

Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico.

Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*

Gianluca Ruggiero**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Regole di *soft law*, obblighi di agire e conflitto di doveri. – 3. Conflitto di doveri e situazioni (non solo salvifiche) di necessità. – 4. Stato di necessità aggressivo. Un trionfo delle dottrine utilitariste? – 5. Conclusioni.

ABSTRACT:

Il triage ospedaliero durante la pandemia da Covid19 ha imposto difficoltà decisionali di allocazione delle risorse disponibili. In particolare, si esamina l'efficacia delle linee guida emanate da varie associazioni di categoria o anche da enti pubblici e la loro ricaduta sul sistema penale che già contempla situazioni scriminanti fondate sull'eccezionalità.

Triage during the Covid-19 pandemic can impose difficult allocation decisions when demand for mechanical ventilation or intensive care beds greatly exceeds available resources. In particular, we will examine the effectiveness of the guidelines issued by various medical or ethic associations or even public bodies and their impact on the criminal Law system that already includes causes of justification based on exceptional reasons.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore associato di Diritto penale nell'Università del Piemonte Orientale, Fellow Alexander von Humboldt Foundation, gianluca.ruggiero@uniupo.it.

1. Introduzione

Le situazioni drammatiche cui abbiamo assistito a partire dal 21 febbraio 2020 ed alle quali assistiamo in questo secondo ritorno del virus SARS-CoV-2, con le gravi malattie polmonari che questo implica, si sono accompagnate, a seguito della diffusione massiccia ed incontrollabile del virus, ad una richiesta superiore alle capacità di intervento del sistema sanitario nazionale, con conseguente congestione delle unità di terapia intensiva, in particolare di strumenti di ventilazione assistita (in modo più o meno invasivo) e per periodi più o meno lunghi di tempo¹.

Triage (dal francese *Trier*: classificare) è un termine originante dalla medicina militare, significa prioritizzare le prestazioni di medicina d'urgenza, affinché non si producano conseguenze più gravi, fra le quali la morte. Ciò ovviamente pone la questione circa i criteri cui far ricorso per stabilire “chi viene prima” nel trattamento sanitario, criteri che già da tempo la medicina d'urgenza – segnatamente la medicina delle catastrofi – ha cercato di stabilire, ma non certamente irrigidito, e rimesso in discussione proprio con l'avvento della pandemia Covid19 la quale ha portato a ripensare, sia le strutture sanitarie, convertendole, ampliandole e riconvertendole, sia le stesse linee guida dei *trriages* ospedalieri².

Il punto di partenza, osservato da tutte le società di terapia intensiva e dai comitati etici di molti Paesi europei, è rappresentato dalla congestione delle unità terapeutiche per i pazienti che necessitano di ventilazione assistita, verso una “saturazione” del sistema che, di fronte ad una scarsità di mezzi, deve operare una selezione³.

¹ Situazione diffusa a livello europeo. Cfr. D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, in *Medizin Recht*, 2020 (38), pp. 627 ss.; A. ALQUÉZAR-ARBÉ, *Impacto organizativo de la pandemia COVID-19 de 2020 en los servicios de urgencias hospitalarios españoles: resultados del estudio ENCOVUR*, in *Emergencias*, 2020, pp. 320 ss.

² M. PAGANINI-A. CONTI-E. WEINSTEIN-F. DELLA CORTE-L. RAGAZZONI, *Translating COVID-19 Pandemic Surge Theory to Practice in the Emergency Department: How to Expand Structure. Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, in *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, Cambridge University Press, 2020, pp. 1 ss; S. DÖNICKE, *Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1987.

S. JÖBGES-R. VINAY-V.A. LUYCKX-N. BILLER-ANDORNO, *Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis*, in *Bioethics*, 2020, pp. 948 ss. ed ivi un'analisi comparativa delle raccomandazioni di triage formulate da società professionali nazionali e internazionali fra le quali Australia / Nuova Zelanda, Belgio, Canada, Germania, Gran Bretagna, Italia, Pakistan, Sud Africa, Svizzera, Stati Uniti e della International Society of Critical Care Medicine.

