colpa, l'*imperizia* è la più problematica, non solo per la sua delicata latitudine concettuale ma soprattutto per i criteri di accertamento: è una negligenza o imprudenza qualificata dal possesso di peculiari nozioni tecnico-scientifiche. Nel contesto delle attività sperimentali "incerte", è proprio la persona "qualificata" a dover ricavare ed applicare una regola cautelare non desumibile in base a criteri astratti di prevedibilità e prevenibilità dell'evento, con tutte le difficoltà che ne derivano sul piano dell'accertamento della responsabilità.

L'imperizia da inadeguata gestione del rischio preventivo e terapeutico del COVID-19 non poggia certo su consolidati riferimenti interpretativi: essa sarà individuabile solo *ex post* sulla base di dati attualmente non conoscibili e certo non conosciuti agli stessi sanitari al comparire dei primi casi acclarati. Di grande utilità potrebbe invero rivelarsi il correttivo ermeneutico della rilevanza penale dei soli casi di imperizia *grave ex art.*

⁵ Così efficacemente G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema penale*, fasc. 5/2020, 14.

⁶ G. M. Caletti, *loc. ult. cit.*

⁷ In questo senso, v. ancora diffusamente A. De Lia, *Il rapporto di tensione*, cit., 111 e ss., cui si rinvia per una più dettagliata trattazione dei profili teorico-generalisti della questione.

2236 c.c., proposto dalle sentenze “Tarabori”⁸ e “Mariotti”⁹ della Suprema Corte come criterio sistemico per la graduazione della responsabilità penale del sanitario. Esso però dovrà meglio essere valorizzato in sede di colpevolezza, per limitare la rimproverabilità di condotte oggettivamente colpose realizzate in presenza di variabili contestuali imponderabili, legate alla mutevolezza del quadro patologico e all’esiguità delle risorse disponibili: condizioni sicuramente sussumibili nel concetto di *speciale difficoltà della prestazione* di cui all’art. 2236 c.c. e dotate, per loro natura, di un ambito di estensione sensibilmente più vasto di quello – assai angolato – dell’art. 590 *sexies* c.p.

La dissociazione tra misura oggettiva e soggettiva della colpa trapela, in verità, anche nell’ultimo elemento costitutivo dell’art. 590 *sexies* c.p.: il riferimento all’adeguatezza delle cure al caso concreto si riferisce a casi in cui, in base a una valutazione *ex ante*, la scelta terapeutica appaia idonea a garantire il buon esito della cura. Sin dall’entrata in vigore della disposizione, si discute nondimeno sulla soglia di errore *tollerabile* da parte del sanitario, che ci riporta all’emergenza sanitaria in corso: in presenza di una patologia le cui manifestazioni variano in modo drammatico da individuo a individuo, in cui il quadro clinico di un paziente “stabile” precipita in poche ore fino alla ventilazione assistita e alla morte, in cui l’esiguità delle risorse sanitarie pone il rianimatore nella necessità di scegliere quale paziente ventilare, l’adeguatezza delle cure è un dato assolutamente velleitario. Non è certo un caso se uno dei problemi più tragici legati all’emergenza da COVID si giochi sul terreno scivoloso dello stato di necessità.

5. L’esplosione dell’epidemia, unitamente ai limiti di strutture sanitarie martoriata dalla *spending review*, ha posto l’angosciante problema della scelta dei pazienti da affidare alla ventilazione assistita, in base a criteri non arbitrari seppur opinabili. Sugli operatori sanitari si è così abbattuta la scelta tra chi curare e chi no¹⁰: una decisione che sovverte

⁸ Cass. Pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017, n. 28187 (dep. 7 giugno 2017). Tra i numerosi commenti alla pronuncia *de qua*, v. L. Risicato, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, 2201 e ss., e G. M. Caletti- L. Mattheudakis, *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369 e ss.

⁹ Cfr. SS.UU., sent. 21 dicembre 2017 – 22 febbraio 2018, Mariotti, n. 8870.

¹⁰ Le situazioni in cui la “scelta tragica” si è (im)posta sono essenzialmente di due tipi. Il primo è quello del c.d. *triage* in emergenza pandemica, ove due o più malati COVID necessitano dell’unico supporto respiratorio disponibile. Il secondo, simile ma probabilmente ancora più drammatico, riguarda invece il caso in cui non esistano supporti respiratori disponibili a fronte di uno o più malati in sopravvenute condizioni critiche. In questa peculiare ipotesi, assistere uno o più tra i nuovi malati impone la scelta di staccare dal ventilatore persone con limitate *chances* di sopravvivenza (anziani, immunodepressi, etc.). Sulla questione v. ancora G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., 7 e s.

il principio di autodeterminazione responsabile, chiamando invece in causa l'antico brocardo *necessitas non habet legem*¹¹.

Solo apparentemente la materia in esame evoca il concetto, tipicamente bioetico, di "spazio libero dal diritto"¹², soffermandosi invece sulla ricerca di un filo conduttore che possa guidare i medici nella scelta della vita da salvaguardare a scapito di altre. Su tale filo, come meglio vedremo tra breve, le strade della Società scientifica degli anestesisti e rianimatori (SIAARTI) e quella del Comitato nazionale di bioetica paiono divergenti: la prima, nelle proprie raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi e alla loro sospensione, fornisce indicazioni fondate su dati il più possibile oggettivi per limitare l'arbitrarietà delle scelte del sanitario; il secondo, invece, propone un criterio clinico temperato dalla necessità di disporre adeguatamente delle risorse disponibili. Ogni ulteriore elemento discriminante (età, sesso, condizioni generali di salute) è sì ritenuto eticamente inaccettabile, ma rischia fatalmente – in special modo l'età – di essere "recuperato" nella valutazione delle chances di salvezza del singolo paziente.

Ora, ferma restando la possibilità teorica, per il sanitario, di rispondere di un eventuale eccesso colposo nel caso in cui il bilanciamento tra bene salvato e sacrificato sia stato fondato su valutazioni eccentriche¹³, pare evidente che il perimetro di applicabilità dell'art. 54 c.p. coincida con la sua – limitata ma indiscutibile – dimensione scusante, legata ad una *costrizione* fondata sull'*inevitabilità* del pericolo involontario e attuale di un danno grave alla persona e sulla ricaduta dell'azione necessitata su un terzo innocente. Vero è che tra le cause di giustificazione l'art. 54 c.p., per la sua "amoralità" di fondo, è la norma che più si avvicina alla creazione di uno spazio libero dal diritto, ma la scelta che i medici sono chiamati a compiere non è e non può essere mai priva di conseguenze: né per il medico, né per la struttura sanitaria.

6. Le scelte emergenziali del medico in emergenza pandemica rientrano, per molti aspetti, tra i casi "classici" di conflitto di doveri, la cui soluzione è legata per un verso al rango dei beni in conflitto e, per l'altro, alla ragionevole considerazione dell'entità

¹¹ Per tutti, A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963; E. Mezzetti, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" e "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, e F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

¹² In argomento, tra gli altri, M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 903 e ss, e A. Vallini, *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2020, 208 e ss.

¹³ Sul punto v. G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.c. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, n. 4, 12 e ss., e M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Legislazione Penale*, n.6/2020.

del pericolo che li minaccia. L'arrivo in pronto soccorso di pazienti che necessitino di presidi respiratori insufficienti ha implicato che solo parte dei malati gravi abbia ricevuto il supporto respiratorio indispensabile per sopravvivere¹⁴. Nelle aree geografiche più colpite dall'epidemia, il *triage* del pronto soccorso non ha solo definito la gerarchia temporale degli interventi sanitari, ma il confine stesso tra vita e morte. Nella medicina delle catastrofi, l'autodeterminazione del paziente cede il passo alle logiche della comunità, con il medico come unico arbitro.

Il problema è che i beni in gioco hanno lo stesso valore, e che la loro "sacrificabilità" dipende da una valutazione probabilistica delle *chances* di guarigione: ciò sia nel caso in cui esistano diversi pazienti tutti bisognosi dell'unico ventilatore disponibile, sia nella differente ipotesi in cui il ventilatore – in astratto indisponibile – debba essere "sottratto" ad altro paziente intubato in condizioni disperate. La SIAARTI ha, di recente, prospettato – in linea con quanto avvenuto in altri Paesi europei¹⁵ - l'esigenza di porre un limite di età agli ingressi in terapia intensiva, precisando che non si tratterebbe di una scelta assiologica ma della mera necessità di assicurare le risorse disponibili a chi può avere più anni davanti a sé. Il Comitato Nazionale di Bioetica ha invece raccomandato l'utilizzo del criterio *clinico* come più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse¹⁶, riportando il tema nei confini "classici" dello stato di necessità.

Merita poi di essere qui ricordata la posizione di chi ha sostenuto che, «nel fuoco dei doveri confliggenti, per l'ordinamento risulta in definitiva più importante il rispetto del divieto di ledere una posizione di diritto fondamentale del cittadino – quale quella discendente dall'art. 32 Cost. – rispetto all'inadempimento dell'obbligo di soccorrere chi tale soccorso rifiuti»¹⁷. Primo criterio per tentare di risolvere l'*impasse* in esame è dunque quello della tutela prioritaria del diritto alla salute non solo nei casi in cui il paziente non abbia avuto il tempo materiale di prestare il proprio consenso, ma anche nel caso in cui questi rifiuti terapie salvavita (si pensi alla sconcertante ma non infrequente ipotesi del paziente "negazionista")¹⁸. Non c'è tuttavia dubbio che, nel conflitto tra due pazienti in gravi difficoltà respiratorie, il soccorso al "consenziente" abbia priorità su quello al "dissenziante".

¹⁴ In argomento, cfr. soprattutto le interessanti considerazioni critiche di G. M. Caletti, *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2020, 616 e ss.

¹⁵ *Supra*, § 1.

¹⁶ Si veda, in special modo, CNB, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, in www.bioetica.governo.it, 9 aprile 2020. La redazione del parere è stata coordinata dai Proff.S tefano Canestrari, Carlo Casonato, Antonio Da Re, Lorenzo d'Avack, Assunta Morresi, Laura Palazzani, Luca Savarino.

¹⁷ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 528.

¹⁸ In tal senso, richiamando la nota sentenza SS.UU. "Giulini" del 2008, A. De Lia, *Il rapporto di tensione*, cit., 312.

L'unica ipotesi davvero problematica, davanti alla quale il diritto non riesce a formulare alternative o criteri graduali e univoci di soluzione, riguarda il caso da cui siamo partiti, in cui sia la struttura sanitaria non riesca a curare pazienti nelle medesime condizioni e urgentemente bisognosi di cure. Occorre ricordare che la dottrina prevalente ritiene tuttora inammissibile un giudizio di proporzione che abbia ad oggetto la vita umana, in considerazione del suo valore incomparabile con qualsiasi altro bene neanche nell'ambito della più "immorale" delle cause di giustificazione¹⁹. Il rischio di decidere in base a parametri extragiuridici è qui nei fatti, per nulla rassicurante (come, del resto, la previsione – assai facile – di un ennesimo intervento di supplenza della magistratura in assenza di disposizioni legislative *ad hoc*). Anche nella sua dimensione scusante, lo stato di necessità dovrà fondarsi su un'interpretazione rigorosa del requisito dell'attualità del pericolo, legata alla «pressoché certa impossibilità di sopravvivenza del soggetto che viene staccato dal respiratore, di modo che la scelta non sia più tra due vite umane, ma tra il salvarne una o nessuna»²⁰.

7. La pandemia da COVID-19 ha letteralmente messo in ginocchio il nostro disastroso sistema sanitario nazionale. Il personale sanitario, già a ranghi ridotti, è stato costretto a turni di lavoro massacranti esponendosi al rischio di contrarre il virus e rimanendone spesso vittima. Carenti le condizioni minime di igiene e sicurezza, i protocolli e i limitati presidi anti-contagio. La drammatica assenza di posti letto s'innesta in un contesto che continua a vedere un numero elevatissimo di decessi nonostante il monitoraggio dei contagi e le perduranti restrizioni alla libertà personale.

In prospettiva, occorrerà per un verso evitare la creazione di comodi quanto imbarazzanti capri espiatori e, per l'altro, assicurare un approccio rispettoso delle istanze da tempo evidenziate dalla migliore dottrina: colpevolizzare l'attività medica in modo ipertrofico incentiva la prassi della medicina difensiva, e in questo senso serve a poco la creazione di cause di non punibilità dall'ambito di applicazione ossimorico o addirittura – come nel caso di specie – eccentrico.

Siamo di fronte a una situazione talmente grave da determinare un complesso di rischi non gestibili neanche attraverso la massima diligenza esigibile²¹. E tuttavia la ventilata creazione di "scudi" per assicurare l'impunità da COVID ai sanitari non può che lasciare perplessi, specie considerata la parallela necessità di non obliare la tutela anche penale della vita e della salute dei pazienti. In prospettiva *de iure condendo*, come ribadito da tempo, la soluzione più affidabile è quella di limitare la responsabilità per negligenza, imprudenza e imperizia del sanitario ai soli casi di colpa *grave*. Verso questa soluzione convergono, da un lato, la recente rivalutazione del ruolo sistemico

¹⁹ V. tra gli altri, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2015, 44 e ss.

²⁰ Così, efficacemente, G. M. Caletti, *Il triage in emergenza pandemica*, cit., 619.

²¹ A. De Lia, *Il rapporto di tensione*, cit., 323.

svolto dall'art. 2236 c.c. anche nel quadro anomalo dell'art. 590 *sexies* c.p. e, dall'altro, la tendenza della giurisprudenza a valorizzare il *grado* della colpa di cui all'art. 133 c.p. per dare corpo a un concetto per troppo tempo ritenuto velleitario o inafferrabile. La selezione del grado della colpa è uno strumento efficacemente collaudato, anche a livello internazionale, di riduzione del rischio penale dei sanitari, ma resterà poca cosa se non sarà accompagnato da una nuova idea corale della responsabilità medica come responsabilità da rischio lecito e, soprattutto, da una rivalutazione assiologica e finanziaria della sanità come ganglio cruciale del *welfare*.

8. Da quanto abbiamo appena accennato emerge una potenziale *slippery slope* dagli effetti devastanti, ben diversa da quella in astratto prospettabile nel diverso territorio dell'aiuto al suicidio di soggetti affetti da malattia irreversibile. Decenni di scellerata *spending review* sanitaria pongono i medici e le strutture sanitarie nella terribile condizione di dover scegliere, in casi estremi, chi salvare e chi sacrificare. Il *milieu* culturale prevalente sembra orientato verso la tutela dei giovani e forti a danno di anziani e malati. Il resto lo fa la sperequazione economica: nel mondo le morti da coronavirus aumentano esponenzialmente tra i più poveri, tra gli esclusi dalle cure sanitarie per censo prima ancora che per età. Il pensiero corre, pur nella diversità delle situazioni, al terribile libello di Karl Binding e Alfred Hoche sull'annientamento delle vite "prive di valore"²², che fu il prodromo di ben altro tipo di selezione eugenetica.

Il pericolo – non da poco - è quello che la malattia esaspera, per un verso, scelte politiche ed economiche errate solleticando, per altro, antiche tentazioni di genere completamente diverso. Certo è che il medico non può e non deve diventare strumento di questo ingranaggio perverso: non può essere colpevolizzato o demonizzato, ma non può nemmeno essere assolto da ogni tipo di responsabilità. Il problema, prima ancora che giuridico, è culturale e politico: spetta allo Stato, come ribadito dalla Cedu²³, il compito di evitare lo iato tra il diritto – fondamentale e irrinunciabile – alle cure e la mercificazione dei servizi sanitari. L'unico rischio inaccettabile, in questo contesto, è la degenerazione quantitativa e qualitativa delle cure per i soggetti più deboli. Questo rischio dovrebbe essere neutralizzato da noi tutti, a cominciare dai medici.

²² K. Binding, A. Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.

²³ Per tutte, Grande Camera, sentenza *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, 19 dicembre 2017.

Giandomenico Dodaro

MORS TUA, VITA MEA, MORIRE CON IL COVID PER L'ASSENZA DI POSTI
LETTO. LINEE DI FUGA DELLA RESPONSABILITA' LUNGO LA CATENA DI
"COMANDO E CONTROLLO" DELLA SANITÀ

ABSTRACT

L'articolo si interroga sulla responsabilità politica e penale dei governanti nel controllo della pandemia da Covid-19. La complessità dell'imputazione colposa di reati contro la persona o l'incolumità pubblica, dovuta a *deficit* di tipo cognitivo od organizzativo e alla natura discrezionale delle decisioni politiche dei soggetti istituzionali, induce alla massima cautela nell'intraprendere la strada della giustizia penale per sindacare l'organizzazione della Sanità ed eventuali responsabilità e suggerisce di fare il possibile per riportare il dibattito pubblico sulla scelta dei bisogni di cura e sul modo di soddisfarli.

The article questions the political and criminal liability of political decision-makers on the management of the Covid-19 pandemic. The complexity of the culpability for crimes against the person or against public safety – due to cognitive or organizational lacks and to the discretionary nature of the political decisions taken by institutional subjects – prompts for the highest caution in taking the path of criminal justice in order to assess the organization of health care and possible liability. It suggests that we should do our utmost to bring the public debate back to the choice of care needs and how to achieve them.

PAROLE CHIAVE

Rischio pandemico – Strategie di gestione –
Responsabilità penale

Pandemic risk – Management strategies –
Criminal liability

Sommario: 1. La “cultura di servizio alla collettività” come punto di forza della Sanità pubblica nell'emergenza sanitaria da Covid-19. – 2. “Scelte tragiche” e responsabilità per colpa d'organizzazione. – 3. Punti di debolezza della Sanità pubblica e concezioni del rischio pandemico. – 4. La necessità di una protezione della società contro rischi sconosciuti.

1.L'emergenza sanitaria ha messo in luce una serie di criticità strutturali del Sistema sanitario nazionale, soprattutto nel comparto della Sanità pubblica, che molto probabilmente hanno favorito la propagazione di un coronavirus, come il Covid-19, già di per sé aggressivo e altamente trasmissibile.

Se la Sanità non è collassata sotto la pressione di una richiesta di prestazioni inimmaginabile fino a poco tempo prima, è dovuto a una serie di punti di forza del sistema che hanno funzionato come fattori di contenimento delle disfunzioni.

La natura pubblica del servizio sanitario ha inciso profondamente sulle scelte del Paese in un momento di drammatica difficoltà, mirando al contenimento del contagio in luogo della mera limitazione dei danni, consentendo l'assunzione di scelte organizzative delle strutture pubbliche coinvolte nell'assistenza che hanno potuto contare sull'insieme delle risorse sanitarie del Paese, rafforzando l'intero sistema nazionale delle cure attraverso nuovi tempestivi investimenti di strumenti e personale (ad es. incremento del numero dei posti letto in terapia intensiva, assunzione immediata di nuovo personale, impiego di neolaureati in alcune attività sanitarie, immediata conversione delle modalità operative dei punti di pronto soccorso alle esigenze dell'emergenza epidemica, articolazione in tutte le regioni fra strutture deputate all'assistenza degli affetti da Covid-19 e strutture dedicate agli altri pazienti, misure per il coinvolgimento dei privati accreditati). Si tratta di soluzioni e processi che sono diventati operativi su tutto il territorio nazionale in maniera uniforme e contemporanea.

La cultura di servizio alla collettività presente nel personale sanitario, anch'essa correlata alla natura pubblica del Ssn, ha reso possibile la mobilitazione, nel momento del bisogno, di medici, infermieri e altri operatori, i quali si sono caricati sulle spalle le responsabilità connesse al proprio mandato professionale e sociale. Nello straordinario impegno del personale sanitario c'è la testimonianza di un approccio professionale di

servizio che discende dal lavorare nel pubblico e per il pubblico che non va sottovalutato¹.

2. L'*audit* sul Ssn è solo agli inizi, ma un dato che sta emergendo con evidenza è che l'incapacità di prevedere e fronteggiare emergenze epidemiche di sanità pubblica internazionale è originata da «una gigantesca ipotesi di colpa d'organizzazione»², che ha contribuito a creare lo scenario da incubo in cui il personale sanitario è costretto, a causa della limitatezza delle risorse disponibili, ad assumere scelte tragiche che decretano la sopravvivenza o la morte di pazienti con grave difficoltà respiratoria.

Dentro questo quadro sorge l'interrogativo se della malattia o della morte (o magari anche della circolazione del virus nel Paese) possano essere chiamati a rispondere penalmente i vertici, amministrativi o istituzionali, dello Stato, delle Regioni o delle aziende ospedaliere, a titolo di colpa in ragione di precise scelte allocative, in merito ad esempio alla disponibilità di posti-letto negli ospedali, per non aver, anche dopo aver acquisito la consapevolezza della presenza del virus in Italia, incrementato le risorse in maniera tempestiva e congrua ai bisogni sanitari, o per aver, in passato, sottratto risorse a comparti strategici, compromettendone la capacità di preparazione e risposta.

Problemi di responsabilità – si è detto - si pongono, in linea di principio, a tutti i livelli, anche in situazioni emergenziali, che esigono prestazioni estremamente impegnative. Tuttavia, il sindacato penale sulle decisioni politiche, come quelle in materia di sanità pubblica, presenta profili di spiccata problematicità, dal momento che i vertici di amministrazioni centrali o periferiche orientano le proprie scelte, principalmente, in base a criteri tendenzialmente non vincolanti e liberamente argomentabili sullo sfondo di visioni generali³, quindi non decidono facendo applicazione di regole cautelari

¹ Per l'individuazione dei punti di forza e dei punti di debolezza del Ssn all'inizio della pandemia il presente contributo si è ampiamente avvalso delle riflessioni di A. Pioggia, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Dir. pub.*, 2, 2020, pp. 385 ss. In argomenti si veda anche il saggio di F. Giglioni, *L'organizzazione territoriale per il presidio del diritto alla salute*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2020, pp. 99 ss.

² L. Eusebi, *Pandemia e diritti fondamentali*, in V. Militello, (a cura di), *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I penalisti: Vincenzo Militello intervista Massimo Donini, Luciano Eusebi e Domenico Pulitanò. Giust. Insieme*, in www.giustiziainsieme.it (18 luglio 2020).

³ Sui criteri che orientano le scelte dei decisori politici, relative all'allocazione di risorse (anche sanitarie), in contesti normali o emergenziali, si vedano, oltre al classico G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*, trad. it., Giuffrè, Milano, 2006 e al saggio V. Nitro Izzo, *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, Editoriale Scientifici, Napoli, 2019, con specifico riferimento alla gestione del Covid-19: M. Rizzolli, *L'epidemia di Covid-19: un caso di scelte tragiche?*, in *Conc. Merc.*, 3, 2019, pp. 485 ss., il fascicolo monografico della rivista *BioLaw J.*, 1, 2020 e, da ultimo, A. Rimedio, *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da covid-19*, in *BioLaw J.*, 1, 2021, pp. 13 ss.

riconoscibili *ex ante* e verificabili *ex post*, cui è, al contrario, agganciata l'attribuzione della responsabilità in ambito penale⁴.

Fino a che punto, dunque, può spingersi il controllo del giudice penale sull'uso della discrezionalità nell'esercizio delle funzioni di governo?

Sono interrogativi non solo teorici, sui quali la dottrina giuridica è stata stimolata a riflettere, dall'avvio di indagini giudiziarie per epidemia colposa, come quella della Procura di Bergamo, nelle quali sono stati sentiti, come persone informate sui fatti, tra gli altri, membri del governo e della giunta regionale lombarda. Una delle questioni sulle quali si indaga è l'esistenza o meno di un Piano nazionale antipandemico. Sul piano generale, è una ricerca meritoria, che punta a fare chiarezza su una questione di notevole spessore politico. Sul piano giuridico, lascia intravedere la possibilità di un'imputazione colposa in capo ai governanti fondata sulla contestazione della mancata attivazione del Piano, ossia sulla violazione di un complesso di regole modali di comportamento che, adeguando nell'emergenza il modello organizzativo del Ssn, avrebbe consentito al Paese di prepararsi e di rispondere al virus, contenendone la circolazione.

Quando esplode l'epidemia di Covid-19, i Piani nazionali e regionali del 2006 sono documenti ormai non solo obsoleti, in quanto ampiamente superati dalle nuove linee guida Oms 2013-2017, che modificano sensibilmente il modello di gestione delle emergenze sanitarie internazionali, ma anche di scarsa utilità, dal momento che continuano a fare riferimento a una struttura organizzativa sanitaria e di protezione civile che in gran parte non esiste più⁵.

Appare ammissibile ritenere che il mancato aggiornamento del Piano nazionale/regionale alle nuove linee guida dell'Oms integri la violazione di un obbligo giuridico, che trova fondamento nel Regolamento sanitario internazionale (2005), il quale, vincolante per tutti gli Stati-membri⁶, conferisce loro, all'interno del *network* globale della Salute pubblica, una fondamentale funzione strategica di garante della prevenzione e della risposta a «minacce alla sicurezza globale e nazionale», come le malattie infettive; una violazione, che, almeno in linea di principio, è rilevante per

⁴ D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, pp. 1 ss. (28 aprile 2020).

⁵ Per un'analisi dei Piani antipandemici in relazione all'evoluzione delle Linee guida dell'Oms, sia consentito rinviare a G. Dodaro, *Riflessioni penalistiche su strategie di gestione del rischio pandemico e responsabilità dei governanti*, in *Dir. pen. uomo*, 9, 2020, pp. 215 ss.

⁶ Sulla natura vincolante dei regolamenti internazionali dell'Oms, v. S. Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 34. Sull'obbligo degli Stati-membri di seguire le linee guida elaborate dall'Oms su specifiche tematiche, v. M. Celepija, *Quale protezione per il diritto alla salute nello spazio giuridico internazionale al tempo del Covid-19? La "metafora dell'ombrello" come schema interpretativo*, in *BioLaw J.*, 3, 2020, p. 162 ss.

l'eventuale configurazione di una responsabilità omissiva colposa ai sensi dell'art. 40 cpv.

3. L'ipertrofia di regole, con cui le istituzioni stanno cercando di contenere/mitigare il contagio o di regolare secondo adeguatezza clinica il modo di soddisfare i bisogni di cura dei pazienti Covid-19, può forse lasciar intravedere la possibilità che proprio nel campo della gestione dell'emergenze sanitarie, possano venire a crearsi le condizioni favorevoli, normalmente assenti, per una valutazione giuridica dell'operato dei vertici politici in termini di colpa⁷.

Sono personalmente orientato a ritenere che si tratti di una ipotesi irta di difficoltà.

Nella letteratura penalistica ritengo che siano già stati spesi validi argomenti per spiegare i problemi dell'imputazione omissiva colposa di delitti contro la persona o l'incolumità pubblica in relazione alla diffusione dell'infezione da Covid-19. Le difficoltà sono, innanzitutto, di ordine probatorio relative all'accertamento della causalità o della colpa, nella sua duplice dimensione oggettiva o soggettiva; difficoltà della «prova scientifica» per una conoscenza ancora incompleta delle caratteristiche del virus, delle sue modalità di trasmissione e di interazione con altre patologie⁸.

