

# Contro la pandemia.

## Analisi etico-giuridica del Piano pandemico 2021-2023

Lorena Forni\*

AGAINST PANDEMIC. ETHICAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE PANDEMIC PLAN 2021-2023

ABSTRACT: In this paper, after a general description of the Pandemic Plan 2021-2023, the bioethical criteria that are the basis of the current document will be critically discussed. Attention will also be paid to the issue of allocative justice and the proposed meaning and role attributed to the fundamental right to health will be considered. The problems that emerge from the redefinition of the right to health in the document will be highlighted. Finally, thinking about future pandemic scenarios, for a greater effectiveness of the Plan, some ethical - legal issues will be examined that should be better considered.

KEYWORDS: Pandemic; allocative justice; fundamental right to health; ethics; law

SOMMARIO: 1. Una sintetica premessa – 2. Il Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023: uno sguardo introduttivo – 3. I principi bioetici del Piano pandemico per l'emergenza presente e per le pandemie future. Alcuni rilievi critici – 3.1. La giustizia presente nel Piano: una "scarsa" allocazione delle risorse – 4. Pandemia e limitazione dei diritti: problemi e prospettive – 4.1. Interpretazioni del diritto alla salute in un contesto emergenziale. Verso una china scivolosa? – 5. Piano pandemico tra passato e futuro: l'urgenza di un ripensamento – 6. Alcune note conclusive.

### 1. Una sintetica premessa

Lo scorso 29 gennaio, dopo molte polemiche<sup>1</sup>, in Italia è stato pubblicato in gazzetta Ufficiale il Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023<sup>2</sup>. Il corposo documento, che si compone di più di centotrenta pagine, è volto ad illustrare le strategie da mettere in atto per prevenire, gestire e contenere l'impatto di una

\* Ricercatrice confermata di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Milano Bicocca. Mail: [lorena.forni@uni-mib.it](mailto:lorena.forni@uni-mib.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Il precedente piano pandemico, del 2006, è stato ed è al centro numerose polemiche, legate ad un mancato tempestivo aggiornamento, che avrebbe causato ritardi istituzionali nella gestione delle prime e più difficili fasi della pandemia di Sars-Cov-2. Per un approfondimento, cfr. R. DE MARIA, *Caratteristiche ed errori della gestione sanitaria della pandemia da COVID-19 in Italia: una défaillance di sistema*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2, 2020, consultabile al seguente indirizzo: [http://rtsa.eu/RTSA\\_2\\_2020\\_de\\_Maria.pdf](http://rtsa.eu/RTSA_2_2020_de_Maria.pdf) (ultima consultazione 25/08/2021); si rinvia, inoltre, a quanto presente al seguente indirizzo: <https://bit.ly/316ZOJJ>.

<sup>2</sup> Il testo del Piano strategico è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioPubblicazioniNuovoCoronavirus.jsp?id=3005> (ultima consultazione 25/08/2021).

pandemia, presente o futura (la c.d. *preparedness*)<sup>3</sup>. Col termine *preparedness* l'Organizzazione Mondiale della Sanità<sup>4</sup>, fin dal 2011, ha inteso riferirsi alla capacità di ogni Stato di prepararsi ad affrontare diversi tipi di minacce alla salute della popolazione, come ad esempio una pandemia, ma anche «[...] outbreaks of any disease or the occurrence of natural disasters or chemical incidents»<sup>5</sup>. La preparazione alla pandemia, nello specifico, proprio in relazione agli stessi criteri prescritti dall'OMS, è definita un processo continuo di pianificazione, esercizio, revisione e traduzione in azioni di piani nazionali e subnazionali di preparazione e risposta alla pandemia<sup>6</sup>. Un piano pandemico è quindi un documento «vivo, che viene riesaminato regolarmente e rivisto se necessario, ad esempio sulla base delle lezioni apprese da epidemie o pandemie precedenti, o da esercizi di simulazione»<sup>7</sup>.

Nel Piano pandemico oggi in vigore nel nostro Paese, dovrebbero essere pertanto indicate le azioni da pianificare e monitorare, a livello istituzionale, rispetto alle quali le articolazioni del sistema sanitario dovranno essere preparate e, nel caso, rimodulate, alla luce dei principi bioetici ritenuti rilevati, quali criteri-guida da armonizzare entro il quadro normativo del nostro sistema.

In questo contributo, dopo una generale descrizione del Piano, si discuteranno criticamente i criteri bioetici che sono alla base dell'attuale testo, portando attenzione alla questione della giustizia allocativa. Inoltre, si prenderanno in considerazione il significato e il ruolo attribuiti al fondamentale diritto alla salute, evidenziando i problemi che emergono dalla ridefinizione proposta nel documento. Verranno approfondite alcune questioni etico-giuridiche non pienamente considerate nel Piano, per comprendere, infine, se e quali interventi e profili possano andare ad integrare l'attuale formulazione.

## 2. Il Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023: uno sguardo introduttivo

Il testo si compone di una Premessa, nella quale è chiarito cosa sia un'influenza pandemica da coronavirus, e in cui sono proposti gli strumenti normativi da mettere in atto per il suo contrasto; vi è poi una Parte generale, in cui si definiscono gli obiettivi da realizzare, alla luce di quali criteri bioetici e giuridici; segue una poderosa articolazione in fasi per la gestione pratico-operativa della pandemia e, in chiusura, sono indicate le azioni di monitoraggio, valutazione e aggiornamento del Piano da mettersi in atto.

<sup>3</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 11.

<sup>4</sup> Cfr. la definizione di *preparedness* consultabile al seguente indirizzo: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/communicable-diseases/influenza/pandemic-influenza/pandemic-preparedness> (ultima consultazione 25/08/2021).

<sup>5</sup> *Ibidem*

<sup>6</sup> «Pandemic preparedness is a continuous process of planning, exercising, revising and translating into action national and sub-national pandemic preparedness and response plans. A pandemic plan is thus a living document which is reviewed regularly and revised if necessary, for example based on the lessons learnt from outbreaks or a pandemic, or from a simulation exercise». Cfr quanto riportato al seguente indirizzo: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/communicable-diseases/influenza/pandemic-influenza/pandemic-preparedness> (ultima consultazione 25/08/2021).

<sup>7</sup> *Ibidem*

Particolare attenzione è data alla gestione dell'attuale e di future situazioni pandemiche, strutturata in quattro fasi principali: fase inter-pandemica, fase di allerta, fase pandemica e fase di transizione<sup>8</sup>. La fase inter-pandemica è il periodo che intercorre tra diverse pandemie influenzali. In questa fase è prevista la normale attività di sorveglianza epidemiologica e virologica e delle sindromi simil-influenzali e dell'influenza<sup>9</sup>. La fase di allerta corrisponde al momento in cui, a livello nazionale o globale, è identificata una nuova minaccia epidemica o pandemica, per la quale sono prescritte una maggiore vigilanza e sorveglianza epidemiologica e un'attenta valutazione del rischio dell'elemento infettivo individuato<sup>10</sup>. La fase pandemica vera e propria, invece, si riferisce al periodo di diffusione dell'agente patogeno che, nei diversi contesti nazionali o globali, può portare allo sviluppo di fasi acute (in cui i casi di soggetti contagiati sono in aumento evidente, col conseguente sovraccarico dei servizi sanitari), di fasi post-acute (in cui i nuovi casi riscontrati hanno raggiunto un picco e, seppur ancora in numero elevato, hanno un *trend* in diminuzione) e di fasi di transizione epidemica (in cui i casi sono stabili o con variazioni contenute, l'incidenza è bassa e non si assiste ad un sovraccarico dei servizi sanitari)<sup>11</sup>. In altre parole, queste ultime sono fasi in cui l'epidemia è controllata a livello nazionale. Infine, la fase di transizione riguarda il periodo in cui il rischio pandemico è in diminuzione a livello globale, e comporta la riduzione di interventi emergenziali a livello nazionale<sup>12</sup>.

La descrizione delle diverse fasi di un fenomeno pandemico è funzionale alla realizzazione di operazioni, per un efficiente intervento nelle diverse situazioni che si siano verificate o che si produrranno. Il documento, che ora dovrà essere aggiornato ogni tre anni<sup>13</sup>, a tale riguardo, si pone una serie di obiettivi, generali e specifici, che sono riassuntivamente indicati nella prima parte del testo. Quelli generali consistono nella protezione della popolazione, al fine di ridurre, il più possibile, il potenziale numero di casi e di vittime della pandemia in Italia e nei cittadini italiani che vivono all'estero; nella tutela della salute degli operatori sanitari e del personale coinvolto nell'emergenza; nella riduzione dell'impatto della pandemia sui servizi sanitari e sociali, per assicurare il mantenimento dei servizi essenziali, e infine, nel preservare il funzionamento della società e delle attività economiche<sup>14</sup>. Gli estensori del Piano hanno elencato, altresì, una serie di azioni per il raggiungimento degli obiettivi generali, tra le quali possiamo ricordare il rafforzamento dei sistemi esistenti di prevenzione e di controllo dell'influenza stagionale e l'opportunità di testare i nuovi sistemi durante tutto il periodo pandemico; lo stanziamento di risorse adeguate e lo sviluppo di piani di continuità; la capacità di fornire appropriate risposte all'emergenza, basate sulle evidenze e con riguardo alla proporzione alla minaccia; la pianificazione e l'organizzazione di tutte queste attività, che devono essere coordinate dai sistemi centrali con i livelli decisionali decentrati, territoriali e locali, a seconda della gravità della situazione reale, tenendo conto dei rischi evidenziati sia in ambito nazionale, sia in ambito internazionale<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 36.

<sup>9</sup> *Ivi*, 38 e ss.

<sup>10</sup> *Ivi*, 41 e ss.

<sup>11</sup> *Ivi*, 83 e ss.

<sup>12</sup> *Ivi*, 95 e ss.

<sup>13</sup> *Ivi*, 99.

<sup>14</sup> *Ivi*, 30.

<sup>15</sup> *Ivi*, 30 e ss.

A completamento della struttura di organizzazione e pianificazione volta al contrasto di una pandemia, nel testo sono individuati, altresì, obiettivi specifici, quali, ad esempio, la pianificazione propria delle attività di contrasto alle epidemie influenzali, l'individuazione precisa di ruoli, funzioni e responsabilità dei soggetti preposti ad attuare le misure del piano nazionale, in base alle necessità locali; la programmazione di strumenti formativi rivolti agli attori coinvolti nella messa in atto del piano e, infine, lo sviluppo di una sorta di " circuito virtuoso", quale auspicato risultato di una continua interlocuzione tra le istituzioni coinvolte (Ministero della Salute, Istituto superiore di sanità, Regioni e pubbliche amministrazioni territoriali, etc.) nella realizzazione degli obiettivi, al fine di verificare l'efficienza dello stesso e implementarlo<sup>16</sup>.

Con riferimento ai principali elementi che emergono dal Piano, riassuntivamente riportati poco sopra, emerge un progetto ambizioso di contrasto ai fenomeni pandemici e di gestione dell'emergenza. Sono posti obiettivi complessi, articolati, che necessitano una significativa capacità di coordinazione tra livelli decisionali centrali-statali e i livelli regionali o locali.

La breve descrizione del nuovo Piano in vigore è stata qui solo richiamata non tanto per il suo valore o significato politico, nemmeno per dare un contributo alle polemiche in atto riguardo alla sottovalutazione dell'importanza di avere già, e poi di aggiornare in modo efficiente, un precedente Piano o di dotarsi di un nuovo documento programmatico per le emergenze pandemiche; piuttosto, si vuole proporre una riflessione su altre, rilevanti, questioni, che interessano, o dovrebbero farlo, la discussione etico-giuridica in tempo di pandemia.

Si fa riferimento alla necessità di individuare criteri non solo organizzativi, ma anche *normativi*, per quanto attiene all'allocatione delle risorse e alla organizzazione delle strutture sanitarie e per implementare i servizi implicati nella cura e nell'assistenza<sup>17</sup>.