V. anche la recente presa di posizione del Tribunale costituzionale Tedesco: BVerfG, 16 luglio 2020-1 BvR 1541-1520 in www.bundesverfassungsgericht.de avverso un ricorso di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*) che ha sollevato la questione di se e quando un'azione legislativa, in adempimento del dovere dello Stato di proteggere le persone con disabilità, sia costituzionalmente imposta e fino a che punto si estende il raggio di azione del legislatore per valutare e modellare la regolamentazione di specifiche decisioni di prioritizzazione medica. La risposta data dalla terza Camera del primo Senato del Tribunale è negativa, anche se mascherata da una preclusione processuale, poiché la questione sollevata avrebbe richiesto un esame dettagliato non possibile nel contesto di una procedura d'urgenza. Per un commento “a caldo”: A. BRADE-M. MÜLLER, *Corona Triage ohne gesetzliche Grundlage?*, in *JuWissBlog*, 17.8.2020, <https://www.juwiss.de/108-2020/>

In dottrina J. KERSTEN-S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München, C.H. Beck, 2020.

³ A. BRECH, *Triage und Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 48 s.

Le tecniche selettive sono caratterizzate da una accentuata eterogeneità relativamente alle fonti di legittimazione dei criteri: abbiamo, infatti, linee guida derivanti da associazioni di categoria (SIAARTI, DIVI, SFAR etc.) e raccomandazioni associate a linee guida provenienti da corporazioni di più ampio respiro (*Etikrat* tedesco, *FNOMCeO* italiana, *Schweizerische Vereinigung der Forschungsethikkommissionen* etc.)⁴.

La discussione non è certamente solo (bio)etica su come interpretare la finalità di massimizzazione della logica del *triage* e, correlativamente, quali dovrebbero essere i reali criteri in virtù dei quali prioritizzare gli accessi al sistema sanitario ma anche, e in modo rilevante, giuridica⁵.

Oltre questi fragili tentativi di legittimazione normativa del *triage*, se è vero che taluni auspicano una legge che regoli il fenomeno, è altrettanto vero che è nella legge fondamentale che debbono essere trovate le soluzioni a detti conflitti; e non è sempre detto che una legge ordinaria sia in accordo con lo spirito della Costituzione.

Infatti, le decisioni di assegnazione dei posti disponibili vengono prese non dallo Stato, ma secondo un sentire sociale. Dati i rischi reali associati a malattie infettive come il Covid-19, non si tratta più di tutelare singoli cittadini ma la società nel suo insieme, sia dal punto di vista dello Stato sociale che del conseguente obbligo di protezione di beni appartenenti alla comunità. Chiaro appare che la distribuzione delle risorse, sia salvifiche (strumenti terapeutici) che preventive (vaccini), non è operazione semplice e inopinabile anche perché la Legge fondamentale non contiene – né può contenere – disposizioni così dettagliate. Contiene invece i principi generali cui attenersi in un giudizio di proporzionalità a seguito di un bilanciamento razionale di interessi e che rispecchia, in sostanza, l'azione di uno Stato sociale democratico di diritto⁶.

⁴ Cfr., altresì, il documento *Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels*, consultabile al sito www.bundesaerztekammer.de. Per una comparazione fra le *Raccomandazioni di etica clinica per l'assegnazione di trattamenti di terapia intensiva in circostanze eccezionali e con risorse limitate* della SIAARTI del 16 marzo 2020 e il documento *Priorisation des traitements de réanimation pour les patients en état critique, en situation d'épidémie de COVID-19, avec capacités d'accueil de réanimation limitées* della SFAR (Société Française d'Anesthésie-Réanimation) del 3 aprile 2020 v. K. ORFALI, *What Triage Issues Reveal: Ethics in the COVID-19 Pandemic in Italy and France*, in *Journal of Bioethical Inquiry*, 2020, pp. 675 ss.

