

# L'integrazione tra scienza e diritto, in relazione all'ammissione ai trattamenti di terapia intensiva durante l'emergenza Covid-19

di Bruno Brancati

**Abstract: The integration between Science and Law as regards ICU Admission during the Covid-19 Crisis** – This paper considers a report published by SIAARTI (the Italian medical association for anesthesia, analgesia and intensive care therapy) concerning the admission of patients into ICU therapy during the Covid-19 crisis. The scope of this paper does not permit to address the overall implications of questions raised, but some elements are outlined referring to the manner in which the link between science and law should be taken into account in a constitutional study of this report. In particular, one can see the importance of the relationship between medical ethics and the Constitution, and the relevance of certain scientific medical data.

**Keywords:** Science; Law; Integration; Covid-19; Tragic Choices.

3437

---

## 1. L'orizzonte: integrare scienza e diritto

In dottrina è stato sostenuto che lo Stato costituzionale contemporaneo si fonda su un delicato equilibrio di tre diverse legittimazioni: democratica, costituzionale, scientifica<sup>1</sup>. Quest'ultima richiede sia ai soggetti deputati alla creazione del diritto sia alla dottrina, nelle rispettive sfere di valutazione, di essere consapevoli e tenere conto delle acquisizioni scientifiche, che, in un certo senso e in certa misura, dovrebbero assurgere a limiti per il diritto<sup>2</sup>. In letteratura, inoltre, si rinviene anche l'impostazione secondo cui il "potere scientifico" trova nella legalità costituzionale una fonte di legittimazione, posto che la ricezione del dato scientifico all'interno dell'ordinamento non può prescindere da una "coerenza" con l'inveramento dei valori costituzionali<sup>3</sup>. Nella visione d'insieme di questi diversi aspetti, qui soltanto accennati, emergono un'influenza e un'integrazione

---

<sup>1</sup> V. A. Spadaro, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale, democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino, 2005, 569-584.

<sup>2</sup> La Corte costituzionale ha parlato di «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali» (v. C. cost., sent. n. 151/2009).

<sup>3</sup> V. S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, 274; 279.

reciproche tra il diritto e la scienza<sup>4</sup>.

In linea con questo orizzonte culturale, si focalizzerà l'attenzione su alcuni aspetti delle "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili" ("Raccomandazioni"), documento tecnico prodotto dalla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva ("SIAARTI"), pubblicato il 6 marzo 2020. Com'è noto, il documento riguarda le scelte tragiche<sup>5</sup> che il personale sanitario ha dovuto fare, durante la fase più acuta della diffusione del Covid-19, circa l'ammissione dei pazienti ai trattamenti necessari per sopravvivere, nell'impossibilità di assicurarli a tutti<sup>6</sup>. Questo contributo si limita a svolgere solo alcune osservazioni sul rapporto tra diritto e scienza, che dovrebbero essere tenute in considerazione nell'ambito della riflessione sulle Raccomandazioni, senza ambire ad enucleare esaustivamente i quesiti posti dalle stesse, e tantomeno a dare delle risposte.

## 2. Il confronto con la Costituzione

Occorre innanzi tutto una precisazione circa il rapporto tra conoscenze scientifiche<sup>7</sup> nel campo della medicina ed etica medica. L'etica medica è l'etica<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Ivi, 273-282.

<sup>5</sup> Si rinvia all'opera di G. Calabresi, P. Bobbitt, *Scelte tragiche*, Milano, 2006.

