

Rocco Alagna

Profili penali del triage in pandemia



Giappichelli

Capitolo I

IL TRIAGE TRA CASO E NECESSITÀ

SOMMARIO: 1. Chi deve vivere se non tutti possono vivere: la gestione giuridica del male destinale. – 2. Il triage esiziale. – 3. Origini e confini del triage. – 4. Normazione e applicazione delle regole del triage esiziale.

1. *Chi deve vivere se non tutti possono vivere: la gestione giuridica del male destinale*

La condizione per cui, nel medesimo spazio-tempo, l'estrema scarsità di risorse sanitarie si deve confrontare con l'eccezionale numerosità di vite da salvare, accede a quella dimensione umbratile in cui la natura comunque ha sconfitto. Eppure, proprio come per il chiaroscuro, le ombre di questa sconfitta necessitano permettono forse una migliore identificazione dei *volumi*, dei *materiali* e dello *spazio* di taluni concetti giuridici¹.

¹A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 887; L. RISICATO, *Obblighi di garanzia e medicina d'urgenza: il nodo della diagnosi differenziale*, in *Giur. It.*, 2022, 1485; M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. Pec. e Proc.*, 2021, 1171; G.A. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del principio di realtà*, in *Riv. It. Med. Leg.*,

Difficile da articolare durante la fase più vibrante e drammatica del fenomeno, una riflessione giuridica che non sia esclusivamente legata alla cinica casistica del tragico, potrebbe rivelarsi di qualche interesse. Non tanto, o non solo, rispetto al *come* e al *perché* del comportarsi dinanzi a un'eventuale ulteriore massiva emergenza pandemica², quanto piuttosto rispetto al *cosa*.

Ovvero rispetto al catalogo di taluni degli elementi dell'esistenza *in* (e *di*) uno Stato democratico di diritto: dimensione qualitativa e quantitativa del bene giuridico *vita*, rischi e modi di discriminazione mortifera tra esseri umani, concettualizzazione di un comportamento giuridicamente responsabile all'interno di un contesto naturalisticamente dominato dall'imperscrutabile arbitrio del caso.

Tra le complesse ed eterogenee questioni che sono state esposte a motivo di quell'esperienza di soverchiante male destinale che è la pandemia da coronavirus, talune meritano dunque una riflessione giuridico-penalistica meno estemporanea. E sono quelle che gravitano attorno alla questione dell'impossibilità di salvare la vita di una persona senza al contempo compromettere ineluttabilmente il salvataggio della vita di un'altra persona.

Questione che, in Germania, ha dato corpo a un dibattito tra

2020, 983; G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema Penale*, 2020, 5.

G.M. CALETTI, *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2020, 616; U. RUFFOLO, *Le mobili frontiere della responsabilità medica*, in *Giur. It.*, 2021, 456; R. PUCCELLA, *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, in *NGCC*, 2020, 24.

²Tra i pochissimi giuristi a occuparsi di pandemia prima della pandemia, J. TAUPITZ, *Infektionsschutzrechtliche „Triage“ – Wer darf überleben? – Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus juristischer Sicht*, in M. KLOEPFER, *Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung*, Baden-Baden, 2011, 103.

giuristi che, in due anni, ha visto pubblicare centinaia di contributi, che ha portato a una sentenza della Corte costituzionale federale, e che ancora una volta ha mosso le sensibilità sul tema del rapporto tra i giuristi e il male storico del nazismo³.

Perché si tratta di una questione dal cui *centro di pressione* deve vedersi sviluppare un *vettore forza* che possa rispondere a questo interrogativo: chi deve vivere se non tutti possono vivere⁴.

Qui, gli attori protagonisti sono i medici. Protagonisti coraggiosi, e che rivelano peculiarità sotto diversi aspetti. Il fatto che il loro coraggio nel porsi dinanzi a questo specifico *decidere* della vita e della morte sia un obbligo giuridico che prelude a un reato⁵, infatti, è indizio chiaro che sono soggetti per nulla *immuni* dal controllo penale. E indizia il fatto che il rischio del loro reato sia una *colpa* insita in quello specifico ruolo sociale, come se fossero perenni peccatori originali, dei soggetti *penalmente impuri*⁶.

³A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Torino, 2019, 82 ss., 220 ss.

⁴L'interrogativo è la cifra del concetto di *scelte tragiche* dovute a scarsità di risorse mediche. Il termine appare per la prima volta in CALABRESI-BOBBITT, *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resource*, New York, 1978, 7. Nella letteratura tedesca, V.H. SCHMIDT, *Veralltäglichung*, 1996, Berlin, 419; KERSTING, *Egalitäre Grundversorgung und Rationierungsethik. Überlegungen zu den Problemen und Prinzipien einer gerechten Gesundheitsversorgung*, in GUTMANN-SCHMIDT-VOLKER, *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, Weilerswist, 2002, 66; T. ZIMMERMANN, *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Baden Baden, 2009, 272; MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden Baden, 2006, 46.