La lettura attenta e l'analisi del testo, in proposito, fanno emergere alcune criticità, specialmente riguardo alla dimensione bioetica e giuridica.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Gli interventi specifici per la realizzazione di tali obiettivi, generali e particolari, sono dettagliati e riguardano, tra l'altro, l'approvvigionamento di Dispositivi di protezione individuale (mascherine, guanti, camici, disinfettante etc.), la disponibilità di medicinali appropriati alla situazione (farmaci e vaccini), la fornitura di dispositivi medici essenziali, la formazione e le esercitazioni per il personale a rischio. È disposto anche che, per i gruppi ad alto rischio o per i lavoratori essenziali (addetti a servizi pubblici di primario interesse collettivo), possa essere preso in considerazione l'uso profilattico di farmaci antivirali. Inoltre, entro sei mesi dall'approvazione, e coerentemente con quanto previsto nel Piano Nazionale, le regioni e le singole amministrazioni coinvolte, dovranno emanare piani propri strategici-operativi, che dovranno definire i piani di potenziamento e flessibilità dei servizi territoriali e ospedalieri, i piani operativi aziendali, i piani di formazione per il personale, e dovranno altresì individuare i criteri di approvvigionamento e accantonamento di DPI, i criteri per l'accesso diversificato ai Pronto Soccorso (PS) in caso di emergenze infettive, i criteri per rafforzare la prevenzione e il controllo delle infezioni in ambito assistenziale (es. nelle RSA), impegnandosi a darne attuazione nei centoventi giorni successivi. Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 38- 78 e ss.

<sup>17</sup> Cfr., sul punto, *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, al paragrafo *Servizi sanitari assistenziali*, che prescrive i criteri e gli interventi attesi sia riguardo ai servizi genericamente considerati, sia ai servizi ospedalieri e territoriali, 46-51.

### 3. I principi bioetici del Piano pandemico per l'emergenza presente e per le pandemie future. Alcuni rilievi critici

Per quanto attiene ai principi etici e bioetici, ritenuti peraltro *cogenti* nel contesto di una pandemia<sup>18</sup>, sono trattati, sinteticamente, solo nella sezione finale della Parte generale<sup>19</sup>. Sono espressamente indicati i criteri di «giustizia, equità, non discriminazione, responsabilità sociale, diligenza e appropriatezza» considerati il fondamento della programmazione e delle azioni volte alla protezione della salute dei cittadini, sia individualmente sia considerati nel contesto sociale<sup>20</sup>. A questo primo nucleo, si aggiungono «la trasparenza e il dovere di una comunicazione pubblica puntuale, la coerenza nel perseguimento degli obiettivi, la pertinenza delle misure intraprese, la reciprocità e la cooperazione nell'adempimento dei propri compiti, l'efficienza nell'utilizzazione delle risorse e la rendicontazione pubblica del proprio operato»<sup>21</sup>, qualificati come criteri capaci di generare «fiducia nell'opinione pubblica, attraverso il riconoscimento della affidabilità, adeguatezza e rispondenza delle istituzioni sanitarie»<sup>22</sup>.

Riguardo allo specifico profilo delle scelte etiche, il testo, pur riconoscendo che gli operatori sanitari (si sono trovati e) si potrebbero nuovamente trovare in situazioni nelle quali dovranno prendere «decisioni eticamente impegnative»<sup>23</sup>, opera un generico rinvio a quanto individuato nel Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 2020, dal titolo *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage*<sup>24</sup>. Analogamente, con riferimento alle delicate questioni emergenti, connesse alla pratica vaccinale, il Piano rimanda al parere del CNB *I vaccini e Covid-19: Aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*<sup>25</sup>.

Si potrebbe ritenere che, sebbene la trattazione sia generica, quelli richiamati dal documento siano presupposti bioetici condivisibili e appropriati. Ad una lettura attenta, tuttavia, si riscontrano alcune criticità.

Analizzando il testo, infatti, si trovano spesso le parole “pianificazione”, “programmazione”, “efficienza”, che rinviano alla nozione generale di organizzazione<sup>26</sup>, da modulare secondo i principi richiamati. L'organizzazione è il termine, in effetti, intorno al quale ruota tutto il piano, ma va evidenziato

<sup>18</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 33.

<sup>19</sup> *Ivi*, 33-34.

<sup>20</sup> *Ibidem*

<sup>21</sup> *Ibidem*

<sup>22</sup> *Ibidem*

<sup>23</sup> *Ibidem*

<sup>24</sup> Il Piano rinvia al Documento del CNB *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage*, il cui testo integrale è consultabile al seguente indirizzo <http://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica/> (ultima consultazione 02/09/2021).

<sup>25</sup> Il testo del documento del CNB, sul punto, è consultabile al seguente indirizzo <http://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/i-vaccini-e-covid-19-aspetti-etici-per-la-ricerca-il-coste-e-la-distribuzione/> (ultima consultazione 02/09/2021).

<sup>26</sup> Sul tema, cfr. F. FERRARI, *Gli indicatori di performance nell'organizzazione. Progettare l'efficacia, l'efficienza e l'equità*, Milano, 2013, in particolare, 113-141.

che l'organizzazione, di per sé, non è un concetto etico, né rinvia ad una concezione etica neutrale<sup>27</sup>, nel senso che solo alla luce di esplicitati criteri, etici e giuridici, adeguatamente giustificati e argomentati, si possono individuare approvabili linee di azione, generali o specifiche, che siano capaci di raggiungere, in modo soddisfacente, gli obiettivi dichiarati e gli auspicati livelli di efficienza nelle prassi. In proposito, come è stato altre volte evidenziato<sup>28</sup>, il sistema sanitario italiano, di fronte alla pandemia, si è trovato impreparato ed è risultato impoverito e, per molti mesi, si è dimostrato incapace di soddisfare sufficientemente i bisogni degli utenti. Un elemento-chiave, di politica sanitaria e di etica delle organizzazioni sanitarie che ci si sarebbe aspettato di trovare nel testo del Piano, avrebbe dovuto riguardare prescrizioni volte ad evitare la riduzione sistematica di stanziamenti di bilancio per le strutture sanitarie, puntando invece ad auspicare l'incremento delle necessarie dotazioni di risorse, economiche e non, sia a livello di istituzioni centrali, sia in relazione alle strutture territoriali e decentrate. Sebbene vi sia un riferimento al Decreto legge n. 34 del 19 maggio 2020, convertito con modificazioni nella Legge n. 77 del 17 luglio 2020<sup>29</sup>, per quanto riguarda, ad esempio, i posti letto ed in particolare i posti in terapia intensiva e nelle unità per pazienti acuti e sub-acuti, non si riscontrano indicazioni precise, rimandando, genericamente, alla ripartizione di tali aumenti tra "servizi assistenziali territoriali" e "servizi ospedalieri"<sup>30</sup>. Ci si sarebbe aspettati, inoltre, di trovare indicazioni precise riguardo la necessità di incrementare risorse particolari, in alcuni settori organizzativi, come ad esempio in riferimento alle assunzioni di personale, prescrivendo le quali, si sarebbe impressa una contro-tendenza rispetto ai tagli o alla precarizzazione a cui si è assistito negli ultimi anni<sup>31</sup> e a cui si è dovuto far fronte nel periodo pandemico<sup>32</sup>.

Nel testo non si trovano precise prescrizioni organizzative, bensì "proposte normative" e "strumenti temporanei"<sup>33</sup>, il cui contenuto ha carattere generale. Si tratta di un'occasione mancata, perché una prima, seppur parziale, elencazione di strumenti e scelte eticamente e logicamente adeguati alla realizzazione degli obiettivi dichiarati nel Piano stesso sarebbe stata d'aiuto ai molti livelli in cui si opera per contrastare la pandemia e avrebbe dato conto della necessaria discontinuità col passato, per evitare il ripetersi dell'insufficiente preparazione e della scarsa appropriatezza che hanno invece caratterizzato quanto meno i primi mesi dell'emergenza pandemica<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Cfr., ad esempio, sulle questioni etiche sollevate dalla pandemia, J. SAVULESCU, I. PERSSON, D. WILKINSON, *Utilitarianism and the pandemic*, in *Bioethics*, 34, 2020, 620-632.

<sup>28</sup> Cfr. A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro* in *Diritto pubblico*, 2, 2020, 385-403, ed in particolare 386-392.

<sup>29</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 48 e ss.

<sup>30</sup> *Ivi*, 47-52.

<sup>31</sup> Cfr. G. GIARELLI, G. VICARELLI, *Politiche e sistemi sanitari al tempo della pandemia da Covid-19: una lettura sociologica*, in *Sociologia Italiana*, 16, 2020, 69-87, in particolare 78-85: Cfr. altresì A. PIOGGIA, *op. cit.*, in particolare 388-394.

<sup>32</sup> Al riguardo, invece, non vi sono raccomandazioni analitiche e vi è solo la menzione dell'auspicato rafforzamento delle Unità Speciali di Continuità Assistenziale (USCA) e dei Servizi Infermieristici Territoriali (Infermieri di famiglia e di comunità). Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 49.

<sup>33</sup> *Ibidem*

<sup>34</sup> Come ha sottolineato Pioggia, si dovrebbe verificare il livello di salute realmente tutelata, non quella solo idealmente dichiarata. Cfr. A. PIOGGIA, *op. cit.*, in particolare p. 390.

Dopo aver dato conto di alcuni rilievi riguardo ai profili etici dell'organizzazione, pare opportuno portare attenzione alla trattazione, a dire il vero un po' trascurata nel documento, relativa ai principi della bioetica clinica<sup>35</sup>. Non vi sono riferimenti, ad esempio, ai principi di autonomia e autodeterminazione circa le cure, al principio di beneficenza, volto a perseguire il *best interest* dei soggetti, al principio di non maleficenza e, laddove nel testo vi è un rinvio al principio di giustizia nelle questioni di salute, esso non è stato specificato o opportunamente ridefinito<sup>36</sup>. Certamente, i principi esplicitati nel testo, come equità, non discriminazione, responsabilità sociale, diligenza e appropriatezza, sono rilevanti; tuttavia, nessuno di essi è stato ridefinito o approfondito.

Ammettiamo tuttavia per un momento che nel principio di giustizia possano essere racchiusi o considerati co-primari<sup>37</sup> altri principi imprescindibili nella pratica e nell'organizzazione clinica, quali l'autodeterminazione e il perseguimento del *best interest* dei pazienti non più capaci di autodeterminarsi. Potremmo allora ritenere che la iniziale enunciazione di criteri etici del Piano possa essere intesa come una elencazione di criteri rilevanti a cui informare le scelte, eticamente impegnative, a qualunque livello e nei diversi *setting* in cui essi andranno ad operare. Tuttavia, non è possibile equiparare i criteri esplicitamente indicati ai principi fondamentali dell'etica biomedica. Quelli individuati nel testo potranno certamente essere qualificati come criteri capaci di orientare le scelte, ma dovrebbero essere considerati criteri secondari, volti a tradurre, sul piano pratico-operativo, i principi di giustizia, autonomia, beneficenza e non maleficenza. Questa è una precisazione da farsi, poiché, ad esempio, nel testo viene esplicitato che l'equità, la non discriminazione, la responsabilità sociale, la diligenza e l'appropriatezza sono correlati<sup>38</sup> alla trasparenza nelle azioni, alla coerenza nel perseguire certi obiettivi, all'efficienza nell'uso delle risorse e ai doveri di rendicontazione. Si tratta di un'affermazione condivisibile, e sono indubbiamente valori apprezzabili, ma non riguardano esclusivamente scelte etiche in ambito clinico e biomedico, anzi, essi sono principi operativi, rivolti alla buona gestione di amministrazioni pubbliche, per lo più, che diventerebbero eccessivamente gravosi se considerati i criteri generali per le azioni di ogni operatore sanitario e che rischiano di essere, invece, eccessivamente vaghi, o usati solo a fini retorici, se messi in capo a "organizzazioni", non meglio specificate.

In poche parole, proprio in virtù del ruolo che dovrebbe giocare il Piano nelle complesse dinamiche della gestione di una pandemia<sup>39</sup>, ci si sarebbe aspettati di trovare prescrizioni più incisive, per differenziare l'eticità a cui conformare le condotte degli operatori sanitari, chiamati in prima persona a

<sup>35</sup> Cfr. T.L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *Principles of biomedical ethics*, New York, 2013.

<sup>36</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023, Parte generale*, 33.

<sup>37</sup> Cfr. L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, Torino, 2016, 196 e ss.

<sup>38</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023, Parte generale*, 33.

<sup>39</sup> A differenza di quanto avvenuto negli Usa, il dibattito pubblico sulle questioni etiche sollevate dall'evento pandemico è stato molto limitato, preferendo la consulenza di esperti "tecnici", ma raramente coinvolgendo in un confronto istituzionale, pubblico e allargato, diverse competenze, specie quelle etico-filosofiche. È stata altresì scarsamente considerata la discussione tra bioeticisti appartenenti a diverse scuole o visioni etiche. Per un'analisi al riguardo, cfr. K. ORFALI, *Getting to the Truth: Ethics, Trust, and Triage in the United States versus Europe during the Covid-19 Pandemic*, in *Hastings Center Report*, 1, 2021, 16-22.

operare in un contesto di emergenza sanitaria, rispetto ai criteri etici propri dei sistemi e delle organizzazioni<sup>40</sup> entri cui gli operatori si trovano ad agire.