<sup>6</sup> V., ad esempio, intervista di E. Dusi a M. Riccio, *La confessione del primario di Rianimazione Riccio: "Così abbiamo dovuto scegliere chi intubare e chi no"*, in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), 8 maggio 2020. Il problema non si è posto solo in Italia (in relazione agli USA, v. ad esempio M. Baker, S. Fink, *At the Top of the Covid-19 Curve, How Do Hospitals Decide Who Gets Treatment?*, in [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com), 31 marzo 2020; J. Goldstein, M. Rothfeld, B. Weiser, *Patient Has Virus and Serious Cancer. Should Doctors Withhold Ventilator?*, in [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com), 1 aprile 2020). Sugli interrogativi che emergono da questa problematica è in corso un dibattito. Qui ci si limita a richiamare: rivista.biodiritto.org, Special Issue, n. 1/2020, in particolare sez. 5 "At the bed side: scelte tragiche e risorse limitate"; intervista di R. G. Conti a L. Ferrajoli, A. Ruggeri, L. Eusebi, G. Trizzino, *Scelte tragiche e Covid-19*, in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 24 marzo 2020; intervista di R. Conti a P. Bobbitt, *Tragic choices, 42 anni dopo*. P. Bobbitt *riflette sulla pandemia*, in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 17 maggio 2020; Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, in [bioetica.governo.it/italiano/](http://bioetica.governo.it/italiano/), 8 aprile 2020 (sui pronunciamenti di società scientifiche e Comitati per la bioetica di altri Paesi o internazionali, v. L. Palazzani, *La Pandemia CoVid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in rivista.biodiritto.org, Special Issue, n. 1/2020, *passim*).

<sup>7</sup> Quando si parla di "scienza medica", peraltro, bisogna essere consapevoli della distinzione tra le conoscenze scientifiche *stricto sensu* e le tecniche mediche; alla luce di questa consapevolezza, è di certo possibile usare l'espressione in senso inclusivo delle une e delle altre: in questo senso, v. G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *op. cit.*, 31.

<sup>8</sup> I concetti di etica medica e deontologia medica non sono del tutto sovrapponibili; si può accogliere la seguente distinzione: la prima è la «matrice teorica» della «scienza pratica della morale associata all'attività del medico», la seconda è «la sua traduzione quotidiana» (v. S. Patuzzo, F. Tagliaro, *Il codice di deontologia medica 2014: riflessioni critiche*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, n. 2/2015, 843 ss., in *DeJure*, § 1). Non è possibile, in questa sede, affrontare la complessa questione della natura giuridica del codice di deontologia medica nell'ordinamento italiano (per alcuni cenni alle problematiche che riguardano il tema, si rinvia a E. Pulice, *Introduzione*, in *Forum – Il nuovo codice di deontologia medica*, in rivista.biodiritto.org, n. 2/2015, 7-15).

che concerne l'esercizio della professione di medico. Questa si avvale di conoscenze scientifiche e di tecniche, ma gli scopi perseguiti da chi la pratica non sono deducibili da queste; piuttosto, sono individuati da scelte umane, valutabili eticamente<sup>9</sup>, nonché giuridicamente – quindi, anche costituzionalmente. Il diritto costituzionale assume «una sorta di precedenza logico-giuridica e di prevalenza assiologico-normativa»<sup>10</sup>, nel rispetto di una sfera di valutazione autonoma che deve essere garantita alla professione medica<sup>11</sup>. Peraltro, ciò è conforme alla concezione della Costituzione come particolare etica pubblica, e cioè come “meta-etica”, «la quale rende possibile e delimita tutte le altre etiche [...] nella società contemporanea [...]», e non è riducibile al semplice piano formale-procedurale, ma è «molto caratterizzata in senso assiologico»<sup>12</sup>.

Uno studio costituzionalistico sulle Raccomandazioni e sugli orientamenti etici in esse espressi dovrebbe tenere conto di questa impostazione di fondo. Il senso etico della «massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone» (punto 3) appare in maniera più nitida alla luce dei criteri di priorità per l'accesso dei pazienti bisognosi di trattamenti di terapia intensiva (“TI”) (punto 3): il primo privilegia le maggiori probabilità di sopravvivenza; il criterio che interviene in via secondaria privilegia chi può avere più anni di vita salvata, cosa che solo in via tendenziale implica una preferenza del più giovane, perché una persona potrebbe avere dinanzi a sé un tratto di vita più lungo rispetto a una persona più giovane, se quest'ultima ha certe patologie. Con un'espressione sintetica, si può dire che emerge un *favor* per il “numero” e per la “quantità”: si tratta del maggior numero possibile di persone da salvare, in nome del quale sarebbe consentito lasciar morire alcuni pazienti, e della maggior estensione temporale di vita futura da vivere, in nome della quale sarebbe consentito lasciar morire il paziente che ha meno anni di vita innanzi a sé. Rispetto alle opzioni etiche dichiarate, le Raccomandazioni non considerano preferibile il criterio “*first come, first served*”<sup>13</sup>, che comporterebbe comunque la scelta «di non curare gli