⁵A. ENGLÄNDER, *Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante-Triage*, in HÖRNLE-HUSTER-POSCHER, *Triage in der Pandemie*, Tübingen, 2021, 113.

⁶F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 65.

Eppure, il loro impiego nei lazzaretti dello Stato *untore che protegge gli untori*, aggiunge a questa sinistra vocazione criminale un nuovo concetto di eroismo: pacifico, civile, ordinario⁷.

Il fatto che, in una situazione di gravissimo pericolo per gli individui e per la collettività, possa essere un *criminale* a salvare oppure un *eroe* a scegliere di lasciar morire, fa di questa nuova antropologia sociale del medico una scenografia distopica, piuttosto che soltanto una sceneggiatura tragica⁸.

Tale antinomia esistenziale del medico, però, non è solo la nemesi dell'immunità di cui egli ha goduto per secoli⁹, è la cifra esatta di un triplice conflitto: il conflitto del medico con la norma incriminatrice che lo qualifica come autore di reato ai danni del paziente, il conflitto del malato con la norma scriminante che giustifica il fatto di reato del medico, e il conflitto tra l'incriminazione e la giustificazione che infine deciderà se c'è un *eroe* o un *criminale*, se si tratta di diritto di agire o di responsabilità penale¹⁰.

Nulla di più alieno, dunque, da uno *spazio libero dal diritto*¹¹. Ovvero uno spazio giuridico-sociale in cui tutto è sterilizzato: il fatto oggettivamente dannoso, il giudizio su natura e valore di questo danno, il controllo penale.

⁷ F. CAMON, *A ottant'anni se non muori t'ammazzano*, Adria, 2020, 11 e 64-65.

⁸ L'essenza del tragico che si manifesta nella accettazione della commistione necessitata di innocenza e colpevolezza dinanzi al male destinale, S. GIVONE, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Torino, 2012, X.

⁹ M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 5 ss.

¹⁰ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 1383; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, 46, 82-83.

¹¹ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 27.

Ma non c'è nessuna neutralità originaria nello scenario in cui un medico, che ha una sola risorsa salvavita e più pazienti che rischiano di morire, debba scegliere chi salvare e chi lasciar morire. C'è un fatto lesivo. C'è una pluralità di diritti e di soggetti che rivendicano diritti. Ci sono interessi conflittuali, e ci sono doveri giuridici identici ma fattualmente antagonisti.

Qui non c'è spazio per neutralità e indifferenza; qui si tratta o di omicidio, o del salvataggio di una vita attraverso la necessità giustificata della morte altrui¹².

Ancora conflitti, dunque. Conflitti tra aspettative, interessi, diritti, doveri, tra doveri di fare e doveri di omettere¹³.

Talvolta, conflitti tra due doveri di fare: o si salva l'uno o si salva l'altro paziente. Talaltra, conflitti tra dovere di fare e dovere di omettere: salvare la vita di una persona senza cagionare la morte di un'altra persona.

E per rendere più efficace questa lettura chiaroscurale del concetto di *vita*, di quello di *discriminazione* e di quello di *responsabilità* (dinanzi al destino), potrebbe essere utile una breve e parziale rassegna delle questioni che il fenomeno pandemico ha fatto emergere con densità e intensità senza precedenti. Questioni eterogenee, e non soltanto molteplici.

Una prima questione concerne il comprendere se, in un contesto di grave scarsità di risorse sanitarie e dunque di oggettiva competizione tra pazienti, la scelta di curare una persona piuttosto che un'altra, scelta effettuata in base ai parametri clinici dello stato di salute attuale e delle prospettive di successo terapeutico, sia un modo (diretto o indiretto) per differenziare le vite che sono *degne* di essere vissute da quelle che non lo sarebbero.

¹² F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., 40 ss.

¹³ Che nella sua essenza è sempre un conflitto tra norme e "giustizia", E.M. AMBROSETTI, *Il rapporto tra legalità e giustizia. L'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in AMBROSETTI, *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 18.

Altra tematica è se le scelte terapeutiche fatte in base a parametri clinici scientificamente fondati, non siano che discriminazioni giuridiche, in questo caso persino mortali, delle persone in cui quei parametri (come salute, genere, età) deporrebbero a sfavore del trattamento medico.

Un ulteriore aspetto è quello del capire se lo scopo di massimizzare su scala sociale i benefici che provengono dalle sole cure possibili, sia momento di strumentalizzazione della dignità umana di taluni a vantaggio di altri. E se questo sia il frutto di uno schema genuinamente utilitaristico o meno.