Il problema di dimostrare la responsabilità omissiva colposa per violazione dell'obbligo di attivazione dei Piani di prevenzione o per l'omessa adozione di ulteriori misure di sanità pubblica deriva anche dalla stessa natura e funzione delle regole di comportamento prescritte dai Piani. I Piani di prevenzione sono, infatti, documenti strategici concepiti per operare contro «qualsiasi evento di potenziale interesse sanitario internazionale, inclusi quelli con causa o fonte sconosciuta» (Regolamento Sanitario Internazionale OMS) e contengono, quindi, per lo più, regole modali a natura preventiva o disciplinare, tipiche della medicina di salute pubblica, e non sono in grado di prescrivere, per loro stessa natura, vere e proprie regole cautelari, le quali nemmeno possono essere ricavate altrove attraverso il criterio dell'agente modello, la cui profilazione appare quantomai incerta e variabile secondo il tipo di emergenza sanitaria.

Peraltro, la *preparedness* alle emergenze è fortemente condizionata dal modo in cui è organizzata la Sanità a livello centrale, regionale e locale, nel senso che la capacità di

⁷ In tal senso, R. Bartoli, *La responsabilità colposa media e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *SP*, 7, 2020, pp. 85 ss.

⁸ Tra i contributi penalistici più recenti sul tema: O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *Legis. pen.*, 2021, pp. 1 ss.; M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, pp. 503 ss.

risposta di un Piano anti-pandemico è tanto più elevata quanto migliore è l'organizzazione della medicina territoriale di prevenzione e della ricettività degli ospedali e, viceversa, risente di eventuali carenze in base alla loro gravità.

Nel valutare l'efficacia impeditiva di regole rimaste inosservate non si potrà non tener conto delle carenze del Ssn, che sono conseguenza delle logiche e delle culture che hanno guidato negli ultimi vent'anni l'evoluzione e lo sviluppo della politica sanitaria nel nostro Paese, di cui, in questo breve contributo, non è possibile proporre che un quadro estremamente sintetico per punti.

4. L'organizzazione della sanità pubblica nel nostro Paese si è presentata, di fronte alla sfida del Covid-19, impoverita: sotto l'aspetto economico, in conseguenza di politiche di contenimento della spesa pubblica sanitaria, che inevitabilmente si sono riflesse sulla capacità organizzativa del Ssn; sotto l'aspetto culturale, in conseguenza di un profondo mutamento relativo alla concezione della sanità pubblica che, a partire dalle riforme degli anni 90, è corrisposta all'idea di sanità come 'macchina produttiva di servizi', valutata in maniera accentuata secondo logiche e parametri di efficienza produttiva a sfondo economico, che ha non solo finito con l'immiserire la concezione del servizio pubblico, ma ha anche eliminato dal discorso politico sulla salute la dimensione collettiva e democratica della questione.

Molte aziende ospedaliere pubbliche hanno investito, in termini di personale, strutture, macchinari, posti letto, principalmente sulle prestazioni più remunerative, indipendentemente dalla valutazione dei bisogni di salute, trascurando esigenze di cura meno convenienti; se a questo si aggiunge lo scarso investimento sullo sviluppo di una medicina territoriale, si comprende come il trionfale ingresso della logica di mercato sia andato progressivamente sfigurando la funzione del servizio pubblico sanitario.

La povertà degli investimenti economici, politici e culturali ha colpito particolarmente, non a caso, proprio i settori medici maggiormente coinvolti dall'epidemia e spiega una serie di criticità della Sanità pubblica:

- a) la difficoltà del Ssn di prevedere più efficacemente ciò che stava accadendo già dal mese di gennaio. Né a livello nazionale, né a livello regionale ci si è allertati per l'insolito aumento dei casi di polmonite con contagi intra-familiari (presenti, a quanto sembra emergere da alcuni rilievi a posteriori, già dal mese di dicembre), anche perché un dato del genere non è oggetto di monitoraggio. I dati raccolti dalla sanità pubblica sono essenzialmente dati che riguardano le prestazioni e la loro dimensione economica: i costi, il numero di servizi erogati, i tempi, i posti letto occupati e così via. Le prime scelte di intervento, dunque, non hanno potuto contare su numeri fondamentali per impostare le politiche di protezione della collettività, relativi a quanti erano i soggetti potenzialmente

contagiati o affetti da patologie che rendevano più rischioso contrarre la malattia;

- b) la scarsa presenza di dotazioni di posti letto in terapia intensiva, commisurata in passato alla “domanda media” e non alla “domanda di picco”, e che ha portato a una veloce saturazione delle rianimazioni, prima di quanto avvenuto in altri Paesi europei, impedendo, soprattutto in una prima fase, di fornire risposte terapeutiche adeguate a tutti i pazienti bisognosi di cure intensive;
- c) la fragilità della medicina territoriale e l’inadeguata integrazione socio-sanitaria che ha ingolfato gli ospedali della prima domanda di assistenza e ha obbligato alla riapertura delle Rsa, trasformando gli uni e gli altri in focolai di contagio che hanno coinvolto prime fra tutte le persone anziane o già malate, aumentando il tasso di mortalità;
- d) la carenza dei presidi di protezione, che è stata determinante nel contagio del personale sanitario e nella sua inconsapevole diffusione, la quale è dipesa anche dai mancati controlli sul loro stoccaggio nelle strutture.

Ogni scelta di organizzazione di un pubblico servizio esprime una precisa idea del modo in cui le istituzioni si curano dei bisogni e quindi di quali sono i bisogni.

Allora nella decisione di allocazione delle risorse, che hanno impoverito proprio la capacità di prevenzione del comparto della Sanità pubblica, si può leggere la rinuncia delle istituzioni ad una responsabilità di protezione della società dalle incertezze del futuro, che assicuri la collettività anche dalle conseguenze impreviste, ma non imprevedibili, di eventi come quello che ha investito il nostro Paese e il resto del mondo⁹, o quantomeno la difficoltà degli Stati di percepire l’urgenza sottostante alle numerose raccomandazioni dell’Oms per il controllo e la prevenzione della propagazione di nuove malattie infettive¹⁰.

Un esempio di tale rinuncia è la politica sanitaria di Regione Lombardia. Contrariamente al Piano nazionale della prevenzione 2014-2018, il quale indica tra i macro-obiettivi la Prevenzione, sorveglianza e controllo di malattie infettive, e comprende nella valutazione dei rischi la pandemia, l’attenzione alla preparazione della risposta all’epidemia scema grandemente nella politica sanitaria lombarda. Nel 2006 Regione Lombardia adotta un Piano regionale anti-pandemico. Dopo di allora il rischio pandemico scompare dagli atti politici di pianificazione di sanità pubblica della Lombardia (Piano regionale di prevenzione 2015-2018; Piano regionale di sviluppo 2018), la cui strategia di prevenzione delle malattie infettive viene centrata su un

⁹ A. Pioggia, cit., p. 391 s.

¹⁰ P. Acconci, *L’Organizzazione mondiale della sanità alla prova dell’emergenza sanitaria Covid-19*, in *DPCE Online*, p. XXI (7 luglio 2020).

sistema di sorveglianza epidemiologica selettiva e di vaccinazioni, che marginalizza il ruolo della medicina preventiva territoriale, in linea con la riforma sanitaria del 2015.

Una rinuncia, dietro la quale è possibile intravedere una data concezione del rischio pandemico, considerato alla stregua di una calamità naturale, come i terremoti, le alluvioni, le eruzioni vulcaniche o i meteoriti; un doloroso disastro, di cui si possono minimizzare forse le conseguenze *ex post* attraverso misure emergenziali, ma che rimane una drammatica evenienza fatalmente inevitabile.

Dietro molte scelte fatte in fase 1 dallo Stato e dalle Regioni si può cogliere proprio questa concezione del rischio pandemico. Si pensi alle indicazioni logistiche o contumaciali per la gestione dei casi nelle strutture sanitarie, fornite dalle «Linee di indirizzo assistenziale del paziente critico affetto da Covid-19» (29/2/2020), che ricalcano alcuni documenti di Protezione civile (ad es. «Criteri di massima per l'organizzazione dei soccorsi sanitari nelle catastrofi» e «Pianificazione dell'emergenza intraospedaliera a fronte di una maxi-emergenza»).

L'equazione epidemia=calamità naturale non costituisce un parametro di definizione del modello di gestione delle epidemie solo italiano.

La difficoltà degli Stati, nella gestione nel 2009 dell'epidemia da virus A(H1N1), di adattare le azioni previste dai piani nazionali alle fasi dichiarate dall'Oms e ai livelli di rischio interni, in ragione della loro onerosità economica, tenuto conto anche della moderata gravità del virus, ha consigliato, su pressante richiesta degli Stati, una profonda revisione del modello di gestione a livello di sanità internazionale. Le linee guida del 2013-2017, cui l'Italia non ha dato attuazione, si basano oggi proprio sui principi dell'*All-Hazards Emergency Risk Management for Health* (Ermh) e si allineano, quindi, più strettamente ai modelli di gestione del rischio di catastrofi già esistenti in molti paesi. Non mancano però di sottolineare l'assoluta necessità di organizzare e di tenere in efficienza un sistema di sorveglianza epidemiologica, a livello nazionale, subnazionale e locale, in grado di sostenere una valutazione del rischio appropriata e tempestiva, anche in relazione a *patologie di origine sconosciuta*, per un processo decisionale basato su prove di efficacia¹¹.

L'equazione tra pandemia e calamità naturali è molto pericolosa, perché, considerata la portata devastante di una propagazione mondiale del virus, soprattutto in caso di trasmissione interpersonale, rischia di generare ritardi nella risposta con conseguenze spaventose per la sicurezza pubblica nazionale e internazionale, ed è per questa ragione che l'Oms si è premurato di richiamare gli Stati Membri a garantire la costante

¹¹ Cfr. C.M. Pontecorvo, *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di 'COVID-19'*, in *Dir. um. dir. int.*, 1, 2020, p. 213.

efficienza degli strumenti preventivi di Sanità pubblica come sorveglianza epidemiologica e monitoraggio¹².

Certamente, una scelta dello Stato di assumersi la responsabilità di proteggere la società anche contro rischi sconosciuti è costosa, antieconomica, in una logica strettamente imprenditoriale.

In una logica pubblica potrebbe, invece, essere del tutto coerente con la scelta di garantire una tutela più elevata alla collettività nella prospettiva di un preciso progetto di società e del suo bene.

Altra questione è come rendere questa decisione politica efficiente e sostenibile.

Le scelte organizzative come questa, quando si tratta di servizio sanitario pubblico, non sono mai solo frutto di logiche tecniche ed economiche, ma hanno sempre una portata politica, che come tale va affrontata e discussa nelle sedi deputate. Se in questi anni è avvenuto un oscuramento della valenza politica delle decisioni sulla sanità a favore di una valutazione accentuatamente tecnico-economica, occorre adesso guardarsi bene dallo spostare il discorso sulla organizzazione della Sanità in ambito giudiziario, ma, caso mai, fare il possibile per riportare il dibattito sui bisogni di cura e su come soddisfarli all'interno dell'arena democratica.

¹² D. Quammen, *Spillover. Animal Infections and the Next Human Pandemic*, trad. it., Adelphi, Milano, 2014, p. 42.

Marco Scoletta

COVID, RISORSE SCARSE E PROFILI DI RESPONSABILITA' DA REATO DEGLI ENTI SANITARI

ABSTRACT

Presupposti e limiti entro i quali gli enti ospedalieri e assistenziali potrebbero incorrere negli "illeciti penali della pandemia" ovvero quelli derivanti da scelte tragiche per fronteggiare l'emergenza, nelle forme della responsabilità amministrativa introdotta dal d.lgs. 231/2001.

Assumptions and limits within which hospitals and welfare institutions could incur the "criminal offenses of the pandemic" or those resulting from tragic choices to deal with the emergency, in the forms of administrative liability introduced by Legislative Decree 231/2001.

PAROLE CHIAVE

enti sanitari – responsabilità amministrativa
– risorse scarse

health agencies – administrative
responsibility – scarce resources

Sommario: 1. Introduzione: i "rischi penali" per gli enti sanitari, tra scelte tragiche e scelte infelici – 2. I limiti di applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 in ambito sanitario. – 3. I reati-presupposto imputabili agli enti sanitari: omicidio e lesioni colpose in violazione di norme antinfortunistiche

– 4. L’interesse o il vantaggio derivante da scelte colposamente tragiche o infelici – 5. La colpa di organizzazione nella gestione dell’emergenza sanitaria. – 6. Scarsità di risorse e “scelte opportunistiche”: truffa ai danni dello Stato e frode in pubbliche forniture

1. La pervasività e la velocità di diffusione del contagio da “Covid-19” hanno messo a dura prova la tenuta del Servizio Sanitario Nazionale imponendo una rapida riorganizzazione di numerose strutture sanitarie, nonché delle residenze sanitarie assistenziali – le ormai note “RSA”¹, ovvero le strutture che accolgono anziani e persone non autosufficienti – per fare fronte, per come possibile, ad una situazione di emergenza senza precedenti nella storia recente.

Le prestazioni sanitarie necessarie alla gestione della crisi pandemica sono state certamente condizionate dalla “scarsità di risorse” conseguente alla eccezionalità dello stato emergenziale al quale le strutture ospedaliere ed assistenziali hanno dovuto fare fronte: da ciò la necessità di dover intraprendere “scelte tragiche” o il rischio di incappare in “scelte infelici”, con gravi ripercussioni sulla salute dei pazienti². Le potenziali ricadute penali di tali scelte sanitarie sono state problematicamente tematizzate, fino ad ora, soprattutto in relazione alla responsabilità delle persone fisiche (amministratori e operatori sanitari), ma – come noto – la responsabilità punitiva può estendersi anche direttamente agli enti all’interno dei quali tali soggetti risultano inseriti, enti che potrebbero essere chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 per gli illeciti penali commessi nell’ambito della gestione dell’emergenza sanitaria.

Occorre allora interrogarsi sui presupposti e sui limiti entro i quali gli enti ospedalieri e assistenziali potrebbero potenzialmente incorrere, rispetto agli “illeciti penali della pandemia” – ovvero quelli derivanti dalle scelte tragiche o infelici assunte per

¹Cfr. l’inchiesta «Coronavirus, la strage nelle Rsa: sette cose che non hanno funzionato», in www.corriere.it, 22 aprile 2020.

²Su questo tema in relazione alla crisi pandemica cfr. F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *SP*, 26.4.2020; G. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del ‘principio di realtà’*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2020, p. 983 ss.; G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. “Cura Italia”)*, in www.giurisprudenzapenale.com, 14.4.2020; L. Riscato, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in www.discrimen.it, 25.5.2020, p. 6 ss.; G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, in *SP*, 5/2020, p. 5 ss. V. in generale, in relazione alle scelte tragiche nell’attività medico chirurgica già S. Canestrari, *Le scelte tragiche nell’ambito dell’attività medico-chirurgica*, in *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2014, p. 225 ss.; G.M. Caletti, *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013, p. 23 ss. Sui conflitti di doveri aventi ad oggetto la vita umana, per tutti F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 531 ss.

fronteggiare l'emergenza -, nella particolare forma della responsabilità da reato introdotta nel 2001.

2. In tale prospettiva, una prima significativa 'scrematura' del rischio penale deriva certamente dai limiti soggettivi di applicabilità della normativa sulla responsabilità da reato degli enti, definiti all'art. 1 del d.lgs. 231/2001³.

Considerato che i principali attori della gestione sanitaria della pandemia sono gli operatori sanitari e gli amministratori del Servizio Sanitario Nazionale, nonché, per quanto di competenza, gli amministratori locali, occorre rilevare che, sul piano collettivo, tali soggetti – la cui condotta illecita 'veicola' strutturalmente la responsabilità meta-individuale delle strutture organizzative alle quali costoro appartengono – sono funzionalmente inseriti all'interno di "enti pubblici non economici", i quali – come noto – sono sottratti all'ambito applicativo del d.lgs. 231/2001 definito all'art. 1 del decreto.

Tale conclusione, per quanto possa essere opinabile nel merito della scelta politico-criminale, pare inevitabile non solo per i reati commessi da funzionari e dipendenti di enti territoriali, ma anche da quelli appartenenti ad aziende ospedaliere pubbliche (*in primis* le ASL, aziende sanitarie locali, ATS in Lombardia): sebbene il concetto di "ente pubblico non economico" non trovi un adeguato referente normativo definitorio⁴, nondimeno gli enti pubblici ospedalieri sembrano doversi annoverare, insieme agli altri enti pubblici che esercitano un servizio avente natura pubblicistica (scuole, università, enti di ricerca, biblioteche etc.) – e analogamente agli enti pubblici istituzionali e a quelli associativi –, nella categoria esclusa *ex lege* dal raggio operativo del d.lgs. n. 231/2001, in quanto appunto caratterizzati, sul piano formale, dalla natura pubblicistica e dal carattere non economico dell'attività svolta⁵.

³ Sul punto v. M. Scoletta, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Padova, 2016, p. 831 ss.; sul tema enti pubblici e responsabilità da reato v. G. Fidelbo, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4084 ss.; S. Riondato, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche, et de publica societate quae delinquere potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 793 ss.; D. Brunelli, M. Riverditi *Art. 1. Soggetti*, cit., p. 77 ss.; A. Bassi, F. D'arcangelo *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative Milano*, 2020, p. 77 ss.; G. Fares, *La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2201.

⁴ Sulla natura ambigua di tale categoria, da ultimo cfr. Cfr. M. Caputo, *Malpractice, carenze organizzative e responsabilità degli enti. Quale ruolo per il diritto penale delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2020, p. 1357 ss.

⁵ Su tale questione, problematicamente, A. Rossi, *I soggetti persone giuridiche*, cit., p. 31 ss.; O. Di Giovine, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti; alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1896 ss.; *contra* I. Insigna – P. Pisani, *Il modello esimente per l'ente operante nel settore socio sanitario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, p. 135 ss.;

Un discorso non dissimile, a ben vedere, dovrebbe valere altresì per gli enti assistenziali, che – non diversamente da quelli ospedalieri – sono costituiti, sul piano statutario, nella forma giuridica di “enti pubblici senza fine di lucro” (è questo il caso, per fare un esempio di attualità, del Pio Albergo Trivulzio).

Vero che, nella dottrina, si osserva come che anche tali enti – pur nell’ambito di un vincolo di pareggio di bilancio – operano sulla base di criteri di efficienza ed economicità e ciò potrebbe comunque indurre alla commissione di condotte gestionali illecite strumentali al perseguimento di un interesse (economico) proprio della persona giuridica⁶; è indubitabile, d’altra parte, che anche nel contesto degli enti pubblicistici la politica amministrativa e gestionale potrebbe essere orientata alla minimizzazione delle spese – allo scopo di raggiungere l’obiettivo del pareggio di bilancio e in questo modo, ad esempio, poter attingere ad ulteriori finanziamenti pubblici – o alla massimizzazione dei profitti, ancorché questi destinati *ex lege* al reinvestimento per il miglioramento dei servizi resi.

Tuttavia, tale circostanza non ci pare per nulla decisiva ai fini della estensione di applicabilità del d.lgs. n. 231/2001: il perseguimento, in concreto, di un interesse di tipo economico per l’ente pubblico, non vale ad elidere il carattere formalmente “non economico” di tali enti, a meno di non equiparare tale predicato al mero criterio di “economicità” nella gestione patrimoniale e finanziaria; in questo modo, tuttavia, sarebbero indiscriminatamente attratti nell’orbita applicativa della responsabilità *ex crimine* tutti gli enti della Pubblica Amministrazione che rispondono a tale principio ex art. 97 Cost., con l’effetto di una sostanziale *interpretatio abrogans* del riferimento espresso agli “enti pubblici non economici” contenuto nell’art. 1 del decreto.

È altresì vero che quando gli enti privatistici *no profit* – ritenuti parimenti esclusi dalla sfera applicativa del decreto – tradiscono il loro fine assistenziale, ‘agendo’ illecitamente allo scopo di perseguire, in concreto, una massimizzazione dei profitti, nessun dubbio dovrebbe porsi rispetto alla loro assoggettabilità alla responsabilità da reato, potendo *optimo iure* rientrare nella definizione di cui all’art. 1, anche in qualità di “società commerciali di fatto”⁷. Analogamente, allora, si potrebbe riproporre lo

maggiormente possibilisti in merito all’estensione, F. D’Alessandro, *Le vittime vulnerabili all’epoca del coronavirus. Dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi*, Milano, 2020, p. 104 ss.; M. Colacurci, *Dai colletti ai camici bianchi?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 24.4.2020; M. Ippolito, *Il regime di responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 nel settore sanitario: profili di applicabilità e valutazioni di opportunità nella prospettiva di una sanità virtuosa*, in *Rivista* 231, 2012, p. 33.

⁶ V. ad esempio O. Di Giovine, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti*, cit.

⁷ Per approfondimenti sul punto si rinvia ancora a M. Scoletta, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit.; in questo senso anche la giurisprudenza, che ha dimostrato implicitamente di ammetterne la rilevanza, come dimostra la decisione di patteggiamento emessa da Trib. Milano, G.i.p., 22 marzo 2011, in *Dir pen. cont.*, con nota di M. Scoletta, *In tema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001*

stesso ragionamento con riferimento agli enti pubblici formalmente “non economici”, laddove in concreto perseguano, attraverso condotte illecite, un obiettivo di profitto economico (saremmo al cospetto di “enti pubblici economici *di fatto*”).

Il parallelismo con le *onlus*, allo scopo di argomentare la possibile estensione applicativa della disciplina punitiva, ci pare tuttavia impraticabile, nella misura in cui, mentre per gli enti privatistici non vi è alcuno sbarramento formale all’operatività del d.lgs. n. 231/2001, al contrario la sua estensione agli enti pubblici non economici imporrebbe di “scavalcare” la *littera legis*, che esclude espressamente tali enti dal raggio applicativo del decreto.

A ben vedere, infatti, gli enti *no profit* di diritto privato (costituiti in forma di “società o associazioni anche prive di personalità giuridica”) non rientrano tra quelli “esclusi” dall’art. 1 del decreto: la loro pretesa esclusione deriverebbe, semplicemente, dalla teorica impossibilità di riconoscere una condotta illecita strumentale “all’interesse o al vantaggio” per l’ente che realmente non persegue scopi di lucro. In altre parole, non di esclusione formale quindi si tratta, bensì di incompatibilità strutturale del criterio di ascrizione oggettiva della responsabilità tipizzato dall’art. 5 del decreto con l’attività di enti che non perseguano scopo di profitto; è normale, tuttavia, che tale compatibilità debba essere valutata non in astratto ma in concreto, accertando se la condotta illecita posta in essere dai soggetti appartenenti alla società *no profit* sia orientata – in modo eccentrico rispetto alle previsioni statutarie che definiscono l’oggetto sociale e ne disciplinano l’attività – al perseguimento di un interesse economico dell’ente.

Rispetto agli enti pubblici, per quanto possa rintracciarsi, in concreto, un reato commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente (situazione teoricamente ipotizzabile nella suddetta prospettiva della economicità), rimane comunque lo sbarramento formale dell’art. 1, qualora si tratti – appunto – di “enti pubblici non economici”, ovvero senza fine di lucro: una diversa conclusione, come già illustrato, avrebbe l’effetto di porre nel nulla tale previsione legislativa, poiché a ben vedere sarebbe sufficiente riscontrare il nesso oggettivo di ascrizione del reato all’ente collettivo (interesse o vantaggio *ex art. 5*) per riconoscere l’applicabilità della disciplina punitiva.

Pertanto, nonostante il processo di progressiva “aziendalizzazione” degli enti pubblici ospedalieri e assistenziali non sembra giuridicamente corretto, ai sensi dell’art. 1 d.lgs. n. 231/2001, assimilarli ad “enti pubblici economici”. D’altra parte, tali enti non possono nemmeno dirsi pienamente inseriti in una logica di mercato, poiché la loro sussistenza dipende dal finanziamento pubblico e il costo delle prestazioni e dei servizi erogati sono fissati in via amministrativa⁸; pertanto, anche dal punto di vista della tutela

ed enti privatistici senza fine di lucro, p. 830; v. anche Trib. Milano, G.u.p., 3 aprile 2011, n. 820, Croce San Carlo Onlus, inedita.

⁸ Così D. Bianchi, *L’autonormazione prevenzionistica dei reati nel settore sanitario. Spunti di riflessione sistematica*, in www.dirittoesalute.org, cit., p. 61 ss.; v. anche A. Gargani, *La gestione dell’emergenza*

della concorrenza, la loro sottrazione al rischio penale – ed il conseguente risparmio dei costi della “*compliance 231*” – si inserisce nel contesto di un assetto sistematico che vede comunque tali enti in una posizione ben diversa rispetto a quella della sanità privata.

Il campo di elezione del d.lgs. n. 231/2001, in campo sanitario, sarà dunque quello dell’assistenza sanitaria e dell’ospedalità privata, cioè l’insieme delle case di cura e di ricovero (accreditate o no presso il Servizio sanitario nazionale) e delle case di riposo per anziani o per soggetti non autosufficienti; una volta riconosciuta la natura privatistica di tali enti, sarà indifferente la forma giuridica, societaria o associativa, adottata per la costituzione della struttura organizzativa; così come sarà irrilevante, ai fini dell’applicazione del decreto, la eventuale “partecipazione pubblica”, cioè il fatto che si possa trattare di società miste, o anche il fatto che si tratti di enti strutturati in forma societaria e, in ipotesi, interamente partecipate da enti pubblici⁹.

3. Una volta individuati i soggetti rispetto ai quali potrebbe trovare applicazione la normativa, occorre verificare quali siano i presupposti strutturali che possono fondare la responsabilità degli enti sanitari con riferimento agli illeciti penali che – come detto – possono trovare ‘origine’ nella situazione emergenziale generata dalla pandemia.

In particolare, muovendo dalla potenziale rilevanza penale, a titolo di omicidio o lesioni colpose, delle condotte degli operatori sanitari compiute nelle circostanze suddette, si tratta di verificare se tali fatti possano comportare anche una responsabilità punitiva per l’ente secondo lo schema imputativo tipizzato dal d.lgs. 231/2011.

Si pensi, per esemplificare e riprendendo casistica in parte già evocata (ma senza arrivare agli scenari estremi della “scelta” necessaria dei soggetti infetti da curare¹⁰), a soggetti ai quali siano state negate (ingiustamente) le cure o gli interventi chirurgici salvifici in ragione di una negligente gestione delle risorse, ma anche a soggetti – poi deceduti per mancanza di adeguata assistenza – dimessi troppo precocemente e frettolosamente per dare spazio ad altri, nonché a pazienti non curati con le dovute

Covid-19, il “rischio penale” in ambito sanitario, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 887 ss.; O. Di Giovine, *Sanità ed ambito applicativo*, cit., p. 1889 ss.; G. Fidelbo, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, cit., p. 4079 ss.; R. Lottini, *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in A. Cadoppi - S. Canestrari- A. Manna - M. Papa (a cura di), *Diritto penale dell’economia*, Tomo II, Torino, 2016, p. 2377 s.

⁹ Sulla assoggettabilità al d.lgs. n. 231/2001 delle c.d. “società partecipate”, cfr. A. Rossi, *I soggetti persone giuridiche*, cit., p. 31 ss.; M. Scoletta, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit.; D. Brunelli, M. Riverditi, *Art. 1. Soggetti*, cit., p. 77 ss.