### 3.1. La giustizia presente nel Piano: una “scarsa” allocazione delle risorse

Come poco sopra ricordato, il più volte invocato principio di giustizia non è stato approfondito. Tale principio, secondo una definizione largamente accettata, prescrive che sia eticamente giustificata ogni prassi clinica o assistenziale realizzata in attuazione di una politica sanitaria, che garantisca l'accesso degli individui alle cure mediche in condizioni di equità<sup>41</sup>. Diversi autori, nell'affrontare la questione, hanno adottato una nozione “a maglie larghe” del principio di giustizia, che è generalmente considerato «una forma di appropriata erogazione di assistenza sanitaria, che implica l'equa distribuzione dei beni e servizi spesso scarsi e che richiede incisivi interventi del diritto riguardo l'allocazione delle risorse»<sup>42</sup>. In ulteriori lavori, la giustizia delle scelte allocative è stata altresì ridefinita come il principio che prescrive che sia eticamente giustificata ogni prassi clinica o assistenziale, realizzata in attuazione di una politica sanitaria, che garantisca l'accesso degli individui alle risorse in condizioni di equità, laddove la valutazione di cosa valga la pena fare, essere, e a quali interventi valga la pensa acconsentire, in ambito sanitario, concorre alla determinazione dell'equità stessa<sup>43</sup>.

Si tratta di un tema spinoso e vasto, che nel Piano è solo accennato, senza doverose precisazioni di significato o rinvii adeguati a specifici contributi al riguardo<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. F. FERRARI, *op. cit.*, 130-141.

<sup>41</sup> Questa è la nota definizione che tradizionalmente ricorre nei testi che ripropongono i principi della bioetica. Per tutti, valga la trattazione di H.T. ENGELHARDT JR., *Manuale di Bioetica*, Milano, 1999., 118-122 e, in particolare, per il principio di giustizia, 404 ss.

<sup>42</sup> Cfr. R. MC CORMICK, *Principles of Bioethics*, pubblicato sul sito della University of Washington il 1 ottobre 2013, consultabile al seguente indirizzo: <https://depts.washington.edu/bioethx/tools/princpl.html> (ultima consultazione 03/09/2021). Cfr. anche T.L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *op. cit.*, testo nel quale, al settimo capitolo, gli autori offrono una più ampia trattazione del principio di giustizia in bioetica, rispetto alle edizioni del testo del 2001 e del 2009.

<sup>43</sup> Cfr. L. FORNI, *op. cit.*, 156.

<sup>44</sup> Cfr. L. BUSATTA, M. TOMASI, (a cura di) *Special Issue, BioLaw Journal*, 1, 2020, dedicato ai molti profili dell'emergenza, bioetica e giuridica, scaturiti dalla pandemia. Per quanto attiene, invece, alle riflessioni sul principio di giustizia in un momento pandemico, cfr., ad esempio, L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica. Quando le risorse sono limitate, chi curare?*, in L. BUSATTA, M. TOMASI, (a cura di) *Special Issue, BioLaw Journal*, 1, 2020, 259-370; cfr. L. D'AVACK, *CoViD-19: criteri etici*, 371-378; cfr. 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 L. BUSATTA, M. TOMASI, (a cura di) *Special Issue, BioLaw Journal*, 1, 2020, 379-388; cfr. altresì P. BORSELLINO, *CoViD-19: Quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in tempo di emergenza sanitaria?* in *Notizie di Politeia*, 138, 2020, 5-25. Sul tema, cfr. inoltre, L. ROSENBAUM, *Facing CoViD-19 in Italy — Ethics, Logistics, and Therapeutics on the Epidemic's Front Line*, in *New England Medical Journal*, maggio 2020, consultabile al seguente indirizzo <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2005492> (ultima consultazione 03/09/2021). Cfr. anche A. RIMEDIO, *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da CoViD-19*, in *BioLaw Journal*, 1, 2021, 13-38; cfr., infine, C. MANNELLI, *Long Term Effects of the CoViD-19 Outbreak. A New Phase of Scarce Resources Allocation*, in *CoViD-19 e questioni di giustizia allocativa*, *Notizie di Politeia*, 141, 2021, 3-10; C. DEL BÒ, *CoViD-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva. Uno sguardo filosofico sulle raccomandazioni SIAARTI*, in *CoViD-19 e questioni di giustizia allocativa*, *Notizie di Politeia*, 141, 2021, 11-24; cfr. infine, D. BATTISTINI, L. MARELLI ET. AL., *L'allocazione delle risorse sanitarie durante la pandemia da CoViD-19: un'analisi comparativa dei documenti della SIAARTI e del CNB*, in *Notizie di Politeia*, 141, 2021, 25-44.



Ad esempio, una questione fortemente controversa<sup>45</sup>, emersa fin dai primi giorni della pandemia, proprio in relazione al principio di giustizia, ha riguardato i criteri per il *triage*<sup>46</sup> e l'ammissione dei pazienti nelle strutture ospedaliere<sup>47</sup>. Su questo specifico punto un Piano pandemico dovrebbe fornire indicazioni precise, oltre ad esplicitare sulla base di quali significati deve essere intesa la giustizia allocativa, di fronte a scarsità di risorse e in ragione della programmazione di interventi e scelte per fronteggiare una futura pandemia. Ridefinire sul piano concettuale il significato preferito di giustizia è il presupposto da cui partire per improntare, sul piano pratico-fattuale, le scelte delle istituzioni sanitarie, con particolare riguardo alle scelte da compiere non solo in contesti di emergenza, ma anche poi, prospetticamente, riguardo alle opzioni di medio e di lungo periodo, nelle diverse articolazioni del sistema sanitario.

Proprio in ragione della natura del testo, sarebbe stato opportuno dare conto dell'articolata ricchezza di contributi riguardo i profili etici e di giustizia connessi alla allocazione delle risorse. Inoltre, sarebbe stato opportuno chiarire quale concetto di giustizia allocativa sia alla base documento, per specificare come può operare il principio di giustizia nei differenti livelli di allocazione delle risorse (macro e microallocalazioni).

In effetti, è vero che è uno delicato problema, politico e giuridico, stabilire secondo quali principi, quali settori dell'assistenza sanitaria pubblica debbano essere destinatari di una certa quota di assegnazione economica o di dotazioni strumentali e di personale. Lo è quando non vi sono condizioni emergenziali, lo diventa ancor più quando c'è una pandemia in corso. In breve, esplicitare i criteri secondo i quali i diversi attori coinvolti nella *preparedness* si devono orientare e quali sono le scelte micro e macroallocalative da preferire, è sempre difficile, ma la stesura del Piano pandemico doveva essere l'occasione migliore per chiarire almeno questo obiettivo, che invece resta sottotraccia, rispetto a quelli espressamente individuati nel documento. Per esempio, a livello macroallocalativo, (che riguarda le scelte politiche pubbliche per l'approvvigionamento di beni essenziali in sanità, ad esempio), si stabilisce la necessità di avere adeguate dotazioni di dispositivi di protezione individuale (DPI), di mascherine etc.; di

<sup>45</sup> Cfr., ad esempio, 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 *BioLaw Journal*, Special Issue, 1, 2020, 379-397, in cui, molto polemicamente, gli operatori sanitari autori del contributo hanno messo in evidenza lo scarso atteggiamento pragmatico della riflessione filosofico-giuridica in tempi di pandemia.

<sup>46</sup> Cfr. M. MORI, *Patrizia Borsellino sulle priorità di accesso alla terapia intensiva e al vaccino Covid-19. Per un approfondimento dell'analisi bioetica e biogiuridica*, in L. FORNI, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *Scritti in onore di Patrizia Borsellino*, Torino, 2021, 125-134. Cfr. anche P. BORSELLINO, *Covid-19: quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in campo sanitario?*, in *Notizie di Politeia*, 138, 2020, 5-25. Cfr. altresì C. DEL BÒ, *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva. Uno sguardo filosofico sulle Raccomandazioni Siaarti*, in *Notizie di Politeia*, 141, 2021, 11-24. Cfr., inoltre, M. BALISTRERI, *Post-coronial Studies. Salviamo chi arriva prima in ospedale! Una difesa del criterio 'first come, first served'*, in *Labont*, 22 luglio 2020, consultabile all'indirizzo: <https://labontblog.com/2020/07/22/post-coronial-studies-salviamo-chi-arriva-prima-in-ospedale-unadifesa-del-criterio-first-come-first-served/> (ultima consultazione 10/09/2021).

<sup>47</sup> Cfr., ad esempio, M. G. BERNARDINI, *Dilemmi mor(t)ali. Scelte etiche, ageism e diritti fondamentali ai tempi del Covid-19*, in *Diritto virale*, Dipartimento di Giurisprudenza, 2020, <http://www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale/dilemmi-mort-ali-scelte-etiche-ageism-e-diritti-fondamentali-ai-tempi-del-covid-19/>, (ultima consultazione 31/08/2021); cfr., inoltre, BELGIAN SOCIETY OF INTENSIVE CARE MEDICINE, *Ethical Principles Concerning Proportionality of Critical Care During the 2020 COVID-19 Pandemic in Belgium*, 2020, [www.siz.be/wp-content/uploads/SIZ\\_ethical\\_update20\\_03\\_E.pdf/](http://www.siz.be/wp-content/uploads/SIZ_ethical_update20_03_E.pdf/), (ultima consultazione 31/08/2021)

implementare i posti di terapia intensiva; di incrementare l'incisività dei servizi decentrati, attraverso la medicina del territorio<sup>48</sup>, ma non si danno criteri (generali o specifici), né sono esplicitati quali siano i principi da seguire, né quali siano gli impegni di spesa al riguardo.

Discorso del tutto analogo vale per la microallocazione, (che invece fa riferimento, in una definizione ampia e generica, alla gestione delle risorse nelle strutture sanitarie sul territorio, e riguarda le sfere delle decisioni assistenziali, cliniche, operative, gestionali delle assegnazioni in organizzazioni particolari)<sup>49</sup>: le prescrizioni sono generiche e frazionate a seconda della "fase" dell'emergenza in cui ci si dovesse trovare<sup>50</sup>. L'unico elemento prescrittivo individuato, nella gestione delle risorse nelle microallocazioni<sup>51</sup>, è la differenziazione tra "azioni essenziali" e "azioni auspiccate". Le prime sono individuate sulla base di documenti internazionali, come ad esempio l'OMS e si riferiscono a obiettivi prioritari che si devono perseguire; le seconde, invece, sono considerate condotte accessorie, rilevanti ma non necessarie. Per fare un esempio, è considerato "essenziale" predisporre linee guida e protocolli per la gestione clinica dei pazienti e a garanzia di adeguate forniture di dispositivi, medicinali etc.; è invece "auspicabile" la valutazione dell'esperienza e della soddisfazione del paziente nella ricerca di un trattamento per l'influenza pandemica<sup>52</sup>.

Un altro rilievo critico può essere evidenziato in riferimento ad una specifica questione, che è peraltro intesa come "risorsa particolare" nel testo del Piano stesso, vale a dire la vaccinazione<sup>53</sup>. Non vi è, in modo chiaro, l'affermazione della rilevanza etico-giuridica della pratica vaccinale e il riferimento all'importanza da riservarsi alle evidenze scientifiche ad essa connesse. Va ricordato in proposito che, quando il Piano è stato pubblicato, la pratica vaccinale era già iniziata e portata avanti con i vaccini elaborati per contrastare la pandemia di Sars-CoV-2. Del resto, il tema della vaccinazione è stato oggetto di ampio dibattito etico-giuridico<sup>54</sup> (e lo è tutt'ora<sup>55</sup>) ed è un profilo che merita molta attenzione,

<sup>48</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 48 e ss.

<sup>49</sup> Cfr. L. FORNI, *op. cit.*, 88 e ss.

<sup>50</sup> Cfr. *supra*, primo paragrafo, nel quale sono state riproposte le diverse quattro fasi di intervento, a seconda dell'evoluzione della situazione pandemica.

<sup>51</sup> Sul punto, si dovrebbe precisare che vi sono livelli di microallocazione superiori e inferiori: i primi riguardano, ad esempio, scelte di distribuzione e di gestione delle risorse a livello regionale; i secondi, invece, interessano le scelte allocative delle singole strutture sul territorio. Anche in relazione a questi profili, non vi è una chiara distinzione nel documento.