Andrebbe poi compreso se l'eguaglianza qualitativa assoluta tra ciascuna vita umana viene lesa nel momento in cui l'insieme fisiopsichico della persona fa propendere i clinici verso la rinuncia alla terapia potenzialmente salvavita, a favore di un'altra persona che presenta parametri medici più favorevoli.

E bisogna anche capire se è possibile interrompere la terapia già in corso su un paziente a vantaggio di un nuovo paziente, che, rispetto a quello già in cura, avrebbe migliori possibilità di beneficiare del trattamento medico, e dunque di sopravvivere.

Come pure bisognerebbe comprendere se è vero, e se sì per quale ragione, che il rispetto di un divieto avrebbe sempre la precedenza sull'osservanza di un obbligo. E che in caso di conflitto tra un dovere di fare e un dovere di omettere, a soccombere sarebbe sempre il dovere di fare. E bisognerebbe anche capire se sono davvero due obblighi di natura diversa (fare e omettere), o se invece altro non sono che declinazioni linguistiche di un unico identico obbligo di *curare*, e dunque di un unico obbligo di *fare*. Al cui interno coabiterebbero momenti attivi e momenti omissivi¹⁴.

Ancora, andrebbe compreso se il privilegio *storico* del pazien-

¹⁴ R. ALAGNA, *Il nuovo corso della giurisprudenza tedesca in tema di eutanasia passiva*, in *Foro it.*, 2013, II, 298.

te che ha già avuto somministrata la terapia si possa trasformare in un privilegio *giuridico* su quella terapia. Nel suo diritto ad averla somministrata senza soluzione di continuità, a maggior ragione se la sottrazione fosse a favore di un paziente meno fragile, rispetto al quale la terapia avrebbe migliori possibilità di successo.

Del resto, andrebbe compreso se il paziente che è stato staccato dal respiratore torna semplicemente al suo destino originario, con la ripresa della catena eziopatologica iniziale che la terapia aveva momentaneamente rallentato, oppure se la sua morte è frutto di un'azione direttamente e autonomamente omicidiaria¹⁵.

Per altro, se mai ci fosse l'obbligo di dirigere tutte le terapie, sia quelle disponibili sia quelle momentaneamente somministrate ad altri pazienti, alle persone che scientificamente mostrano più possibilità di guarigione, si porrebbe il tema dell'*obbligo* del medico di interrompere un trattamento già in corso, e non soltanto della sua mera facoltà, o del suo mero potere. Obbligo la cui violazione avrebbe conseguenze incriminatrici sul medico stesso.

E poi, accanto alla scelta relativa a chi prestare cure tra più malati tutti egualmente bisognosi, e quell'altra relativa a vagliare la possibilità giuridica di staccare un malato già assistito da una macchina salvavita per utilizzarla su un paziente con maggiori possibilità di guarigione, c'è anche l'eventualità che il medico si

¹⁵ SULMACY, *Unlike diamonds, defibrillators aren't forever: Why it is sometimes ethical to deactivate cardiac implantable electrical devices*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2019, 341; BRONNER, *The total artificial heart and the dilemma of deactivation*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 2016, 347; BRONNER, *Two ways to kill a patient*, *Journal of Medicine and Philosophy*, 2018, 59; SULMACY, *Treating or killing? The divergent moral implications of cardiac device deactivation*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2020, 32.

rifiuti di trattare un paziente nonostante la disponibilità del macchinario salvavita; e si rifiuti al fine di mantenere tale macchinario disponibile per un paziente, o una coorte di pazienti, di molto prossimo arrivo e che potrebbero avere possibilità di guarigione molto maggiori rispetto a quelle del paziente già preso in carico¹⁶.

Queste vicende esemplificano il contesto tematico e problematico del triage esiziale, ovvero la pratica per cui i medici hanno talmente poche risorse salvavita disponibili che debbono scegliere quali malati che rischiano di morire sono da curare (e probabilmente sopravviveranno), e quali altri malati non possono essere curati e certamente moriranno¹⁷.

2. Il triage esiziale

Sviluppatosi nel contesto delle guerre e delle calamità naturali, il concetto di triage esiziale, ovvero quella scelta del sanitario di allocare la risorsa terapeutica solo su taluni dei pazienti a rischio di vita, in una situazione in cui chi non è stato scelto per essere assistito quasi certamente non potrà sopravvivere, vede oggi lo svilupparsi di sue nuove dimensioni di significato¹⁸.

¹⁶ I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden?. Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion*, in GA, 2021, 452.