¹⁰ Tale potrebbe essere il caso in cui ai sanitari debbano intervenire su malati di Covid-19 con un supporto ventilatorio e non ve ne sia a sufficienza per tutti. Cfr. CNB, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “trage in emergenza pandemica”*, in www.bioetica.governo.it, 9.4.2020.

attenzioni in ragione di colpose deficienze gestionali nella organizzazione delle risorse disponibili.

Muovendo dalla – già alquanto problematica¹¹ – rilevanza penale di tali o analoghe condotte a titolo di omicidio o lesioni colpose, in quanto accertate come appunto colposamente causali (e non scriminabili) rispetto alla morte o al peggioramento delle condizioni di salute di pazienti, rimane nondimeno il problema della loro ulteriore ascrivibilità alla responsabilità della persona giuridica.

Occorre, dunque, sondare tale possibilità sulla base del modello di responsabilità previsto dal d.lgs. 231/2001, che si fonda su tre fondamentali requisiti: (i) la commissione da parte di un soggetto apicale o subordinato di un reato-presupposto tra quelli catalogati, (ii) l'aver compiuto il reato nell'interesse o vantaggio dell'ente e, infine, (iii) la sussistenza della c.d. "colpa di organizzazione" dell'ente.

Per quanto riguarda il primo requisito, invero, è fondamentale ricordare come il richiamo agli art. 589 e 590 c.p. – cioè appunto alle fattispecie di omicidio e lesioni colpose – contenuto nell'art. 25-*septies* del d.lgs. 231/2001 non riguardi tali fattispecie incriminatrici 'in generale', ossia la loro completa sfera di tipicità penale, ma soltanto le sottofattispecie di "morte o lesioni gravi o gravissime come conseguenza di violazioni di regole in materia di infortuni sul lavoro *ex* art. 589, co. 2 e 590, co. 3, c.p.".

Pertanto, già da questo punto di vista, l'ascrizione della responsabilità collettiva risulta problematica, posto che le regole cautelari che rilevarebbero nelle situazioni fattuali sopra esemplificate sembrerebbero afferenti precipuamente alla corretta esecuzione e gestione dell'attività sanitaria o assistenziale: si porrebbe cioè una questione di colpa medica o di colpa sanitaria in relazione alla correttezza di scelte tragiche o infelici assunte nel contesto della gestione emergenziale; l'oggetto del rimprovero colposo sarebbe lo scorretto utilizzo della "scarsità di risorse" conseguente alla gestione dell'emergenza sanitaria.

Le regole cautelari che rilevano in tale contesto, infatti, non sono quelle funzionali a prevenire i rischi di danni alla persona che si annidano nello svolgimento dell'attività lavorativa o professionale - inquadrabili nelle violazioni antinfortunistiche¹² –, bensì

¹¹ Si rinvia alle riflessioni già segnalate in nt. 2.

¹² Sul in tema della diffusione dei contagi nel contesto lavorativo v. V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *SP*, 26.6.2020, p. 53 ss.; D. Pagani, *Responsabilità penali da rischi di contagio del Covid-19 nelle strutture sanitarie*, in www.archiviopenale.it, p. 23 ss.; D. Piva, *Primi rischi e possibili rimedi 231 nell'emergenza anti-covid19 (aspettando la cd. «fase 2»)*, in *Rivista 231*, 2/2020, p. 25 ss.; M. Pozzi – G. Mari, *I "modelli 231" alla prova dell'emergenza covid-19: nuovi rischi-reato e conseguenti strumenti di prevenzione e di protezione dell'ente collettivo dalla responsabilità ex crimine*, in *SP*, 6/2020, p. 147 ss.

riguardano la corretta esecuzione della prestazione medico-assistenziale ed afferiscono dunque – come detto – alla “colpa medica” o alla “colpa sanitaria”, certamente rilevanti ai sensi degli art. 589 e 590 c.p., ma molto difficilmente rilevanti, se non a costo di forzature interpretative, ai sensi dell’art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001¹³.

Ciò nondimeno, pare comunque possibile riconoscere ampi margini di applicabilità di tale norma in relazione a condotte illecite che comunque sono riconducibili alle scelte tragiche e, soprattutto, a quelle infelici legate alla gestione sanitaria dell’emergenza Covid-19. La fattispecie dell’art. 25-*septies* del d.lgs. 231/2001, infatti, potrebbe essere concretamente integrata in presenza di quei fatti colposi che hanno alla base la violazione delle regole cautelari funzionali a prevenire, anche e soprattutto nello svolgimento dell’attività sanitaria e assistenziale, la diffusione dell’infezione virale (alla pari di altre malattie o infortuni): sia tra il personale sanitario, sia tra i pazienti o tutti i soggetti che comunque accedono allo spazio lavorativo, come anche i parenti che si recano nella struttura ospedaliera, ambulatoriale o residenziale.

Si pensi, ad esempio, all’ipotesi in cui l’ente sanitario “allenti” i controlli diagnostici sul personale medico o assistenziale o alla decisione di non chiudere un reparto nonostante l’assenza di dispositivi di sicurezza adeguati, allo scopo di assicurare una migliore assistenza e maggiori possibilità di cura: tali scelte, benché compiute per garantire una maggiore efficienza del sistema sanitario nella “lotta al virus”, espongono però inevitabilmente al rischio di contagio/infortunio una cerchia indeterminata di soggetti passivi, rientranti tra quelli certamente tutelati dalla normativa in materia di salute e sicurezza. Si tratta, pertanto, proprio di scelte tragiche (o, meglio, infelici) legate alla scarsità di risorse e dalle quali può effettivamente derivare un rischio penale anche per gli enti sanitari, quando l’evento tipico del reato – morte o lesione personale - derivi non da colpa medica o da colpa sanitaria, ma dalla violazione di regole cautelari funzionali a prevenire infortuni o malattie (*in primis* il contagio da coronavirus) nello svolgimento dell’attività medico-sanitaria.

¹³ Si è invece affermato che, sussistendo determinate condizioni, la responsabilità da reato dell’ente sanitario potrebbe fondarsi anche sugli episodi di “colpa medica”, in virtù del fatto che la medicina recente si presenta come attività complessa, che nella cura di un paziente prevede la collaborazione e l’intervento di più medici con diverse specializzazioni e da cui, in caso di errore, discende la contestazione di un addebito sostanzialmente riconducibile alla colpa d’organizzazione, v. C. Santoriello, *La colpa medica quale nuova frontiera della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Rivista* 231, 1/2018, p. 153; D. Pagani, *Responsabilità penali da rischi di contagio del Covid-19 nelle strutture sanitarie*, cit., p. 23; M. Colacurci, *Dai colletti ai camici bianchi. Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell’ente in ambito sanitario*, cit., p. 3 ss. In chiave problematica interrogandosi sulle prospettive *de iure condendo*, M. Caputo, *Malpractice, carenze organizzative e responsabilità degli enti. Quale ruolo per il diritto penale delle persone giuridiche?*, cit., p. 1357 ss.

4. Per quanto riguarda il secondo requisito funzionale ad integrare la responsabilità dell'ente, si pone il problema di rispettare i vincoli fissati dall'art. 5 del d.lgs. 231/2001, ossia che il reato-presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della struttura societaria.

E' ormai un dato acquisito quello della compatibilità logico-strutturale di tale criterio di ascrizione oggettiva con i reati colposi d'evento: l'incompatibilità, infatti, deriverebbe dal valutare "interesse o vantaggio" rispetto all'evento tipico (morte o lesione personale), mentre nessun problema si pone valutando tale profilo in relazione alla condotta colposa; in questa prospettiva, accolta univocamente dalla giurisprudenza, l'interesse o il vantaggio sono quelli tipicamente derivanti dal "risparmio di spesa" o dal "risparmio di tempo" conseguenti alla inosservanza delle regole antinfortunistiche¹⁴.

Ciò posto, sono facilmente ipotizzabili le obiezioni che potrebbero essere mosse in chiave difensiva per contestare l'esistenza di tale elemento ascrittivo: si potrebbe infatti eccepire che, rispetto alle situazioni fattuali qui in esame (*i.e.* scelte tragiche/infelici in contesto di risorse scarse in campo sanitario e assistenziale), la condotta colposa dell'agente non possa dirsi strumentale al perseguimento di un interesse egoistico dell'ente, ma ad un interesse collettivo alla massima tutela possibile della salute, ovvero al fine di gestire al meglio la tragicità della situazione emergenziale. Come dire: se anche "colpa" ci fosse, si tratterebbe di una "colpa disinteressata", di una condotta colposa realizzata 'a fin di bene'.

Ora, tale 'eccezione difensiva', fondata sul finalismo soggettivo della condotta inosservante delle regole cautelari, sarebbe teoricamente idonea a neutralizzare l'operatività del criterio ascrittivo dell'interesse, ma non quella (alternativa) del vantaggio, che costituisce invece, come noto, un criterio a consistenza totalmente oggettiva, in quanto tale valutabile *ex post* sulla base dei benefici che siano appunto oggettivamente locupletati dall'ente collettivo in conseguenza della condotta illecita¹⁵.

Pertanto, se la condotta colposa – consistente, ad esempio, nel mantenimento del servizio di erogazione di prestazioni sanitarie nonostante le limitazioni (che imporrebbero il ridimensionamento dell'attività sanitaria o assistenziale) derivanti dal rispetto delle regole cautelari – determina l'effetto di un incremento dei profitti (o di

¹⁴ Per un quadro completo delle problematiche e degli orientamenti giurisprudenziali, cfr. A. Gargani, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in *Leg. pen.*, 11 gennaio 2016.

¹⁵ In questo senso in dottrina, v. M. Scoletta, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Soc.*, 9/2010, p. 1124 s.; N. Selvaggi, *Reato colposo e interesse dell'ente. Le Sezioni Unite tra "vecchie" e "nuove" questioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 3, p. 359).

una diminuzione delle perdite) che invece la condotta “osservante” non avrebbe generato, il nesso di ascrizione oggettivo, *sub specie* di vantaggio per l’ente, sarebbe comunque integrato (salvo che non si possa qualificare il vantaggio in termini di irrisorietà o la violazione cautelare come del tutto isolata e occasionale), indipendentemente dall’orientamento finalistico che abbia animato la condotta colposa dell’agente.

5. Il terzo requisito è quello della colpa di organizzazione: le fattispecie di omicidio e di lesioni colpose saranno soggettivamente imputabili all’ente solo qualora ascrivibili ad un difetto organizzativo, ovvero se l’ente sanitario o assistenziale non risulti aver adottato e correttamente attuato di un “Modello 231” strumentale alla corretta gestione del rischio infortunistico, tenendo debitamente conto anche delle situazioni di emergenza.

Da questo punto di vista, in realtà, non pare che – nella valutazione di tale profilo in relazione alla peculiare situazione qui in esame – vi siano peculiarità rispetto alla “normale” e doverosa gestione preventiva del rischio antinfortunistico sulla base delle indicazioni organizzative tipizzate dall’art. 30 della 81/2008¹⁶.

Un buon Modello organizzativo, infatti, già dovrebbe dare le indicazioni anche in merito alla “gestione delle emergenze”, imponendo e assicurando, tra l’altro un tempestivo aggiornamento del DVR e un attento monitoraggio sulla sua effettiva attuazione¹⁷; proprio il Modello 231, in altre parole, dovrebbe evitare che l’ente si presenti impreparato alla gestione di una situazione emergenziale come quella pandemica: l’incertezza operativa ed i ritardi nell’adeguamento preventivo non possono trovare nella eccezionalità della situazione una causa scusante, nella misura in cui il d.lgs. n. 81/2008 – la cui puntuale e piena attuazione il Modello 231 è funzionale a garantire - già impone di organizzare una tempestiva gestione dei rischi infortunistici che possono conseguire a situazioni di emergenza. L’ente sarà dunque responsabile nella misura in cui la scelta tragica o infelice integri la violazione di regole cautelari che non trovino nel Modello organizzativo i presidi funzionali ad assicurarne la

¹⁶ Sul tema cfr. V. Mongillo, *Sicurezza sul lavoro: art. 30 d.lgs. n. 81/2008*, in D. Castronuovo – G. De Simone – E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, p. 1623; ID, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza della sicurezza tra responsabilità individuale e responsabilità da reato dell’ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. Stile – A. Fiorella – V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell’ente*, Napoli, 2014, p. 27; F. Curi, *L’imprenditore persona giuridica: il ‘sistema 231’ nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro*, in D. Castronuovo et al., *Sicurezza sul lavoro*, cit., p. 173 ss; R. Blaiotta, *Sicurezza del lavoro e responsabilità dell’ente. Alla ricerca di una dogmatica*, in questa *Rivista*, 5/2020, p. 21 ss.

¹⁷ Così anche V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia Profili di responsabilità individuale e dell’ente per contagio da coronavirus*, cit., p. 27 ss.

puntuale osservanza: il Modello, infatti, non definisce le norme di prevenzione in materia antinfortunistica (che sono tipizzate dal d.lgs. n. 81/2008 e, rispetto alla gestione pandemica, da tutta la normativa emergenziale di fonte legislativa e sub-legislativa), ma dovrebbe assicurare che tali norme vengano correttamente recepite, rispettate ed attuate all'interno dell'organizzazione societaria.

In questa prospettiva, ai fini di un giudizio di adeguatezza del Modello, sarà decisivo il ruolo svolto dall'Organismo di Vigilanza¹⁸: non solo perché l'inerzia dell'OdV indebolisce sensibilmente il giudizio sulla efficace attuazione del Modello, ma anche perché – all'opposto – una scrupolosa attività di controllo dell'OdV sulla corretta attuazione della normativa antinfortunistica (compresa quella sulla prevenzione del rischio da Covid-19) può essere valorizzata per collocare potenzialmente le condotte illecite in materia di sicurezza sul lavoro nell'area della “elusione fraudolenta” del Modello, con l'effetto conseguente di sollevare la persona giuridica dalla responsabilità dipendente dal reato.

6. In una prospettiva solo parzialmente diversa, potrebbero venire in rilievo, come presupposto della responsabilità degli enti sanitari *ex d.lgs. n. 231/2001*, ulteriori fattispecie penali, che parimenti possono trovare origine nella necessità di fronteggiare la “scarsità delle risorse” determinata dalla situazione emergenziale sanitari¹⁹.

Il riferimento va, in particolare, al caso in cui l'ente fa fronte alla scarsità delle risorse disponibili attraverso l'abbassamento degli *standard* prestazionali ai quali sarebbe vincolato *ex lege*, cioè con modalità che non soddisfano i requisiti imposti, come condizioni per attribuire l'accreditamento allo svolgimento di tali attività, dalle convenzioni stipulate con gli enti pubblici; in questo modo, ad esempio, non si assicura il numero di operatori presenti nel corso di intervento chirurgico, si supera il numero dei pazienti o posti letto che l'accreditamento concede, non si effettua la formazione specialistica adeguata al personale sanitario utilizzato etc.

Più frequentemente, peraltro, queste condotte sarebbero inquadrabili nel paradigma delle “scelte opportunistiche”, in quanto parimenti strumentalizzano la “crisi di risorse” e la “tragicità” del momento allo scopo di massimizzare i profitti dell'ente.

¹⁸ Cfr. sul ruolo dell'ODV nel contesto imprenditoriale in relazione all'emergenza covid cfr. V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, cit., p. 53 ss.; M. Pozzi, G. MARI, *I “modelli 231” alla prova dell'emergenza covid-19: nuovi rischi-reato e conseguenti strumenti di prevenzione e di protezione dell'ente collettivo dalla responsabilità ex crimine*, in *SP*, p. 147 ss. v. anche il Position Paper AODV del 27.3.2020 intitolato “*Dovere e ambiti di attivazione dell'OdV in relazione al rischio di contagio da Covid-19 nelle aziende*”.

¹⁹ Cfr. sul tema dei nuovi rischi reato conseguenti all'emergenza pandemica con riferimento all'attività d'impresa M. Pozzi – G. Mari, *I “modelli 231” alla prova dell'emergenza covid-19*, cit., p. 161 ss.

Ebbene, queste condotte potrebbero rilevare penalmente in una prospettiva del tutto distinta da quella “antinfortunistica”, cioè indipendentemente da qualsiasi danno alla salute o alla integrità di pazienti od operatori sanitari che da esse possa derivare.

Qui, infatti, entrerebbero qui in gioco fattispecie incriminatrici poste a tutela della pubblica amministrazione e, più precisamente, degli interessi patrimoniali della pubblica amministrazione.

Il riferimento va, in primo luogo, alla truffa ai danni dello Stato (*ex art. 640 e 640-bis c.p.*), che si realizza in particolare nella fase della richiesta al Servizio sanitario nazionale del ‘rimborso’ per i trattamenti sanitari o assistenziali resi (chiedendo cioè rimborsi maggiori – attraverso una falsa rappresentazione dei “d.r.g.” –rispetto alle prestazioni realmente effettuate): rispetto a questa ipotesi generale, la situazione emergenziale potrebbe teoricamente favorire comportamenti opportunistici, ad esempio alterando in eccesso i numeri o le tipologie delle prestazioni sanitarie a favore di “pazienti covid”, approfittando delle prevedibili difficoltà dei controlli che possono essere dalle agenzie di controllo nella situazione di emergenza determinata dalla pandemia.

In secondo luogo, e soprattutto, può venire in rilievo una ulteriore fattispecie penale, idonea a sanzionare gli enti sanitari indipendentemente da qualsiasi danno patrimoniale diretto alle casse del Servizio sanitario nazionale, cioè in relazione a trattamenti o prestazioni sanitarie o assistenziali effettivamente eseguite, ma, magari proprio a causa della “scarsità delle risorse”, non in modo conforme agli *standard* richiesti dalle convenzioni con gli enti pubblici che ne accreditano e ne consentono lo svolgimento.

Ciò considerato, la fattispecie incriminatrice che qui potrebbe trovare applicazione è l’art. 356 c.p., ossia la “frode in pubbliche forniture”, inserita recentissimamente nel catalogo dei reati presupposto in occasione della attuazione della Direttiva c.d. PIF (sulla tutela degli interessi finanziari dell’Unione Europea)²⁰.

Affinché la condotta tipica sia integrata non è sufficiente il mancato rispetto dei requisiti normativi di accreditamento, cioè lo svolgimento di prestazioni sanitarie senza

²⁰ Con il d.lgs. n. 75 del 14 luglio 2020 è stata recepita nell’ordinamento italiano, la Direttiva (UE) 2017/1371 (cd. Direttiva PIF) del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, recante norme per la “lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale”. L’attuazione della suddetta Direttiva costituisce un ulteriore passo del percorso di armonizzazione delle misure in materia di tutela degli interessi finanziari dell’Unione Europea, iniziato con la ratifica ed esecuzione della legge n. 300/2000, attraverso la quale, nel nostro ordinamento, è stata introdotta la responsabilità amministrativa da reato degli enti (d.lgs. 231/2001). Cfr. sul punto R. Caldarone G.M. Garegnani, L. Troyer, *Giurisprudenza e attualità in materia di diritto penale d’impresa - le novità introdotte dal d.lgs. 75/2020 alla normativa 231/2001 in attuazione della “direttiva pif”*, in *Riv. Dott. Comm.*, 4/2020, p. 608 ss.; M. Grotto, *Direttiva pif e d.lg. n. 231 del 2001. la repressione penale delle gravi frodi iva e la responsabilità degli enti per reati tributari, tra situazione attuale e prospettive future*, in *Cass. pen.*, 10/2020, p. 3926 ss.

il rispetto degli standard pattuiti: in questo caso, infatti, potrebbe più eventualmente configurarsi la fattispecie penale di inadempimento di pubbliche forniture, tipizzata dall'art. 355 c.p. – ma solo qualora l'inadempimento incida negativamente sull'erogazione della fornitura o del pubblico servizio²¹ –, che tuttavia non rientra nel catalogo dei reati ascrivibili alla responsabilità degli enti collettivi.

Ai fini della integrazione dell'art. 356 c.p. è invece necessario che lo scostamento dagli *standard* o dai vincoli organizzativi e prestazionali prescritti dalla legge e dalle norme regolamentari che definiscono i requisiti e le modalità di erogazione dei servizi sanitari, avvenga con modalità “fraudolente”, rispetto alle quali la giurisprudenza neppure pretende l'utilizzo di particolari espedienti ingannevoli, tali cioè da integrare artifici o raggiri. Più correttamente, tale carattere modale della condotta impone di individuare un “elemento ulteriore” rispetto al mero inadempimento contrattuale²², che deve essere caratterizzato da una componente oggettivamente ingannevole; tale elemento modale sarebbe tuttavia facilmente riscontrabile in relazione alla casistica qui in esame, essendo gli enti sanitari tenuti ad attestare periodicamente il mantenimento e l'osservanza dei requisiti di accreditamento: sarebbe pertanto sufficiente ad integrare il carattere fraudolento la scorretta attestazione, nelle comunicazioni dirette alla pubblica amministrazione, in merito alla conformità e al rispetto di tali requisiti (ad esempio, attestando falsamente la presenza in servizio del numero di operatori sanitari necessario a rendere determinate prestazioni).

Come già accennato, l'art. 356 c.p. costituisce una fattispecie di “mera condotta”, che – rispetto all'art. 355 c.p. – impone sì l'accertamento della componente modale di frodolenza, ma astrae da qualsiasi impatto sulla correttezza del servizio reso: in altre parole, la fattispecie tipica potrebbe essere integrata anche qualora fosse fornita una prestazione ineccepibile dal punto di vista sanitario; vero che, anche in giurisprudenza, si afferma la necessità di una “diformità” nella prestazione della fornitura o del servizio, ma si precisa anche che l'inadempimento può riguardare profili “non essenziali” della prestazione dovuta²³. In questo modo, evidentemente, si concretizza il rischio che anche i requisiti “organizzativi” e “strutturali” per lo svolgimento dell'attività sanitaria possano rilevare ai fini del giudizio di tipicità sul corretto adempimento prestazionale, indipendentemente dal corretto svolgimento della singola e specifica prestazione.

²¹ L'art. 355 c.p., infatti, configura un reato di evento, costituito dalla circostanza di “far mancare, in tutto o in parte, cose od opere, che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o ad un pubblico servizio”: cfr. per tutti M. Romano, *Commentario sistematico del Codice Penale, Artt. 336-360 c.p. – I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 4 ed, 2015, p. 281

²² V. ancora M. Romano, *Commentario sistematico del Codice Penale*, cit., pp. 280-281.

²³ Per i puntuali riferimenti giurisprudenziali, cfr. S. Seminara, *Art. 356 c.p.*, in G. Forti- S. Seminara – G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, 2017, p. 1157.

Silvia Tordini Cagli

LA DISATTIVAZIONE DEL “SUPPORTO VITALE” DELLA PERSONA
CAPACE DI CONSENSO MA NON DI AGIRE

ABSTRACT

Piergiorgio Welby, Giovanni Nuvoli,
Davide Trentini: la scelta tragica e infelice.
Il diritto di rifiutare le cure. L’approdo del
legislatore con la legge 219/2017.
L’intervento della Corte costituzionale con
la sentenza 242/2019 sull’aiuto al suicidio.

Piergiorgio Welby, Giovanni Nuvoli,
Davide Trentini: the tragic and unhappy
choice. The right to refuse treatment. The
arrival of the legislator with law 219/2017.
The intervention of the Constitutional Court
with the sentence 242/2019 on suicide aid.

PAROLE CHIAVE

rifiuto alle cure – suicidio assistito –
trattamenti fine-vita

refusal of treatment – assisted suicide – end-
of-life treatment

Sommario: 1. L’importanza della legge 219/2017 nelle scelte infelici; 2. Verso una progressiva sovrapposizione tra rifiuto di trattamenti salvavita e assistenza al suicidio. 3. La breccia si allarga.

1. Quando si parla di scelte infelici e di disattivazione del “supporto vitale” della persona capace di consenso ma non di agire, il pensiero va subito alla tragica vicenda di Piergiorgio Welby e alla sua scelta di renderla pubblica per mettere a nudo quella che era una delle grandi criticità del nostro ordinamento: la mancanza di una disciplina che consentisse il pieno riconoscimento del diritto costituzionalmente sancito di non curarsi, di rinunciare ad un qualsiasi trattamento sanitario, di un diritto all’*habeas corpus*.

Ma non è solo Piergiorgio Welby a cui vanno i nostri pensieri: se possibile è ancora più drammatica da punto di vista umano la storia di Giovanni Nuvoli che, non trovandosi a casa propria ma ricoverato in ospedale e non trovando un medico nel reparto disponibile ad interrompere i trattamenti salvavita, nè riuscendo ad ottenere una autorizzazione all’incarico di un medico esterno, alla fine, dimesso dall’ospedale, scelse l’unica via a lui consentita: rifiutò l’infusione di liquidi nel suo corpo, trovando così la morte.

La vicenda di Giovanni Nuvoli è stata recentemente ripercorsa dal Pubblico Ministero che si era trovato a fare i conti con la schizofrenia del nostro ordinamento «che da una parte riconosce il diritto a rifiutare le cure», ma dall’altro non predispone gli strumenti per attuarlo¹.

La lettura di questa testimonianza mi ha ancora di più rafforzato nella mia convinzione: l’importanza grande, la svolta culturale fondamentale approntata con la legge 219/2017 che rappresenta il punto di partenza di un dialogo pluralistico e interculturale sulle vicende, sempre più urgenti, poste da casi drammatici di richieste di trattamenti di fine-vita, e che ha finalmente aperto una breccia nella monolitica disciplina in tema di fine vita.

Se quella legge fosse stata in vigore, infatti, Piergiorgio Welby avrebbe potuto ottenere l’interruzione del trattamento dal suo medico curante; Giovanni Nuvoli dal medico del reparto. Non ne sarebbe probabilmente seguito alcun processo, con l’accusa per omicidio del consenziente per i medici disponibili a rispettare la volontà del malato di essere lasciato andare.

La legge 219/2017 in parte certifica un diritto già acquisito, rendendolo effettivo, così da dare certezza e assicurare medici, da un lato, pazienti dall’altro: il diritto a rifiutare e a rinunciare qualsiasi trattamento sanitario, anche salvavita.

Ma non si limita a certificare, fa qualcosa di più: dirime controversie e aggiunge ulteriori certezze su temi su cui tanto si era discusso. Per esempio, afferma in maniera incontrovertibile che al diritto di rifiutare di cure corrisponde un vero e proprio obbligo; che nell’accezione di “atto terapeutico rifiutabile e rinunciabile” sono ricomprese

¹ Paolo Piras e che si è sentito, come lui stesso scrive (Come un comandante in una scialuppa di naufraghi

l'alimentazione e la idratazione artificiale; ma soprattutto scioglie un nodo fondamentale: il rifiuto di un trattamento e la richiesta di interruzione si equivalgono, sempre, anche se l'interruzione presuppone un comportamento attivo da parte del medico.

La complessità delle vicende di Welby e Nuvoli era in gran parte, come noto, legata al fatto che la volontà di rinuncia alla prosecuzione del trattamento sanitario salvavita proveniva da un paziente "competente" ma che si trovava in condizioni di dipendenza ed era privo dell'autonomia fisica necessaria per attuare da solo la propria volontà. Dare esecuzione alla loro richiesta avrebbe quindi necessitato un attivarsi da parte del medico. Siffatte situazioni venivano così ricondotte alla categoria della c.d. eutanasia attiva e l'unica alternativa disponibile per evitare che il medico "collaborativo" ne rispondesse penalmente era il ricorso ad una scriminante. Attraverso il richiamo dell'adempimento di un dovere terapeutico scaturente dall'articolo 32, co. 2, Cost., il dovere di interrompere il trattamento sanitario di fronte alla revoca del consenso da parte di un paziente consapevole ed informato, il Gip di Roma prosciolsi il dott. Riccio, dall'accusa di omicidio del consenziente di Piergiorgio Welby.