<sup>52</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 90. Su questo specifico punto, inoltre, cfr., *infra*, le osservazioni conclusive.

<sup>53</sup> *Ivi*, 88.

<sup>54</sup> Il Comitato nazionale di Bioetica, sul tema, fin dal novembre 2020 ha elaborato un documento specifico. Cfr. CNB, *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, il cui testo è consultabile al seguente indirizzo: <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/i-vaccini-e-covid-19-aspetti-etici-per-la-ricerca-il-coste-e-la-distribuzione/> (ultima consultazione 06/09/2021).

<sup>55</sup> Si pensi, ad esempio, alla presa di posizione riguardo all'obbligatorietà vaccinale auspicata dalla Consulta di bioetica nell'agosto 2021, posizione più netta rispetto a quella espressa dal Cnb, a riguardo della quale si rinvia ai documenti presenti al seguente indirizzo: <https://www.consultadibioetica.org/vaccino-consulta-bioetica-si-a-obbligo-anzi-e-un-diritto/> (ultima consultazione 08/09/2021). Si pensi, inoltre, ad un altro profilo di grande interesse non solo etico-giuridico, ma anche di salute pubblica, di gestione e organizzazione delle risorse e delle istituzioni coinvolte, come il tema della vaccinazione contro la Sars-CoV-2 da praticarsi sui minori. Sul punto, si rinvia ad un recente parere del Cnb, *Vaccini e adolescenti*, il cui testo è consultabile al seguente indirizzo:

anche dal punto di vista clinico e organizzativo-gestionale. Nel Piano, invece, la complessità che caratterizza tale tema non è ben evidenziata, nel senso che vi è un generico rinvio ai documenti istituzionali già licenziati all'entrata in vigore del Piano<sup>56</sup>; inoltre, l'unica attività di vaccinazione esplicitamente menzionata nel testo è quella relativa al vaccino stagionale antinfluenzale, quale profilassi *ad adiuvandum* per il contenimento del diffondersi di agenti virali<sup>57</sup>.

Gli elementi fin qui esaminati denotano che il modello etico-giuridico di allocazione delle risorse a cui il Piano vuole aderire non si configura alla luce di un impianto prescrittivo chiaro e preciso riguardo alla programmazione, alla destinazione delle risorse e all'eticità delle azioni individuate. Il Piano resta eccessivamente generico e il principio di giustizia ha una limitata considerazione, come gli altri principi dell'etica biomedica.

In effetti, rileggendo il Piano, si rileva, altresì, che sia stato taciuto un altro principio cardine, rilevante nelle scelte allocative e co-primario rispetto alla giustizia<sup>58</sup>: il principio di autonomia. Esso non è preso in considerazione, ad eccezione di un passaggio, in cui vi è un generico "riconoscimento dell'autonomia" dei pazienti, menzionato una sola volta, nell'ambito delle azioni sanitarie nei diversi contesti di assistenza<sup>59</sup>.

Al contrario, vi sono "spie semantiche" che lasciano supporre un ritorno ad un modello generale di interventi per la salute improntato a presupposti etici molto diversi da quelli di autonomia, libertà ed autodeterminazione e che presentano, invece, caratteri di tipo paternalistico<sup>60</sup>. Un esempio è rinvenibile nella sezione dedicata proprio ai "Principi etici e bioetici della Pandemia", laddove si prescrive che, in un contesto di risorse scarse, sia il medico a dover valutare, caso per caso, il bisogno clinico dei pazienti, agendo «in scienza e coscienza»<sup>61</sup>. Ritornerebbe così l'antico adagio che – e non solo rispetto a scelte sulle risorse – "al medico e solo al medico" compete l'individuazione di ciò che è clinicamente e scientificamente appropriato, ma anche di ciò che è eticamente giusto. Di per sé, pare ovvio che

<https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/vaccini-e-adolescenti/> (ultima consultazione 06/09/2021).

<sup>56</sup> Cfr., *supra*, nota 25.

<sup>57</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 88.

<sup>58</sup> Cfr. L. FORNI, *op. cit.*, 196 e ss.

<sup>59</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 32.

<sup>60</sup> Che la redazione del Piano sia un tentativo di ripristinare un modello paternalistico è stato confermato anche da ulteriori elementi. Si pensi, ad esempio, che nei primi giorni successivi alla stesura del Piano pandemico, è stata offerta ai *mass media* un'anticipazione del documento nella quale si dichiarava, apertamente, che «è possibile preferire il principio di beneficiarietà, rispetto all'autonomia», così da poter sacrificare quest'ultima, che sarebbe destinata a momenti ordinari e che invece, in quelle eccezioni o straordinari, dovrebbe lasciare il passo all'individuazione oggettiva di "ciò che è bene", sia nella relazione col paziente, sia a livello di politica sanitaria generale. L'anteprima del documento è circolata nei diversi canali di comunicazione solo per pochi giorni, intorno alla metà di gennaio 2021, ed è stata presentata, nella maggior parte dei *mass media*, riproducendo un *virgolettato*, da attribuire ad uno o più estensori del documento, che secondo alcune fonti giornalistiche sarebbero stati Lorenzo D'Avack, Cinzia Caporale e Bruno Dallapiccola. Cfr., ad esempio, quanto riportato ai seguenti indirizzi: <https://bit.ly/3o4SMx6> (ultima consultazione 02/09/2021); <https://bit.ly/31hWURu> ultima consultazione 02/09/2021).

<sup>61</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 33.

siano coloro che sono “in prima linea” a dover operare scelte, caso per caso; tuttavia, da molto tempo è stato rilevato che il medico non solo opera in un contesto d’équipe, di reparto, di struttura etc., ma interagisce inoltre con una serie di altri soggetti, tra cui, *in primis*, i pazienti, ai quali le valutazioni di “coscienza” del medico non possono essere imposte, a meno di non voler ottenere, tra le varie conseguenze, non solo allocative, anche il ritorno ad un modello di cura e di assistenza opposto a quello che è andato configurandosi negli ultimi trent’anni nel nostro Paese, come peraltro suggellato nella legge n. 217/2019, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*<sup>62</sup>.

#### 4. Pandemia e limitazione dei diritti: problemi e prospettive

Analizzando le parti del Piano, in Premessa, dedicate agli aspetti giuridici della pandemia<sup>63</sup>, dopo un breve richiamo alle prescrizioni internazionali provenienti da organismi come l’OMS e il rinvio a fonti sovranazionali, il documento si sofferma sull’impianto normativo del nostro sistema. Il nostro ordinamento prescrive, direttamente dall’articolo 32 della Costituzione, che la tutela della salute sia da intendersi quale fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività.

Tale diritto fondamentale è considerato

«ontologicamente dualista, rilevando, da un lato, in un’accezione individuale e soggettiva e, dall’altro, in una dimensione sociale e oggettiva. Il diritto alla tutela della salute del singolo consta non soltanto del diritto, sociale, alle cure – ossia del diritto fondamentale e originario di ciascuno di essere curato, ma anche del diritto di curarsi nel momento e nel modo che si reputi più appropriato o di non curarsi affatto, declinando l’offerta di cure. Tale diritto “di libertà”, analogamente a molti altri diritti garantiti dalla Costituzione, è limitato sia dall’altrui diritto sia dall’interesse della collettività. E infatti, in via generale, i diritti di libertà “non possono, nel loro insieme, considerarsi attribuiti all’uomo per la soddisfazione delle sue egoistiche esigenze, poiché alcuni di essi risultano improntati ad una elevata finalità sociale»<sup>64</sup>.

È stato chiarito, nel merito, che

«un contesto nell’ambito del quale il diritto alla tutela della salute esige limitazioni di altre libertà del singolo e della collettività è sicuramente quello che si caratterizza per la diffusione di malattie infettive: l’epidemia è un fatto emergenziale, empiricamente individuato e scientificamente provato, che,

<sup>62</sup> Cfr. la legge n. 217/2019, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, il cui testo è consultabile al seguente indirizzo: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/16/18G00006/sg> (ultima consultazione 11/09/2021).

<sup>63</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 22-23.

<sup>64</sup> Di seguito si legge che: «Per quanto specificamente attiene alla libertà connessa alla tutela della salute, se da un lato, manca un’enunciazione della sua funzione sociale, pubblica o collettiva, dall’altro, non può non tenersi nella dovuta considerazione il disposto del comma secondo dell’art. 32, che consente alla legge di disporre trattamenti sanitari obbligatori. La Corte costituzionale ha precisato al riguardo che il diritto alla tutela della salute reca con sé “il dovere dell’individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell’eguale protezione del coesistente diritto degli altri”. Talvolta, però, il diritto alla tutela della salute del singolo, per sua stessa natura, può confliggere con il coesistente e reciproco diritto degli altri consociati ovvero con ulteriori diversi interessi della società». Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 15-16.

mettendo in pericolo la salute dei singoli e la sopravvivenza della comunità nel suo insieme, impone al decisore pubblico di individuare le soluzioni idonee a neutralizzare o minimizzare i rischi anche attraverso la limitazioni di distinti diritti e libertà fondamentali»<sup>65</sup>.

La possibilità di introdurre limitazioni alle libertà fondamentali per accadimenti legati alle esigenze di tutela della salute non discenderebbe, pertanto, solo dalla sua

«coesistente natura di “interesse della collettività” che lo riconduce nel novero dei diritti sociali, ma anche dal principio fondamentale di solidarietà sociale evincibile dall’art. 2 della Costituzione, in forza del quale ciascun consociato è tenuto a rinunciare ad una quota dei diritti della propria sfera di libertà per esigenze superiori connesse alla comune appartenenza ad una comunità organizzata, vieppiù quando sia messa in pericolo la sua stessa esistenza»<sup>66</sup>.

La definizione del diritto alla salute come “ontologicamente dualista”, non essendo stata precisata, risulta vaga<sup>67</sup> e pare più che altro funzionale a giustificare un paradigma teorico-giuridico come il seguente: se in un momento “ordinario” della vita democratica, il fondamentale diritto alla salute si traduce, principalmente, in un diritto soggettivo di libertà, nel contesto “straordinario” della pandemia tale configurazione subisce trasformazioni, limitazioni e contrazioni, nel senso che dovrebbe prevalere,

<sup>65</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 16.

<sup>66</sup> *Ibidem*. Nel prosieguo del documento si legge, inoltre, che: «Tuttavia, limitazioni in tal senso possono ritenersi compatibili con le garanzie costituzionali dei diritti di libertà solo nella misura in cui siano strettamente necessarie a garantire il diritto fondamentale alla tutela della salute individuale e collettiva, nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità, anche sub specie di adeguatezza della misura limitativa introdotta rispetto alla finalità di tutela. Da quanto precede, risulta che nell’attuale contesto emergenziale è il principio di solidarietà sociale, prima ancora che la dimensione sociale e oggettiva del diritto alla tutela della salute, a giustificare le misure limitative delle libertà fondamentali e ciò anche in ragione del fatto che il diritto alla salute, pur non potendo in alcun caso assumere nei giudizi di bilanciamento dei valori costituzionali i connotati del c.d. diritto tiranno, rappresenta oggettivamente una vera e propria precondizione per il riconoscimento e per la effettiva fruibilità dei diritti di libertà e proprio in ragione della sua natura ambivalente di diritto fondamentale e, al contempo, di interesse della collettività, giustifica, in chiave solidaristica, nelle situazioni di emergenza sanitaria di conclamata gravità, quale quella in corso, la previsione di misure limitative di quei diritti, anche fondamentali, il cui pieno esercizio è incompatibile con le misure di prevenzione e di contrasto della pandemia necessarie, secondo i più accreditati protocolli scientifici, alla tutela della salute individuale e collettiva».