¹⁷ È una questione che si articola tra una dimensione macro, delle scelte politiche e normative su tali criteri, e una dimensione micro, delle scelte di medici storici su pazienti storici che vengono o non vengono curati: D. STERNBER-LIEBEN, *Rationierung im Gesundheitswesen. Gedanken aus (straf)rechtlicher Sicht*, in FS Ulrich Weber, Bielefeld, 2004, 70; S. HERB, *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin. Die Allokation knapper medizinischer Ressourcen als Rechtsproblem*, Hamburg, 2002, 54; S. SCHÜRCH, *Rationierung in der Medizin als Straftat*, Basel, 2000, 48.

¹⁸ Si è discusso se, rispetto all'utilizzo di mezzi scarsi per l'assistenza ai pazienti, la guerra possa essere considerata come un disastro: R. LANZ, *Katha-*

Tradizionalmente, il tema è stato circoscritto all'interno di emergenze abbastanza tipizzate e dunque relativamente omogenee per limitatezza della coorte di pazienti, del frangente spazio-temporale teatro dell'emergenza, e anche per una certa ridondanza nella tipologia sociale dei pazienti, per lo più militari, miliziani e dintorni. La sua dimensione storico-esistenziale, tuttavia, è mutata con la pandemia da coronavirus: estensione temporale pluriennale, incidenza spaziale planetaria, e soprattutto interessamento delle strutture sanitarie e delle persone ordinarie, dei medici civili e dei cittadini comuni¹⁹.

stropfenmedizin nach Einsatz von Massenvernichtungsmitteln. Einleitung, in ROSSETTI, *Katastrophenmedizin*, Stuttgart, 1980, 215; o se sia una categoria a parte P. VERSEN, *Rechtsgrundlagen der Katastrophenhilfe*, Berlin, 1976, 452.

¹⁹ Autori che accettano il concetto di triage inteso come mezzo eccezionale per allocare le risorse mediche scarse in caso di eccezionale emergenza di massa: S. AST, *Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht*, in *ZIS*, 2020, 268; A. ENGLÄNDER-T. ZIMMERMANN, „*Rettungstötungen*“ in der Corona-Krise?, in *NJW*, 2020, 1398; GAEDE-KUBICIEL-SALIGER-TSAMBIKAKIS, *Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation*, in *Medstra*, 2020, 129; E. HOVEN, *Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in *JZ*, 2020, 449; JÄGER-GRÜNDEL, *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, in *ZIS*, 2020, 151; J.F. LINDNER, *Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte*, in *MedR.*, 2020, 723; W. LÜBBE, *Orientierung in der Corona-Krise? Nicht mit Doppelbotschaften*, in *MedR.*, 2020, 434; R. MERKEL-R. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, in *JZ*, 2020, 704; T. RÖNNAU-K. WEGNER, *Grundwissen. Strafrecht. Triage*, in *JuS*, 2020, 403; SOWADA, *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, in *NStZ*, 2020, 452; STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, in *MedR.*, 2020, 627; TAUPITZ, *Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben*, in *MedR.*, 2020, 440; T. WALTER, *Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen*, in *GA*, 2020, 656; A. BRECH, *Triage und Recht. Patientenauswahl beim Massen-*

Questi minimi accenni spiegano perché la questione non attiene più soltanto a una emergenza sanitaria (diretta come una pandemia, o indiretta come una guerra o una calamità) ma concerne la stessa tenuta delle istituzioni e dei principi che presiedono all'organizzazione di una società libera e democratica. E spiegano che il tema del triage esiziale non è più soltanto un modo di istruire e organizzare un numero di sanitari per meglio performare la risposta degli ospedali da campo civili e militari, ma è un tema che tocca concetti e basi dello stato di diritto. Tre in particolare: la tutela pubblica della *vita umana*, senso e significato della *discriminazione mortifera* tra persone, ruolo del diritto e della *responsabilità giuridica* dinanzi al dominio destinale e arbitrario della natura.

Analizzare oggi questi temi e problemi, dunque, non è affatto un lavoro preparatorio per una prossima linea guida clinica, ma una riflessione concreta sul sistema dei valori, dei principi e delle regole giuridiche che fanno di un ordinamento la spina dorsale e il cuore delle relazioni tra i cittadini. Munita di questa consapevolezza, l'analisi prenderà in considerazione talune delle situazioni paradigmatiche in cui la scelta sul destinatario delle cure porta con sé l'abbandono degli altri alla virulenza mortale della malattia²⁰.

In primo luogo, la scelta dei sanitari di non curare il paziente presente *hic et nunc*, nonostante la disponibilità di tutti gli strumenti salvavita, e a motivo del fatto che con certezza, entro un breve lasso di tempo, arriveranno altri pazienti più bisognosi o

fall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin. Ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen, Berlin, 2008, 32.