⁵ D. PICCCHI, *Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen*, in sui-generis.ch/article/view/sg.138/1333. E.J. MANUEL ET ALII, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, in *New England Journal of Medicine*, 2020, pp. 2049 ss. Cfr. altresì il parere del Comitato nazionale per la bioetica dell'8 aprile 2020 <https://www.fedcp.org/images/file/1120/documento-cbn-covid-aprile-2020compressed.pdf>

⁶ BVerfG, Az.: 1 BvR 1541/20, Schreiben an "sachkundige Dritte" v. 28.9.2020, quesito n. 9. In dottrina v. S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, in *Triage in der Pandemie* (a c. di T. Hörnle-S. Huster-R. Poscher), Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 6 ss.

2. Regole di *soft law*, obblighi di agire e conflitto di doveri

A prescindere dalla “efficacia” di dette fonti, comunemente definite di “soft law”, e conseguente “validità” per la materia penalistica⁷, sul sanitario che prende in carica un paziente grava un dovere che viene comunemente definito “di garanzia”, costruito sull’obbligo, penalmente sanzionato, di impedire l’evento attraverso la “clausola di equivalenza” di cui all’art. 40, comma II, c.p. per il quale il mancato adempimento alla pretesa normativa di fare equivale a cagionarlo⁸.

La presenza di più soggetti “pazienti” istituisce più posizioni di garanzia, alle quali corrispondono altrettanti doveri di intervenire cui però si ricollegano altrettante possibilità di agire, di un comportamento cioè esigibile nei confronti del garante.

L’“esigibilità” è una nota caratteristica che accomuna la causalità omissiva, la colpa omissiva, e – per quanto qui interessa – le scriminanti dello “stato di necessità” (art. 54 c.p.) e dell’“adempimento di un dovere” (art. 51 c.p.)⁹.

Queste ultime rappresentano situazioni di conflitto di doveri e di obblighi e la *ratio* dell’esclusione dell’illiceità è la stessa in ambo i casi: un’esigenza di solidarietà congiunta ad un bilanciamento di interessi.

È indiscutibile che negare il trattamento medico ad un paziente, nella specie l’uso di un respiratore artificiale come terapia indicata, pone, oltre alle ricordate questioni etiche, problematiche di rilevanza costituzionale nella misura in cui entrano in gioco i diritti fondamentali della vita e dell’integrità fisica di una pluralità di cittadini, di fronte ai quali lo Stato ha un dovere di protezione, così come il diritto alla salute di molti, per cui si pongono delicati problemi di bilanciamento anche rispetto alla dignità umana.

⁷ Ritieni le regole di “soft law” appartenenti alle fonti del diritto, con opportuni distinguo, G. SALCUNI, *La «disciplina altrove». L’abuso d’ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, ESI, 2019, pp. 16 ss.

⁸ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 274 s.; V. LIPP, *Die ärztliche Hilfspflicht*, in *Arztrecht* (a c. di A. Laufs-C. Katzenmeier-V. Lipp), 8^a ed., München, C.H. Beck, 2020, pp. 97 ss.; BOSCH N., *Grundlagen der Strafbarkeit*, in *Strafgesetzbuch. Kommentar* (a c. di A. Schönke-H. Schröder), 30^a ed., 2019, München, C.H. Beck, § 13, Rdnr. 28a; A. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, Stuttgart, Thieme, 1992, p. 157.

⁹ In argomento, per tutti, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000, 303 s. il quale rileva che l’inesigibilità di una condotta diversa è alla base delle c.d. “scusanti”, non delle cause di giustificazione il cui fondamento riposa nel bilanciamento di interessi.

Che i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di dignità (art. 2 Cost.) condizionino altresì la ponderazione degli interessi in gioco (conseguenti alle distribuzioni di limitate risorse terapeutiche)¹⁰ è questione cruciale nel dibattito penalistico contemporaneo¹¹. Stato di necessità e conflitto di doveri sono in realtà figure autonome: il primo rientra in quelle situazioni che denominiamo “facoltà”, dove l’agente decide se adottare il comportamento o di non adottare il comportamento. Viceversa, in caso di conflitto di doveri, si deve scegliere tra l’adozione del comportamento A e l’adozione del comportamento B, entrambi imposti¹².