<sup>67</sup> La vaghezza consiste nella difficile identificazione dell’estensione legittima dell’espressione utilizzata, specie all’interno del Piano. In effetti, sulla portata e sulla complessa densità semantica del “fondamentale diritto alla salute”, non vi è unanimità di interpretazioni. Senza pretesa di esaustività, si rinvia, ad esempio, a C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001; cfr. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; cfr. R. BALDUZZI, G. DI GASPARE, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002; cfr. L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003. Sulle implicazioni del diritto alla salute come diritto sociale, cfr. E. DICHIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 4, 2004, cfr. ID., *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2006; cfr. M. GALLETTI, *Significati e paradossi del diritto (umano) alla salute*, in S. VIDA (a cura di), *Diritti umani. Trasformazioni e reazioni*, Bologna, 2008, 257-272. Per un approfondimento sul diritto alla salute quale diritto fondamentale e connotativo della relazione di cura di tipo liberale, cfr. V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto – Il Governo del corpo*, Milano, 2011, I, II, 579-600; cfr. anche P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralità” e diritto*, Milano, 2018. Più recentemente, cfr. A. PALMA, *Il diritto-dovere alla salute: diritti e libertà fondamentali*, Roma, 2021; cfr. S. PASTORINO, *Il Diritto Costituzionale alla salute*, Torino, 2021.

nella densità semantica ad esso sotteso, il significato di diritto volto alla limitazione dei profili liberali, a favore di elementi di natura collettiva, sovraindividuale. Nel testo, infatti, l'emergenza di salute renderebbe residuale e parziale l'attuazione dei principi di autodeterminazione e libertà, che connotano la dimensione soggettiva del diritto alla salute, tanto nella relazione di cura, quanto in tutto il sistema sanitario.

Dobbiamo a questo punto domandarci se tale interpretazione sia accettabile, appropriata e giustificabile.

#### 4.1. Interpretazioni del diritto alla salute in un contesto emergenziale. Verso una china scivolosa?

Nel documento si precisa che

«il diritto dell'emergenza è preordinato alla salvaguardia di interessi primari e giustifica limitazioni dei diritti, in ragione della "strumentalità" stessa della vita e della salute, che rappresentano delle vere e proprie precondizioni non solo per il riconoscimento ma per la stessa concreta fruibilità delle libertà fondamentali»<sup>68</sup>.

Peraltro,

«[...] le limitazioni ai diritti fondamentali introdotte nella gestione dell'emergenza trovano una solida giustificazione anche nel dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, nel qual riecheggiano il principio cattolico della solidarietà e l'istanza mazziniana che vuole i diritti collegati ai doveri, essendo evidente che nessuno Stato può esistere senza un certo grado di solidarietà tra i suoi cittadini»<sup>69</sup>.

«[...] In definitiva, a ciascuno è stata chiesta una rinuncia ad una quota di libertà personale per garantire il bene comune della salute pubblica. [...] le misure limitative dei diritti e delle libertà personali [...] si sono sempre ispirate al principio di precauzione e sono state introdotte sulla base di solide evidenze scientifiche»<sup>70</sup>.

Sarebbe l'articolo 2 della Costituzione, che prescrive inderogabili doveri di solidarietà economica, politica e sociale, a legittimare l'appello generalizzato al principio di precauzione, che per la prima volta è elevato a meta-criterio normativo e giuridico, e a dire il vero, al solo meta-criterio per la gestione di una pandemia. Come per tutti gli altri, non ritroviamo alcuna definizione offerta nemmeno per il principio di precauzione, che tuttavia può essere inteso come il criterio volto a neutralizzare o minimizzare

<sup>68</sup> Si legge, inoltre, che: «Nessun diritto è più fondamentale del diritto di tutti alla vita e alla salute, anche perché la loro compressione può essere definitiva e non ristorabile. Dal punto di vista testuale, poi, la lettera della Costituzione italiana specificamente ammette limitazioni ai diritti, quando ciò è necessario per tutelare la salute. In particolare, e senza pretese di esaustività, il domicilio è inviolabile, ma sono ammessi accertamenti e ispezioni per motivi di sanità (art. 14 Cost.); ogni cittadino può circolare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salve le limitazioni imposte dalla legge "in via generale" per ragioni sanitarie (art. 16 Cost.); i cittadini hanno diritto di riunirsi in luogo pubblico, salve le limitazioni poste dalle autorità per comprovati motivi di "sicurezza o di incolumità pubblica" (art. 17 Cost.); l'iniziativa economica è libera, ma non può svolgersi in contrasto con la dignità e la sicurezza dei lavoratori (art. 41 Cost.)». Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 118.

<sup>69</sup> *Ibidem*

<sup>70</sup> *Ibidem*

i rischi per la salute umana, sulla base di condizioni particolari e concrete<sup>71</sup>. Se esso è senza dubbio da tenere in considerazione riguardo alle scelte o decisioni normative, non è tuttavia il solo criterio che deve essere impiegato per operare i “bilanciamenti” tra diversi diritti fondamentali, né si capisce in che senso sia direttamente riferibile al più generale principio che impone doveri di solidarietà. La preferenza accordata al principio di precauzione pare emergere dal fatto che la limitazione di diritti è strettamente correlata alle “solide evidenze scientifiche” emerse nel momento emergenziale. Va a questo proposito ricordato, però, che le (molte volte sottolineate) “solide evidenze scientifiche” sono fatti, che *descrivono* una situazione in atto, o che ragionevolmente si produrrà, ma non contengono intrinseche e oggettive prescrizioni o indicazioni valutative, che sono inevitabilmente rinviate al decisore giuridico-politico<sup>72</sup>.

Sembrirebbe, invece, che dalla pandemia attuale – o da una futura – scaturiscano direttamente alcuni criteri prescrittivi, riassumibili nel principio di precauzione, e che debba essere pertanto quest’ultimo, e non tanto i doveri di solidarietà dell’articolo 2, a giustificare le limitazioni di molti diritti fondamentali, e del profilo soggettivo e liberale di quello alla salute.

Supponiamo che tale interpretazione, nonostante tutto, possa essere accettata. L’argomento addotto è che un così delicato ambito della salute è meglio presidiato dal principio di precauzione, rispetto ad altri principi normativi<sup>73</sup>. Dovremmo allora domandarci se una circostanza emergenziale debba necessariamente portare ad un cambio di paradigma, di principi e di valori, passando da un contesto liberale e fondato sull’autonomia che connota tutto il sistema di cura e di assistenza, ad uno caratterizzato dal ritorno di altre istanze. Se la risposta fosse affermativa, saremmo di fronte ad un tentativo di configurare l’impianto etico-giuridico secondo il paternalismo etico<sup>74</sup>, riproposto attraverso il principio di

<sup>71</sup> Tra le molte definizioni e analisi a disposizioni riguardo al principio di precauzione, cfr. C. PETRINI, *Il principio di precauzione*, in *Studia Bioethica*, 9, 3, 2016, 66-72, in particolare 67-68.

<sup>72</sup> Sul rapporto tra scienza e decisioni normative cfr. P. BORSELLINO, *Diritto e scienza: la prospettiva della filosofia del diritto*, in AA.VV., *Il rapporto tra diritto e scienza*, 3, 2021, in corso di pubblicazione.

<sup>73</sup> «In definitiva, molti diritti e molte libertà personali hanno subito limitazioni esclusivamente in ragione delle esigenze di prevenzione e del principio di precauzione, che non può che presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino. La preminenza nella tutela della salute dell’aspetto soggettivo personale rispetto a quello collettivo rende inaccettabile un sacrificio della libera autodeterminazione individuale se non in presenza di rischi per lo stato di salute altrui. Le sole limitazioni costituzionalmente consentite [al diritto alla salute dell’individuo] sono quelle rivolte a salvaguardare la salute collettiva dai pericoli o dai danni che ad essa possono derivare dalle manifestazioni, positive o negative, dell’esercizio di quel diritto individuale [alla salute]». Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 118

<sup>74</sup> In questo senso, alcuni autori auspicano il ritorno ad un’etica paternalistica, improntata al personalismo ontologico, che sarebbe l’unica risposta contro la “cultura dello scarto”, anche se non sono poi proposte indicazioni normative effettive, che possano essere discusse o che risultino praticabili. Cfr. F. ZINI, *Le conseguenze bioetiche dell’emergenza sanitaria e la biopolitica della pandemia*, in *Società e diritto*, 10, 2020, consultabile al seguente indirizzo <https://riviste.unimi.it/index.php/SED/article/view/14670>, (ultima consultazione 03/09/2021). Cfr. anche G. BETTIMELLI, *Chi ammettere alle cure? Chi curare per primo? Il triage estremo in corso di disastro pandemico: una riflessione bioetica*, in *Civitas Hippocratica*, 1, 2, 2020, consultabile al seguente indirizzo, <http://www.amci.org/index.php/eventi/732-il-vivere-ed-il-morire-in-uno-sguardo-di-giuseppe-battimelli>, (ultima consultazione 03/09/2021).

precauzione, che diviene altresì ragione giustificante per la limitazione di alcune libertà, ma anche di diritti individuali connessi al fondamentale diritto alla salute, se vi è un rischio<sup>75</sup> per la salute collettiva. Si obietterà: i principi e i diritti fondamentali devono essere bilanciati in relazione alla situazione effettiva e concreta, di pericolo e di emergenza. Questo deve essere senza dubbio un criterio da non scordare, nella specificazione delle regole giuridiche proprie di una pandemia; il problema principale risiede, tuttavia, nel ritenere che l'interesse della collettività non sia bilanciato con i diritti fondamentali dei singoli ma, paradossalmente, sia sempre prevalente in casi di emergenza, come in un contesto di pandemia. Questo sarebbe un altro elemento che porta a considerare che si stia andando verso un nuovo modello di società in costruzione, la società dell'emergenza<sup>76</sup>, in cui è legittimato il ritorno al principio di autorità.

Va qui precisato che non si intende sostenere che limitazioni a diritti fondamentali dei soggetti in un'emergenza pandemica siano sempre ingiustificati. Si vuole, invece, affermare che non deve valere l'opposto, cioè che, in un contesto emergenziale, e nei documenti volti alla gestione di future pandemie, i diritti soggettivi, specie quelli direttamente connessi al fondamentale diritto alla salute, non dovrebbero sempre cedere di fronte all'interesse della collettività, perché si rischia di porre pericolose premesse, che porterebbero ad uno *slippery slope*. Immaginiamo che sia prescritto e si radichi nelle prassi un modello come il seguente: se la tutela della salute collettiva in caso di pandemia deve sempre prevalere, perché è la situazione emergenziale stessa che lo impone; se, inoltre, per raggiungere questo obiettivo è necessario convogliare tutte le risorse disponibili nella gestione pandemica, sacrificando altri ambiti, tanto riguardo all'erogazione concreta di cure, quanto in riferimento ai diritti dei cittadini; allora, anche se ci fosse una dolorosa situazione che porta danni o svantaggi ai singoli, ma che preserva la salute collettiva dall'epidemia, questa scelta sarebbe comunque legittima (sia sul piano etico, sia su quello giuridico).

Una enunciazione così ampia e generale farebbe pensare che sia ovvio e ragionevole ritenere che, ad esempio, si debbano chiudere per un certo periodo negozi, talune attività commerciali, le scuole e che sia giusto chiedere ingenti sacrifici ai cittadini, a molti professionisti etc. Il problema non trattato nel Piano, in relazione a questo specifico punto, riguarda il fatto che, se non si precisano i criteri, gli ambiti, in sintesi la portata e l'incisività che la tutela della salute collettiva impone riguardo alla limitazione dei diritti individuali, si finirebbe col giustificare situazioni, che non solo ridimensionano (legittimamente) "altri diritti soggettivi", come la libertà di impresa, di spostamento, di istruzione, di riunione etc., ma alcuni rilevanti profili soggettivi dello stesso fondamentale diritto alla salute. Infatti, se usassimo questo modello generale, senza tenere in considerazione alcuni elementi peculiari, propri del

<sup>75</sup> Qualche anno fa, nel dibattito etico-giuridico, aveva suscitato un certo clamore l'introduzione dell'espressione "malati di rischio", in relazione al tema dell'uso dei dati genetici. Cfr. M. TAMBURINI, A. SANTOSUOSSO, *Malati di rischio*, Milano, 1999. A diversi anni da allora, con riguardo a mutate condizioni assistenziali, nonché dopo aver implementato il quadro normativo, se prendessimo sul serio quanto scritto nel Piano, saremmo tutti potenzialmente esposti non tanto ad un rischio discriminatorio sulla base di nostri dati genetici, quanto al rischio di rappresentare, attraverso l'esercizio dei diritti individuali collegati al diritto alla salute, un pericolo per la salute collettiva.

<sup>76</sup> Cfr., sul tema, ad esempio, C. LOMBARDO, S MAUCERI, (a cura di), *La società catastrofica. Vita e relazioni sociali ai tempi dell'emergenza Covid-19*, Milano, 2020; cfr. anche E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sistema Penale*, 2021, consultabile al seguente indirizzo <https://bit.ly/3D4IzF5> (ultima consultazione 26/08/2021).

fondamentale diritto alla salute nella sua dimensione soggettiva, arriveremmo ad una situazione paradossale. Se prendessimo per buone le argomentazioni del Piano, dovremmo allora ritenere che il diritto alla salute della collettività vada preservato, a discapito del diritto alla salute individuale, quando tale diritto sia esercitato riguardo a situazioni patologiche che si determinano in un momento di pandemia, ma che non riguardano situazioni direttamente riferibili alla pandemia stessa. Sarebbe allora da considerarsi spiacevole per il singolo cittadino, ma legittimo sul piano istituzionale, che non sia stato possibile garantire buoni livelli di cura e di assistenza a tutti.