Ma era una opzione, una strada intrapresa a livello interpretativo.

Oggi, invece, grazie alla legge 219 tutto ciò ha un chiaro riconoscimento normativo: il comma 6 dell'art. 1- richiamato anche dall'art. 4, comma 5 in riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento –afferma infatti che il «medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

La legge delimita in maniera esplicita il suo ambito di azione: non intende regolamentare l'aiuto al suicidio, che è qualcosa di diverso dal rispetto del diritto a non curarsi o a interrompere i trattamenti, anche se i trattamenti siano trattamenti di sostegno vitale, salvavita. Che le due situazioni non siano totalmente sovrapponibili, mi sembra che non possa essere contestato: in comune hanno forse il desiderio del malato di morire, o meglio ancora, il desiderio del malato di liberarsi dalla malattia e/o dalla sofferenza; di liberarsi di un corpo che è solo fonte di sofferenza; il desiderio di essere lasciato andare.

In un caso, tuttavia, l'esito letale è causato dalla malattia che fa il suo corso, non contrastato - o non più contrastato - da trattamenti sanitari o non impedito da presidi sanitari cui il paziente ha il diritto di rinunciare; nel caso di aiuto al suicidio, invece, il decesso è determinato dalla somministrazione di farmaci, la cui assunzione volontaria provoca la morte immediata.

2. Mai, tuttavia, come in questi ultimi tempi il rifiuto di essere sottoposti ad un trattamento o la richiesta di interruzione delle cure salvavita e la richiesta di una assistenza, di un aiuto vero e proprio al suicidio sono realtà che si sono intrecciate, avvicinate, quasi sovrapposte.

L'accostamento è stato senz'altro favorito dalla sentenza della Corte costituzionale 242/2019, (e dall'ordinanza che l'ha preceduta) che, certo, si è pronunciata solo sulla questione della illegittimità costituzionale della disciplina dell'aiuto al suicidio, ma che, pur riconoscendo e ribadendo la radicale differenza tra aiuto al suicidio e interruzione delle cure salvavita, ciononostante ha aperto la strada alla suddetta sovrapposizione².

Questo esito è stato conseguente alla scelta di indicare la legge 219/2017 quale chiave di volta per dare fondamento alla causa di non punibilità della agevolazione al suicidio e per ricostruire i limiti entro cui tale esimente può trovare applicazione.

Per chiarire i termini di questa affermazione è opportuno richiamare brevemente un passaggio chiave della motivazione della pronuncia: «Se, infatti, il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza *tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi* (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – *non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale*». In quel “non vi è ragione”, si può individuare il passaggio logico che affianca richiesta di aiuto al suicidio e rifiuto dei trattamenti salvavita, che in qualche modo trovano la medesima chiave di legittimazione.

Pur non affermando, infatti, l'identità delle due situazioni, tuttavia la Corte arriva a creare un parallelismo che, in definitiva, fa della legge 219/2017, la pedana di lancio per una estensione della sua originaria prospettiva di disciplina, che viene ampliata fino

² Sulla pronuncia e si sufficiente il rinvio a *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, ESI, 2019 e *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Giappichelli, 2020. Sulla vicenda di DJ Fabo, sia consentito altresì il rinvio al nostro *Tutela dei soggetti vulnerabili e tutela dell'autodeterminazione: una sintesi possibile? (A margine del caso Cappato)*, in *Arch.pen. web*, Fasc. 2, maggio-giugno 2019.

a divenire *fondamento* anche delle ipotesi di non punibilità - e dunque di liceità - dell'aiuto al suicidio.

L'aiuto al suicidio diviene così una delle possibili modalità con cui congedarsi dalla malattia, dalla vita sofferente, allo stesso modo della interruzione di un trattamento sanitario. Ne consegue il riconoscimento di una libertà di scelta del malato, dell'individuo in ordine a una pluralità di alternative - interruzione di terapie, sedazione terminale o aiuto al suicidio - che vengono tutte ugualmente legittimate in presenza di alcune specifiche condizioni.

Quali sono queste condizioni è noto: si deve trattare di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale; affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova intollerabili; pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Il combinato disposto della legge 217 e della pronuncia della Corte costituzionale, in attesa di una regolamentazione normativa da parte del legislatore, apre quindi a chi si trovi nelle condizioni sopra schematizzate, le seguenti opzioni:

a. chiedere l'interruzione del trattamento anche salvavita da parte del medico, accompagnata, se del caso, dalla sedazione palliativa profonda; questo anche qualora l'interruzione presupponga un comportamento attivo del medico: in questo caso il medico ha l'obbligo di provvedere secondo la libera scelta del paziente.

b. qualora l'opzione di cui sopra non venga considerata dignitosa, per sé stesso o per i propri cari, il paziente può in alternativa, chiedere al medico di assisterlo nel proprio suicidio, mettendogli a disposizione un farmaco letale e predisponendo le condizioni perché possa autonomamente assumerlo: in questo caso il medico non ha tuttavia l'obbligo di provvedere.

3. La timida ma fondamentale breccia aperta dalla legge 217, dunque, si è estesa e continua ad estendersi: basti pensare a quanto sta accadendo con riferimento al caso di Davide Trentini: la totale perdita di selettività della condizione incentrata sulla necessaria dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, con conseguente espansione dell'ambito di rilevanza della causa di non punibilità individuata dalla Corte costituzionale.

La Corte d'Assise di Massa, con la sentenza del 27 luglio 2020, ha infatti assolto Marco Cappato e Mina Welby dal reato di cui all'art. 580 c.p., per aver aiutato materialmente

Davide Trentini, malato di sclerosi multipla, nel suo proposito di darsi la morte in una clinica svizzera³.

Davide Trentini non era collegato a nessun tipo di macchinario, e dunque difficilmente la sua situazione avrebbe potuto essere ricondotta alla condizione di cui sopra, essenziale per la non punibilità ai sensi dell'articolo 580 c.p. come modificato dalla Corte costituzionale.

Secondo la Corte d'Assise di Massa, tuttavia, il trattamento di sostegno vitale, deve identificarsi con «*qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida*»: questa definizione si presta a ricomprendere i casi in cui la possibilità di continuare a vivere dipenda non solo dal funzionamento di un macchinario medico, ma anche dalla prosecuzione di una terapia farmacologica o, più in generale, dalla necessità di una qualsiasi forma di assistenza sanitaria.

Non solo: secondo la Corte, la dipendenza richiesta può ravvisarsi altresì nell'ipotesi in cui una persona “semplicemente” dipenda *da altre persone per la propria sopravvivenza*: seppure infatti non può in questo caso ritenersi integrato un “trattamento” in senso proprio, si determinerebbe una situazione analoga alle precedenti, tale da legittimare un'estensione *in bonam partem* della causa di non punibilità.

Il riferimento in questione è senz'altro quello che fin dall'inizio ha sollevato maggiori rilievi critici. Anche perché privo della necessaria tassatività ed univocità: «è stato coniato per designare quei trattamenti che, in caso di malattie che mettono in pericolo la vita, sono in grado di prolungarla (cioè di posporre la morte) anche se non necessariamente di guarire la malattia. Si tratta per lo più di trattamenti intesi a sostenere le principali funzioni organiche: ne sono esempi la ventilazione meccanica [...], la rianimazione cardiopolmonare [...], l'impianto di *pacemaker* [...] le amine vasopressorie [...], la dialisi [...]. Altre misure che vengono considerate trattamenti di sostegno vitale sono gli antibiotici in caso di infezioni minacciose e le trasfusioni di sangue»⁴. Ma l'aspetto che maggiormente mette in crisi l'interprete è la difficile giustificazione di una siffatta limitazione per i casi di legittimità dell'aiuto al suicidio. Seppure infatti, è facilmente intuibile la scelta “politica” della Corte, volta a fissare uno

³ Sulla vicenda giudiziaria vedi, Massaro, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridecrizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in *giurisprudenzapenale web.*, 2020,9; Lazzeri, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre DjFabio: la nozione di “trattamenti di sostegno vitale” nella sentenza sul caso Trentini*, in *sistemapenale.it*, 14 settembre 2020; Donini, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistemapenale.it*, 10 febbraio 2020.

⁴ C. A. Defanti, *I trattamenti di sostegno vitale*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Rodotà - P. Zatti, *I diritti in medicina*, a cura di E. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti, Giuffrè, 2011, 581 s.

sbarramento al fine di contenere i rischi di dilatazione incontrollata, non è tuttavia comprensibile la giustizia sostanziale di siffatta soluzione, per la «forte capacità escludente rispetto a importanti patologie analogamente atroci»⁵. La “manipolazione ermeneutica”, dunque, effettuata dalla Corte d’Assise di Massa risponde senza dubbio ad una valorizzazione massima del principio di uguaglianza e, certamente, fa emergere una lacuna nella “coerenza” della soluzione adottata dalla Consulta.

Il metodo non è certo condivisibile; compito di intervenire sulle condizioni di liceità dell’aiuto al suicidio non è della giurisprudenza ma del legislatore; tuttavia, guardando oltre il metodo, mi sembra da evidenziare un altro dato positivo: la soluzione della Corte d’Assise consente di riportare l’attenzione su di un profilo che in questa materia non deve mai essere dimenticato, e cioè la centralità della libertà di autodeterminazione, della libera scelta⁶.

Questo è il punto: diviene quindi fondamentale individuare gli indici in base ai quali considerare la scelta realmente autonoma e libera. Stefano Canestrari ha messo più volte in luce, a ragione, le difficoltà di una verifica sulla genuinità della richiesta di morire; questo sarebbe addirittura impossibile per i casi di sofferenze dell’anima; estremamente difficile per i casi di sofferenza del corpo; ma certo non si può negare che la malattia, la ferita del corpo nella sua maggiore oggettività fornisce strumenti più univoci per consentire tale verifica, pur nella consapevolezza di quanto sia velleitario aspirare ad una certezza⁷.

È dunque corretto e giusto che la malattia del corpo sia la chiave per una selezione dei casi di aiuto al suicidio consentiti dall’ordinamento.

Una malattia particolarmente qualificata, perché irreversibile, ossia priva di prospettive di guarigione; perché fonte di sofferenza intollerabile, fisica o psichica. Una malattia che quindi sia tale da motivare ragionevolmente una scelta di liberarsi da una vita considerata non più degna di essere vissuta. Ma niente di più.

⁵ M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., 16.

⁶ Sulla centralità della libertà di scelta, T. Padovani, *Dovere di vivere e aiuto al suicidio: un sintagma*, in *www.biodiritto.org*, 3 ss. Evidente ed assoluto il riferimento alla libertà di scelta nella sentenza della Corte costituzionale tedesca che ha dichiarato l’illegittimità del 217 StGB§, su cui, L. Eusebi, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in *disCrimen.*, 2020, 59 ss.; Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, ivi 2020, 12 ss.; A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *Legislazione penale*, 2020, 14 ss.; L. Risicato, *La Consulta e il suicidio assistito: l’autodeterminazione “timida” fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *Legislazione penale*, 2020, 10 ss.

⁷ Da ultimo S. Canestrari, M.L. Caproni, *Suicidio e aiuto al suicidio: diritto e psicoanalisi in dialogo*, in *disCrimen*, 2021, 8 ss.; sul punto sia consentito rinviare altresì al nostro *Tutela dei soggetti vulnerabili e tutela dell’autodeterminazione: una sintesi possibile?* cit.

Maria Beatrice Magro

DISATTIVAZIONE DEL “SUPPORTO VITALE” DELLA PERSONA INCAPACE
DI CONSENSO E DI AZIONE ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE
SULL’AIUTO AL SUICIDIO

ABSTRACT

Il dibattito sulle “decisioni di fine vita” nell’ambito del trattamento medico-chirurgico si è emancipato dall’uso di un lessico a forte impatto emotivo, quale quello che ricorreva al termine “eutanasia”, per ancorare tutta la problematica in relazione all’evoluzione delle tecnologie mediche e biologiche che rendono sempre più la malattia e il morire come accadimento che appartiene alla decisione umana. Due notissime vicende giudiziarie, quella di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro connotano l’evoluzione giurisprudenziale sopra descritta, segnando indiscutibilmente un percorso comune verso una massima estensione dell’autodeterminazione terapeutica anche nelle fasi finali della vita umana. Si assume infatti che non la vita, ma la salute costituisce un diritto sempre disponibile

The debate on the patient's "end-of-life decisions" in the context of medical-surgical treatment has emancipated itself from the use of a vocabulary with a strong emotional impact, such as the one that used the term "euthanasia", to anchor the whole problem in relation to the evolution of medical and biological technologies. Two well-known legal events, that of Piergiorgio Welby and that of Eluana Englaro, characterize the jurisprudential evolution described above, indisputably marking a common path towards a maximum extension of therapeutic self-determination even in the final stages of human life. In fact, it is assumed that not life, but health is a right that is always available even if the consequences of this choice are the sacrifice of the patient's life, given that this right of

anche qualora le conseguenze di tale scelta siano il sacrificio della vita del malato, posto che tale diritto di libertà non incontra alcun limite espresso nel valore, altrettanto individuale della vita, ma solo nella rilevanza sociale degli interessi coinvolti.

freedom does not meet any limit expressed in the equally individual value of life.

PAROLE CHIAVE

decisioni di fine vita – diritto alla salute – suicidio assistito

end-of-life decisions – right to health – assisted suicide

Sommario: 1. Una premessa è d'obbligo. 2. Evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di autodeterminazione terapeutica. 3. Il caso Englaro e l'ipotesi dell'incapacità sopravvenuta del paziente. 4. Il rifiuto del tutore e il procedimento di ricostruzione della volontà del paziente non più capace. 5. L'interruzione di catene causali "salvifiche" e di mantenimento in vita. 6. Il caso Welby: l'omicidio del consenziente e la scriminante dell'adempimento del dovere di rispettare il rifiuto di cure. 8. Disposizioni anticipate di trattamento e emergenza Covid-19: il rifiuto di terapie in caso di scarsità di risorse. 9. Dall'autodeterminazione terapeutica al suicidio medicalmente assistito. Il caso Antoniani. 10. La questione di legittimità sottoposta alla Corte costituzionale. 11. La decisione della Corte costituzionale n. 242 del 2019: l'assistenza al suicidio come manifestazione dell'autodeterminazione terapeutica. 12. Le quattro condizioni di non punibilità dell'assistenza medica al suicidio. 13. Quando manca il requisito del "supporto vitale". La sentenza della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 (caso Trentini). 14. L'ipotesi inversa: la totale dipendenza dal "supporto vitale di tipo meccanico": si può configurare il diritto al c.d. "suicidio medicalmente assistito per mano altrui"? 15. Il diritto di morire quale estrinsecazione del diritto alla personalità nella sentenza del Tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsbericht*) del 26 febbraio 2020 sul § 217 *StGB*.

1. I temi del fine vita non possono essere affrontati e risolti in maniera esaustiva se non vi è chiara definizione dei principi gius-filosofici di base, se non si dichiara il modello filosofico-politico concernente il rapporto tra l'individuo e se stesso, fra l'individuo e lo Stato, posto alla base della decisione pubblica affidata al legislatore o all'interprete. Una premessa di tale tipo è implicita anche se non dichiarata a qualunque soluzione si pervenga e qualunque principio costituzionale, espresso, implicito, o totalmente

negato, più che costituire l'epilogo di un ragionamento o di una ricostruzione normativa, ne costituisce la premessa filosofica fondante, talora può suonare persino come un'asserzione.

Personalmente, ritengo che il riconoscimento del diritto di libertà di disporre della salute e persino della propria vita debba sottendere un paradigma teorico, antropologico-politico, fondato sul supremo concetto di dignità umana, inteso in senso soggettivo, cui lo Stato è subalterno. Questa premessa concettuale fa sì che il compito dello Stato non sia quello di suggerire o imporre deontologicamente modelli oggettivi di vita o di morte, ma quello di ampliare il più possibile la gamma delle libertà decisionali dell'individuo rispetto la propria vita.

Questa è la chiave di lettura dei diritti individuali tutelati nella Costituzione: il valore assoluto della autodeterminazione e della dignità (intesa in senso soggettivo e non statualistico oggettivante) dell'individuo, represso e violato dalle dittature del precedente assetto storico politico, perché asservito a logiche stataliste.

La dignità non è un attributo ontologico e inderogabile del vivere in ogni circostanza che nessun giudizio soggettivo può mai scalfire, una dotazione coesistensiva dell'essere umano che la rende un limite delle libertà, non un suo presupposto, ma la sua ragione d'essere.

2. Invero, la storia del diritto all'autodeterminazione terapeutica è assai stratificata, perché a iniziali, timide affermazioni di principio, si sono accavallate nel tempo concrete applicazioni che ne hanno valorizzato a trecentosessanta gradi l'immediata portata precettiva.

La tendenza evolutiva che si trae da una osservazione ormai spassionata del sistema normativo indirizza verso una piena estensione del fondamentale diritto di libertà della salute anche nelle fasi finali della vita umana.

Il dibattito sulle "decisioni di fine vita" del paziente nell'ambito del trattamento medico-chirurgico si è emancipato dall'uso di un lessico a forte impatto emotivo, quale quello che ricorreva al termine "eutanasia", per ancorare tutta la problematica in relazione all'evoluzione delle tecnologie mediche e biologiche che rendono sempre più la malattia e il morire come accadimento che appartiene alla decisione umana¹.

¹ Per una ricostruzione ampia della tematica nei suoi primi sviluppi, tra i primi contributi in ambito penalistico, mi si permetta il rinvio a M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, e l'ampia bibliografia ivi citata; L. Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, Trento, 1992; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv.it.dir.proc.pen* 1995, 670; F. Giunta, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 403.

Il lessico che contrapponeva diritti o doveri alla vita o alla morte ha, nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa dell'ultimo decennio, ceduto il passo a quello dell'autodeterminazione terapeutica, sulla base della rivendicazione del morire come fenomeno esperienziale individuale che coinvolge il corpo e che comporta un mutamento epistemologico del concetto di salute.

Perciò, nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa non compare il termine "eutanasia" (passiva o attiva) né "aiuto a" o "aiuto nel" morire (così come si distingue nell'ordinamento giuridico tedesco) ma di "rifiuto legittimo di cure", che limita, meglio, esclude, la posizione di garanzia del medico, obbligato ad rispettare la volontà del paziente e ad arrestare il proprio operato, o ne elide l'antigiuridicità della condotta².

Così sterilizzata da componenti esistenziali più profonde attinenti al generale senso della vita, il tema si è instradato, anche sul piano costituzionale e dei principi, nei più ristretti argini dei limiti del diritto alla cura e della disponibilità del diritto alla salute, nell'ambito della relazione terapeutica, fuori dalla tematica generale della legittimità degli atti di autolesionismo e della disponibilità/indisponibilità della vita, e ciò anche qualora il rifiuto concerna terapie salvavita e dal quel rifiuto possa derivare la morte del paziente dissenziente.

Si assume infatti che non la vita, ma la salute costituisce un diritto sempre disponibile anche qualora le conseguenze di tale scelta siano il sacrificio della vita del malato, posto che tale diritto di libertà non incontra alcun limite espresso nel valore, altrettanto individuale, della vita, ma solo nella rilevanza sociale degli interessi coinvolti. In altre parole, viene isolata una situazione esistenziale umana, tra le molte altre parimenti drammatiche, ove la peculiarità del rapporto instaurato con un terzo soggetto costituito dal sanitario e le condizioni di alta tecnologia incidono profondamente: all'interno della relazione terapeutica il dramma della sofferenza umana assume una dimensione valoriale sociale e collettiva che invoca un richiamo alla solidarietà, alla partecipazione empatica, all'innato senso di altruismo.

Ad ogni modo, il riconoscimento di diritto fondamentale dell'uomo all'autodeterminazione rispetto a trattamenti terapeutici è espressione della ricerca di un percorso anzitutto "esistenziale", prima ancor che curativo, che ha fulcro e fine nel rispetto *dell'identità del malato*, dei suoi modelli mentali, della sua biografia. Perciò, la salute può rappresentare una delle direttrici di ricerca del senso dell'esistenza umana, cui tutti quotidianamente aneliamo.

A seguire si sono succeduti nel tempo L. Cornacchia, *Euthanasia, il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2002, 3, 374; C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica – il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004; L. Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, 30 ss.

² M. Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in *Aa. Vv., Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino 2012, 10.

In questo senso, non è azzardato ritenere che anche la scelta verso una morte, inevitabile e più o meno prossima, non sia in antitesi con la vita, non costituisca un diritto autonomo e contrapposto rispetto quello alla vita o allo sviluppo della persona o alla salute e al benessere, ma una sua articolazione interna, una sua derivazione o espansione logico- giuridica³.

La premessa giuridico-filosofica sottesa alla piena affermazione dell'autodeterminazione terapeutica è lo specchio della concezione personalista secondo cui la persona umana è un essere moralmente e intellettualmente capace di esercitare la propria libertà in modo responsabile e in piena autonomia, nel rispetto della dignità umana, da concepirsi come valore giuridico che mai può rappresentare un *limite* alla libertà di autodeterminazione, perché invece ne è la sua ragione, il suo presupposto; le decisioni sulla propria vita e sulla propria morte, in quanto da esse promanate, trovano in essa ragione ontologica, poiché la libertà di morire non è in antitesi logica e giuridica rispetto l'autodeterminazione, ma una sua estrinsecazione.

Ricondotta in questo ambito, viene abbandonata l'espressione tradizionale di eutanasia passiva o attiva, o l'ambito di esplorazione che si appella al diritto di morire o al diritto di suicidio, poiché non si tratta di cagionare o non cagionare la morte, ma di rifiutare trattamenti o di richiedere terapie lenitive del dolore anche quando da tale rifiuto possa discenderne la morte del paziente, così ponendo la tematica al di fuori degli schemi concettuali della responsabilità dolosa per omesso impedimento dell'evento o della condotta commissiva causativa tipica delle comuni fattispecie poste a tutela della vita che interferiscono con l'esercizio della professione sanitaria, e così riconducendola nel generale alveo della responsabilità professionale in caso di violazione delle regole dell'arte o in quello più spinoso del trattamento medico arbitrario.

Due notissime vicende giudiziarie, quella di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro connotano l'evoluzione giurisprudenziale sopra descritta, segnando indiscutibilmente un percorso comune: il Giudice dell'udienza Preliminare di Roma assolve il medico che ha disconnesso Welby dal respiratore, secondo la sua esplicita e contestuale richiesta, e la Corte di cassazione accoglie il ricorso del padre tutore di Eluana Englaro, che chiede, secondo le opinioni espresse dalla figlia, che giace in stato vegetativo da quindici anni, di essere autorizzato a interrompere l'idratazione e la nutrizione parenterale della figlia.

In entrambi i casi vi è un'azione attiva del medico che interviene su mezzi artificiali di sostegno vitale e in entrambi i casi i giudici di merito (penale) e di legittimità (civile) riconoscono che il diritto alla salute non è condizionato dal rischio di morte del paziente. Ferme queste premesse, il ragionamento si snoda in modo diverso. I casi di

³ Così il filosofo G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico- giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino, 2020, 334, 353-357.

Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro sono totalmente opposti: Welby è la dimostrazione di una mente lucida, una mente prigioniera di un corpo sempre più inadeguato a contenerla. Al contrario, Eluana è una donna dal corpo sano, che respira autonomamente ma è la sua mente a non esserci più.

3. L'elemento della volontà del paziente è il requisito costitutivo delle decisioni di fine vita. Tuttavia, proprio la volontà del paziente costituisce il punto nevralgico della questione. Anche se un largo consenso compete al rispetto dell'autonomia del paziente, il quale ha diritto di accettare o rifiutare trattamenti sanitari che siano prevedibili nello sviluppo della patologia in atto, risulta evidente nell'esperienza corrente che tale criterio spesso ha difficoltà ad operare per vari motivi: perché non può materialmente esservi una volontà del paziente contestuale e perdurante al trattamento, come nei casi di stato vegetativo persistente o in generale di sopraggiunta incapacità naturale.

La questione del rifiuto di cure in caso di sopraggiunta incapacità del paziente è stato sottoposto all'attenzione della giurisprudenza italiana, con grande risonanza nelle cronache, concerne Eluana Englaro, donna in stato vegetativo permanente dal 1992, quando, ventenne, aveva riportato un gravissimo trauma cranico-encefalico a seguito di un incidente stradale. In ragione del suo stato, Eluana, pur essendo in grado di respirare autonomamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, era radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno.

La vicenda giudiziaria – che ha interessato diverse decisioni, a partire dal ricorso *ex* articolo 732 c.p.c.– verteva intorno alla richiesta del padre, tutore legale della figlia interdetta, affinché anche a Eluana, nonostante il suo stato, fosse riconosciuto il diritto al rifiuto delle cure, e in particolare che le fosse riconosciuto il diritto alla sospensione della nutrizione e idratazione artificiale dalle quali dipendeva il suo mantenimento in stato vegetativo permanente.

La sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 della prima sezione civile della Corte di cassazione ha segnato le fasi conclusive della vicenda, dettando la regola di diritto da fare valere nel caso in cui manchi una esplicita manifestazione di volontà (attuale o pregressa) del paziente in stato vegetativo permanente, ma il suo mantenimento in vita attraverso trattamenti di sostentamento artificiale venga denunciato dai suoi legali rappresentanti come per lui non dignitoso e degradante⁴.

A tale sentenza ha dato attuazione il decreto della prima sezione civile della Corte d'appello di Milano, n. 88 del 26 giugno 2008, che, ritenendo ricorrenti le condizioni

⁴ Cass, sez. I., 16 ottobre 2007, n.21748, in *Foro it.* 2007, 3025.

poste dalla sentenza della Corte di cassazione, ha disposto l'interruzione dei trattamenti⁵.

In essa la Corte di cassazione opera, in primo luogo, una ricognizione dei principi vigenti nell'ordinamento giuridico italiano in materia di autodeterminazione terapeutica, già descritti nelle pagine precedenti di questo scritto.

La Corte infatti premette che: il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario e, *«senza il consenso informato, l'intervento medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente»*; il principio del consenso informato ha come correlato *«la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale»*; il diritto del singolo alla salute *«implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute»*, dovendosi escludere *«che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita»*; l'obbligo del medico di curare, che si fonda sul consenso del malato, *«cessa – insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui»*; alla dichiarazione attuale di volontà del paziente cosciente sono equiparate quelle con le quali il paziente in stato di incoscienza abbia, *«allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza»*⁶.

Tale quadro compositivo dei valori in gioco – fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel pieno possesso delle sue capacità di intendere e di volere – non è tuttavia riproducibile qualora il soggetto adulto non sia più in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e neppure l'abbia dichiarata prima di cadere in tale condizione, come è accaduto nel caso Englaro, in cui la giovane donna non aveva potuto esprimere un rifiuto informato e perdurante alla prosecuzione delle terapie di sostegno artificiale.