²⁰ La distinzione in tre categorie di triage viene dal documento del Comitato Etico Tedesco. Rispetto al Triage *ex ante*: la posizione tradizionale sulla indifferenza della condotta che privilegia uno dei due doveri si era assestata quasi tutta la dottrina. OTTO, *Rechtfertigende Pflichtenkollision*, in HILGENDORF, *Handbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1, 2, 634. Sulla libertà di decisione, A. BRECH, *Triage und Recht*, cit., 356.

più meritevoli della cura. In letteratura lo si è definito triage *ex ante* preventivo²¹.

Una seconda ipotesi è il classico caso di perfetto conflitto di doveri di fare: in una situazione di scarsa possibilità di cure salvavita e di abbondanza di pazienti bisognosi, il sanitario deve scegliere quale vita di quale soggetto concreto potrà essere salvata.

Una terza ipotesi è relativa al caso in cui il sanitario, dopo aver già iniziato a somministrare la cura salvavita a un paziente, dovesse ritenere più bisogna o più meritevole una persona diversa arrivata solo dopo l'inizio delle cure sulla prima.

Lasciata la confortevole area dei casi di scuola, queste ipotesi hanno sollecitato e sollecitano una presa di posizione giuridica sul *se* e sul *come* stabilire *chi* può sopravvivere a una malattia mortale. E lo smottamento subito dalle tradizionali impostazioni in tema di conflitto di doveri penalistici è stato consistente.

Tanto che persino nella Germania del tabù storico del *Programm Eutanasia* è emersa una forte tendenza a superare gli schemi scolastici sul conflitto di doveri e a considerare concretamente la svolta utilitaristica verso lo scopo del salvataggio di quante più vite possibili²². Questione che ha portato il tema dei criteri di scelta dei pazienti da curare ad avere riflessi sui concetti di vita, di dignità e di responsabilità²³.

Lo sfondo teorico è quello del conflitto tra doveri penalistici.

Ed è dentro questo contesto tradizionale che la dottrina ha

²¹ S. AST, *Quieta non movere?*, cit., 271; I. COCA VILA, *Strafrechliche Pflichtenkollision*, cit., 452.

²² T. HÖRNLE, *Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?*, in HÖRNLE-HUSTER-POSCHER, *Triage in der Pandemie*, cit., 149; E. HOVEN, *Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung*, in HÖRNLE-HUSTER-POSCHER, *Triage in der Pandemie*, cit., 335.

²³ R. POSCHER, *Die Abwägung von Leben gegen Leben. Triage und Menschenwürdegarantie*, in HÖRNLE-HUSTER-POSCHER, *Triage in der Pandemie*, cit., 41.

messo in discussione concetti che sino ad allora erano assiomi non tanto della teoria delle scriminanti ma del concetto stesso di stato democratico di diritto: l'indifferenza qualitativa della vita, presupposto del godimento di tutti i beni giuridici e non solo *bene* di per sé; e il divieto di salvare la vita di una persona mediante la diretta lesione della vita di un'altra persona.

Il primo assioma è stato ribaltato nella teorizzazione del triage *ex ante*, dove criteri come le probabilità di successo delle terapie e l'aspettativa di vita di un individuo sono stati chiamati ad articolare una gerarchia tra i doveri di salvataggio della vita.

Il secondo assioma, invece, viene confutato quando, nei casi di triage *ex post*, si afferma l'assenza di un diritto soggettivo del paziente a vedere continuare il trattamento, qualora nel frattempo fosse sopravvenuto il bisogno di una persona rispetto alla quale, per le sue caratteristiche clinico-fisiche, si dà una migliore prognosi e una maggiore aspettativa di vita rispetto al paziente già in trattamento²⁴.

Tra le righe della *Technik* di Jonas si legge che in definitiva la questione si ridurrebbe al *wer leben und wer sterben soll*²⁵.

Certo, questo scenario non è un semplice scenario di medicina dell'emergenza, è scenario di medicina delle catastrofi²⁶. Ovvero uno scenario in cui non tutti i pazienti possono essere salvati a motivo della enorme sproporzione tra individui che necessitano di una cura e di risorse sanitarie.

Volendo, dunque, la questione di Jonas potrebbe essere riaricolata in questo modo: *Wer soll leben, wenn nicht alle leben können*; che in forma di domanda suonerebbe, appunto, *chi deve vivere se non tutti possono vivere*.

²⁴ I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 447.

²⁵ H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethik*, Frankfurt, 1987, 159.

²⁶ H.J. LINDE-R. KIRCHHOFF, *Grundlagen Grundlagen der Katastrophenmedizin*, in KIRCHHOFF-LINDE, *Katastrophenfall*, Erlangen, 1980, 88.