Dovremmo a questo proposito ricordare che, da oltre un anno e mezzo, molti cittadini non hanno potuto curarsi, non hanno cioè potuto accedere alle cure di base per gravi patologie (oncologiche, cardiologiche, nefrologiche etc.) perché non è stato concretamente possibile erogare l'assistenza dovuta e necessaria all'esercizio del loro diritto alla salute.

Sarebbe allora un esito sfortunato, ma ciononostante giusto che, come conseguenza, vi sia stato un incremento impressionante di patologie diagnosticate solo in una fase avanzata di malattia<sup>77</sup>, perché il Piano tiene conto delle esigenze del sistema nazionale di fronte ad una pandemia, per gestire la quale si comprimono diritti e si dirottano le risorse solo per ciò che essa determina<sup>78</sup>.

In poche parole, il Piano rischia di non essere adeguato rispetto a ciò che dovrebbe fare: tutelare e garantire i diritti di libertà e di autonomia che connotano il nostro sistema e assicurare standard di cura e di assistenza – quali concrete forme di attuazione del diritto alla salute – certamente in relazione ai bisogni determinati dall'epidemia, ma senza tralasciare il fatto che anche tutti gli altri contesti clinici e terapeutici debbano essere preservati e garantiti.

Dovremmo pertanto chiederci se, davvero, sia sacrificabile la dimensione soggettiva del diritto alla salute, a favore di un prevalente diritto oggettivo alla salute della collettività, che porta ad un radicale ripensamento della rilevanza del diritto alla salute come diritto complesso, e come, soprattutto, diritto di libertà.

Se così fosse, dovremmo ricavare una interpretazione deformata e riduzionistica del diritto alla salute, ridotto al significato di “diritto alla salute della collettività contro la pandemia”, che deve essere rifiutata<sup>79</sup>. Si rileva questo perché la Corte costituzionale, fin dalla sentenza n. 438 del 2008<sup>80</sup>, ha sancito

<sup>77</sup> Nei primi cinque mesi del 2020, ad esempio, sono stati effettuati circa 1,4 milioni di esami di *screening* in meno rispetto allo stesso periodo del 2019. I dati sono forniti dall'Osservatorio nazionale screening (Ons), contenuti nel documento *Rapporto sui ritardi accumulati alla fine di maggio 2020 dai programmi di screening italiani e sulla velocità della ripartenza*, consultabile al seguente indirizzo <https://www.osservatorionazionalecreening.it/content/rapporto-ripartenza-screening-maggio-2020> (ultima consultazione 06/09/2021).

<sup>78</sup> A questo proposito, l'OMS, nel giugno 2020, aveva stilato un documento, una sorta di linea guida, per il mantenimento di adeguati livelli di assistenza in ogni altro settore della sanità, oltre che in quelli direttamente interessati dal Sars – CoV-2, a dire il vero senza che si siano prodotti incisivi risultati o che, almeno in Italia, siano state messe in atto buone pratiche. Il documento *Maintaining essential health services: operational guidance for the COVID-19 context interim guidance* è consultabile al seguente indirizzo: <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-essential-health-services-2020.1> (ultima consultazione 06/09/2021).

<sup>79</sup> Probabilmente, una tale interpretazione del diritto alla salute è dovuta anche al fatto che chi ha redatto il documento ha citato fonti giurisprudenziali non proprio recenti e si è avvalso di contributi accademici ormai da ritenersi risalenti, e per certi aspetti, superati sul tema. Sul punto, cfr. le fonti bibliografiche del Piano, in particolare 15-34.

<sup>80</sup> Cfr. il testo della sentenza n. 438/2008, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.giurcost.org/decisioni/2008/0438s-08.html> (ultima consultazione 10/09/2021).

che vi sono almeno due fondamentali diritti soggettivi direttamente connessi all'esercizio della salute, il diritto di autodeterminazione (come espressione di libertà) e il diritto di ricevere tutte e solo le cure a cui si sia acconsentito, prescrizioni ricavabili dagli articoli 2,13 e 32 della Costituzione. La stessa legge n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, richiamando tali articoli, prevede ipotesi di urgenza o emergenza<sup>81</sup>, ma in nessun caso la giurisprudenza costituzionale, la stessa Costituzione o il livello di legislazione ordinaria in tema di salute hanno previsto che situazioni emergenziali possano sospendere l'esercizio del fondamentale diritto alla salute, nella sua dimensione soggettiva<sup>82</sup>.

Ci si sarebbe aspettati, almeno nell'impianto normativo generale, di trovare un esplicito richiamo al principio di uguaglianza, così come prescritto all'articolo 3 della Costituzione. Tale principio, nel qualificare come illeciti disuguali trattamenti riservati ai cittadini (e a tutti gli individui) sulla base delle "condizioni personali", tra le quali sono in primo piano le condizioni di salute, offre la prima forte ragione giuridica, oltre che etica, per garantire a tutti il diritto a una assistenza adeguata e dignitosa, senza distinzioni tra contesto pandemico e contesto non pandemico. Una lettura costituzionalmente orientata del significato di "salute collettiva", sarebbe, semmai, quella volta ad esplicitare, anche in un contesto emergenziale, il profilo universalistico del Sistema sanitario<sup>83</sup>, che di fronte ad una (nuova) pandemia, pur con le difficoltà gestionali e organizzative di cui abbiamo avuto esperienza, deve essere capace di far fronte alla complessità che si determina, senza preconstituire un impianto normativo che possa giustificare la mancata erogazione di prestazioni individuali, perché non funzionali rispetto all'obiettivo di preservare la salute a livello sovraindividuale.

Pertanto, non solo richiamando la posizione gerarchicamente subordinata delle regole contenute nel Piano alle altre fonti del sistema<sup>84</sup>, ma anche in relazione ai contenuti poco sopra esaminati, non si può ritenere vincolante e nemmeno una interpretazione autentica la ridefinizione del diritto alla salute offerta nel documento, che ne ha evidenziato il significato di diritto soggettivo ausiliario ed eventuale, rispetto ad esigenze collettive. Un tale sacrificio non è logicamente accettabile, né giustificabile con riferimento ai principi liberali della nostra Carta e del nostro ordinamento complessivamente considerato, tantomeno è giustificabile sulla base di ragioni di fatto, poiché è da rifiutare la prospettiva di un diritto soggettivo riconosciuto solo in quanto funzionale al raggiungimento di un diritto della collettività. In primo luogo, la salute è (anche) un interesse della collettività, non un diritto di cui goda un ipotetico soggetto sovraindividuale<sup>85</sup>, a meno che non si ritorni ad accettare l'impianto valoriale e

<sup>81</sup> Cfr. il testo della legge, in particolare l'articolo 1, comma 7, consultabile al seguente indirizzo <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/16/18G00006/> (ultima consultazione 10/09/2021).

<sup>82</sup> Riguardo alla complessità del diritto alla salute, che tiene conto anche di diritti soggettivi ad esso direttamente connessi, cfr. *supra*, nota 67.

<sup>83</sup> Sul punto, cfr., di recente, D. TESTA, *Il diritto alla salute in tempo di emergenza: la gestione del Servizio Sanitario Nazionale tra Stato sociale e sussidiarietà*, in *Iusinitinere.it*, aprile 2020, il cui testo è consultabile al seguente indirizzo: <https://www.iusinitinere.it/il-diritto-alla-salute-in-tempo-di-emergenza-la-gestione-del-servizio-sanitario-nazionale-tra-stato-sociale-e-sussidiarieta-26560> (ultima consultazione 22/09/2021); cfr. anche A. CAUDURO, *La garanzia amministrativa della salute e i suoi significati*, in *Federalismi.it*, n1, 2021, il cui testo è consultabile al seguente indirizzo: <https://bit.ly/3ocKkvT> (ultima consultazione 22/09/2021).

<sup>84</sup> Cfr., sul punto, F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2, 2020, 333-360, in particolare 351 e ss.

<sup>85</sup> Cfr. N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*, (a cura di G. FORNERO), Torino, 1998, 640-641.

normativo, tipico delle società arcaiche, nel quale tutte le istanze individuali devono cedere di fronte ad esigenze collettive, o che si affermi che siamo ritornati a preferire una concezione della società intesa come un “Superuomo”, nella quale il tutto vale più delle sue parti<sup>86</sup>. Si inizierebbe a profilare, se così fosse, l’idea che l’intera collettività sia da intendersi come un *unicum* trasformato dalla pandemia, un grande soggetto sovraindividuale, segnato indelebilmente da un connotato di vulnerabilità<sup>87</sup>.

In secondo luogo, se si intende tutelare la salute della collettività da rischi frutto di scelte individuali<sup>88</sup>, data la contingenza pandemica, questo è senz’altro approvabile; tuttavia, i rischi e le scelte capaci di produrre un danno, nel contesto di emergenza, andrebbero precisati, perché una generica affermazione che “scelte di singoli individui” possano minare l’interesse collettivo non è ragione sufficiente per sancire una compressione così significativa dell’autonomia, che di per sé non è un principio, affermando o difendendo il quale, si esponga la comunità ad un danno.

Si potrebbe osservare che il Piano è un documento generale, nel quale è ipotizzato che i diritti soggettivi connessi al diritto alla salute, generalmente inteso, siano limitati o circoscritti in caso di emergenza pandemica.

Se questo fosse il significato emergente dal testo, non si comprenderebbe il continuo riferimento alla prevalenza delle istanze sovraindividuali e alla dimensione solidaristico - collettiva. Non si sostiene, come ricordato, che limitazioni ai diritti soggettivi, anche ai diritti fondamentali, siano sempre illecite, in un contesto emergenziale.

Si vuole tuttavia sottolineare che l’esercizio delle libertà, in tema di scelte sul corpo e sulle cure di un soggetto adulto e capace, scaturenti dall’esercizio del fondamentale diritto alla salute quale diritto soggettivo di libertà, ad esempio, di per sé non può essere disatteso a priori, né l’autodeterminazione può essere cancellata, o non più considerata criterio necessario per predicare l’eticità e la liceità degli interventi clinici, e dei modelli di cura e di assistenza, invocando come clausola generale esclusiva la situazione pandemica.

<sup>86</sup> Si attribuisce ad Aristotele la prima formulazione organicistica della realtà, che lo stesso autore considera espressione di un *tutto* composto da molteplici parti, in cui le singole componenti hanno valore e devono agire in funzione del *tutto*. Cfr. ARISTOTELE, *Fisica*, IV, 6, 194 (27-36) e 213a-b. Per un approfondimento, tra i molti, cfr. E. BERTI (a cura di), *Guida ad Aristotele. Logica, fisica, cosmologia, psicologia, biologia, metafisica, etica, politica, poetica, retorica*, Roma-Bari, 1997; cfr. inoltre J.L. ACKRILL, *Aristotele*, trad. it., Bologna, 1993.

<sup>87</sup> Cfr. C. SARTEA, *Nuovi riflessi del diritto alla salute: la bussola del principio solidaristico nella tempesta pandemica*, in C. PETRINI, G. D’APRILE ET. AL., (a cura di), *Tutela della salute individuale e collettiva: temi etico - giuridici e opportunità per la sanità pubblica dopo Covid-19*, Rapporto ISTAN, Istituto Superiore di Sanità, Roma, 2020, 52-57, in particolare p. 56.

<sup>88</sup> Nel dibattito internazionale si va profilando una corrente critica del c.d. “prioritarismo”, vale a dire di quel movimento che, nelle scelte etico-giuridiche legate alla pandemia, per fornire risposte all’emergenza sociale e sanitaria prodotta, ha individuato come criterio imprescindibile la priorità da accordare ai soggetti fragili, vulnerabili e svantaggiati. Studi hanno dimostrato che nel breve periodo è una risposta appropriata, ma in un piano di lungo corso, a contrasto di un fenomeno pandemico pluriennale e complesso, il “prioritarismo” non può essere l’unico criterio guida per le scelte giuridiche e politiche, senza che vi siano altri gravi e concreti danni nella società, in particolare, rispetto all’erogazione di cure e di servizi sanitari. Sul punto, cfr. L. NIELSEN, *Pandemic prioritism*, in *Journal of Medical Ethics*, febbraio 2021, consultabile al seguente indirizzo doi: 10.1136/medethics-2020-106910 (ultima consultazione 03/09/2021).