In tale situazione, ritiene la Corte di cassazione, *«che il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esiga una loro immediata tutela»* e che si impone al giudice una

⁵La sentenza non ha avuto solo un seguito giudiziario, ma anche politico- istituzionale: le camere, infatti, hanno sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello stato contro la Corte di cassazione, muovendo l'accusa di aver condotto un'attività giudiziaria creativa, sostanzialmente legislativa, nomogenetica anziché nomofilattica, compiendo di fatto scelte di politica generale spettanti alle camere. Sui ricorsi di camera e senato, la Corte costituzionale ha deciso con ordinanza n. 334/2008, pronunciandosi nel senso dell'inammissibilità in quanto *«non sussiste il requisito oggettivo per l'instaurazione dei conflitti sollevati»*.

⁶Cass, sez. I., 16 ottobre 2007, n.21748, cit.

«delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali».

In caso di incapacità del paziente, i principi costituzionali di ispirazione solidaristica esigono in prima battuta che il medico intervenga ed effettui *«quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente».*

Ma, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui a prescindere dal loro stato di capacità *«impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati»*⁷.

La questione si concentra su situazioni estreme che concernono il caso in cui paziente, una volta capace, abbia perso irreversibilmente la capacità di comunicare la propria volontà e si trovi in stato di incoscienza, ove si tratta di rintracciare un residuo di volontà in capo ad un soggetto non più in grado di esternarla in modo informato, esplicito e contestuale. In tali casi, si tratta di ricostruire una volontà fattualmente assente o di assegnare un valore a quella volontà espressa dal paziente precedentemente, ma in modo avulso dal contesto e disinformato, o di attribuire rilevanza alla volontà manifestata da un soggetto diverso, il rappresentante legale, il tutore, o il fiduciario, il quale, disponendo del potere di dare il consenso ad un trattamento medico, per converso può esprimere il rifiuto di cure o la richiesta di sospensione delle terapie in corso⁸.

4. Il rifiuto del tutore e il procedimento di ricostruzione della volontà del paziente non più capace. Affrontando l'*hard case* Englaro, in cui il paziente verte in una situazione di incapacità di manifestare attualmente la volontà di interrompere le cure, la giurisprudenza di legittimità fa applicazione del principio del consenso informato, alla luce del principio personalista, e il principio di eguaglianza, che vieta irragionevoli disparità di trattamento con riferimento a particolari condizioni personali; entrambi i principi impongono di *“ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione*

⁷ Cass, sez. I., 16 ottobre 2007, n.21748, cit.

⁸ Tra i numerosissimi commentatori della sentenza si richiama M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 2007, 902; S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 1562; A. Vallini, *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir.pen.proc.*, 2008, 52; F. Viganò, *Esiste un diritto ad essere lasciati morire in pace?*, in *Dir.pen.proc.*, 2008, 7.

della *decisione medica*”, cioè il dualismo tra il medico che deve informare e il paziente che può accettare o rifiutare i trattamenti⁹.

La Corte di Cassazione ha riaffermato il principio correlato a quello del *consenso informato*, ovvero il diritto non solo a scegliere tra diverse possibilità di trattamento ma anche di *rifiutare* la terapia e di interromperla in qualunque fase della vita, spingendosi fino a negare che tale diritto sia sottratto al soggetto incapace, in ragione della menomazione che l’ha colpito, pena la violazione del principio di uguaglianza. Esigenze di uguaglianza e ragionevolezza impongono un pieno riconoscimento dei diritti individuali non solo in capo a soggetti in grado di esercitarli e esternarli, ma anche in capo a soggetti menomati nelle loro capacità comunicazionali (e forse di esperienza e contatto con la realtà circostante). Se si assume che il rifiuto di trattamenti sanitari sia una estrinsecazione del diritto all’autodeterminazione e alla salute, deve riconoscersi che di tali fondamentali diritti godono anche coloro che, a causa di una patologia, hanno perso la capacità di estrinsecarli direttamente.

Affermata quindi la diretta ed immediata tutelabilità ed esigibilità del diritto al rifiuto o alla rinuncia di trattamenti sanitari, anche qualora il paziente non sia più competente, riconosciuto il diritto a rifiutare le cure, sul piano pratico applicativo vanno chiarite le differenze e specificate le diverse modalità del suo esercizio. Quando il paziente non è più in grado di esprimersi non è facile stabilire chi deve valutare l’opportunità di proseguire le cure, stabilire la loro adeguatezza rispetto le condizioni del paziente, in relazione alla irreversibilità della condizione in cui si trova.

Al quesito la giurisprudenza in passato ha fornito risposte diverse. Quella più datata qualificava il consenso dissenso come atto personalissimo che coinvolge interessi legati alla persona dell’interessato, che non può ricevere concreta attuazione attraverso il meccanismo della rappresentanza.

Successivamente la Corte d’Appello di Milano e la Corte di Cassazione hanno modificato questo indirizzo, rifacendosi ad una concezione del tutore come nuncio del soggetto incapace, legittimato ad esprimere il consenso informato, anche se il potere del tutore non si descrive come un ordinario potere di sostituzione del rappresentato nel compimento di atti giuridici; e ciò al fine di assicurare sempre la presenza di un soggetto capace di interagire con il medico e nei processi decisionali, in modo da evitare che il paziente non in grado di autodeterminarsi resti “*privo di voce*”.

Tuttavia, tale potere rappresentativo del tutore viene sottoposto a due limiti: che la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e senza alcuna possibilità neppure flebile di recupero della coscienza e che

⁹ Su questi temi, in rapporto alle decisioni di fine vita, mi si consenta il rinvio ad alcuni miei scritti, M.B. Magro, *Sul limite. Testamento biologico e decisioni di fine vita*, Roma, 2012.

sia accertata la totale assenza di una capacità comunicativa del paziente; che si persegua il migliore interesse del paziente. La prima rinvia al delicatissimo rapporto tra scienza e diritto, chiamato in causa tutte le volte in cui la legge ha bisogno dell'apporto del sapere scientifico per individuare un presupposto di fatto; la seconda lascia trasparire una chiara opzione in favore di un modello decisorio in cui il tutore non sostituisce l'incapace né decide per l'incapace, ma insieme a quest'ultimo, in considerazione del carattere personalissimo del diritto alla salute. Il tutore dovrà ricercare il *best interest*, decidendo non "al posto", né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace, cioè sul fondamento della presunta volontà del paziente, tenendo conto dell'idea di dignità della persona manifestata dall'interessato prima di divenire incapace. Depongono in tal senso sia l'art. 6 della Convenzione di Oviedo, assunta come referente interpretativo, in funzione comparativa e ausiliaria, sia il quadro delle decisioni delle Corti in Europa e negli Stati Uniti.

I doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano, dunque, anche nel prestare il consenso informato con riferimento ai trattamenti medici che hanno come destinatario la persona in stato di incapacità, ricostruendo cioè la *presunta volontà del paziente incosciente* «tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche» purchè la volontà presunta sia «ricostruita alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova», tra cui ricorrono non solo precedenti dichiarazioni dell'interessato, ma anche il suo stile di vita, il suo carattere, il suo senso dell'integrità, i suoi interessi critici e di esperienza.

5. L'interruzione di catene causali "salvifiche" e di mantenimento in vita. Il principio del consenso informato — saldamente affermato nella giurisprudenza costituzionale e in quella del giudice di legittimità — implica non solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche la facoltà di rifiutare originariamente la terapia o di interromperla successivamente sebbene già intrapresa.

Questa linea interpretativa è sorretta da una lettura del principio personalista. Come si diceva nei paragrafi precedenti, il diritto alla salute, in quanto diritto di libertà, ha anche un contenuto negativo, è anche diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria vita secondo canoni di dignità propri dell'interessato. Di fronte al diritto del malato c'è l'obbligo del medico: curare. Ma quando il paziente rifiuta il trattamento, tale obbligo viene meno ed il medico ha al contrario il dovere di astenersi e di rispettarne la volontà; la condotta omissiva del medico torna ad essere quel *nihil* naturalistico che le è proprio.

La questione così posta tuttavia diviene più complessa quando il paziente, pur "competente" cioè capace di esprimere e comunicare la sua volontà, si trovi in una situazione di dipendenza fisica e quindi sia nella materiale incapacità di attuare da sé

la propria volontà di sottrarsi alle cure, se non con un intervento attivo e collaborativo del medico che deve interrompere una terapia già intrapresa.

Si è a lungo dibattuta la questione della qualificazione giuridica – non naturalistica – della condotta *attiva* del medico, allorché questa si realizzi materialmente con un agire attivo, e non con un'omissione pura, e precisamente con un'interruzione attiva dei decorsi causali di salvataggio in atto, cui segue l'evento che tuttavia si verifica a causa di un autonomo processo patologico.

L'interruzione di terapie di sostentamento artificiale in vita e delle tecniche di rianimazione si colloca nell'ambito del capitolo dell'interruzione di un processo causale di salvataggio, in cui il processo mortale deve essere attribuito all'interruzione di un'attività precedentemente intrapresa, annullandone gli effetti.

Sebbene sotto il profilo fattuale la condotta si configuri chiaramente come un *facere* positivo, si è affermata l'idea che tale condotta sul piano normativo assuma il significato di un'omissione. Sulla base di questa considerazione è stata elaborata, nell'ambito della letteratura giuridica di lingua tedesca, la *figura* giuridica del c.d. reato omissivo mediante commissione (*Unterlassung durch Tun*), già conosciuta da tempo, ma studiata e presa in considerazione proprio in relazione ai casi suddetti di interruzione dolosa di una terapia non più utile e significativa per il paziente, allo scopo di estendere la costruzione elaborata a proposito dei limiti alla posizione di garanzia. In tal modo, qualora sussista una richiesta del paziente, tale comportamento attivo e commissivo viene assimilato ad un'omissione che tuttavia non assume rilevanza penale in capo a colui che ha preconstituito una situazione di salvataggio poiché interferisce con quei limiti alla posizione di garanzia rigidamente fissati dal libero esercizio del diritto del paziente a rifiutare il trattamento medico. L'espedito ha consentito di ricondurre tutta la tematica nell'ambito dell'esercizio di un rifiuto di cure, in modo da non assumere più come elemento centrale di discriminazione tra liceità e illiceità il dato naturalistico della natura attiva o omissiva della condotta, ma da valorizzare il significato sotteso alla scelta di fine vita, essendo indifferente, sotto il profilo giuridico, che questo avvenga mediante un *facere* o un omettere.

Il punto centrale della costruzione è che non può esservi alcuna apprezzabile differenza tra l'interruzione di terapie già intraprese e rinuncia *ab initio* a somministrarle (questa sarebbe un'omissione vera anche naturalisticamente), poiché la condotta del medico in entrambi i casi non ha instaurato il processo causale che conduce alla morte il paziente, ma si inserisce nel corso di un processo già messi in moto naturalmente ed autonomamente la cui causa, in senso fisico e cinetico, non è costituita da una condotta umana. Questa differenziazione riflette la separazione concettuale e ontologica tra le situazioni in cui il paziente chiede di essere ucciso e quelle in cui chiede di essere lasciato morire, ove l'evento morte si è prodotto senza aver innescato un processo attivo di interazione di forze, ma da un autonomo processo patologico.

In tal modo, l'apparente divario tra una condotta omissiva e una condotta commissiva sotto il profilo naturalistico si scioglie stabilendo la comune riconducibilità sotto il profilo giuridico delle due azioni del medico alla matrice di un legittimo rifiuto di terapie (in questo caso di sostegno vitale) rispetto al contenuto dell'art. 32 Cost. il quale non distingue affatto tra agire e omettere.

È innegabile, infatti, già sul piano logico — prima ancora che giuridico — che una volta subordinata al consenso del paziente la legittimità circa la praticabilità iniziale di cure (anche vitali), sarebbe del tutto incongruente non concordare sulla necessità anche del suo consenso a proseguirle, riconoscendo una revocabilità o ritrattabilità del consenso iniziale (così come di un eventuale dissenso) una volta espresso, con altrettanto piena legittimazione di una rinuncia al trattamento sanitario da parte del singolo.

L'assimilazione dell'interruzione del trattamento all'omissione di terapia porta quindi ad ampliare il corridoio di liceità delle pratiche mediche. E di questo processo è protagonista la giurisprudenza sia di merito (penale) che di legittimità (civile) che si spinge ad affermare la equivalenza contenutistica del non praticare le cure e della sospensione delle stesse, senza assegnare un eccessivo peso alla condotta attiva non solo di interruzione della ventilazione artificiale, ma anche di somministrazione di un antidolorifico che avrebbe potuto da sola essere la causa efficiente della morte.

6. Il caso Welby: l'omicidio del consenziente e la scriminante dell'adempimento del dovere di rispettare il rifiuto di cure. Il tema del rifiuto consapevole di mezzi artificiali di sostegno vitale viene affrontato in modo innovativo per la prima volta dalla giurisprudenza penale con riferimento alle condizioni di Il Piergiorgio Welby, malato di distrofia muscolare progressiva dal 1963, senza possibilità di guarigione, ma non in fase terminale, ed anzi con una non breve aspettativa di vita, costretto a uno stato di totale paralisi del corpo, dipendente dal 1997 da un apparato di ventilazione meccanica per respirare, ma in grado di comunicare la propria volontà e di esternare il suo fermo e lucido rifiuto alla prosecuzione delle terapie di sostegno artificiale.

La prima pronuncia che riguarda il caso Welby è l'ordinanza del Tribunale di Roma, prima sezione civile, che ha dichiarato inammissibile il ricorso *ex* articolo 700 del codice procedura civile con cui Welby chiedeva, tramite i suoi rappresentanti, che si ordinasse a coloro che lo avevano in cura di «*procedere all'immediato distacco del ventilatore artificiale*» che gli assicurava la respirazione assistita, e contestualmente di procedere alla somministrazione di terapie sedative «*idonee a prevenire e/o eliminare qualsiasi stato di sofferenza fisica e/o psichica del paziente stesso*».

A fronte di tale richiesta, il Tribunale di Roma, da un lato, riconosceva che «*il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute*» che può considerarsi «*ormai positivamente acquisito*», per poi, dall'altro, lamentare che tuttavia, per i trattamenti terapeutici salva-vita,

l'ordinamento giuridico *«non prevede nessuna disciplina specifica sull'orientamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio di autodeterminazione per la fase finale della vita umana, allorché la richiesta riguardi il rifiuto o l'interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente»*. Anzi, aggiunge il giudice, se proprio si vuole ricavare qualche indicazione, *«il principio di fondo ispiratore dell'intero ordinamento è quello dell'indisponibilità del bene vita»*, che il giudice di Roma desume dall'articolo 5 del codice civile, dagli articoli 575, 576, 577, 579, 580 del codice penale, nonché dagli articoli 35 e 37 del codice di deontologia medica del 2006. Sicché, concludeva il giudice, *«il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e il distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente»*, ma si tratta di un *«diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento»*, mancando una disposizione normativa *ad hoc*.

La richiesta di Piergiorgio Welby, inascoltata dal Tribunale civile di Roma, è stata accolta dal medico anestesista Mario Riccio, che il 20 dicembre 2006 ha proceduto al distacco del ventilatore polmonare e alla contestuale somministrazione di terapie sedative idonee a eliminare la possibile insorgenza di dolore in conseguenza del distacco stesso, ma in dosi comunque non sufficienti a inibire da sole la funzione respiratoria. Tutto ciò senza l'autorizzazione, ma anzi contro la recentissima decisione dell'autorità giudiziaria. Per questo il dottor Mario Riccio è stato imputato per il reato di omicidio del consenziente con l'ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Roma, 10 luglio 2007, nonostante il Procuratore della Repubblica di Roma avesse richiesto l'archiviazione del fascicolo, ritenendo che il distacco del respiratore fosse stato posto in essere *«per dare effettività al diritto fondamentale del paziente di rifiutare il trattamento medico al quale era sottoposto»* e quindi non potesse essere ritenuta *contra legem*, e in questo senso pure si fosse espresso l'ordine dei medici di Cremona. Per il G.I.P., invece, pur essendo molto avvertita *«l'esigenza di rispettare la volontà del paziente, nella fase finale della propria vita»*, tuttavia, non si può che ribadire *«la necessità di una disciplina normativa che preveda delle regole alle quali attenersi in simili casi, fissando, in particolare, il momento in cui la condotta del medico rientri nel divieto di accanimento terapeutico»*. In assenza di tale disciplina normativa, *«al principio di cui all'art. 32 Cost. o alle altre norme internazionali o di grado secondario, non può essere riconosciuta un'estensione tale da superare il limite insuperabile del diritto alla vita»*, che *«nella sua sacralità, inviolabilità e indisponibilità, costituisce un limite per tutti gli altri diritti che, come quello affermato dall'art. 32 Cost., siano posti a tutela della dignità umana»*.

Il procedimento nei confronti di Mario Riccio – e con esso anche la vicenda giudiziaria del caso Welby – si è concluso con la sentenza del Tribunale penale di Roma del 23

luglio 2007, che ha dichiarato il non luogo a procedere nei suoi confronti «*perché non punibile per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere*».

Ciò sulla base dell'argomento per cui il rifiuto di una terapia, anche già iniziata, «costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio».

Il Giudice osserva che il medico ha posto in essere “*una condotta causativa della morte del paziente*”, e che *certamente integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente*”; inoltre “*del reato contestato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente*”, ma “*nel caso concreto è possibile ravvisare l'esimente dell'adempimento di un dovere ai sensi dell'art. 51 c.p., dato che a seguito del rapporto instauratosi tra paziente e medico non può il secondo non tenere conto della volontà del primo che si avvale dell'art.32, comma 2, Cost. che deve comunque prevalere nel possibile contrasto con l'art. 51 c.p.*”. La fonte del dovere per il medico, quindi, «*risiederebbe in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altro, incriminarne l'esercizio*».

In sostanza, il giudice di merito, una volta qualificata la condotta del medico in termini di azione, piuttosto che di omissione, rilevante ai sensi del reato di omicidio del consenziente, elide l'antigiuridicità del fatto ricorrendo alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.; per cui al diritto costituzionalmente garantito del paziente derivante dall'art. 32 comma 2 Cost. corrisponde il dovere di astensione del medico.

In tal modo l'art. 32 comma 2 Cost. entra a pieno titolo nel novero delle scriminanti in bianco previste dall'art. 51 c.p. sotto il profilo dell'esercizio di un diritto per il paziente, sotto il profilo dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica in capo al sanitario che vedrà ridimensionato, alla luce della volontà del paziente, il suo dovere di cura, ormai circoscritto al rispetto della sua volontà, al dovere interrompere la terapia di sostegno vitale, al dovere di informazione delle conseguenze di tale interruzione, al dovere di alleviarne le sofferenze del trapasso e di curarne la sofferenza¹⁰.

Resta tuttavia l'incoerenza di un sistema che da un lato punisce la condotta di chi “cagiona” (in senso naturalistico) la morte con il consenso–richiesta della vittima e

¹⁰ Conformemente, il Tribunale di Cagliari, il 16 luglio 2016, autorizzava il distacco del respiratore artificiale previa sedazione di Water Piludu, affetto da sclerosi laterale amiotrofica, capace di dichiarare le proprie volontà, il quale ne richiedeva l'interruzione.

dall'altro scrimina la condotta del medico quando tale consenso, razionale e debitamente informato, costituisca l'estrinsecazione di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, fonte di dovere di osservanza per il medico (*ex art. 32 comma 2 Cost. e art. 51 c.p.*).

7. Consenso informato, rifiuto e rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari e dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT) nella legge n. 219/2017. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale descritta, che abbraccia quasi un ventennio, culmina nell'approvazione della legge n. 219 del 22 dicembre 2017 intitolata «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Grazie ad essa, la libertà di autodeterminazione terapeutica - e il suo strumento operativo costituito dal consenso informato - vive attualmente un periodo particolarmente felice, dovuto alla sua esplicita proclamazione sul piano dei principi¹¹.

Sebbene la legge n. 219 del 2017 sia diventata nota – soprattutto nel dibattito pubblico – come la «legge sul testamento biologico», in realtà la sua portata va ben oltre la previsione della disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), poiché coinvolge l'intera materia del consenso informato, andando a recepire i principi di matrice costituzionale – ribaditi, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza –, che concernono l'alleanza terapeutica, da intendersi come il rapporto di fiducia “medico-paziente”, improntato su informazione, dialogo e comunicazione, momento di incontro tra la “competenza” del medico e “l'esperienza” del paziente.

Essa infatti esordisce dedicando alla libertà di autodeterminazione del paziente l'intero art. 1 dell'articolato nonché assumendo una precisa posizione anche rispetto alcuni profili problematici, ad esempio in ordine alla definizione di trattamenti sanitari, nel chiarire il diritto a non essere informato, il diritto a revocare il consenso in ogni momento etc..

La normativa citata sancisce con chiarezza il diritto inviolabile di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – derivazione logica del diritto all'intangibilità della sfera corporea di ogni essere umano – e contiene disposizioni di fondamentale importanza.

¹¹ Per un commento, S. Canestrari, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 2018, 14 ss.; ID, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. Pen.*, dicembre 2018, 11; G.M. Flick, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. Pen.*, 2018, 2302 ss.; L. Eusebi, *Decisioni su trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. medi. Leg.*, 2018, 4, 15 ss.

Come si diceva nei paragrafi precedenti, la necessità dell'acquisizione preventiva del consenso del paziente all'esecuzione di un trattamento medico, discende da una lettura "in positivo" dell'art. 32 comma 2 della Costituzione, dalla quale risulta confermata l'ipotesi interpretativa della configurazione del diritto alla salute come libertà individuale, oltre che come interesse collettivo e pubblico.

Questo espresso riferimento al consenso quale requisito di liceità, già affermato nella prassi giurisprudenziale, costituisce una vera "rivoluzione culturale", che arreca un duro colpo alla concezione paternalistica, conferendo all'autonomia individuale un peso nella direzione dell'esclusione della responsabilità di colui che l'ha assecondata e si è conformato ad essa, qualora questi si sia voluto sottrarre alla cura.

Per effetto dell'introduzione della suddetta normativa si è ormai consolidata l'idea di riconoscere inespugnabili spazi alla libertà di autodeterminazione del paziente, anche qualora conseguenza della sua scelta sia il verificarsi consapevole della sua morte. Quindi a prescindere da ogni limite contenutistico e anche con riferimento ai trattamenti meccanici di sostegno vitale.

Di questa evoluzione è testimone il comma 5° dell'art. 1, il quale puntualizza che « *Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici* ». Questa chiara presa di posizione sulla qualificazione normativa della nutrizione e della idratazione artificiali come *trattamenti sanitari* in senso tecnico, e non come condotte comuni, conduce alla conclusione che possono essere oggetto di legittimo rifiuto anche con lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento (art. 4, comma 1).

Il legislatore ha mostrato quindi di soddisfare le esigenze di sancire in modo inequivoco la liceità e la legittimità della condotta attiva del medico (art. 1, comma 6) – necessaria per dare attuazione al diritto del paziente di rinunciare al proseguimento di un trattamento sanitario anche salvavita – soprattutto al fine di garantire un definitivo consolidamento delle radici costituzionali del principio del consenso/rifiuto informato nella relazione medico-paziente.

Non vi è dubbio che la nuova disciplina introdotta dalla legge n. 219/2017 sancisca la piena supremazia dell'autodeterminazione del paziente tanto nell'ipotesi di *rifiuto di cure salvavita*, ove invero il decorso causale che conduce alla morte si snoda "naturalmente" seguendo il suo corso fisiologico non riconducibile all'intervento umano, quanto maggiormente nella equiparata ipotesi di *interruzione di trattamenti salvavita*, in cui l'azione positiva umana interviene sul decorso causale della malattia che conduce alla morte, ed è nel pieno dominio di chi agisce.

Si assiste dunque ad una «certificazione» del «diritto dei principi» che aveva riconosciuto l'equivalenza normativa di due situazioni distinte solo sul piano

naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti sanitari salvavita da parte di un paziente autonomo e il caso di rinuncia di trattamenti sanitari *quoad vitam* da parte di un paziente che richieda la loro sospensione o la loro interruzione, operata tramite un'azione del medico (ad esempio la disattivazione di un sostegno artificiale). Questa definizione scientifico- normativa fa sì che il loro rifiuto neutralizzi la valenza penale della condotta attiva o omissiva del medico che lascia che il processo di morte si produca normalmente o che in qualche modo lo determina, in caso di interruzione di terapie già intraprese.

Va specificato, tuttavia, che il rispetto della volontà del paziente che rinuncia o rifiuta i trattamenti sanitari di sostegno vitale già intrapresi non esaurisce i compiti del medico. Infatti *«Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica»*.

L'obiettivo lodevole è quello di scongiurare il rischio che il diritto al rifiuto di cure si traduca in potenziale veicolo di condotte di «abbandono terapeutico».

Importanti previsioni normative concernono il tema delle cure palliative e della terapia del dolore, cui la legge dedica l'art. 2 («Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole delle cure e dignità nelle fase finale della vita») che prevede tre commi: *« 1. Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38. 2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. 3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico»*.

Come appare evidente, alla persona malata in condizioni di fine vita, deve essere offerto un percorso di terapie di cure del dolore, nonché in caso di sofferenze refrattarie, anche la sedazione profonda continua. Di tali cure anche il malato che rifiuta o rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza ha diritto di beneficiare; ma delle stesse può anche rinunciare.

Il cuore della legge n.219 del 2017 è contenuto negli articoli 3 e 4, dove vengono tracciati i contorni del nuovo strumento giuridico delle *dichiarazioni anticipate di trattamento* (DAT), definite come un documento redatto «*in stato di piena capacità di intendere e di volere e di compiuta informazione medico-clinica, con riguardo ad un'eventuale futura perdita permanente della propria capacità di intendere e volere*», nel quale siano espressi «*orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l'attivazione di trattamenti terapeutici, purché in conformità a quanto prescritto dalla presente legge*» (art. 3.1).

Il diritto di autodeterminazione della persona incontrerebbe limitazioni assolute nelle circostanze in cui questa venga a perdere la capacità di decidere ovvero di comunicare le proprie decisioni. Per garantire l'estensione della libertà personale del paziente anche in questi casi, si rende necessario prevedere uno strumento nuovo che consenta alla persona, finché si trova nel possesso delle sue facoltà mentali, di dare disposizioni per l'eventualità e per il tempo nel quale tali facoltà fossero gravemente scemate o scomparse.

Il testamento di vita o biologico nasce sull'onda dei timori nei confronti dell'accanimento terapeutico soprattutto nei paesi anglosassoni, ma ormai è noto anche in tutti paesi d'Europa, ed anche in Italia. L'idea che lo sottende presenta analogie con quella cui è informato il testamento ordinario in diritto successorio: si tratta, infatti, di disporre, in un caso, della destinazione dei propri beni dopo la morte, e, nell'altro, della sorte del proprio corpo infermo nelle ipotesi di una futura incapacità di autonomia decisionale. Il testamento biologico, dunque, costituisce uno strumento che tende a dilatare i confini dell'auto determinazione individuale oltre la perdita della coscienza¹².

Con il testamento biologico, anche nelle ipotesi in cui il paziente non sia in grado di esprimere una propria determinazione in ordine alla prosecuzione delle terapie, si fornisce al medico un documento attraverso il quale ricostruire la volontà del paziente, in modo che l'eventuale sospensione (o prosecuzione) dei trattamenti risulta suffragata dal consenso di questi¹³.