---

<sup>9</sup> «[...] per scegliere la scienza non è sufficiente: ci vogliono i valori dell'etica» (V. Balzani, *Il ruolo dello scienziato in un mondo fragile*, in *Ecoscienza*, n. 4/2013, 16-17). Ricorda Irti che «la indefinita capacità della tecnica non comprende [...] la capacità di scegliere uno scopo» (v. N. Irti, in N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 17)

<sup>10</sup> S. Penasa, *op. cit.*, 278-279.

<sup>11</sup> La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato autonomia e responsabilità del medico nell'operare scelte professionali con il consenso del paziente (v. C. cost., sentt. nn. 151/2009, 338/2003, 282/2002).

<sup>12</sup> A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo (sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. 5, Napoli, 2009, 2012.

<sup>13</sup> Il criterio, facendo dipendere l'ordine della lista da fattori contingenti (momento di manifestazione della patologia, tempo necessario per raggiungere la struttura sanitaria, etc.), che, in una situazione di saturazione totale delle risorse, non giustificano la preferenza della salvezza di alcuni a danno di altri, ma la fanno risaltare come ineluttabile, non opera in modo molto diverso da un sorteggio, perché implica che l'ordine di lista non possa dipendere da valide ragioni differenziatrici (presentano il “*first come, first served*” come metodo che ha elementi comuni al sorteggio, oltre a elementi che lo distinguono, G. Calabresi, P. Bobbitt, *op. cit.*, 40-42.). Si rammenta che al sorteggio si è fatto ricorso durante la pandemia (v. E.

eventuali pazienti successivi» (punto 3).

Stabilire quali di questi criteri siano conformi alla Costituzione è operazione ardua (che esula dall'obiettivo di questo lavoro), anche perché i principi costituzionali sono suscettibili di dare luogo a interpretazioni diverse – viepiù se devono essere applicati nella straordinaria situazione di scarsità delle risorse verificatesi – in relazione, peraltro, a diverse opzioni di valore e visioni etico-filosofiche. Concezioni diverse relative alla possibilità di misurare i benefici corrispondenti ad una singola vita umana o a un certo tempo di vita, alla possibilità di sottoporre a bilanciamento la dignità umana<sup>14</sup>, alle implicazioni dell'eguale riconoscimento a tutti dei diritti fondamentali<sup>15</sup>, e ad altro ancora, in una situazione di insufficienza delle risorse, possono condurre a tesi differenti circa la conformità alla Costituzione tanto delle opzioni etiche abbracciate dalle Raccomandazioni, quanto di quelle non accolte.

### 3. Conoscenze scientifiche necessarie per una valutazione etico-giuridica

La comprensione del senso etico di alcuni aspetti delle Raccomandazioni (e, di conseguenza, la valutazione giuridica degli stessi) non può prescindere dalla conoscenza dello stato dell'arte su certe questioni *stricto sensu* mediche. Si pensi, ad esempio, alla previsione di un possibile limite di età all'ingresso in TI. Tale previsione si è attirata un'accusa di *ageism*<sup>16</sup>, che alcuni, invece, non condividono<sup>17</sup>. In verità, il senso etico di questa specifica raccomandazione non può essere fino in fondo decifrato, e quindi nemmeno valutato da un punto di vista giuridico, se non alla luce delle acquisizioni rilevanti della scienza medica: in particolare, l'aspetto cruciale riguarda la possibilità di ricavare dal solo dato anagrafico (in particolare, in caso di superamento di una certa soglia, che le Raccomandazioni, tra l'altro, non determinano) una stima attendibile (risultante

---

Dusi, *Coronavirus, la lotteria del respiratore. Negli ospedali americani si usa anche la monetina per scegliere chi intubare*, in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), 20 maggio 2020).

<sup>14</sup> La non bilanciabilità della dignità umana ha trovato nella dottrina italiana un riconoscimento significativo (v. G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 14 marzo 2008, § 2), ma non unanime (la tesi della bilanciabilità della dignità umana è stata ribadita da M. Luciani, in F. De Stefano, Intervista a C. Caruso, G. Lattanzi, G. Luccioli, M. Luciani, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 2 aprile 2020).