## 5. Piano pandemico tra passato e futuro: l'urgenza di un ripensamento

Ad un'attenta lettura, il testo denota una sottovalutazione delle implicazioni etico-giuridiche che da esso discendono, e discenderanno. Si deve però rilevare che, nell'ultimo anno e mezzo, il dibattito bioetico sulla pandemia è stato spesso polemico e generale<sup>89</sup>, o concentrato solo su specifici aspetti<sup>90</sup>, non capace di trovare e presentare criteri adeguati e condivisi delle condotte, che si tradussero in proposte di prescrizioni utili ed efficaci sia per i decisori pubblici, sia per gli operatori che lavorano direttamente a contatto con i pazienti.

La redazione del Piano, tuttavia, è avvenuta in un momento in cui altri, diversi soggetti e istituzioni hanno prodotto documenti per la gestione della pandemia<sup>91</sup>. Nel testo sono infatti espressamente richiamati alcuni interventi recenti del CNB. Come evidenziato da alcuni autori<sup>92</sup>, ci si sarebbe aspettati che fossero quanto meno menzionati anche altri contributi, relativi a ipotesi di gestione operativa già elaborate e discusse, in ragione dell'insufficienza di una mera constatazione che si verificheranno situazioni in cui dovranno prendersi "decisioni etiche impegnative".

Si potrà rilevare che vi è disaccordo istituzionale su quale siano i criteri operativi da preferire<sup>93</sup> in una emergenza pandemica, e che i contributi presenti nel dibattito, a loro volta, non hanno individuato precise e appropriate linee d'azione, al contrario, hanno offerto schemi operativi generici, con

<sup>89</sup> Cfr., ad esempio, J. SAVULESCU, I. PERSSON, D. WILKINSON, *Utilitarianism and the pandemic*, op. cit.; cfr. Anche M. GOLA, D. DONATI, C. TUBERTINI, *Il SSN alla prova dell'emergenza Covid.19*, Bologna, 2021; cfr. altresì G. CIVITARESE, W. MINNELLA, G. PIANA, G. SANDRINI, *L'invasione della vita. Le scelte difficili nell'epoca della pandemia*, Milano – Udine, 2021.

<sup>90</sup> Cfr., ad esempio, J. COLACITO, M. BUFFON, *I dilemmi etici per i professionisti sanitari durante le pandemie: una revisione della letteratura*, in *Scenario*, 38, 2021, 43-48; cfr. A. BENEDETTI, B. GERMANÀ ET. AL., *L'assistenza specializzata gastroenterologica alle malattie dell'apparato digerente nello scenario post-pandemico: urgenti scelte strategiche per la salute degli italiani*, in *Comunicazioni periodiche Fismad*, consultabile al seguente indirizzo <https://www.sigeitalia.it/Docs/Allegati/GastroPostPandemic.pdf>, (ultima consultazione 04/09/2021).

<sup>91</sup> Cfr., ad esempio, G. VICARELLI, G. GIARELLI, *Libro bianco. Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19*, scaricabile al seguente indirizzo: <http://ojs.francoangeli.it/omp/index.php/oa/catalog/book/604> (ultima consultazione 03/09/2021); cfr. *supra*, nota 24, per il documento del CNB *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage*; cfr., infine, anche il documento SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibile*, consultabile al seguente indirizzo: [https://www.siaarti.it/news?category\\_id=30452](https://www.siaarti.it/news?category_id=30452) (ultima consultazione 03/09/2021).

<sup>92</sup> Cfr. G.R. GRISTINA, M. PICCINI, *La pandemia e la regola della realtà indicibile*, in *Salute internazionale*, marzo 2021, consultabile al seguente indirizzo <https://www.saluteinternazionale.info/2021/03/la-pandemia-e-la-regola-della-realta-indicabile/> (ultima consultazione 03/09/2021).

<sup>93</sup> Si rinvia alla discussione relativa ai criteri clinici ed extra clinici, in relazione alla priorità da dare ai pazienti e alla allocazione delle risorse ospedaliere, che è stata oggetto del Parere del CNB *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage*, tema altresì trattato dalle raccomandazioni SIAARTI. Sul punto, M. MORI, *Come mai l'emergenza pandemica ha azzerato il consenso informato?* In *Quotidianosanita*, maggio 2020, consultabile al seguente indirizzo [http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo\\_id=85035](http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=85035) (ultima consultazione 04/09/2021); cfr. anche P. BORSELLINO, *CoVid-19: Quali criteri per l'accesso alle cure e la limitazione terapeutica in tempo di emergenza sanitaria?* in *Notizie di Politeia*, 138, 2020, cit.; cfr. C. DEL BÒ, *CoVid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva. Uno sguardo filosofico sulle raccomandazioni SIAARTI*, in *Notizie di Politeia*, 138, 2020, cit.; cfr. infine, D. BATTISTINI, L. MARELLI ET. AL., *L'allocazione delle risorse sanitarie durante la pandemia da CoVid-19: un'analisi comparativa dei documenti della SIAARTI e del CNB*, in *Notizie di Politeia*, 138, 2020, cit.

formulazioni spesso vaghe e ambigue, e sono apparsi di difficile e univoca interpretazione<sup>94</sup>; in breve, ci si è limitati a prescrivere cosa non fare, (non discriminare sulla base dell'età, non tenere conto di criteri che non fossero strettamente clinici etc.), ma indicazioni chiare e precise su cosa fosse eticamente una scelta buona, si trovano a fatica.

Il documento in esame avrebbe potuto tenere in considerazione e, nel caso, elaborare o migliorare i criteri etico-giuridici discussi in altre sedi, per evitare soluzioni di massima, orientate a considerare solo dal punto di vista tecnico una questione che solo tecnica non è, come quella, etico-giuridica dell'esercizio del diritto alla salute e delle scelte allocative e distributive di beni e risorse scarse, in un momento emergenziale.

Se dovessimo immaginare, infine, un profilo rilevante, che andrebbe riconsiderato, dovremmo fare riferimento ai destinatari delle cure, degli interventi e delle risorse sanitarie: i pazienti. In effetti, nel Piano pandemico 2021- 2023, solo nella parte dedicata alla "gestione clinica", si legge che è auspicabile «considerare le valutazioni dell'esperienza e della soddisfazione del paziente nella ricerca di un trattamento per l'influenza pandemica»<sup>95</sup>. Sono i pazienti ad avere in gioco la salute e la vita in una crisi pandemica. Sono le prime risorse di cui prendersi cura. Non sono, invece, dei "consumatori", di cui sia auspicabile avere una *feed back* riguardo alla soddisfazione sulle modalità di cura e di assistenza, come se fosse un questionario relativo ad un qualsiasi servizio reso.

Si potrebbe obiettare che una diversa considerazione dei pazienti possa apparire irrealistica, specie in ragione dell'esperienza maturata nella pandemia di Sars- CoV-2. I "pazienti covid", infatti, nelle situazioni di malattia severa, grave e acuta, si sono trovati nella condizione di far fatica a respirare, prima ancora di poter parlare. Sarebbe pertanto impensabile ritenere che, fattualmente, possano essere sempre in grado di essere inclusi in un qualche processo decisionale, e di esprimere una volontà precisa circa cure e trattamenti. Anche rispetto a tale argomento, tuttavia, bisogna distinguere i fatti dai valori, e quello che è stato, dalla gestione di come dovrebbe essere organizzato uno scenario futuro.

Che di fatto, fin dall'inizio della pandemia (primi mesi del 2020) si siano prodotte situazioni drammatiche o complesse, non giustifica che la sistematica esclusione dei pazienti sia da considerarsi una scelta normativa appropriata, né un modello generale a cui improntare, anche nel futuro, la relazione di cura. In breve, la criticità che si è avuta nelle varie fasi pandemiche non può essere l'argomento per giustificare la scelta istituzionale di considerare i pazienti meri destinatari di cure passivamente accettate.

I pazienti sono i primi co-protagonisti, insieme agli operatori sanitari, delle cure che devono essere riorganizzate, ripesate etc.: pertanto, non sarebbe stato impossibile dedicare una parte del Piano a questo specifico profilo, e ipotizzare diversi scenari-modello rispetto ai quali gli operatori devono essere preparati<sup>96</sup> e rispetto ai quali bisognerebbe riprogettare e implementare i criteri adeguati per i vari *setting* di cura, anziché accettare che si realizzi un modello generico e lacunoso per la gestione dei servizi erogati, calato dall'alto. Per esempio, per quanto attiene ad una migliore gestione dei pazienti,

<sup>94</sup> Cfr. D. BATTISTINI, L. MARELLI et. al., *op. cit.*, 38.

<sup>95</sup> Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 89.

<sup>96</sup> Nel piano, in effetti, vi è una sezione dedicata alla formazione continua degli operatori, che però è declinata come formazione tecnica, e mai considerata come formazione soprattutto etica, da accompagnarsi ad opportune esercitazioni pratiche. Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 61 e ss.

come peraltro raccomandato dal CNB, proprio in casi di pandemia, il ricorso alle Disposizioni anticipate di trattamento (DAT) appare imprescindibile, non meno che la pianificazione condivisa delle cure, fin dove praticabile.

## 6. Alcune note conclusive

L'analisi compiuta ha dato conto di criticità presenti nel testo che hanno evidenziato la complessità dei molti ambiti che devono essere presi in esame e rispetto ai quali si rendono necessari criteri etico-giuridici chiari e condivisi, quando si fronteggia una pandemia e quando ci si prepara per una migliore gestione di una crisi pandemica futura.

Forse, specie nelle prime fasi della pandemia da Sars-CoV-2, anche in ragione dell'incertezza e della frammentarietà delle soluzioni a disposizione<sup>97</sup> e fino a che non fossero stati disponibili i vaccini, si sono prese decisioni per tamponare le criticità, man mano che si presentavano. Per alcune settimane dall'inizio della pandemia si è sottovalutato il problema, si è giunti solo dopo molti mesi ad avere alcune (poche) certezze riguardo alla natura e agli sviluppi del virus<sup>98</sup>, si sa ancora poco riguardo alle dinamiche di *spread*<sup>99</sup> e vi sono posizioni contrastanti riguardo alle terapie sintomatiche da ritenersi adeguate<sup>100</sup>.

Ammettiamo che, per quanto fin qui avvenuto, tutti questi elementi non fossero diversamente gestibili e che, nella gestione drammatica della pandemia, si realizzino situazioni in cui non c'è tempo per una adeguata e immediata risposta ai molti fronti aperti.

Questo ha comportato alcune rilevanti conseguenze nella pandemia di Sars-CoV-2, in particolare in relazione al segmento delle scelte microallocative, che si sono tradotte nella difficoltà enorme di erogare cure adeguate nelle strutture ospedaliere, che hanno dovuto reggere, specie nelle prime fasi, il peso maggiore di una impreparazione generale.

Se il Piano 2021- 2023 deve servire a evitare il ripetersi delle criticità che si sono verificate col Sars-CoV-2, significa che tutti i segmenti del Sistema (decisionali-politici, giuridici, organizzativi, allocativi etc.) dovranno agire in modo radicalmente diverso da quanto avvenuto<sup>101</sup>, in particolare quelli che

<sup>97</sup> Il virus da Sars-CoV-2 è stato isolato in Italia il 1 febbraio 2020 da tre ricercatrici, virologhe e microbiologhe romane, che lavorano all'Ospedale Spallanzani di Roma. Cfr. <https://www.repubblica.it/salute/2020/02/02/news/coronavirus-il-dream-team-di-tre-donne-e-due-uomini-che-ha-isolato-virus-allo-spallanzani-247405911/> (ultima consultazione 05/09/2021).

<sup>98</sup> Si rinvia al report dell'OMS, che ha analizzato diverse ipotesi di origine del virus, il cui testo è consultabile al seguente indirizzo: (<https://www.who.int/health-topics/coronavirus/origins-of-the-virus> (ultima consultazione 05/09/2021).

<sup>99</sup> Cfr., ad esempio, J.T. BROOKS, J.C. BUTLER, *Effectiveness of Mask Wearing to Control Community Spread of SARS-CoV-2*, in *JAMA*, n 325, 998–999, consultabile al seguente indirizzo doi:10.1001/jama.2021.1505, (ultima consultazione 06/09/2021); cfr., inoltre, quanto pubblicato da *Scientific American*, al seguente indirizzo <https://www.scientificamerican.com/article/flu-has-disappeared-worldwide-during-the-covid-pandemic1/> (ultima consultazione 06/09/2021).