¹² Sul dibattito in tema di dichiarazioni anticipate si richiamano solo i contributi più recenti: L. Chieffi, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019; B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, Padova, 2018; U. Adamo, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018; G. Ferrando, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2018, 47 ss.; V. Verducci, (a cura di), *Il diritto sulla vita. Testamento biologico e dignità della persona*, Pisa, 2018; M. Barbagli, *Alla fine della vita. Morire in Italia*, Bologna, 2018.

¹³ M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 109 ss.; M.B. Magro, *Sul limite. Testamento biologico e decisioni di fine vita*, cit., p.79 ss; A. Manna, *Le cc.dd. direttive anticipate di trattamento tra fughe in avanti della giurisprudenza e spinte regressive da parte del legislatore*, in *Studi in onore di Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1560; C. Paonessa, *La disciplina delle direttive anticipate di trattamento: uno sguardo all'esperienza straniera*, in S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto, Il Governo del corpo*,

In coerenza con il principio del consenso informato come legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, il comma 6 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017 – richiamato anche dall'art. 4, comma 5, in riferimento alle disposizioni anticipate di trattamento – afferma che «*Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale*».

Pertanto, nell'attuale previsione di legge, le DAT non hanno un carattere meramente orientativo ma devono essere pienamente rispettate, tanto da escludere la responsabilità penale del medico obbligato a darne esecuzione per espressa previsione legislativa.

Non si tratta però di una natura inderogabilmente vincolante in quanto occorre verificare la corrispondenza tra la situazione ipotizzata e quella effettivamente verificatasi. In particolare, è necessario ribadire che il sanitario, nell'ambito della relazione di cura, non si limiti a registrare passivamente – con supina acquiescenza – la volontà del paziente. Dispone pertanto il comma 5 dell'art. 4: «*[...] il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita [...]*».

8. Disposizioni anticipate di trattamento e emergenza Covid-19: il rifiuto di terapie in caso di scarsità di risorse. Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato l'emergenza internazionale di salute pubblica per l'epidemia di CoViD-19, dettando le Linee guida per la sorveglianza globale sul fenomeno, poi riclassificato come pandemia. Nel nostro Paese, il Consiglio dei Ministri, con Delibera del 31 gennaio 2020, ha disposto lo “stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”. Dal quel momento, la condizione di eccezionale pressione degli ospedali e dei diversi *setting* di cura è sotto gli occhi di tutti. A essere direttamente e drammaticamente coinvolti, oltre alle persone affette da CoViD-19 o da altre patologie e ai loro familiari, sono tutti i professionisti della salute e i lavoratori che ruotano intorno alle strutture sanitarie.

Un particolare carico ricade sugli anestesisti-rianimatori per una serie di fattori che caratterizzano questa emergenza sanitaria: una parte di soggetti con diagnosi da Covid – 19 richiede supporto ventilatorio a causa di polmonite interstiziale caratterizzata da ipossiemia severa.

È in questo difficile e inconsueto contesto che si inserisce il documento della SIAARTI il quale ambisce a esplicitare i criteri in base ai quali il medico deve attingere alle

Milano, 2011, 457; D. Provolo, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettive comparatistica*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 1969.

risorse, sul presupposto della loro limitatezza. Il testo, fin dal titolo, riassume in termini succinti ma precisi una situazione, quella di “*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*”, che purtroppo si è presentata come realtà in alcune aree geografiche, considerando che i *setting* di terapia intensiva e sub-intensiva si trovavano, per diverse ragioni, già prima della pandemia, in una situazione di carenza di risorse¹⁴.

Il problema specifico, però, della situazione contingente è che l’epidemia in corso ha prodotto una situazione di grave e talvolta gravissima carenza di risorse che si è presentata come “prospettica”, cioè non concentrata in uno spazio e in un tempo dato e con un numero definito di malati (come può avvenire in occasione di un disastro), ma si destinata a diffondersi, a protrarsi per uno spazio e un tempo non prevedibili, se non si mettono in atto misure volte a contrastare la pandemia.

Scegliere in emergenza e con risorse limitate è un problema quotidiano e ordinario. Nei reparti di pronto soccorso si attuano quotidianamente e normalmente pratiche di *triage* (cioè “scelta”, “selezione”), ove la priorità si stabilisce in base alla compromissione del quadro clinico: “più il paziente è grave, prima si tratta”.

Il problema di grave squilibrio tra bisogni e risorse investe tutti i contesti di cura, ma, per le particolari caratteristiche di questa pandemia, ha avuto e può avere un forte impatto sulle terapie intensive, ove si utilizza il criterio di accesso “*first come, first served*” che necessariamente crea l’impossibilità di trattare tutti i pazienti che necessitano di cure intensive. Ecco quindi lo squilibrio tra necessità cliniche reali della popolazione e disponibilità effettiva di risorse: i medici possono trovarsi a scegliere chi debba essere trattato intensivamente quando non tutti possono esserlo. Da qui la necessità di esplicitare i criteri di allocazione delle risorse disponibili nell’accesso alle terapie di rianimazione, agli *hospices* e alle cure del dolore.

In questa sede non mi soffermo sul merito dei criteri indicati nel documento citato (tra cui ricorre quello delle probabilità di sopravvivenza, quello del numero di anni di vita salvata, della presenza di comorbilità, di insufficienze d’organo, dell’età) né sulla legittimità di tali criteri, ma vorrei richiamare solo quello che attinge alle fonti normative già esistenti e in particolar modo, alla legge n. 219 del 2017, in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento. Tale normativa fornisce, anche in questo contesto emergenziale, un fondamentale criterio guida. Ferma la necessità di informare ampiamente il paziente sull’evoluzione e decorso di eventuali patologie, nonché anche sulla carenza di risorse, il criterio principale è infatti quello di

¹⁴ 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* - versione 01 pubblicata il 06.03.2020 e il commento di autori vari pubblicato su *Recenti Prog. Med.*, 2020, 212.

esplorare la volontà del paziente, qualora sia in grado di manifestarla, o l'abbia precedentemente manifestata.

Da questo punto di vista possono fornire un'importante guida eventuali dichiarazioni precedentemente espresse da parte del paziente e recepite dalle DAT o nella pianificazione condivisa delle cure, previo coinvolgimento dei familiari o del fiduciario, posto che l'esplicito riferimento all'epidemia di Covid -19 e alle concomitanti condizioni di carenza di disponibilità di risorse intensive può mancare nelle dichiarazioni di trattamento rilasciate anteriormente, certamente non prima del febbraio 2020.

Va evidenziato che la pandemia ha reso più difficile la redazione dei testamenti biologici. Da febbraio 2020 a fine anno ne sono stati depositati 11.096 contro gli oltre 145.000 redatti nei 24 mesi precedenti, a partire dall'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017, non per ultimo anche per le difficoltà di acquisire informazioni, di instaurare un dialogo con il medico curante così da poter fare una programmazione condivisa delle cure future.

Non si esclude però, in linea teorica, che le disposizioni anticipate possano fare esplicito riferimento all'epidemia di Covid- 19 e alle concomitanti condizioni di carenza di disponibilità di risorse intensive non altrimenti ovviabili, prevedendo in caso di ricovero a causa di evento traumatico o per l'evolversi patologia invalidante in condizioni di incapacità a determinarsi, il rifiuto a essere sottoposti a trattamento intensivo con ventilazione assistita, così consentendo ad altri di usufruire del supporto ventilatorio.

La fonte normativa in questione non prevede infatti limitazioni in ordine alle ragioni delle scelte del disponente né alle caratteristiche della malattia o alla disponibilità o meno delle risorse mediche, potendo le DAT essere disattese dal medico, comunque in accordo con il fiduciario, solo "qualora esse appaiano palesemente incongrue" (comma 5 art. 4).

9. Dall'autodeterminazione terapeutica al suicidio medicalmente assistito. Il caso Antoniani. Fino a poco tempo addietro, il diritto fondamentale dell'autodeterminazione terapeutica non includeva affatto forme di aiuto a morire. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale descritta non ha infatti portato all'esplicito riconoscimento di un diritto ad autodeterminarsi in ordine alla fine della propria esistenza, ossia all'equiparazione tra diritto al rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitario necessari alla propria sopravvivenza e diritto ad una morte propria o a morire.

Del resto, nel testo della Costituzione non si legge espressamente il diritto di anticipare la propria morte: sul punto la Carta costituzionale non è così esplicita. Perciò, è assai complicato individuare la base legale della domanda sociale di ampliamento o di

emersione di un “nuovo” diritto umano che si affaccia nell’orizzonte della tutela della salute.

L’avanzata di questo diritto si manifesta ritagliando uno spazio all’interno del *genus* del diritto dotato di espressa cittadinanza, innescando un continuo processo di ampliamento della sua portata originaria, come riconoscimento a un maggior numero di soggetti portatori di proprie specifiche, ma eccezionali, rivendicazioni, secondo criteri di realizzazione dell’uguaglianza e delle sue eccezioni¹⁵.

Pur non sussistendo una norma che sancisca esplicitamente il diritto ad autodeterminare la propria morte, non si può frettolosamente concludere che non sussista alcuna libertà in tal senso. Al contrario: se è vero che il morire non è un diritto, è anche vero che non esiste un dovere di vivere.

Pertanto, sulla base di queste premesse, la Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 25 settembre del 2019 ha riconosciuto la libertà di essere assistito al proprio suicidio, quale estensione del diritto all’autodeterminazione terapeutica, ove la morte naturale sia inevitabile e dolorosa, e l’unica risposta medica (doverosamente offerta, ma liberamente rifiutabile) sia la soluzione – non sempre e non da tutti accettabile – della sedazione terminale profonda in attesa della morte¹⁶.

La vicenda processuale di Marco Cappato, autodenunciatosi dopo aver assistito Fabiano Antoniani presso la clinica svizzera *Dignitas* ad autoiniettarsi con uno stantuffo il farmaco letale che il personale medico gli aveva fornito, ha sollevato la questione della coerenza attuale del reato che punisce l’aiuto al suicidio, qualora esso sia realizzato da paziente quasi del tutto dipendente dalle tecnologie di mantenimento in vita.

Infatti, malgrado l’evoluzione normativa e giurisprudenziale dell’ultimo ventennio, il tema delle decisioni di fine vita si scontra con una serie di vincoli normativi che discendono dalle norme penali vigenti, che rischiano di porsi in antitesi con i principi costituzionali. Non vi è dubbio che le questioni di fine vita tocchino profondamente gli artt. 579 e 580 del codice penale, che non distinguono affatto se le richieste di morte o le condotte collaborative di terzi al suicidio altrui si collochino in una situazione

¹⁵ E. Diciotti, B. Pastore, *Il futuro dei diritti: proliferazione o minimalismo?*, in *Ragion pratica*, n.31, 2008, 275-411.

¹⁶ Per un commento “a caldo” dell’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale, che ha preceduto la sentenza n.242 del 2019, M.B. Magro, *The Last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir.pen.content.*, 19 giugno 2019; in *Biodiritto.org*, 27 agosto 2019, *Atti del Seminario «Suicidio assistito e valori costituzionali: un orizzonte da delineare»*, 15 marzo 2019 presso il Senato della Repubblica, con il patrocinio della Camera dei Deputati, con le relazioni di T. Padovani, M. B. Magro, S. Canestrari, G. Nardone, C. Tripodina, in <https://www.biodiritto.org/Dossier/Casi-e-materiali-sul-fine-vita-in-Italia>.

esistenziale di incurabilità, di prossimità di morte e all'interno di una relazione terapeutica.

Fabiano Antoniani è vittima di un terribile incidente stradale che lo rende paraplegico, cieco, immobilizzato dal collo in giù. La tecnologia salva quella vita ma la rende anche un calvario, per lui, fonte di “*sofferenza insopportabile*”. Dopo aver provato in tutti i modi, avvalendosi delle migliori tecnologie terapeutiche, di migliorare le proprie condizioni di vita, Antoniani chiede di morire. Tuttavia, egli avrebbe potuto realizzare questo suo desiderio solo a condizione di essere supportato da terzi, non trovandosi nelle condizioni materiali di portarlo a termine da solo.

La legge n. 219 del 2017 era ancora in discussione nei giorni in cui si consumava la vicenda, ma come sappiamo, la giurisprudenza era già orientata ad escludere rilevanza penale alla condotta del medico che interrompe terapie salvavita anche quando dall'interruzione discende la morte del paziente, prevedendo persino l'esenzione della responsabilità penale del medico che si attenga a tali direttive del paziente. L'evoluzione del sistema normativo era quindi, già all'epoca dei fatti, giunta ad un ampio riconoscimento del diritto a rifiutare quelle cure di ostacolo ad un naturale processo di morte e del diritto a ricevere un trattamento terapeutico di sedazione profonda, graduabili fino a determinare la totale assenza di qualsiasi reazione alla stimolazione tattilo-dolorosa, come risposta al dolore fisico causato dal processo di morte determinato dal distacco dal respiratore artificiale.

Dunque, Antoniani avrebbe potuto chiedere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, accompagnata, nello stato agonico e di morte imminente che ne sarebbe seguito, da sedazione palliativa profonda continua che lo avrebbe alleviato dai dolori delle crisi respiratorie.

Tuttavia, è da evidenziare che, nel suo caso, a differenza di quelli precedenti in cui si è maturata la giurisprudenza e la legge n. 219/2017, la morte sarebbe non intervenuta immediatamente, ma in un arco di tempo più lungo, compreso “*tra poche ore e pochi giorni*”. Infatti, la dipendenza dal sostegno vitale di Antoniani non è assoluta e le sue condizioni fisiche non talmente deteriorate da non consentire una sopravvivenza, o meglio una prolungata agonia, in attesa della crisi letale. Egli, pur trovandosi in una condizione di malattia irreversibile e incurabile, non sarebbe morto per effetto dell'interruzione delle terapie salvavita, non essendo totalmente dipendente dalle macchine. Sicché l'interruzione di cure non avrebbe determinato una morte immediata e rapida, costringendolo forzatamente ad una “*sofferenza intollerabile*” perché la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo «*un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni*».

Neppure la sedazione continua e profonda, come risposta al dolore fisico durante l'agonia, nell'attesa della morte, costituisce per Antoniani una valida alternativa,

perché egli non vuole rimanere sedato in attesa che il processo giunga a compimento ma desidera morire rapidamente. La sedazione continua profonda, trattamento sanitario in piena regola cui ricorrere in caso di inefficacia delle cure palliative, rappresenta l'ultima *chance* di eliminare la sofferenza ma annienta la coscienza di chi soffre.

In questo aspetto si manifesta una delle peculiarità del caso Antoniani rispetto la soluzione, prima giurisprudenziale – e ormai normativa in quanto recepita dalla legge n. 219/2017 – offerta a casi in cui la vita e il processo di morte sono fonte di “*dolore insopportabile*”: qui la richiesta di suicidio assistito di Antoniani non solleva la questione della tollerabilità o meno del dolore fisico durante l’agonia, cui è possibile rimediare attraverso un’adeguata somministrazione di terapie antidolorifiche, ma nel rifiuto di una *sofferenza intollerabile di tipo psicologico* consistente in un’agonia prolungata nell’attesa della morte in una condizione biologica di assenza di coscienza provocata artificialmente¹⁷.

10. La Corte di assise di Milano con ordinanza del 14 febbraio del 2018 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., incentrando la questione sul riconoscimento, avvenuto con la legge n. 219 del 2017, del diritto di ciascuno ad autodeterminarsi anche in ordine alla propria esistenza, diritto che renderebbe ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione materiale siano state di mera attuazione di una libera e consapevole scelta del paziente.

La domanda di fondo è, dunque, se una richiesta di assistenza medica al suicidio possa avere rilevanza giuridica, in un contesto normativo che esplicitamente riconosce dignità ed effetto vincolante alla volontà del paziente di rifiutare le cure salvavita.

La vicenda viene sottoposta alla Corte costituzionale, custode e depositaria dei valori di fondo della nostra società civile, cui viene affidato il compito di stabilire se la norma penale che vieta il suicidio (o la normativa speciale da poco introdotta dalla legge n.219/2017 in tema di DAT) sia incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza, oltre che del principio di autodeterminazione terapeutica previsto dall’art. 32 Cost., nella parte in cui non esclude la responsabilità del medico (o del terzo estraneo, quale Cappato) che presti un aiuto materiale a colui che, trovandosi in condizioni di malattia irreversibili, e privo totalmente di autonomia, ma decisamente e

¹⁷ Sul punto, M.B. Magro, *The Last dance*, cit.,14.

In tal senso, anche G. Cocco, *È lecito evitare l’agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, n. 2, 382, il quale riconduce la tematica oltre l’ambito del riconoscimento di un preteso diritto a morire e al di fuori della tematica dell’agevolazione al suicidio; e S. Canestrari, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima: la richiesta di assistenza a morire e l’aiuto al suicidio*, in F.M. Marini, C. Cupelli, *Il caso Cappato*, cit., 37 ss.

autonomamente determinato a morire lucidamente, in condizioni di piena capacità mentale, voglia anticipare la propria morte.

Il quesito si pone dunque in termini di ragionevolezza nella ricerca delle ragioni che spieghino risposte giuridiche opposte a condizioni umane contigue: qual è la differenza tra l'interruzione di terapie salvavita cui deriva la morte e contestuale sedazione palliativa profonda, quale ultimo trattamento sanitario consentito quando la cura non sia più possibile (entrambi leciti ex legge n.219/2017) e l'assistenza ad una morte autodeterminata da parte dello stesso paziente, la cui realizzazione avviene con il supporto di terzi (vietata dall'art. 580 c.p.)? E' una richiesta arrogante quella di essere aiutati a "morire rapidamente" senza attendere che la morte sopraggiunga naturalmente durante uno stato di sedazione profonda o di coma farmacologico? Quali sono le continuità e quali le differenze tra rifiuto ed interruzione di cure che determina la morte e richiesta di assistenza materiale ad autoprocurarsi la morte, quando non si è più nelle condizioni materiali di autonomia per poter mettere in atto una scelta che appartiene alla condizione dell'essere umano?

Se nell'ambito dell'omicidio del consenziente, l'evoluzione normativa ha ritagliato un margine di liceità per il medico che, nel rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario, ne determina la morte, non si comprende perché non si debba compiere lo stesso ragionamento anche nell'ambito dell'agevolazione al suicidio là dove l'aiuto è richiesto da persona affetta da patologia irreversibile, capace di intendere e volere e seriamente determinata a morire. Queste somiglianze sembrerebbero imporre una disciplina altrettanto simile, dovendosi estendere all'aiuto al suicidio quanto previsto per l'omicidio del consenziente causato dall'interruzione di terapie salvavita.

11. La decisione della Corte costituzionale n. 242 del 2019: l'assistenza al suicidio come manifestazione dell'autodeterminazione terapeutica. Con la sentenza n. 242 del 2019, la Corte costituzionale, nel farsi portatrice delle esigenze di Fabiano Antoniani, afferma che mettere a disposizione di un paziente che versa in quelle specifiche e strazianti condizioni, strutture e risorse mediche finalizzate non già ad eliminare le sofferenze, ma a determinare la sua morte, non incorra nel divieto di cui all'art. 580 c.p.¹⁸.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenza 24 settembre (dep. 22 novembre 2019), n. 242, Pres. Lattanzi, Est. Modugno. Ricordiamo che con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte costituzionale aveva sospeso e rinviato l'udienza di un anno in attesa di un intervento legislativo. Per questi profili, soprattutto, L. Risicato, *L'incostituzionalità differita dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in F.S. Marini, C. Cuppelli, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, 2019, 289; L. Eusebi, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Il caso Cappato*, cit.,131; R. Bartoli, *L'ordinanza della consulta sull'aiuto al suicidio; quali scenari futuri*, in *Il caso Cappato*, cit., 1.

La Corte, pur confermando l'apparato teorico-ideologico del sistema penale vigente in tema di partecipazione al suicidio, sia nella forma della istigazione che dell'aiuto, si limita ad intervenire su un caso specifico, peculiare, la cui incostituzionalità è sostenuta alla stregua dei criteri di ragionevolezza, uguaglianza, plausibilità, a prescindere da proclamazioni di principio¹⁹. Gli argomenti rilevano la chiara intenzione di volersi mantenere strettamente al problema posto dal giudizio principale e chiaro e forte è il messaggio rivolto al legislatore di intervenire in questa toccante materia e di ritagliare dall'assolutezza del divieto quelle nuove fenomenologie poco coerenti con le assunzioni fondamentali sottese alle datate e ideologiche opzioni originarie.

Sul piano dei principi, in attesa di un intervento normativo mai sopraggiunto, la Corte statuisce che non esiste nessun "diritto costituzionale di essere aiutato a suicidarsi" né tantomeno un "diritto a morire". Al contrario, dal diritto alla vita, riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost. e ed esplicitamente dalla Cedu "*discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo, non anche il diritto di rinunciare a vivere a morire*". Perciò, abbandona l'idea di indicare i fondamenti e di delineare i contenuti di un «diritto a morire con dignità», ovvero di un «diritto alla piena dignità anche nel morire» lumeggiato nell'ordinanza n. 207/2018 e così ogni riferimento alla giurisprudenza europea a suo supporto del riconoscimento.

Ed in effetti solo alcuni studiosi, sia pure molto autorevoli, traggono dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo indicazioni decisive a favore

Tra i numerosi commentatori della sentenza, si richiama G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in G. D'Alessandro, O. Di Giovine, *La Corte costituzionale e il fine vita. un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020, 265; M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 2020, 8; A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 26.05.2020; G. Gentile, *Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, n. 3, 2020, 377; F. Giunta, *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *disCrimen, focus*, 25 novembre 2019; L. Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2; G. Flora, *Una domanda a Ferrando Mantovani. A proposito della sentenza della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *disCrimen opinioni*, 30 ottobre 2019; A. Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2; A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 805; G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini, (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Atti del Convegno, Pisa 12 ottobre 2018, Torino, 2019.

¹⁹S. Canestrari, *Una sentenza inevitabilmente infelice: la riforma dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2019, 2160 il quale esprime perplessità sulla proprietà linguistica del termine suicidio.

di un espresso riconoscimento, nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata, anche del diritto a decidere mezzo e momento della propria morte²⁰.

Nel territorio tracciato dalla sentenza n. 242 del 2019 scompare ogni riferimento alla visione soggettiva di dignità del morire; campeggia, invece, l'espressione libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost. Anzi, più precisamente, il dilemma etico e giuridico posto dal caso Antoniani viene delimitato come questione di diritti del malato e le eccezioni di incostituzionalità ricondotte in relazione all'art. 32 comma 2 Cost.21.

Questa premessa sui principi costituzionali di fondo consente di non mettere in discussione le scelte di criminalizzazione del legislatore del 1930, ben potendo essere punita la partecipazione ad un fatto che non costituisce manifestazione di alcun diritto di libertà. In tal modo, il tema dell'assistenza al suicidio viene riqualificato come un sostanziale aiuto a morire del paziente che si trova in condizioni oggettive ben tratteggiate e delineate dalla Corte (quattro e solo quattro)". Fuori da quelle quattro condizioni ogni rilievo della autonomia della persona su come morire non assume alcuna rilevanza.

Pertanto, esaltando il diritto all'autodeterminazione terapeutica - senza mai giungere ad un riconoscimento autonomo del diritto a morire - la Corte ha dichiarato la parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina colui che presta assistenza medica al suicidio in favore del paziente che si trova in quattro condizioni: che sia tenuto in vita da *trattamenti di sostegno vitale*, che sia affetto da *patologia irreversibile*, che la malattia sia fonte di sofferenze *fisiche o psicologiche* che egli reputa *intollerabili*, individuando, come già ritenuto in via interlocutoria, la terapia del dolore e l'accesso alle cure palliative quali prerequisiti della scelta da compiere, nell'implicito convincimento che la determinazione del soggetto malato per una soluzione di morte non può considerarsi libera ove egli sia afflitto da sofferenze croniche divenute intollerabili e non lenite da trattamenti palliativi.

Si specifica altresì che la verifica delle condizioni richieste e delle modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio debba avvenire da parte di una struttura pubblica del

²⁰V. Zagrebelsk, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Legislazione penale*, 2 marzo 2020, 4, secondo cui il riconoscimento di un diritto al suicidio si pone in armonia con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In proposito si richiamano i casi *Pretty c. Regno Unito* (Corte EDU, sez. IV, 29 aprile 2002), ove richiamando l'art. 8 CEDU la Corte ritiene che il divieto di partecipazione al suicidio possa interferire con il diritto al rispetto alla vita privata; nonché i casi *Haas c. Svizzera* (Corte EDU, sez. I, 20 gennaio 2011), *Koch c. Germania* (Corte EDU sez. V, 19 luglio 2012), *Gross c. Svizzera* (Corte EDU, sez. II, 14 maggio 2013).

²¹M. Donini, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 205.

Servizio Sanitario Nazionale, sentito il parere del Comitato etico territorialmente competente, e che tuttavia il medico non è affatto giuridicamente obbligato ad esaudire la richiesta del paziente, potendo ben opporre l'obiezione di coscienza, qualora non sia, per ragioni personali di etica individuale, favorevole ad una simile estensione dell'autodeterminazione terapeutica.

In queste condizioni, il paziente può attingere a strutture e risorse mediche finalizzate non già ad eliminare le sofferenze fisiche, ma ad impedire un'agonia lunga e penosa, agevolando l'esecuzione del proposito suicida autonomamente e liberamente formatosi.

12. Le quattro condizioni di non punibilità dell'assistenza medica al suicidio. Con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte costituzionale ha individuato una circoscritta area di non conformità dell'art. 580 c.p. qualora la persona sia a) affetta da una patologia irreversibile b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche per lui intollerabili c) tenuta in vita a mezzo di trattamento di sostegno vitale, ma d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

A tali condizioni il divieto indiscriminato di aiuto al suicidio punito dall'art. 580 c.p. finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, imponendogli un'unica modalità per congedarsi dalla vita.

La non punibilità dell'aiuto è quindi subordinata ai casi in cui il paziente sia dipendente da supporti artificiali che ne consentono la respirazione, l'alimentazione e idratazione artificiale, la cui autonomia fisica, assai compromessa a causa della malattia, si riduce nella facoltà ormai residua di compiere l'ultimo atto finale (ingerire il farmaco, spingere lo stantuffo, etc.) solo con l'assistenza materiale di altri e in un contesto medicalizzato.

Per ciò che riguarda il requisito *sub a)*, occorre che la persona malata sia «affetta da una patologia irreversibile», ove la questione più discussa riguarda la definizione dello stato patologico come terminale o solo irreversibile.

Qualche elemento interpretativo in proposito si trae attraverso il rinvio al requisito *sub c)*. Il riferimento alla dipendenza da mezzo di sostegno vitale individua una patologia e un modello di paziente che si imbatte in un processo di fine vita a seguito della rinuncia all'uso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali e che ha diritto di beneficiare della sedazione palliativa profonda continua. Dunque, una persona malata che entra necessariamente in una fase terminale dopo aver interrotto i trattamenti di sostegno vitale.