<sup>15</sup> I diritti fondamentali sono «i diritti nei quali siamo uguali», «la base giuridica dell'uguaglianza» (L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, 2018, 6). Con riguardo al problema della selezione del beneficiario di un organo da trapiantare, aveva sostenuto una concezione rigorosa dell'uguaglianza R. Romboli, *I trapianti d'organo*, in *Sanità pubblica*, n. 10/2001, 1180, non ammettendo preferenze in base all'età o alle prospettive di riuscita dell'intervento.

<sup>16</sup> Palazzani ravvisa una caratteristica dell'approccio utilitarista nella correlazione del massimo beneficio con una preferenza per i più giovani (L. Palazzani, *op. cit.*, 363).

<sup>17</sup> V. F. Ferraro, *Alcuni fraintendimenti delle "raccomandazioni" Siaarti ai tempi del Covid-19. Utilitarismo e "medicina delle catastrofi"*, in [www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS\\_ITEM:5211](http://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5211), 6 maggio 2020.

da una valutazione tecnico-scientifica)<sup>18</sup> delle *chance* di sopravvivenza di un paziente a determinati trattamenti di TI. Si ipotizzi che la ricerca medica dimostri che “l’ingresso in TI”<sup>19</sup> per i pazienti oltre una certa età comporti *chance* di sopravvivenza insignificanti: in questo caso, l’individuazione di quella determinata soglia di età come limite sarebbe riconducibile al criterio che privilegia l’accesso ai pazienti con maggiori probabilità di sopravvivenza. Nella diversa ipotesi in cui, in base allo stato dell’arte, il mero superamento di una certa soglia di età non basti a considerare “insignificanti” le *chance* di sopravvivenza, occorrendo comunque una valutazione della condizione globale del paziente, il limite di età apparirebbe come applicazione di un diverso criterio (ad esempio, quello che privilegia la “maggiore quantità di vita” futura da vivere)<sup>20</sup>. Occorre tenere conto, poi, della possibilità che il limite di età sia stato concepito per fornire uno strumento velocemente applicabile, in una situazione in cui c’è pochissimo tempo per valutare il paziente e decidere<sup>21</sup>; bisognerebbe, allora, capire per quali ragioni di natura medica solo questo criterio esonererebbe da una valutazione delle condizioni complessive, oppure se non possano essere utilizzati altri criteri, sempre fondati sulle conoscenze della medicina, in un’ottica di decisione rapida.

Se non si dispone di un quadro preciso e completo dello stato dell’arte in tema di correlazione tra età e *chance* di sopravvivenza<sup>22</sup>, il senso etico

---

<sup>18</sup> Le valutazioni tecnico-scientifiche in senso stretto sono “classici giudizi di fatto”, in cui rientrano «anche considerazioni di natura predittiva circa le conseguenze che, in termini pur controvertibili, scaturiscono da determinati fenomeni» (v. G. Gemma, *op. cit.*, 35).

<sup>19</sup> Questa è la formula impiegata nel punto 3.

<sup>20</sup> In questa seconda ipotesi, l’età sarebbe un fattore extra-clinico (in questo senso la intende M. Mori, *Posizione di minoranza del Prof. M. Mori: le Raccomandazioni Siaarti puntano nella direzione giusta*, pubblicata contestualmente al Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, cit.).

<sup>21</sup> Le decisioni nella TI vanno spesso prese rapidamente e con deficit cognitivo, perché lo staff medico non possiede tutte le informazioni rilevanti sul paziente (v. Gruppo di studio ad hoc della commissione di bioetica della Siaarti, *SIAARTI guidelines for admission to and discharge from Intensive Care Units and for the limitation of treatment in intensive care*. *Minerva anestesologica* 2003; 69: 101).