La copertura giuridica del tema, degli scopi finali, e dei criteri utilizzabili per rispondere a questa domanda è di particolare interesse e inquadra l'ambito tematico dell'analisi penalistica del triage.

Uno dei più importanti testi di riferimento sulle scelte mediche esiziali in condizioni di grave scarsità delle risorse e di cospicuità dei pazienti, descrive il triage come l'ambito in cui valutazioni cliniche e procedure decisionali sono impiegate per determinare *se* e *come* curare un singolo paziente, considerando allo stesso tempo tutte le esigenze degli altri individui bisognosi e presenti²⁷.

L'obiettivo del triage esiziale, dunque, sarebbe fornire, nello stesso tempo e luogo, la migliore cura a più persone possibili, e nonostante risorse insufficienti²⁸. La vocazione del triage è allora fornire una lista di priorità per somministrare gli insufficienti trattamenti medici concretamente disponibili²⁹. Così, da un lato, si raggruppano i malati in categorie di intervento, e dall'altro lato si stabilisce tra loro un ordine di priorità che sarà costantemente soggetto a cambiamenti dovuti alle modifiche della situazione clinica, a nuovi pazienti, o ad altri fattori esterni³⁰.

3. Origini e confini del triage

L'*esigenza* del triage, prima ancora che la sua *teorizzazione*, scaturisce dalla medicina di guerra. Le procedure seguite dai chi-

²⁷ E. REBENTISCH, *Handbuch der medizinischen Katastrophenhilfe*, München, 1991, 26.

²⁸ R. LANZ, *Medizin und Management bei Katastrophen und Massenunfällen*, Bern, 1992, 11, 64.

²⁹ E. REBENTISCH, *Handbuch*, cit., 161.

³⁰ PETER-WEIDRINGER, *Vielzahl von Verletzten*, 2000, Berlin, 291.

rurghi da campo di Napoleone, riprese e sistematizzate del medico russo Pirogov proprio sulla base dell'esperienza della Guerra di Crimea del 1853-56, furono raffinate e diffuse nella Germania di inizio Novecento, e poi applicate durante la Prima guerra mondiale³¹.

E se i francesi la fecero diventare una disciplina di studio esportandola anche negli Stati Uniti, fu con le *Richtlinien für die Versorgung Verwundeter in den vorderen Sanitätseinrichtungen* che nelle linee guida scritte dal Terzo Reich per le battaglie della Seconda guerra mondiale, trovarono massiccia applicazione le regole per la *Sichtung und die Verteilung der Verwundeten*³².

Il suo legame genetico con la guerra³³ e quell'immoralità necessaria della selezione mortifera, nella Germania degli anni Ottanta non poterono che nutrire accuse di analogia con la notte nazista del Programma Eutanasia, delle *lebensunwerten Lebens* e dei campi di concentramento e sterminio³⁴.

Ma questo è il punto.

Un'assonanza, un'analogia, una apparente ridondanza ma che tale davvero non è. E per diversi motivi, che si proverà a il-

³¹ REBENTISCH, *Geschichte der Sichtung*, in CRESPI-NEFF, *Handbuch der Sichtung*, Edewecht, 2000, 33.

³² REBENTISCH, *Geschichte der Sichtung*, cit., 38.

³³ La specifica dell'accusa rispetto alla quale non è tanto il contesto di per sé quanto il fatto che talvolta il triage in guerra era volto al (e dunque torto dal) reingresso dei militari feriti al fronte; per le cure si selezionano dunque quelli che avrebbero potuto tornare prima a combattere più che quelli più meritevoli da un punto di vista clinico o etico. Fece scalpore, per esempio, che durante la Seconda guerra mondiale i comandanti americani di stanza in Africa fecero distribuire la scarseggiante penicillina ai militari in forze che avevano contratto malattie veneree invece che ai malati in condizioni critiche. Sul punto, WINSLOW, *Triage and Justice*, Berkeley, 1982, 7.

³⁴ KOHLSDORF, *Pflicht, Macht und Gewissen*, in MAYER, *Katastrophenmedizin*, Neckarsulm, 1987, 4.

lustrare nel prosieguo. Qui basti menzionare il fatto che quell'ignobile abominio vede la morte come purificazione salutare per lo Stato, mentre la realizzazione del triage esiziale implica lo scopo di salvare il numero più alto possibile di vite umane, di persone.

Qui, dunque, si ha a che fare con una emergenza di massa. Definita l'*emergenza* come il repentino mutamento peggiorativo della salute che per evitare la morte richiede un'assistenza sanitaria professionale immediata, si ha una *emergenza di massa* quando le risorse mediche disponibili per la cura immediata di una emergenza sanitaria sono del tutto insufficienti rispetto al numero di persone da assistere, tanto che sarà necessario scegliere chi assistere in un modo e chi in altro, chi assistere e chi non assistere³⁵.