In relazione al requisito *sub b)* il profilo più controverso consiste nella necessità di richiedere che la condizione clinica sia connotata da un persistente stato di sofferenza

fisica o psicologica nella consapevolezza della dimensione squisitamente qualitativa e soggettiva della sofferenza²². Invero, il dolore è sempre un fenomeno duplice: una spiacevole sensazione fisica si associa ad una reazione emozionale la cui intensità e misura colpisce l'uomo nella sua identità e non solo in un frammento del corpo; perciò per sottolineare la complessità del dolore si ricorre all'espressione "*dolore totale*" cioè alla sorgente somatica dello stimolo cui si associano gli aspetti psicologici, sociali spirituali che sappiamo accompagnare gli ultimi mesi della vita del malato. Percepire la soglia del dolore attraverso la conoscenza medica è quasi impossibile e occorre affidarsi alle mutevoli percezioni umane. È il paziente l'unico giudice del proprio dolore e solo lui ha il diritto di valutarne l'intensità ed il disagio da esso provocato.

Inoltre, la previsione del requisito *sub c)* finisce per introdurre un'ulteriore condizione «non scritta» per accedere all'aiuto medico al suicidio: la persona malata non è di regola in grado di far cessare da sola la propria esistenza.

Questa condizione fattuale del malato mette profondamente in crisi la coerenza del tradizionale sistema di norme poste a tutela della vita umana: quando cioè la dipendenza dalla tecnologia è la *ragione* della richiesta di morire ed anche la *condizione* della impossibilità di poter autodeterminare liberamente la propria morte senza un supporto esterno. Le quattro condizioni tratteggiate dalla Corte costituzionale, in verità, si riducono in una: il paziente deve essere tenuto in vita da *mezzi artificiali di supporto vitale*, requisito che assorbe, per gravità, sia quello della malattia irreversibile (posto che spesso solo una malattia gravissima e irreversibile impone il ricorso a mezzi artificiali di supporto vitale), sia quello della sofferenza (che accompagna sempre la condizione del malato tenuto in vita in quelle condizioni).

L'aiuto al suicidio non ricade nell'ambito applicativo dell'art. 580 c.p. qualora il paziente non possa, pur volendolo, suicidarsi da solo, in ragione delle sue condizioni di dipendenza dalle tecnologie mediche di mantenimento in vita. La dipendenza da *mezzi artificiali di supporto vitale* assurge quindi a criterio base. Scrive la Corte costituzionale, con grande sensibilità e umanità: "*Sono contesti fenomenologici assai complessi, in cui è necessaria una maggiore attenzione verso la libertà di autodeterminazione individuale, già menomata dalle condizioni di dipendenza dai supporti terapeutici*"²³.

Occorre inoltre fare riferimento ad altri requisiti che si desumono dalla sentenza in esame, ove la Corte ha subordinato la non punibilità dell'aiuto al suicidio — in attesa di un indispensabile intervento del legislatore — al rispetto delle condizioni e delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla

²² M.B. Magro, *The Last dance*, cit.,9, e la bibliografia ivi riportata, ove si rende conto degli studi empirici sulle condizioni che determinano la sofferenza come insopportabile.

²³ Corte cost., n.242/2019, p.4.

sedazione profonda continua (artt. 1 e 2 della legge 219/2017), nonché della loro verifica da parte del comitato etico territorialmente competente.

In particolare, si evidenzia la necessità che alla persona malata, che richiede l'assistenza medica al suicidio, sia obbligatoriamente proposta, come pre-requisito, la presa in carico da parte di strutture della rete palliativa. Si richiede cioè, al fine di evitare un penoso scivolamento a favore di un diffusione indotta e non consapevole delle pratica di aiuto al suicidio da parte dei soggetti più fragili e esposti a condizionamenti esterni, che al paziente debbano essere offerti in via prioritaria specifici percorsi palliativi, indicando concretamente le strutture sanitarie disponibili e le modalità di accesso attraverso una sorta di "procedura" che preveda una accurata comunicazione con il medico e un adeguato supporto psicologico, in modo da fugare il dubbio di trovarsi di fronte a richieste di aiuto, e non di morte.

Infine, quando i sintomi sono refrattari, in condizioni di inguaribilità e di terminalità o di imminenza della morte, deve sempre essere garantita la possibilità del ricorso alla sedazione palliativa profonda continua, barattando così una morte che sopraggiunge senza coscienza pur di soffrire meno.

13. Quando manca il requisito del "supporto vitale". La sentenza della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 (caso Trentini). L'aiuto al suicidio non ricade nell'ambito applicativo dell'art. 580 c.p. qualora il paziente non possa, pur volendolo, suicidarsi da solo, in ragione delle sue condizioni di dipendenza dalla tecnologie mediche di mantenimento in vita.

Tuttavia, proprio questo requisito rappresenta il bersaglio – il *vulnus* – della pronuncia e del principio di diritto enucleato²⁴.

In tal senso occorre fare riferimento alla pronuncia della Corte di Assise di Massa del 27 luglio 2020 (che si sa essere stata impugnata) che ha assolto gli imputati Cappato e Schett del reato di cui all'art. 580 c.p. per il suicidio assistito di Davide Trentini, escludendo nel caso concreto la sussistenza tanto di condotte di rafforzamento o istigazione morale che di agevolazione materiale.

Per quanto riguarda la condotta di agevolazione materiale, la Corte di Assise ha ritenuto sussistenti i requisiti scolpiti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019, posto che il paziente era affetto da grave patologia irreversibile (sclerosi multipla) che gli provocava dolori insopportabili e non lenibili, il cui parziale rimedio era la somministrazione di farmaci antidolorifici a dosaggi sempre maggiori, a rischio della vita. Egli tuttavia non era dipendente da trattamenti medici necessari per la

²⁴ Evidenzia il nutrito filone di questioni lasciate aperte dalla Corte costituzionale anche S. Vinciguerra, *L'aiuto al suicidio dopo il giudizio di costituzionalità. Una risposta e qualche domanda*, in *Foro it.*, 2020, I, 843.

sopravvivenza, come l'idratazione, l'alimentazione artificiale, l'emotrasfusione. Sarebbe quindi, nel caso di specie, mancato uno dei requisiti indicati dalla Corte costituzionale, ovvero quello di maggior peso, della dipendenza da sostegni vitali.

La sentenza offre una interpretazione ampia del concetto di “*mezzi artificiali di sostegno vitale*” scolpito dalla Corte costituzionale, sganciandolo dalla fattispecie di origine ritagliata addosso al caso della dipendenza fisica da presidio meccanico in cui si trovava Antoniani. In particolare, essa si connota per il tentativo di “forzare” il richiamo a “*trattamenti di sostegno vitale*” quale presupposto cui agganciare la soglia minima di legittimità delle condotte di aiuto al suicidio che, invero, si era rivelato sin dai primi commenti costituire il vero tallone di Achille della pronuncia costituzionale, non solo per la sua indeterminatezza sotto il profilo scientifico e giuridico, ma anche per la sua discutibile arbitrarietà in tutti i casi di pazienti affetti da patologie gravissime che non implicano necessariamente la dipendenza da una macchina.

La pronuncia accede ad una interpretazione di “*trattamento di sostegno vitale*” comprensiva anche di quei trattamenti di tipo farmacologico, interrotti i quali si verificherebbe la morte del malato anche se in maniera non rapida. I giudici di merito, pur riconoscendo che la Corte costituzionale abbia voluto riferirsi, nel caso Antoniani, ad una dipendenza *meccanica* da supporto vitale, hanno tuttavia ritenuto che tale requisito possa interpretato in modo estensivo, ossia comprensivo delle condizioni di dipendenza da *qualunque trattamento farmacologico*, come ad esempio i farmaci antispastici, cardiologici e antidolorifici la cui riduzione avrebbe potuto determinare un peggioramento dell'insufficienza respiratoria che avrebbe accelerato il processo di morte. In particolare, la sopravvivenza in vita del paziente era sostanzialmente dipendente da un delicatissimo equilibrio nel dosaggio di farmaci di vario tipo, la cui riduzione avrebbe determinato ulteriori e atroci sofferenze, se non lo scompenso cardiaco, mentre un ulteriore incremento ne avrebbe accelerato il decorso clinico fino alla morte.

L'argomento utilizzato dai giudici di primo grado si fonda su una azzardata applicazione analogica *in bonam partem* della causa di giustificazione procedurale che si assume sia stata introdotta per effetto della sentenza della Corte n. 242/2019.

Tuttavia l'espedito argomentativo si presta a facili critiche connesse ai limiti intrinseci del metodo casistico utilizzato dalla pronuncia della Corte costituzionale, che mal si presta ad interpretazioni analogiche, poiché si tratta di fare a meno di uno (e forse il più centrale) dei quattro requisiti che la Corte ha dettato e che circoscrivono l'estensione dell'autodeterminazione terapeutica anche all'assistenza medica al suicidio, per di più in assenza di un chiaro riferimento alla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., e in attesa che il legislatore preveda espressamente una “procedura

giustificante”²⁵. Discutibile è anche l’assunto dell’introduzione di una nuova causa di giustificazione di fonte giurisprudenziale, seppure così autorevole. Compito della Corte è esplicitare principi e valori già esistenti in modo immanente nell’ordinamento giuridico da rendere immediatamente applicabili, non introdurre nuove cause di giustificazione. Proprio nella enucleazione dei principi normativi, la decisione della Corte rileva il suo peccato di origine, ovvero quello di aver optato per una soluzione compromissoria ritagliata addosso ad un caso concreto, costruita in termini di eccezione rispetto al divieto generale posto dall’art. 580 c.p., con specifico riferimento alla dipendenza da mezzi artificiali di sostegno vitale, ovvero a condizioni fattuali di forte menomazione della libertà di autodeterminazione.

14. L’ipotesi inversa: la totale dipendenza dal “supporto vitale di tipo meccanico”: si può configurare il diritto al c.d. “*suicidio medicalmente assistito per mano altrui*”?

E’ possibile immaginare successive evoluzioni e applicazioni della decisione della Corte costituzionale anche nelle ipotesi di c.d. *suicidio per mano altrui*, ossia nell’ipotesi inversa in cui il paziente, cosciente e capace di comunicare, che lamenta una sofferenza per lui intollerabile, si trovi una condizione di *totale dipendenza da mezzi artificiali meccanici di supporto vitale* (per esempio sia affetto da una sindrome c.d. *locked -in*), tanto da essere privato anche del sia pure minimo, margine di autonomia, necessario per partecipare attivamente a cagionare la propria morte, che chieda però di morire velocemente per mano altrui, senza aspettare che la morte sopraggiunga come conseguenza del distacco e in stato di sedazione profonda (c.d. *suicidio per mano altrui*) .

Come è a tutti noto, il confine tra omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio viene tradizionalmente rinvenuto sul piano causale, e in particolare nella misura dell’apporto causale della vittima, affinché la morte possa essere qualificata come suicidio, e non come omicidio. Questo criterio suppone una rigida e schematica ripartizione dei ruoli, in cui l’evento morte è interamente riconducibile alla condotta dell’agente nel 579 c.p., mentre all’inverso, nell’assistenza al suicidio, esso è riconducibile primariamente all’azione della medesima vittima, ove il concorrente fornisce un supporto necessario, ma non sufficiente, a cagionare la morte. Così per fare una esemplificazione, se la vittima chiede di morire e fornisce il mezzo letale ad un terzo che lo usa per cagionare la sua morte, è si configura il delitto di omicidio del consenziente, mentre se la vittima usa da sola il medesimo strumento stavolta fornito dal terzo si configura l’art. 580 c.p.²⁶.

²⁵ Sulle c.d. giustificazioni procedurali, A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018.

²⁶ Con opinione contraria, ma evidenziando l’aporia, F. Mantovani, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust.pen.*, 2017, II, 38.

Tuttavia in alcune eccezionali condizioni le due fattispecie potrebbero lambirsi fino quasi a sovrapporsi: si pensi ai casi caratterizzati da una notevole frammentazione della condotta principale suicida, in cui solo l'ultimissimo atto viene realizzato in autonomia dalla vittima. È sufficiente fornire un piccolissimo e minimo contributo, affinché la fenomenologia possa essere, francamente e senza finzioni terminologiche, qualificata come un vero e proprio suicidio? Quell'atto finale minimo, l'unico possibile a paziente le cui condizioni di autonomia e di comunicazione con l'esterno sono ridotte all'osso, può qualificarsi ancora come "suicidio"?

Di queste difficoltà si fanno carico alcuni sistemi giuridici che mettono a nudo la rigidità della differenziazione: ad esempio nell'ordinamento austriaco le due fattispecie di omicidio del consenziente e aiuto al suicidio sono perfettamente equiparate sotto il profilo sanzionatorio (con una pena peraltro assai più mite rispetto i livelli draconiani previsti dal codice Rocco) a conferma della indiscutibile difficoltà pratica di distinguere con precisione le due ipotesi criminose, soprattutto nei casi in cui la realizzazione causale dell'evento è talmente frammentata da rendere artificiosa la distinzione tra agire di mano propria o di mano altrui, ove il vittima sia un paziente affetto da patologie irreversibili, ospedalizzato, dipendente da supporti artificiali, in cui manca il dominio dell'azione a causa della malattia²⁷.

A questo proposito, si pone in linea teorica la questione della punibilità di un omicidio su richiesta realizzato mediante la somministrazione di un farmaco che produca più velocemente la morte di un paziente *totalmente dipendente* da un sostegno vitale e privo di ogni margine di autonomia, sottraendolo al più o meno lunga agonia in stato di incoscienza, qualora al paziente manchi la facoltà materiale (e libertà) di compiere anche solo l'ultimo frammento finale della catena causale e di cooperare alla realizzazione della propria morte.

15. Il diritto di morire quale estrinsecazione del diritto alla personalità nella sentenza del Tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsbericht*) del 26 febbraio 2020 sul § 217 *StGB*. Pochi mesi dopo la pubblicazione della attesissima sentenza della Corte costituzionale italiana n. 242/2019, il tema dell'assistenza medica al suicidio ha ricevuto nuovo impulso grazie alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco che, il 26 febbraio del 2020, ha dichiarato, senza mezzi termini, la totale illegittimità costituzionale del § 217 del *StGB*, norma che puniva il reato di *Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung* (aiuto negoziale o professionale al suicidio), introdotta allo scopo di reprimere la diffusione di forme associative organizzate di assistenza al suicidio, ferma restando la non punibilità delle condotte di assistenza al suicidio offerte dai familiari.

²⁷ In proposito K. Javers, *La fattispecie tedesca di favoreggiamento al suicidio*, in *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, Padova University Press, 2019, 53, cui si rinvia per i tutti i risvolti comparatistici.

L'interrogativo strategico di fondo – eluso dalla Corte italiana – ma affrontato senza mezzi termini dal Tribunale tedesco, è se tra i diritti della persona umana esista anche il diritto di morire.

La decisione del Tribunale costituzionale tedesco, partendo dalle richieste di anziani e medici iscritti alle associazioni incriminate, va ben oltre la conformazione originaria della fattispecie e della prassi da essa vietata, cogliendo l'occasione per dare massima espansione al diritto al suicidio e al diritto a fruire dell'assistenza al suicidio, compreso quello non connesso a situazioni di fine vita o di aiuto a morire²⁸. Il *Bundesverfassungsgericht* ha infatti proclamato, seguendo un *iter* logico coerente e consequenziale, l'assoluta illegittimità di qualunque norma voglia penalizzare le condotte di partecipazione morale o materiale al libero e autodeterminato suicidio altrui.

Secondo il Tribunale, la tutela costituzionale del diritto al suicidio si radicherebbe infatti nel rispetto dell'autodeterminazione del soggetto interessato e troverebbe inequivocabile fondamento nel diritto generale della personalità di cui al comma 1 e comma 2 dell'art. 2, con riferimento all'art. 1° co. 1 GG²⁹.

Il diritto generale della personalità comprende, quale diritto di libertà ampio e «innominato» («*unbenanntes*»), tutti quegli aspetti della personalità umana che non sono oggetto di espressa garanzia previste dalla *Grundgesetz*, ma che non possono essere considerati in alcun modo di minor valore e di minor significato.

Perciò, il diritto alla manifestazione della personalità non comprende solamente il diritto di rifiutare liberamente e volontariamente misure che conservino in vita, lasciando in tal modo che la patologia faccia il suo decorso verso la morte, ma si estende anche alla decisione di porre fine alla vita di propria mano, quale espressione del diritto ad una morte autodeterminata. Ciò garantirebbe all'individuo un diritto all'autodeterminazione che include persino la decisione di poter fruire del supporto di terzi. Infatti, dal diritto al morire (discende il diritto a stabilire le modalità della propria morte, comprese quelle che fruiscono dell'altrui assistenza e supporto. Perciò, vietare ai terzi di offrire un supporto, obbligando così l'individuo a realizzare la decisione in

²⁸ BVerfGE Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020,- 2 BvR 2347/15, in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html.

Per una puntuale ricostruzione della corposa motivazione della sentenza, M.B. Magro, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in *Diritto penale del 21 secolo*, 1, 2020, n. 36.

²⁹ L'art. 2 co. 1° della Costituzione tedesca dice: *Ciascuno ha il diritto al libero sviluppo della propria personalità, nella misura in cui non lede i diritti degli altri e non infrange l'ordine costituzionale. Il secondo comma: Ciascuno ha il diritto alla vita e all'incolumità individuale. La libertà della persona è inviolabile. In tali diritti si può essere limitati solo sulla base della legge.*

una condizione di inumana o irrealistica solitudine, o ad abbandonare il proposito, equivale, di fatto, a negare il diritto stesso³⁰.

Una simile massiccia limitazione di una libertà tutelata quale diritto fondamentale terrebbe adeguatamente conto della preminenza che l'ordinamento tedesco attribuisce al diritto individuale all'autodeterminazione rispetto l'interesse alla protezione della vita. Ciò si dimostra, in particolar modo, con riferimento ai §§ 1901 e seguenti del *BGB* che consentono di esprimere, con efficacia vincolante e con ampio anticipo rispetto allo sviluppo di una patologia acuta, la decisione di interrompere i trattamenti medici e quindi di morire, a differenza del § 217 *StGB*, che priverebbe i singoli della libertà di fruire di un aiuto al suicidio sulla base di una decisione attuale rispetto al momento decisivo in cui viene praticata³¹.

In sintesi, nella proclamazione della incostituzionalità della norma incriminatrice dell'aiuto morale e materiale al suicidio, e la conseguente proclamazione del diritto alla propria morte, si scorge sullo sfondo una concezione personalista secondo cui la persona umana è un essere moralmente e intellettualmente capace di esercitare la propria libertà in modo responsabile e in piena autonomia, nel rispetto della dignità umana, da concepirsi come valore giuridico che mai può rappresentare un limite alla libertà di autodeterminazione perché ne è la sua ragione, il suo presupposto. Le decisioni sulla propria vita e sulla propria morte, trovano nella dignità umana ragione ontologica, poiché la libertà di morire non è in antitesi logica e giuridica rispetto l'autodeterminazione, ma una sua estrinsecazione, in quanto espressione di un profondo e insondabile significato esistenziale, dei suoi modelli mentali, della sua biografia.

Di particolare interesse è inoltre l'attenzione dedicata dal Tribunale costituzionale all'argomento del c.d. piano inclinato. L'argomento del «piano inclinato» o della «strage degli innocenti» sostiene che la legalizzazione dell'assistenza al suicidio sortirebbe un effetto non voluto, ma tragico ed inaccettabile, costituito dal fatto che soggetti deboli verrebbero condotti a morire anche contro la loro vera e radicata

³⁰ Per un commento, L. Eusebi, *Moriremo di autodeterminazione? brevi note su BVG, 26 febbraio 2020*, in *Discrimen*, 4 maggio 2020; G. Fornasari, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sistema penale*, 11 giugno 2020; G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con l'altro*, in *Legislazione penale*, 16 marzo 2020; A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *Legislazione penale*, 16 marzo 2020, 11; L. Riscato, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione timida fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *Legislazione penale*, 16 marzo 2020; V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Legisl. pen.*, 2 marzo 2020, 4.

³¹ I §§ 1901 e seguenti del *BGB* contengono la normativa in tema di testamenti biologici e dichiarazioni anticipate di trattamento (cd. *Patientenverfügung*).

volontà, individui innocenti che non sarebbero mai morti se il suicidio assistito o l'eutanasia non fossero mai stati legalizzati, in quanto non avrebbero voluto prestare il loro consenso. Si paventa quindi il rischio che la diffusione di organizzazioni pro eutanasiche possa produrre pericoli per l'autodeterminazione e per la vita dei più deboli e vulnerabili. Rischio invero evidenziato da una folta schiera di studi specialistici e ricerche sperimentali condotte in tutto il mondo, dal quali emerge un fattore fondamentale nell'insorgenza di pensieri suicidi, costituito da sindromi depressive, rappresentazioni errate, convincimenti e paure irrazionali, da scarsa informazione e assistenza materiale e psicologica, tanto che spesso i desideri di suicidio sono revocati e rielaborati quando la persona venga edotta sulla sua reale situazione e sulle alternative esistenti e in tal modo soddisfatto il bisogno primario di assistenza e cura del dolore. In considerazione dei sempre maggiori costi del sistema sanitario, è plausibile supporre che l'accesso illimitato al suicidio assistito possa influenzare, sia pure indirettamente, la volontà di soggetti più vulnerabili, costretti a confrontarsi con la prospettiva del suicidio assistito anche contro le loro reali intenzioni o perché condizionati da motivazioni altruistiche: ad esempio la volontà di non rappresentare un peso per la famiglia o per la società.

Dunque, si chiede il Tribunale costituzionale se, a prescindere da situazioni di coartazione diretta della libera volontà (per effetto di coazione, di violenza morale o di inganno) la richiesta del malato possa subire forme di influenza indiretta che provengono da condizionamenti culturali e mediatiche, tali da impedire o da pregiudicare considerevolmente una decisione riflettuta, ponderata ed auto-orientata. La liceizzazione di servizi di consulenza e assistenza al suicidio potrebbe rappresentare un ulteriore fattore di condizionamento culturale e di pressione per coloro che sono già in condizioni di dipendenza e incoraggerebbe la pratica dell'aiuto al suicidio quale «normale prestazione di servizi», come forma normale di conclusione della vita, in particolare per le persone anziane e malate.

Perciò, ritiene il Tribunale costituzionale, sotto tutti questi profili, è ineccepibile l'intervento della legge penale anche in considerazione dell'irreversibilità dell'esecuzione di una decisione suicidaria. Tuttavia, aggiunge, la decisione di morire vita non può rimanere confinata nella ipotetica e più assordante solitudine né relegata in una irrealistica e ristretta sfera privata. Sebbene si tratti di scelta di carattere personalissimo, essa si pone in interazione con la condotta altrui, ed è irrealistico immaginare che l'individuo, nel momento in cui assuma una decisione, sia completamente libero da influenze esterne. Di norma, tutte le nostre decisioni sono influenzate da fattori culturali e sociali e l'autodeterminazione si forma sempre in modo relazionale. Pertanto, vietare penalmente l'aiuto al suicidio esclusivamente in virtù del fatto che il suicidio e l'aiuto al suicidio si pongano in contraddizione con la concezione sociale prevalente di come si debba fare uso della propria vita, in particolare durante la

vecchiaia e in caso di malattia, non è- secondo il giudice delle leggi tedesco –un legittimo scopo di politica legislativa.

Inoltre, il Tribunale ritiene che, in base ai dati attuali, non vi sono prove empiriche sul fatto che i soggetti più vulnerabili possano essere messi in pericolo dalla liceizzazione delle forme di assistenza al suicidio; anzi il nesso di rischio presunto fra l’offerta di assistenza organizzata e l’aumento delle richieste di suicidio assistito di persone fragili e suggestionabili non è affatto empiricamente fondato. È ovvio che vari fattori culturali e sociali (ad esempio i progressi tecnologici della medicina e l’aumento delle aspettative di vita) possano influire sulla decisione; tuttavia, al momento non esistono indagini statistiche che possano convalidare l’idea che l’offerta di aiuto negoziale al suicidio racchiuda di per sé pericoli per l’autodeterminazione di soggetti vulnerabili o di una loro maggiore esposizione.

Quindi, nella sua conformazione quale reato di pericolo astratto, il § 217 *StGB* si fonderebbe su argomentazioni paternalistiche sfornite di un robusto ancoraggio empirico.

Da qui il monito: il legislatore deve intervenire nella regolamentazione della delicata materia a tutela dei soggetti vulnerabili, vietando penalmente solo quelle condotte partecipative di terzi che non sortiscono mere interferenze culturali e indirette, ma che si traducono in veri e propri condizionamenti coattivi, anche approfittando delle particolari condizioni di limitata capacità in cui possono trovarsi.

Inoltre, con regolamentazione amministrativa o civilistica, occorre che l’ordinamento si faccia carico del dolore umano, predisponendo risorse e strutture che garantiscano la consapevole, intima, durevole, radicata e libera convinzione del malato, senza introdurre giudizi di meritevolezza su quella che rimane la più misteriosa delle condotte umane, ma offrendo al richiedente ampia informazione, assistenza materiale e psicologica, supporto di ogni tipo, alternative terapeutiche, cure del dolore; mai abbandonandolo alla più tetra solitudine.

Giuseppe Losappio

FINE VITA E “DIRITTO VIVENTE”
DAL CASO ENGLARO A QUELLO TRENTINI

ABSTRACT

Dal caso Englaro a quello Trentini, la giurisprudenza italiana ad ogni livello (dal civile al penale, di merito, di legittimità e costituzionale) con una spontanea polifonia di interventi ha disegnato un prudente sentiero di libertà facendo fronte all'inerzia del legislatore che non ha risposto nemmeno alle sollecitazioni espresse dalla Corte Costituzionale (legge sulle DAT parte)

From the Englaro to the Trentini case, the Italian Judges (from civil to criminal, up to the High court and Constitutional one) with a spontaneous polyphony of statements sketched out a prudent path of freedom facing the inactivity of the legislator who didn't answered neither to the solicitation of the Constitutional Court (law on DAT aside)

PAROLE CHIAVE

Fine vita – dignità – suicidio

End of live – dignity – suicide

Sommario. – 1. Il caso “Englaro”. – 2. La sentenza Cass. civ., Sez. I, 4 ottobre 2007 (dep. il 16 ottobre 2007), n. 21748. – 3. Il caso “Munàò”. La sentenza Cass. pen., sez. I, 6 febbraio 1998 (dep. il 12 marzo 1998), n. 3147. – 4. Il caso “Welby”. – 4.1. L'ordinanza del Tribunale civile di Roma, sez. I (16 dicembre 2006). – 4.2. La sentenza di non luogo a procedere del GUP presso il Tribunale di Roma (23 luglio 2007, n. 2049). – 5. Il caso

“Cappato-Antoniani”. – 5.1. L’ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Milano, 10 luglio 2017. – 5.2. L’ordinanza di rimessione della Corte di assise di Milano del 14 febbraio 2018. – 5.3. I provvedimenti della Corte Costituzionale. L’ordinanza 23 ottobre 2018 (dep. il 16 novembre 2018), n. 207, la sentenza 24 settembre 2019 (dep. il 22 novembre 2019), n. 242. – 5.4. La sentenza della Corte di Assise di Milano, 23 dicembre 2019 (dep. 30 gennaio 2020), n. 8. – 6. Il caso “Trentini”. Le sentenze della Corte di assise di Massa, 27 luglio 2020 (dep. il 2 settembre 2020), n. 1 e della Corte di Assise di Appello di Genova 28 aprile 2021 (dep. il 20 maggio 2021), n. 1.