Ciò è dovuto al fatto che l’azione intrapresa in stato di necessità è quella dalla quale l’agente, in via preliminare, dovrebbe astenersi (pericolo non altrimenti evitabile), potendo agire solo se costretto dalla necessità; mentre, nel conflitto di doveri, l’agente deve scegliere tra diverse procedure che è, in linea di principio, obbligato a eseguire. In quest’ultimo caso, quindi, l’agente deve agire in una direzione o nell’altra o in entrambe e ciò avviene sia nei casi in cui entrano in conflitto principalmente doveri di azione, sia in quelli in cui confliggono doveri di azione e di omissione.

L’opzione, seguita dalla maggior parte della dottrina, di trattare quest’ultimo tipo di conflitti invocando i criteri dello stato di necessità sembra tradire il presupposto che il dovere di omettere prevale sempre sul dovere di agire, in modo tale che all’agente, in casi eccezionali, potrà essere concesso di adempiere al dovere di agire e contravvenire all’obbligo di astensione, ma mai un obbligo di violare il dovere di omettere per adempiere al dovere di agire.

¹⁰ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, pp. 172-173 che considera come «l’art. 2 Cost. esprim(a) nella sua essenza il principio personalista, che... individua innanzitutto una priorità di valore» e «caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità»; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi. it*, 2013, n. 17.

¹¹ In generale, sul bilanciamento, sia consentito il rinvio a G. RUGGIERO, *Introduzione al bilanciamento di interessi e Rule of Law nei diritti fondamentali. Una ricostruzione multilivello*, in *Bilanciamento e sistema delle fonti*, a cura di L. Di Carlo, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 131 ss.

Sulla dimensione costituzionale del triage, cfr. A. VOSSKUHLE, *Wer zuerst kommt, mahlt zuerst! - Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung*, in *Die Verwaltung*, 1999, pp. 21 ss. p. 34; A. BRECH, *Triage und Recht*, cit., p. 206 ss.; T.H. WITTE, *Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall*, Baden-Baden, Nomos, 2013, pp. 151 ss.; A.E. BUSCH, *Ärztliche Triage in Friedenszeiten - Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2020, pp. 751 ss.

¹² Da diversa angolazione, ma con conclusioni sostanzialmente analoghe, muove l’analisi di U. NEUMANN, *Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen — Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision“*, in *Festschrift für Claus Roxin* (a. c. di B. Schünemann-H. Achenbach-W. Bottke-B. Haffke-H.J. Rudolphi), Berlin-New York, de Gruyter, 2001, p. 424 s. secondo cui nel § 34 StGB l’interesse tutelato è sostanzialmente predominante, mentre nel conflitto di doveri è sufficiente, perché possa invocarsi la giustificazione, adempiere ad un interesse solo leggermente predominante. I diversi criteri di bilanciamento sono dovuti al fatto che il § 34 StGB riguarda l’invasione di una sfera giuridica altrui e la solidarietà richiesta alla vittima è prevedibile solo in caso di maggior peso dell’interesse salvaguardato dall’autore della condotta che costituirebbe reato, mentre il conflitto di doveri implica la mancata esecuzione di un’azione salvifica a fronte di interessi concorrenti.

Tale presupposto, tuttavia, si rivela insostenibile da un punto di vista metodologico. Infatti, solo una considerazione d'insieme della situazione concreta consentirà di concludere per la prevalenza del dovere di astenersi sul dovere di agire¹³.

La selezione dei criteri dello stato di necessità adeguati ai casi di conflitto tra dovere di agire e dovere di omettere rende impossibile il bilanciamento cui sopra si accennava, in quanto dà una risposta (quella della prevalenza del dovere di omettere) senza la dovuta considerazione della concreta problematicità della situazione di vita e si rivela, per tanto, non accettabile nella sua assolutezza.