E non sono tutte le catastrofi e i disastri a causare una emergenza di massa ma soltanto quelli che producono un elevatissimo numero di feriti gravi: la mera distruzione di cose o la totale ecatombe, difatti, non pongono mai un problema di emergenza di massa, perché sollecitano la società organizzata con altre istanze: logistica per cibo e acqua, ricostruzione delle infrastrutture, neutralizzazione degli agenti patogeni connessi alla presenza dei cadaveri³⁶.

In un certo senso, dunque, il triage esiziale è una combinazione di buona sorte e buona tecnica: ci sono più *feriti* gravi che morti, ma esistono gli strumenti tecnici per curarli.

Come già visto, un altro tema concerne la possibilità di non curare il paziente preso in carico in vista della futura presa in carico di altri pazienti che si ritengono più meritevoli della risorsa scarsa, per esempio perché potrebbero avere una migliore prognosi o una maggiore aspettativa di vita. Il fatto è che non si può decidere se non si ha cognizione delle condizioni dei pa-

³⁵ REBENTISCH, *Handbuch*, cit., 18-19.

³⁶ REBENTISCH, *Handbuch*, cit., 141.

zienti in fase di ingresso. Ritardare l'impiego di una risorsa salvavita, dunque, è giuridicamente impossibile qualunque sia la prospettiva dogmatica rispetto all'utilitarismo o meno del triage.

Nella sua essenza, il *prenotare* un respiratore per un *prossimo* paziente sarebbe un tentativo di ottimizzazione futura della risorsa, che però nel presente viene del tutto sprecata, dato che rimane inutilizzata³⁷.

Essendoci qui la mancata interruzione di una seriazione causale che porta alla morte, avendo il medico la posizione di garanzia sul paziente, ed essendo materialmente possibile la somministrazione della cura, semplicemente scattano tutti gli elementi costitutivi del reato omissivo improprio.

È chiaro, infine, che questa possibilità, tutt'altro che teorica dato che nelle fasi acute della pandemia la selezione dei malati da curare cominciava già in fase di gestione della chiamata al numero di emergenza, è conseguenza del fatto che si ritiene molto problematico interrompere, a favore di un paziente più meritevole, un trattamento già cominciato piuttosto che evitare sin dal principio di prendere in carico il bene giuridico³⁸.

Il rischio di tentare di massimizzare le risorse violando un dovere di fare attuale e concreto in attesa di poter curare un pa-

³⁷ I. COCA VILA, *Strafrechtliche Pflichtenkollision*, cit., 452 ss.

³⁸ Si tratta del rifiuto di curare un paziente perché ipoteticamente ritenuto molto meno meritevole, a motivo di una pessima prognosi o di una bassa aspettativa di vita, di altri futuri pazienti che, si assume, certamente arriveranno a stretto giro. La letteratura non ha mostrato particolare interesse per questi casi, e a torto. Qui è in gioco la teoria del reato omissivo e lo scarso interesse si può motivare su una doppia base: da un lato, nessuno in punto di principio è pronto a mettere in discussione che si è dinanzi a un'omissione impropria e dunque a un omicidio per omesso impedimento dell'evento; dall'altro lato, qui c'è una enorme cifra oscura. Difatti, i sanitari debbono semplicemente ritenere inelleggibile un paziente per una determinata cura. Senza che ciò sia evidenziato da tracce documentali.

ziente eventuale e futuro non ha possibilità di supporto penalistico. Non solo perché non esiste, qui, alcun conflitto tra doveri, ma perché non esiste alcuna pluralità di doveri: c'è un solo obbligo di fare *hic et nunc* e potendo essere soddisfatto fa scattare la responsabilità penale (dolosa) per omesso impedimento dell'evento morte. Se in linea di principio, invece, si potesse ammettere la legittimità del triage *ex post*, allora non avrebbe senso rifiutare le cure attuali quando comunque in futuro queste potrebbero essere trasferite a un altro paziente. Ma non si tratta più di triage, bensì di classico reato omissivo improprio.

Inoltre, non si ha nessun triage esiziale, nonostante il pericolo per la vita, se il medico stabilisce che la terapia intensiva è controindicata o se ritiene che non potrebbe essere di nessun concreto beneficio.

Infine, il requisito elementare di ogni trattamento clinicamente indicato è che ci sia il consenso del paziente³⁹. Anche questi pazienti non consenzienti non saranno ricompresi nel triage, e ciò anche se ci fosse un pericolo di morte. La sacralità giuridica del corpo e della libertà personale, l'autodeterminazione e il divieto di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente sono a garanzia costituzionale di questa eventuale scelta.