<sup>100</sup> Cfr., *infra*, nota 104.

<sup>101</sup> Questa è la posizione espressa da un gruppo di studio internazionale, indipendente dall'OMS, che ha messo in evidenza le molte lacune e inefficienze, l'impreparazione e l'inadeguatezza della gestione internazionale, specie delle prime fasi in cui si ha avuto notizia della pandemia, e che ha pubblicato i risultati dell'indagine nel documento *COVID-19: Make it the Last Pandemic*, il cui testo è consultabile al seguente indirizzo <https://reliefweb.int/report/world/covid-19-make-it-last-pandemic> (ultima consultazione 06/09/2021).

precedono decisioni, organizzazione e interventi da erogarsi ai livelli inferiori, come ad esempio negli ospedali, nei Pronto Soccorso o nei reparti. Discorso analogo andrebbe fatto riguardo ai criteri di riorganizzazione delle realtà concorrenti a quelle ospedaliere, come le cure domiciliari e territoriali. Tale riconfigurazione deve avere almeno due scopi prioritari e comuni, vale a dire evitare il ripetersi di una pressione eccessiva sulle parti del sistema sanitario più direttamente interessate dalla cura dei soggetti e scongiurare che, fattualmente, un diritto fondamentale – il diritto alla salute – sia reso impraticabile, prima ancora che da limitazioni contenute in norme emergenziali, dall'impreparazione, dall'insufficienza o dall'inadeguatezza di strutture e risorse, a tutti i livelli.

Questo implica una diversa considerazione degli attori in gioco, dai livelli politico-amministrativi (delle strutture a livello nazionale e locale, delle realtà centrali o decentrate etc.) ai pazienti (assistiti in Rsa, nei Pronto soccorso, nei reparti di ospedale, o a casa). La rimodulazione dovrebbe allora avvenire alla luce di criteri, etici e giuridici, esplicitati e coerenti col nostro ordinamento.

Possiamo sintetizzare alcune osservazioni conclusive, che danno conto di questioni non ben chiarite o non adeguatamente considerate nel Piano.

Risultano sottaciute nel documento alcune ragioni di principio<sup>102</sup> relative ad un'auspicabile e più precisa ridefinizione dei principi dell'etica biomedica. Un maggiore e meglio precisato significato di giustizia allocativa, ad esempio, avrebbe consentito di pianificare e di preservare a tutti i livelli, ed in particolare a quelli di microallocazione inferiore (strutture, ospedali, cure domiciliari etc.), il diritto all'accesso alle cure e all'assistenza per tutti, quantomeno ipotizzando di garantire una parte delle risorse per mantenere almeno un livello base di assistenza sanitaria generale, per patologie e interventi diversi da quelli strettamente connessi o discendenti dall'infezione virale. Allo stesso modo, ci si sarebbe attesi una maggiore attenzione all'autonomia dei soggetti (perché includere, se e fin dove possibile, i pazienti in ciò che loro ritengono sia un vantaggio, sia ciò che vale la pena fare, consente una migliore gestione e una più efficiente allocazione delle risorse<sup>103</sup>), indicando, per i pazienti direttamente colpiti dal virus, protocolli appropriati<sup>104</sup> di cure per l'assistenza domiciliare, di struttura, di reparto etc.; sarebbe stato altresì appropriato precisare che, laddove questo non sia praticabile, si deve perseguire, in qualunque

<sup>102</sup> Cfr. P. BORSELLINO, *op. cit.*, 26 e ss.

<sup>103</sup> Cfr. L. FORNI, *op. cit.*, 196 e ss.

<sup>104</sup> I protocolli di cura sintomatica, ospedaliera e domiciliare, meriterebbero una trattazione a parte, per via dei molti profili emersi e delle conseguenze, non solo sul piano etico-giuridico, implicate dal tema. Si pensi, ad esempio, che dopo una vivace battaglia legale, il Consiglio di Stato, con ordinanza n.2221/2021 del 23 aprile 2021, ha accolto l'appello proposto dal ministero della Salute e da Aifa (Agenzia italiana del farmaco) contro l'ordinanza cautelare n. 1412/2021 del 4 marzo 2021 del Tar del Lazio: con essa tale Collegio aveva disposto la sospensione della nota Aifa del 9 dicembre 2020, che dettava le linee guida per curare a domicilio le persone colpite da Covid-19, prevedendo unicamente somministrazione di paracetamolo e "vigile attesa". Cfr. testo della sentenza del Consiglio di Stato, consultabile al seguente indirizzo <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato344332.pdf> (ultima consultazione 11/09/2021). Tale ordinanza del Consiglio di Stato, tuttavia, pare contraddire un'altra ordinanza, emessa sempre dal Consiglio di Stato, di poco precedente, la n. 7097 dell'11 dicembre 2020, con la quale il supremo tribunale amministrativo aveva sancito che la scelta di utilizzare o meno un certo farmaco (come ad es. l'idrossiclorochina) in una terapia anti Sars-CoV-2, doveva essere sempre rimessa all'autonomia decisionale e alla responsabilità del medico curante, a seconda del paziente, e del relativo quadro clinico, che il sanitario sta trattando. Il testo dell'ordinanza è consultabile al seguente indirizzo <https://bit.ly/316ctvj> (ultima consultazione 05/09/2021).

livello o contesto, il *best interest* dei soggetti<sup>105</sup>. In considerazione proprio del miglior interesse dei soggetti, in applicazione del principio di beneficenza, ed ipotizzando il permanere di una pandemia a fattore virale con le caratteristiche di quella in atto, si dovrebbero chiarire i riferimenti organizzativi e fornire prescrizioni per la gestione dei pazienti non più capaci. Si dovrebbe agire, ad esempio, per il sollievo dal dolore e dalla sofferenza, con adeguati strumenti di sedazione, di palliazione e di assistenza continua e di cooperazione tra le équipes di cure palliative e gli altri specialisti sul campo. Si sarebbe dovuto trovare espresso almeno questo criterio generale, che implica la redazione di precisi piani e obiettivi particolari di organizzazione e gestione delle risorse, come ad esempio la predisposizione di piani di formazione per tutto il personale che, invece, sono solo accennati<sup>106</sup>, oltre al coordinamento tra gli operatori sanitari di tutte le specialità e gli specialisti in cure palliative<sup>107</sup>. In considerazione di questi ultimi rilievi, non sarebbe stato irrealistico aspettarsi che ci fossero adeguati rinvii sia alla legge n. 38/2010<sup>108</sup>, sia alla legge n. 219/2017, del tutto mancanti, invece, nel testo del Piano<sup>109</sup>.

Riguardo ad alcune criticità di natura fattuale, si può rilevare che, come è stato argomentato nei paragrafi iniziali, tra le azioni di *preparedness* elencate nel testo, non ne sono state considerate alcune di particolare importanza: non vi sono, ad esempio, specificazioni né per la gestione dei *triage*<sup>110</sup> in fase inter-pandemica o nelle fasi di pandemia acuta; non vi sono prescrizioni precise per le vaccinazioni<sup>111</sup>, nella fase inter-pandemica o post-pandemica, così come non si trovano prescrizioni dettagliate riguardo l'incremento di risorse specifiche, quali, ad esempio, le assunzioni stabili di nuovo personale, o l'aumento di posti-letto ospedalieri o di quelli delle terapie intensive. Ripensare i segmenti più critici di cura e di assistenza è importante, se si intende garantire, anche prospetticamente, un buon livello di prestazioni sanitarie e se si vuole attuare l'obiettivo di realizzare concrete azioni di contrasto alla pandemia.

<sup>105</sup> Cfr., sul punto, S.R. PÓZON, B.R. DEL OLMO, *A conceptual proposal of the Best Interest Criterion*, in *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, 49, 2020, 7-43; cfr., tra i molti contributi sul tema, i saggi raccolti da C. FARALLI (a cura di), *Informed consent in medicine: ethical and juridical aspects*, numero monografico di *Salute e Società*, Milano, 2013.

<sup>106</sup> Cfr. *retro*, ultima parte del paragrafo 3.

<sup>107</sup> In proposito, si ricorda che con la legge n. 77 del 17 luglio 2020, che ha convertito in legge il Decreto Legge 19 maggio 2020 n. 34, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, è stata istituita la Scuola di specializzazione in Medicina e Cure Palliative a decorrere dall'anno accademico 2021-2022 ed è stato introdotto il Corso di Cure Palliative Pediatriche nell'ambito dei corsi obbligatori delle scuole di specializzazione in pediatria. Cfr. il testo della legge, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/07/18/180/so/25/sg/pdf> consultabile a questo indirizzo (ultima consultazione 09/09/2021).

<sup>108</sup> Cfr. legge n. 38/2010, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, il cui gesto è consultabile al seguente indirizzo <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?aggiornamenti=&attoCompleto=si&id=32922&page=&anno=null> (ultima consultazione 04/09/2021).

<sup>109</sup> L'espressione "cure palliative" compare una sola volta, in una delle tabelle conclusive del Piano, come una delle tante azioni di rafforzamento, prevista solo per le cure territoriali, escludendo, pertanto, che le cure palliative possano e debbano affiancare gli altri professionisti, in tutti i *setting* di cura e di assistenza ospedalieri. Cfr. *Piano strategico-operativo nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale (PanFlu) 2021-2023*, 114.

<sup>110</sup> Cfr. *supra*, paragrafo 3.1.

<sup>111</sup> *Ibidem*

Pare pertanto difficile sostenere che il documento in esame possa rappresentare un modello adeguato di riferimento sia in relazione ai principi etico-giuridici in esso presenti, sia riguardo all'organizzazione e alla complessiva gestione delle risorse.

A più di un anno e mezzo dall'esplosione della pandemia, e riflettendo sul fatto che il Piano 2021-2023 è pensato per far fronte a situazioni pandemiche future, sarebbe auspicabile che venissero meglio precisati i criteri prescrittivi a cui improntare le condotte di tutti coloro che sono coinvolti nell'articolazione del Sistema sanitario, chiarendo quali scelte organizzative sono da preferire o privilegiare, in quanto azioni doverose<sup>112</sup>, frutto di valutazioni etico-giuridiche, oltre che politiche.

I diritti individuali (come, ad esempio, il diritto a prestazioni sanitarie erogate con continuità; il diritto a essere protagonisti nella decisione e nella pianificazione delle cure, se e fin dove possibile; il diritto a ricevere sollievo dal dolore) connessi al fondamentale diritto alla salute, anche nella sua dimensione di "interesse della collettività", avrebbero meritato maggiore considerazione, per evitare distorsioni o compromissioni di libertà e spazi di autonomia individuali, che dovrebbero essere garantiti e tutelati, specialmente in un momento di pianificazione, volta alla miglior futura gestione di situazioni di crisi sanitaria o di emergenza pandemica.

Certamente, si è consapevoli che è difficile stilare un documento di contrasto ad una pandemia così preciso, da non scontentare nessuno e da poter essere facilmente tradotto e ben impiegato in tutti i livelli decisionali, nei servizi di cura e di assistenza. Vi è la possibilità che il Piano sia rivisto, migliorato e dettagliato; tuttavia, tacerne le criticità, specialmente riguardo ai profili etico-giuridici, non serve a nessuno e, anzi, sarebbe un'occasione persa per un dialogo istituzionale che è fortemente mancato<sup>113</sup>, e che deve essere ristabilito per dare effettive e appropriate risposte non solo per le generazioni presenti, ma pensando anche a quelle future<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Cfr. J.N. FAHLQUIST, *The moral responsibility of governments and individuals in the context of the coronavirus pandemic*, in *Scandinavian Journal of Public Health*, febbraio 2021, consultabile al seguente indirizzo: <https://doi.org/10.1177/1403494821990250> (ultima consultazione 10/09/2021).

<sup>113</sup> Cfr., ad esempio, M. HÄYRY, *The COVID-19 Pandemic: Healthcare Crisis Leadership as Ethics Communication*, in *Cambridge Quarterly Healthcare Ethics*, 1, 2021, 42-50; cfr., inoltre, K. ORFALI, *op. cit.*, in particolare 21-22.

<sup>114</sup> Cfr. Art. 16 *Déclaration Universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, Unesco, 2005, il cui testo e commento è stato offerto da L. FORNI, *Presentazione e commento della Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme dell'UNESCO*, in *Notizie di Politeia*, 87, 2007, 39-54.