1. Il 18 gennaio 1992, Eluana Englaro, che aveva da poco compiuto 21 anni, perse il controllo dell'autovettura a causa del fondo stradale gelato. Nell’impatto contro un palo della luce e quindi contro un muro riportò lesioni craniche gravissime ed una frattura con “slivellamento” della seconda vertebra che causò un'immediata paresi di tutti e quattro gli arti. All’arrivo dei soccorsi, la giovane era in coma, condizione dalla quale uscì dopo alcuni mesi nel reparto di terapia intensiva degli ospedali di Lecco e Sondrio. A causa delle lesioni cerebrali estese ed irreversibili, tuttavia, secondo il parere pressoché unanime di (molti) consulenti, periti e giudici, Eluana Englaro versava in uno stato vegetativo permanente. Secondo la scienza medica si tratta della condizione caratteristica di un soggetto che ventila, in cui gli occhi possono rimanere aperti, le pupille reagiscono, i riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è alcun segno di attività psichica e di partecipazione all’ambiente e le uniche risposte motorie riflesse consistono in una redistribuzione del tono muscolare.

Sulla base delle concordi deposizioni di tre amiche, che avevano raccolto le confidenze di Eluana poco prima del tragico incidente, la giovane donna, dopo aver fatto visita in ospedale ad un coetaneo, in coma a seguito di un sinistro stradale, aveva dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo che, nel corso dello stesso incidente, era morto sul colpo, piuttosto che rimanere immobile in ospedale in balia di altri attaccato ad un tubo. Tale convinzione era stata ribadita anche a scuola, in una discussione con le sue insegnanti suore. Sulla base di questi elementi, il padre di Eluana aveva chiesto alla magistratura l’autorizzazione alla sospensione dell’idratazione e dell’alimentazione con sondino naso-gastrico.

2. La vicenda è stata decisa dalla sentenza della Suprema Corte, Sez. I, 4 ottobre 2007, n. 21748. Due sono i temi salienti della motivazione.

Il primo riguarda la qualificazione dell’alimentazione e idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico. In particolare, la Corte si è chiesta se venisse in rilievo una forma di accanimento terapeutico, costituendo la “cura” in realtà un trattamento invasivo, senza alcun beneficio o

utilità per la paziente, oltre il prolungamento forzoso di una “vita” ridotta ad una pura funzionalità meccanica e biologica.

Il secondo interrogativo investiva il quesito (“preliminare”) del rilievo del consenso alla interruzione delle “cure”, espresso a suo tempo dalla paziente e recepito dal tutore.

La motivazione muove dalla considerazione, ritenuta logicamente prioritaria, che il consenso costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente. Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. La salute dell'individuo non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Nel quadro dell'“alleanza terapeutica” che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno, di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio — solo per una strategia di persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza. A monte si colloca il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Oltre tale verifica non è possibile di disattendere la volontà del paziente in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

Il principio del consenso informato ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione (artt. 2, 13, 32) e trova riconoscimento in numerose fonti a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. n. 833 del 1978) dove è sancito che la «*tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana*» (art. 1), enunciando il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari (art. 33). Successivamente una disciplina organica della materia è stata introdotta dalla legge sulle c.d. DAT n. 219 del 2017¹.

Dopo questa escursione dei principi e delle disposizioni fondamentali che regolano l'attività medico-chirurgica, la motivazione passa in rassegna alcuni precedenti della giurisprudenza convenzionale e di altri paesi, negando che da queste fonti si possa desumere un dovere dell'individuo alla salute e, quindi, di accettare cure e terapie che consentano il mantenimento in vita.

¹ A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica n. 145 del 2001, che all'art. 5, pone la seguente regola generale (secondo la rubrica della disposizione): «*Une intervention dans le domaine de la sante ne peut atre effectuee qu'apres que la personne concernee y a donne son consentement libre et eclaire*».

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince che il consenso libero e informato del paziente all'atto medico dev'essere considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (Capo 1^o, Dignità; art. 3, Diritto all'Integrità della persona).

Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che «*Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente*».

In relazione a queste fondamentali premesse, la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita. Al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dinanzi ai problemi della vita e della morte, che lo stesso rappresentato abbia manifestato, prima di cadere in stato di incapacità. Questa impostazione emerge con chiarezza dai precedenti giurisprudenziali internazionali che secondo declinazioni differenti hanno riproposto il *best interest test*² e il *substituted judgement test*³, cui aderisce la Corte.

Ciò posto, al giudice non può essere richiesto di ordinare il distacco del sondino nasogastrico: una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario⁴, che, di per sé, non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione. L'intervento del giudice, piuttosto, esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace da condurre secondo la logica orizzontale-compositiva della ragionevolezza, che postula un ineliminabile riferimento

² Il criterio del *best interest* è stato sancito nella sentenza 24 giugno 1987, "*In re Nancy Ellen Jobes*" e nella più celebre pronuncia del 25 giugno 1990, "*Cruzan v. Dir., Missouri Dep't of Health*" nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti ha statuito che la Costituzione degli USA non proibisce allo Stato del Missouri di stabilire «*a procedural safeguard to assure that the action of the surrogate conforms as best it may to the wishes expressed by the patient while competent*». A conclusioni analoghe pervenne l'House of Lords, 4 febbraio 1993, prevenne alla conclusione (particolarmente articolata nel parere di Lord Goff of Chieveley) secondo cui, in assenza di trattamenti autenticamente curativi, e data l'impossibilità di recupero della coscienza, è contrario al miglior interesse del paziente protrarre la nutrizione e l'idratazione artificiali, che, in tali condizioni, assumo il carattere di trattamenti invasivi della sfera corporea.

³ L'esordio di questo approccio viene (convenzionalmente) riferito al *leading case* "*in re Quinlan*", deciso dalla Corte Suprema del New Jersey, nella sentenza 31 marzo 1976 (<https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1976/70-n-j-10-0.html>). Si tratta di un criterio di valutazione volto ad assicurare che la decisione del sostituto corrisponda, per quanto possibile, a quella che il paziente incapace avrebbe preso se capace al momento della scelta. In questa prospettiva, colui che decide in vece dell'incapace deve adottare come linea di orientamento il personale sistema di vita del paziente. Devono essere considerate le sue dichiarazioni precedenti, le reazioni dinanzi ai problemi medici ed ancora tutti gli aspetti della personalità del soggetto incapace, con particolare riferimento ai suoi valori di ordine filosofico, teologico ed etico. La motivazione, inoltre, cita anche la sentenza 17 marzo 2003 del Bundesgerichtshof secondo cui al paziente incapace di prestare il consenso, che soffre una malattia irreversibile, devono essere evitate misure volte al solo prolungamento dell'esistenza qualora tali cure siano contrarie alla volontà espressa in precedenza. La dignità dell'essere umano impone di rispettare le manifestazioni del diritto di autodeterminarsi, esercitato in situazione di capacità di esprimere il consenso, anche nel momento è venuta meno la capacità di prendere decisioni consapevoli. Se manca una "pregressa" e chiara espressione di volontà, il giudice può sindacare la presunta volontà del paziente da ricostruire, di volta in volta, anche sulla base delle decisioni assunte in precedenza, dei valori e delle convinzioni del paziente.

⁴ La Corte non ha dubbi che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscano un trattamento sanitario. Si tratta di protocolli che integrano un trattamento cui è sotteso un sapere scientifico, sono instaurati sotto controllo medico, consistenti nella somministrazione di composti chimici realizzati con l'impiego di procedure tecno-farmacologiche.

alle circostanze del caso concreto in base alle quali declinare le due condizioni essenziali della decisione:

- lo stato vegetativo, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, dev'essere irreversibile nel senso che, alla luce degli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, sia da escludere la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno;

- sulla base di elementi di prova chiari, concordanti e convincenti deve risultare che l'istanza del tutore sia realmente espressiva, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

Allorché manchi uno di questi elementi, il giudice deve negare l'autorizzazione. In questa ipotesi, assume incondizionata prevalenza il diritto alla vita, mentre a nulla rilevano, per contro, il grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, la percezione che altri possano avere sulla qualità della vita o sull'interesse del paziente, né, men che meno, la logica utilitaristica del rapporto costi-benefici⁵.

3. L'imputato e Alessio Consolo (la vittima) erano due giovani studenti, fra i quali ad un certo punto era nata una fortissima ed intensa amicizia. Nell'ambito di questo rapporto avevano maturato un comune proposito suicidario (omicidio-suicidio) che, dopo un primo tentativo fallito, aveva condotto alla morte di Consolo, mentre il Munaò, pur gravemente ferito, era sopravvissuto.

⁵ Le fonti "minori" che hanno costellato la vicenda sono state numerose:

- la deliberazione delle Camere (Camera dei deputati 31 luglio 2008; Senato della Repubblica, 1 agosto 2008) di promuovere conflitto di attribuzione nei confronti della magistratura;

- l'ordinanza della Corte costituzionale nr. 334 del 2008, che ha respinto l'iniziativa delle Camere motivando che le sentenze della Suprema Corte non impedivano al «Parlamento ... in qualsiasi momento di adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti»;

- il decreto-legge, deliberato dal Consiglio dei ministri (6 febbraio 2009), con il quale si stabiliva l'impossibilità di sospendere l'alimentazione e l'idratazione per «i soggetti non in grado di provvedere a sé stessi», la cui emanazione, dopo un tentativo di moral suasion, venne rifiutata dal Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, verificando tra l'altro la insussistenza dei requisiti di straordinaria necessità e di urgenza della decretazione di urgenza;

- la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione II, Ada Rossi et al. c. Italie (Requête no 55185/08) che ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dai ricorrenti (persone fisiche e associazioni);

- il decreto del GIP di Udine (<https://www.unipv-lawtech.eu/files/archiviazbennglaro.pdf>) che ha disposto l'archiviazione del procedimento penale a carico di Beppino Englaro (tutore di Eluana Englaro) e del personale sanitario della struttura presso cui la paziente è deceduta poiché, alla luce di quanto deciso in sede civile, il tutore ha espresso la volontà dell'incapace e il personale sanitario, che ha conseguentemente operato per sospendere il trattamento e rimuovere i mezzi attraverso cui veniva protratto, ha agito in presenza di una causa di giustificazione e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p..

La Corte di Assise di Messina, con sentenza del 17 maggio 1997, aveva assolto l'imputato dall'accusa di omicidio di persona consenziente con la formula "perché il fatto non sussiste".

Senonché il proscioglimento era stato impugnato dal Procuratore della Repubblica di Messina con ricorso immediato in Cassazione, che accoglieva il gravame.

La presenza, nel c.p., accanto all'incriminazione dell'omicidio del consenziente (art. 579) dell'art. 580, che punisce l'istigazione (o l'aiuto) al suicidio, implica che l'interprete è chiamato a restringere l'ambito di applicazione della prima incriminazione, posto che altrimenti la seconda perderebbe qualsiasi significato. Alla stregua di questa premessa, la Corte sanciva che il discrimine tra i due delitti non può essere quello dell'esistenza o meno di un'efficienza causale della condotta dell'agente che si espliciti sul piano materiale. Qualificando come omicidio qualsiasi azione che abbia una qualunque efficienza causale rispetto all'evento si eliderebbe qualsiasi prospettiva applicativa dell'art. 580 c.p.. L'agevolazione al suicidio altrui, infatti, implica di per sé una forma di partecipazione materiale ad esso.

Il discrimine – conclude la Corte – va quindi più correttamente individuato nel modo in cui vengono ad atteggiarsi la condotta e la volontà della vittima in rapporto alla condotta del soggetto agente. «Si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria».

4. Quando aveva solo 18 anni Piergiorgio Welby ricevette la diagnosi di distrofia fascio-scapolo-omerale, malattia degenerativa dei muscoli scheletrici che progressivamente e inesorabilmente perdono forza atrofizzandosi, senza compromissione delle funzioni intellettive. Per questa malattia non esistono cure e le uniche terapie somministrabili sono di mero supporto fisico-riabilitativo e di contenimento dei sintomi. Nel 1997 (quando Welby aveva compiuto 52 anni) la sua situazione clinica si aggravò fino a raggiungere l'ultimo stadio della malattia, che consiste nell'insufficienza respiratoria. Per questo motivo venne tracheotomizzato. Da quel momento in poi, nonostante alcuni periodi di temporaneo miglioramento, Welby viveva grazie al sostegno della respirazione e dell'alimentazione artificiale. Il 24 novembre 2006 Welby chiedeva al medico curante di procedere al distacco delle apparecchiature «sotto sedazione terminale»; il giorno successivo il sanitario respingeva la richiesta di Welby, adducendo una motivazione intrisa di sofismi. Egli riconosceva di essere «obbligato per legge a rispettare la volontà» del paziente, e dunque a procedere al distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione, ma, per contro, rilevava che nel momento in cui Welby, per effetto di tale operazione, si sarebbe trovato in «pericolo di vita» e in condizioni tali da non essere dunque «non più in grado di decidere», l'obbligo di osservare le determinazioni del

paziente sarebbe stato soppiantato dal dovere di «procedere immediatamente» a riattaccare il ventilatore polmonare medesimo al fine di «ristabilire la respirazione».

4.1. Di conseguenza Welby propose ricorso di urgenza ex art. 700 c.p.c. al Tribunale civile di Roma che dichiarò inammissibile l'azione motivando tra l'altro che «solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni (allo stesso modo in cui intervenne il legislatore per definire la “morte cerebrale” nel 1993)».

4.2. Welby venne quindi in contatto con il dr. Riccio che provvide alla sedazione profonda ed alla disattivazione della ventilazione assistita. Il Pubblico Ministero, dopo aver disposto una consulenza medico-legale e tossicologica per accertare le cause del decesso, aveva chiesto l'archiviazione nei confronti del sanitario, che il Gip rigettava imponendo la formulazione dell'imputazione per omicidio del consenziente ex art. 579 c.p.. All'udienza preliminare, sulla richiesta di rinvio a giudizio, il Gup pronunciava sentenza di non luogo a procedere. La motivazione muove dal «riconoscimento dell'esistenza di un diritto della persona a rifiutare o interrompere le terapie mediche, discendente dal principio enunciato dal secondo comma dell'art. 32, Cost., secondo il quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Alla «luce del dettato chiarissimo dell'art. 32 comma 2, della Costituzione, nonché alla luce dell'interpretazione che di esso è stata data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità», non possono, «in nessuna sede, essere disattesi il riconoscimento e la tutela del diritto all'autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario, diritto che contempla ovviamente anche il caso di rifiuto di nuova terapia e lo speculare caso di interruzione della terapia già iniziata». Infatti, «il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione». A questa situazione giuridica soggettiva, corrisponde il dovere del sanitario che scrimina l'illiceità della condotta di adempiere la volontà del paziente purché il rifiuto sia legittimo, ovvero personale, consapevole, informato, autentico, non apparente, non condizionato da motivi irrazionali, effettivamente attribuibile alla volontà del soggetto e quindi non frutto di costruzione o di suggestione di alcun tipo esercitata da terzi, strettamente collegato a concrete situazioni personali del malato, attuale, reale, compiutamente e chiaramente espresso.

5. Fabio Antoniani, a seguito di un grave incidente stradale, avvenuto il 13 giugno 2014, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale (permanente). Non era autonomo

nell'evacuazione, nella respirazione (necessitando dell'ausilio, pur non continuativo, di un respiratore e di periodiche asportazioni di muco), nell'alimentazione (venendo nutrito in via intra-parietale). Antoniani era, altresì, percorso da ricorrenti spasmi e contrazioni, produttivi di acute sofferenze che non potevano essere del tutto lenite farmacologicamente, se non mediante sedazione profonda. Il paziente conservava, però, intatte le facoltà intellettive. All'esito di lunghi e ripetuti ricoveri ospedalieri e di vari tentativi di riabilitazione e di cura (comprensivi anche di un trapianto di cellule staminali effettuato in India nel dicembre 2015), la sua condizione era risultata irreversibile.

Poco meno di due anni dopo l'incidente, Antoniani aveva maturato la volontà di porre fine alla sua esistenza, comunicandola ai propri cari. Di fronte ai tentativi della madre e della fidanzata di dissuaderlo dal proposito, per dimostrare la propria irremovibile determinazione, aveva intrapreso uno "sciopero" della fame e della parola, rifiutando per alcuni giorni di essere alimentato e di parlare.

Nel maggio 2016, tramite la fidanzata, Antoniani contattava talune organizzazioni svizzere che si occupano dell'assistenza al suicidio; nello stesso periodo conosceva Marco Cappato, il quale gli prospettava la possibilità di sottoporsi in Italia a sedazione profonda, interrompendo i trattamenti di ventilazione e alimentazione artificiale. Di fronte al suo fermo proposito di recarsi in Svizzera per il suicidio assistito, Cappato aveva accettato di accompagnarlo in automobile presso la struttura prescelta. Nei mesi successivi Antoniani ribadiva la propria scelta affermando, anche pubblicamente, «di viverla come "una liberazione"».

Alla fine di febbraio del 2017 il paziente si recava in Svizzera, accompagnato da Cappato. Il personale della struttura prescelta verificava le condizioni di salute, il consenso e la capacità di assumere in via autonoma il farmaco letale. Due giorni dopo (il 27 febbraio 2017) lo stesso Antoniani, azionando con la bocca uno stantuffo, attivava il dispositivo che erogava il medicinale.

Di ritorno dal viaggio, Cappato si autodenunciava presso una caserma dei Carabinieri. Sorgeva, pertanto, un procedimento con l'accusa di assistenza/aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)

5.1. Il PM con richiesta del 2 maggio 2017 sollecitava l'archiviazione ma il GIP di Milano, con ordinanza del 10 luglio 2017, imponeva di formulare l'imputazione nei confronti dell'indagato sia per la condotta di "aiuto", sia con riferimento al "rafforzamento" del proposito suicidario che questi avrebbe operato sull'Antoniani. Il GIP, allineandosi alla decisione della Corte nel caso Munaò (ante § 3), postulava la rilevanza causale della condotta del Cappato rispetto all'atto suicida posto in essere dall'Antoniani, ritenendo altresì che il comportamento dell'imputato avesse rafforzato la volontà suicidaria. Pur riconoscendo che la "vittima" era già fermamente determinata a morire quando era entrata per la prima volta in contatto con l'indagato, secondo il giudice la prospettazione della possibilità di recarsi in Svizzera per avrebbe costituito un deciso rafforzamento dell'intenzione suicidaria.

Nella seconda parte dell'ordinanza, la motivazione affrontava il tema della scriminante del "diritto a morire con dignità": «emerge con tutta evidenza [...] un diritto a lasciarsi morire

per mezzo del rifiuto di un trattamento sanitari» ma non un «diritto ad una morte dignitosa», privo di fondamento positivo».

Il GIP respingeva anche le questioni di costituzionalità sollecitate da entrambe le parti.

5.2. La Corte d'assise di Milano ritenendo insussistente l'ipotesi di istigazione, con ordinanza del 14 febbraio 2018, impugnava la legittimità costituzionale dell'art. 580 (in particolare dell'aiuto/assistenza al suicidio) sotto un duplice profilo:

- nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio;

- nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 12 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione.

5.3. La Consulta con ordinanza n. 207 del 2018 rinviava di un anno il giudizio in corso allo scopo di favorire l'intervento del legislatore che tuttavia non coglieva la sollecitazione.

Nel merito, secondo la Corte la incostituzionalità dell'art. 580 non può essere argomentata con riferimento al diritto alla vita⁹. La Corte escludeva che l'inoffensività dell'aiuto al suicidio possa essere fatta discendere da un generico diritto all'autodeterminazione individuale. A prescindere dalle concezioni di cui era portatore il legislatore del 1930 – motiva la Corte – la ratio dell'art. 580 c.p. può essere agevolmente individuata, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili», che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. «Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere». Le medesime considerazioni valgono, altresì, ad escludere che la norma censurata si ponga, sempre e comunque, in contrasto con l'art. 8 CEDU, il quale sancisce il diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata: conclusione, questa, confermata dalla pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

La Corte, piuttosto, scorgeva una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa, corrispondente segnatamente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda oggetto del giudizio a quo – in una persona «**(a)** affetta da una patologia irreversibile e **(b)** fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente

⁹La Corte nella motivazione ricorda che il diritto alla vita è implicitamente riconosciuto dall'art. 2 della Carta e, secondo la giurisprudenza della stessa consulta, costituisce il «primo dei diritti inviolabili dell'uomo» (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri (sentenza n. 35 del 1997). Il riconoscimento, invece, risulta esplicito nell'art. 2 CEDU, da cui discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo ma non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire, ovvero un vero e proprio diritto a morire, come da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio (sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*).

intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (ordinanza n. 207 del 2018). Si tratta di «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali». In tali casi, l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.

In queste circostanze secondo la Corte, la decisione di accogliere la morte potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Ciò, in forza della l. n. 219 del 2017, la cui disciplina recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta all'epoca la giurisprudenza ordinaria – in particolare a seguito delle sentenze sui casi Welby ed Englaro – nonché le indicazioni della stessa giurisprudenza costituzionale riguardo al valore del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico (ordinanza n. 207 del 2018): principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze n. 253 del 2009 e n. 438 del 2008). La citata legge n. 219 del 2017, infatti, riconosce ad «[o]gni persona capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale (art. 1, comma 5): diritto inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia» tra paziente e medico.

In tale contesto – puntualizzava la Corte – la legislazione oggi in vigore non consente al “sanitario” di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. Pertanto, il paziente, per congedarsi dalla vita, è costretto a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care, come nel caso di Antoniani: «[s]econdo quanto ampiamente dedotto dalla parte costituita, [...] l'interessato richiese l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda (soluzione che pure gli era stata prospettata), proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida. Non essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo» (ordinanza n. 207 del 2018).

La sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Per questa ragione, la sedazione terminale può essere vissuta da taluni come una soluzione non

accettabile. Ciò posto, il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando sia necessaria una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento di altre forme di interruzione dei presidi di sostegno vitale.

5.4. La Corte di Assise di Milano riscontrando la sussistenza delle quattro condizioni previste ha assolto l'imputato perché il fatto non sussiste.

6. Davide Trentini soffriva di sclerosi multipla, manifestatasi nel 1993. La malattia, dopo una fase in cui era stato possibile tenerla sotto controllo, divenne progressiva e non remittente: avanzava lentamente ma inesorabilmente, rendendo impossibile ogni recupero e determinando delle condizioni sempre più invalidanti. Il Trentini si muoveva sempre più a fatica, soffrendo pressoché di continuo di dolori insopportabili che anche le terapie più potenti non riuscivano a lenire neppure transitoriamente. Nel 2015, iniziò a maturare l'ipotesi del suicidio, parlandone con i suoi familiari e con la sua ex compagna. Sebbene fosse una soluzione materialmente praticabile, non intendeva suicidarsi lanciandosi dalla finestra della propria abitazione, non solo perché, data l'altezza poco considerevole, non era sicuro di riuscire nel proprio intento, ma anche (e forse soprattutto) perché riteneva di meritare una morte dignitosa, senza doversi sottoporre a ulteriori e intollerabili sofferenze. Per queste ragioni Trentini, dopo aver preso informazioni attraverso dei siti web, decideva di rivolgersi a strutture sanitarie operanti in Svizzera, in una delle quali il 13 aprile 2017, dopo aver nuovamente verificato la fermezza del suo proposito, veniva applicata la flebo che, attraverso un meccanismo azionato dallo stesso Trentini, introdusse nel suo organismo il farmaco necessario a causarne la morte.

L'aspetto più controverso del caso Trentini riguardava il requisito della "dipendenza da trattamenti di sostegno vitale", individuato dalla Corte costituzionale come uno dei quattro elementi costitutivi della causa di non punibilità introdotta in riferimento all'art. 580 c.p. Trentini non era collegato a macchinari per alimentarsi, respirare, assumere i farmaci. Il consulente tecnico della difesa, il dottor Mario Riccio, tuttavia, aveva precisato che Trentini, negli ultimi anni della sua vita, ben poteva dirsi dipendente da due forme di sostegno vitale: la prima di carattere farmacologico, la seconda di tipo meccanico. La terapia antidolore non poteva essere incrementata o ridotta, perché un dosaggio maggiore avrebbe prodotto una overdose mentre una riduzione della somministrazione avrebbe determinato, oltre a un intollerabile riacutizzarsi del dolore, un peggioramento dell'insufficienza respiratoria e, quindi, una accelerazione del decorso causale dell'evento-morte. In secondo luogo, la paralisi della muscolatura intestinale rendeva necessarie delle evacuazioni manuali senza le quali il paziente avrebbe subito la perforazione dell'intestino.

La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, precisano i giudici, non si risolve necessariamente ed esclusivamente nella dipendenza da una macchina, come avveniva per Fabiano Antoniani. «Non si deve confondere il caso concreto da cui è originata la pronuncia della Corte costituzionale con la *regula iuris* che la Consulta ha codificato». Anche attraverso il riferimento alla legge n. 219 del 2017 e, in particolare, ai trattamenti che la stessa consente al malato di rifiutare, il requisito indicato dalla Corte costituzionale sarebbe comprensivo di «qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari». Il trattamento di sostegno vitale, in conclusione, si identifica con «qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida»: questa definizione si a comprendere i casi in cui la possibilità di continuare a vivere dipenda non solo dal funzionamento di un macchinario medico, ma anche dalla prosecuzione di una terapia farmacologica o, più in generale, dalla necessità di assistenza. Il requisito individuato dalla Corte costituzionale, allora, è ravvisabile nel caso Trentini (o, almeno, hanno cura di precisare i giudici di Massa, è fondato il dubbio della sua sussistenza). Trentini non era autonomo nei suoi bisogni vitali: la sua situazione era quella di chi, per continuare a vivere, «dipendeva da un'altra persona» che lo aiutasse a muoversi, a mangiare, ad andare in bagno. Se una persona dipende «da altri (siano essi persone o cose)», per il soddisfacimento dei propri bisogni vitali, allora il requisito richiesto dalla Corte costituzionale può considerarsi integrato.

Il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, pur interpretato in senso ampio e, dunque, emancipato dalla specifica vicenda che aveva visto protagonista Fabiano Antoniani, può ritenersi sussistente quando il paziente dipenda da farmaci, dall'assistenza sanitaria o da dispositivi medici e questa dipendenza sia direttamente funzionale alla sua sopravvivenza. Qualora il soggetto, per la sua sopravvivenza, dipenda da un'altra persona, non potrebbe considerarsi integrato il requisito del “trattamento”, ma, nondimeno, si determinerebbe una situazione analoga alle precedenti, tale da legittimare un'estensione in *bonam partem* della causa di non punibilità.

La Procura impugnava la decisione. La Corte di Assise di Appello di Genova ha respinto il gravame: «Il lapidario divieto di aiutare taluno a procurarsi la morte, contenuto nella norma coniata in un periodo storico risalente in cui lo scopo unico era tutelare ad ogni costo la vita intesa come bene sociale – si legge nella sentenza – va coniugato col diritto ad una vita dignitosa e col diritto al rifiuto di trattamenti terapeutici a fronte di una malattia che abbia esito certamente infausto, a conclusione di un percorso altrettanto certo di dolore acutissimo e senza fine». Legittima – conclude la Corte – «era l'aspirazione alla conclusione della vita, lecito era il suicidio assistito, poiché frutto dell'autodeterminazione del malato a congedarsi da una esistenza che non era più in grado di apprezzare, divenuta esclusivamente indicibile sofferenza».