4. Normazione e applicazione delle regole del triage esiziale

Non è del tutto scontato che la competenza a regolamentare il triage esiziale sia del legislatore⁴⁰. E ciò poiché tali ipotetiche normative sul triage esiziale non potrebbero non fare rinvio a concetti dell'arte medica, come criteri diagnostici e prognostici.

³⁹ Lo si dice esplicitamente sia nelle linee guida dell'associazione italiana SIAARTI che in quelle delle società mediche tedesche, austriache e svizzere.

⁴⁰ T. WALTER, *Menschlichkeit*, cit., 657 ss.

Il tema non è tanto che nell'interpretare le norme ci sarebbe quel momento di torsione tipico dell'ermeneutica e che il sapere medico-scientifico e l'esperienza professionale non possono rinviare alla normazione; ma, piuttosto, che la normazione, in questo ambito, sarebbe inutile o dannosa, senza la collaborazione ermeneutica della classe medica. In un certo senso, dunque, la vera *competenza*, sia in senso tecnico sia in senso normativo, rimane in mano alla classe medica.

Un ruolo essenziale, allora, debbono averlo le associazioni mediche. La questione però è se le associazioni mediche abbiano legittimazione a dettare norme etico-giuridiche che possono stabilire, in situazioni di conflitto giuridico, chi deve vivere e chi deve morire.

Le associazioni possono segnalare le esigenze tipiche della gestione di una situazione di emergenza di massa e di triage esiziale. Possono fornire il ventaglio dei parametri clinici fondamentali, indicando anche le eventuali difficoltà di accertamento dei singoli parametri in contesti di concitata emergenza. Forse possono anche indicare gli obiettivi da raggiungere per la migliore efficienza della struttura di triage. Ma è difficile che esse possano stabilire i criteri, utilizzando i quali, il medico (in situazione di conflitto di doveri) sceglie chi far vivere e chi lasciar morire.

Del resto, affatto priva di debolezze sarebbe l'alternativa di far decidere allo Stato le regole con cui distinguere i salvati dai condannati a morte. Il problema non sarebbe certo di legittimazione, ma il costante rischio di incostituzionalità.

Indicare in una norma di diritto oggettivo dei parametri di scelta per il triage esiziale, infatti, significherebbe dire a quali condizioni il trattamento medico salvifico possa essere somministrato a una sola di due vite egualmente in pericolo. Significherebbe indicare parametri che, se non distinguono proprio le *vite*, quantomeno distinguono il grado di concreta efficacia della pretesa soggettiva di ciascuna persona ad aver tutelata la propria, di vita.

Infine, si pone la questione del come applicare le regole, qualunque fonte esse abbiano. E qui si fa strada l'opzione, saggia, per una proceduralizzazione della fattispecie scriminante⁴¹. Richiedere, prima di applicare la decisione di triage, un doppio consulto, o persino far intervenire un giudice specializzato, sarebbe un modo per mantenere l'opzione verso la ricerca del salvataggio di maggior vite possibili, e al contempo limitare errori diagnostici o eventuali discriminazioni intenzionali⁴². Certo, in una situazione in cui ci sono soltanto pochi minuti (e non poche ore) per scegliere chi curare, in che modo e a scapito di chi altri, tutte le opzioni procedurali rischiano di risultare concretamente inadeguate, e dunque inaccettabili.

Il tema, dunque, è complesso. Ne rendono testimonianza, per altro, non solo le tensioni manifestatesi in vari Paesi tra associazioni mediche e comitati etici⁴³, ma persino una pronuncia della Corte costituzionale tedesca.

Partendo da quest'ultimo elemento, il *Bundesverfassungsgericht* è stato chiamato a decidere su un ricorso presentato da alcune persone (e associazioni di) disabili che contestavano l'illegittimità costituzionale degli standard clinici diramati, da un'associazione di medici tedeschi, per la gestione dell'emergenza pandemica⁴⁴. I ricorrenti segnalavano come i criteri della comorbilità, delle probabilità di successo e dell'aspettativa di vita fossero gravemente discriminatori nei confronti delle persone disabili, le quali così avrebbero rischiato di essere costantemente escluse dalle terapie di medicina intensiva prevista dai protocolli per la cura del coronavirus⁴⁵.

⁴¹ T. WALTER, *Menschlichkeit*, cit., 659.

⁴² F. CONSULICH, *Lo statuto penale*, cit., 41 ss.

⁴³ Quantomeno è avvenuto sia in Italia sia in Germania.

⁴⁴ BverfG, 1 BvR, 1541/20, del 16.12.2021.

⁴⁵ E. FALETTI, *Triage e divieto legislativo di discriminazione dei disabili: una Weltanschauung tedesca*, in *NGCC*, 2022, 489.