<sup>22</sup> Dopo l’inizio della pandemia, alcuni studi pubblicati in riviste di medicina hanno già preso in considerazione il problema del rilievo dell’età nell’ammissione ai trattamenti di TI (v. C.L. Sprung, C.M. Joynt, M.D. Christian, *et al.*, *Adult ICU Triage During the Coronavirus Disease 2019 Pandemic: Who Will Live and Who Will Die? Recommendations to Improve Survival*. *Critical Care Medicine* May 6, 2020; doi: 10.1097/CCM.0000000000004410, Volume Online First: 1-7; R.C. Maves, J. Downar, J.R. Dichter *et al.*, *Triage of Scarce Critical Care Resources in COVID-19. An Implementation Guide for Regional Allocation. An Expert Panel Report of the Task Force for Mass Critical Care and the American College of Chest Physicians*. *Chest* 2020; doi: doi.org/10.1016/j.chest.2020.03.063, 158: 212-225). V. anche G. R. Gristina, L. Orsi, M. Vergano, *Pandemia da CoVid-19 e triage: la filosofia e il diritto talvolta guardano l’albero mentre la medicina prova a spegnere l’incendio della foresta*, in rivista.biodiritto.org, Special Issue, n. 1/2020, 383 ss. La questione è stata affrontata anche in studi apparsi in riviste di medicina prima della pandemia: v., ad esempio, B. Guidet, H. Vallet, J. Boddaert, *et al.*, *Caring for the critically ill patients over 80: a narrative review*. *Ann. Intensive Care* 2018; doi: doi.org/10.1186/s13613-018-0458-7, 8: 114; E. Lee Daugherty Biddison, R. Faden, H.S. Gwon, *et al.*, *Too Many Patients...A Framework to Guide Statewide Allocation of Scarce Mechanical Ventilation During Disasters*. *Chest* 2019, doi: 10.1016/j.chest.2018.09.025, 155: 848-854.

dell'introduzione di un limite di età e la sua conformità all'ordinamento giuridico (in primo luogo, alla Costituzione) rimangono sfuggenti. Tale constatazione impone una indicazione di metodo, che dovrebbe guidare la riflessione giuridica sulle Raccomandazioni: in particolare, ai giuristi è richiesto di non trascurare la rilevanza di valutazioni tecnico-scientifiche, e di interloquire con la comunità scientifica dotata delle competenze specialistiche idonee a fornire il quadro delle conoscenze necessarie; senza escludere di poter compiere uno sforzo personale nell'attingere alcune conoscenze appartenenti a campi del sapere extra-giuridici, certamente, però, il giurista deve rigettare una pretesa di autosufficienza, in virtù di una consapevolezza del limite, che prelude al confronto con i detentori di altri saperi.

#### 4. Auspicio

Le competenze medico-scientifiche e quelle giuridiche non sono, separatamente considerate, sufficienti per affrontare molti dei problemi che coinvolgono sia i medici sia i giuristi. La causa risiede nel fatto che tali problemi trascendono le competenze degli uni e degli altri; la conseguenza più ragionevole che da ciò si deve trarre è una disponibilità e della scienza e del diritto ad interagire e ad apprendere l'uno dall'altra e viceversa<sup>23</sup>. Infatti, l'etica degli scienziati, o comunque delle professioni che presuppongono il possesso di competenze scientifiche non può sottrarsi ad una collocazione in una cornice più ampia, comprensiva anche del diritto<sup>24</sup>; al contempo, la riflessione giuridica non può essere ignara delle valutazioni tecnico-scientifiche, talora indispensabili per "illuminare" il senso etico-giuridico di un orientamento operativo. Si formula l'auspicio che tali considerazioni vengano assunte come opzioni metodologiche di fondo, nel dibattito sulle Raccomandazioni.

3442

Bruno Brancati  
Dip.to di Giurisprudenza  
Università di Pisa  
bruno.brancati@unipi.it

<sup>23</sup> In questo senso, v. J. Paterson, 'Trans-science, Trans-law and Proceduralization' (2003), 12 *Social & Legal Studies*, 525-545.

<sup>24</sup> È stato ricordato che i principi di appropriatezza clinica, appropriatezza allocativa e giustizia distributiva, da cui le Raccomandazioni fanno derivare i criteri operativi, sono «multidimensionali e non univoci»: sono insufficienti per determinare certi risultati, senza ricorrere ad ulteriori elementi, quali gli elementi giuridici (C. Di Costanzo, V. Zagrebelsky, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in rivista.biodiritto.org, *Special Issue*, n. 1/2020, 445).