I criteri del conflitto di doveri, al contrario, nella misura in cui guidano una ponderazione degli obblighi vincolanti dei doveri in conflitto nella fattispecie complessa oggetto di decisione – richiedendo quindi un'attenta considerazione dei vari fattori del caso che influenzano tale valutazione – lasciano inalterata la domanda di partenza e cioè se è giusto concludere per la prevalenza del dovere di astenersi.

Queste diatribe metodologiche non sono prive di significato pratico.

Supponiamo, ad esempio, che il paziente A arrivi in ospedale con un urgente bisogno di essere collegato alla macchina che tiene in vita il paziente B; c'è solo un'altra macchina in un altro ospedale; quel paziente B può essere trasferito senza rischi significativi, ma il paziente A non può più aspettare. Una considerazione complessiva dei doveri che gravano sul sanitario, sembra ragionevole affermare la prevalenza del dovere di agire (collegare il paziente A alla macchina) sul dovere di astenersi (interrompere il trattamento di B).

Le conseguenze pratiche sono evidenti: se si sceglie di non spegnere la macchina e si lascia morire A, il medico avrà omesso di adempiere al dovere prevalente: egli aveva il dovere, non solo la facoltà, di trattare A, quindi l'omissione può essere considerata tipica e illecita, non scriminata dal conflitto di doveri.

Se, al contrario, si sostiene che l'azione di interruzione del trattamento di B sia giustificata dalla necessità di salvare A dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, non si comprenderebbe la punizione della corrispondente omissione (aggressiva), poiché si tradurrebbe nell'irrogazione di una pena per aver omesso di porre in essere una condotta facoltizzata (non imposta).

3. Conflitto di doveri e situazioni (non solo salvifiche) di necessità

In una situazione di conflitto di doveri, quando, in altri termini, gravano sull'agente più obblighi e non essendo possibile adempiere a tutti, in mancanza di un criterio legale

¹³ In generale, sul punto, H. OTTO, *Rechtfertigende Pflichtenollision*, in *Handbuch des Strafrechts* (a c. di E. Hilgendorf-H. Kudlich-B. Valerius), vol. II, Heidelberg, C.F. Müller, 2020, pp. 634 ss.

(l'obbligo deve essere sempre giuridico) dovrebbe valere il ricorso ai principi generali in materia di conflitto di doveri "intrasistemico"¹⁴.

Nella dottrina straniera si argomenta che tutti i conflitti fra un dovere di agire e un dovere di omettere costituiscono una situazione classica di stato di necessità (aggressivo) da risolversi, come avviene nel sistema tedesco, conformemente al § 34 dello *StGB*¹⁵.

Poiché detta disposizione esige, per poter giustificare la lesione di interessi di un terzo innocente, la salvaguardia di un interesse di maggior valore rispetto a quello sacrificato, non sembra invocabile nella situazione che ci occupa, dove gli interessi in gioco sono di valore equivalente (imponderabilità della vita umana). L'estubazione del paziente con minori probabilità di sopravvivenza non potrebbe rientrare nell'abito scriminante del § 34 citato¹⁶. Nell'esegesi della norma sullo stato di necessità scriminante non è immaginabile – come nel caso prospettato – un obbligo di realizzare ciò che è vietato¹⁷. Da altra parte, sotto un profilo gius-filosofico, la preminenza del dovere di astenersi di fronte al dovere di agire si basa o sul minor peso dell'illecito omissivo o su una ritenuta prevalenza dello *status quo ante*¹⁸.

Questa seconda opzione interpretativa è largamente seguita dalla dottrina tedesca e spagnica¹⁹, secondo cui il diritto penale mira a proteggere una data situazione di vita in modo che, se agisce, incidendo, su una situazione dilemmatica, è necessario che l'agente salvaguardi un interesse superiore, in mancanza del quale si impone di lasciare che le cose seguano il loro corso naturale, piuttosto che arrogarsi presuntuosamente la "facoltà di giocare ad essere Dio" o di "manipolare il destino altrui"²⁰.

La riconducibilità alla scriminante dell'adempimento di un dovere od allo stato di necessità viene risolto a favore di quest'ultima ipotesi giustificante, osservando che ove la legge non ponga un conflitto fra doveri e non lo risolva espressamente, attribuendo rilevanza maggiore ad uno o all'altro interesse ovvero non offrendo all'interprete "indizi" su come risolvere tali conflitti, caso per caso (attraverso le c.d. clausole di illiceità speciale: indebitamente, abusivamente, senza giustificato motivo etc.)²¹ lascia a costui il compito di affrontare le tipologie dei conflitti "irrisolvibili" conducenti ad una esclusione dell'illiceità

¹⁴ Per la teorizzazione della distinzione fra conflitto di doveri "intrasistemico", riferita al conflitto fra "doveri giuridici" e conflitto "extrasistemico" fra dovere giuridico ed obbligo morale v. E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem». *Sui conflitti tra "impossibile" e "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 106 s.

¹⁵ H. FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9^a ed., München, C.H. Beck, 2020, 17Rn. 9.

¹⁶ Per tutti C. ROXIN-L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd 1., *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5^a ed., München, C.H. Beck, 2020, p. 888 ed *ivi* ulteriori citazioni.

¹⁷ V. ERB, *Rechtfertigender Notstand*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (a c. di V. Erb-J. Schäfer), 4^a ed., München, C.H. Beck, 2020, p. 1785 ss.

¹⁸ T. WALTER, *Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen*, cit., p. 673.

¹⁹ I. COCA VILA, *La colisión entre razones de obligación en Derecho penal*, in *InDret*, 2017, pp. 3 ss.

²⁰ T. RÖNNAU-K. WEGNE, *Grundwissen – Strafrecht: Triage*, in *Juristische Schulung*, 2020, p. 405.

²¹ E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem», cit., p. 121 ss.

penale senza dover ricorrere ad – ancora dubbie – ipotesi di cause di esclusione della colpevolezza²².

La riconducibilità delle suesposte ipotesi alla scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. consente di superare anche l'(apparente) ostacolo della ponderazione dei beni giuridici protetti, essendo tutti di valore equivalente (vita, incolumità personale) e il – questa volta – reale valore dei beni giuridici in gioco, potendo dare prevalenza alla condotta volta a scongiurare un pericolo per la vita rispetto al pericolo non mortale per la salute. La gravità del danno o il grado di pericolo di concretizzazione del medesimo condizionano la valutazione del sanitario, valutazione che può tuttavia portare anche a ritenere prevalente il bene di minor valore sul concorrente.

È necessario altresì non confondere i termini del discorso: il grado di pericolo, la gravità del pericolo e la probabilità di salvataggio sono punti distinti che meritano considerazioni differenti.

Quando si bilanciano i vari interessi e non vi è prevalenza – in astratto – dell'uno sull'altro (ad es. integrità fisica e sessuale vs. beni della personalità), il medico può scegliere (entro i limiti della necessità scriminante) quale soggetto dovrà salvare, senza che vi sia un criterio di preferenza preindividuato da norme giuridiche o di estrazione secondaria e senza che le motivazioni che lo hanno spinto ad agire (o ad omettere il comportamento doveroso) possano essere oggetto di sindacato, purché esse siano ragionevoli e proporzionate.

Il discorso non può essere svolto – come detto – su di un piano astratto, bensì tenendo conto della specificità delle situazioni in cui si fa questione del bene giuridico vita, bene notoriamente imponderato e imponderabile, quantitativamente e qualitativamente, ricavabile, oltre che dalla tradizione storico-giuridica anche – e soprattutto – dall'attuale assetto costituzionale.

Il medico non è obbligato ad adempiere ad un dovere piuttosto che ad un altro solo perché è destinato a proteggere più vite o persone con determinate caratteristiche (come la nazionalità, l'etnia, l'età, e via dicendo)²³. Se il medico sceglie quindi di salvare la vita di un paziente quando avrebbe potuto evitare la morte di altri due, il suo comportamento è tuttavia giustificato se, ad esempio, sceglie di salvare un soggetto anziano piuttosto che uno giovane o un uomo di una etnia piuttosto che un'altra.

²² L'inesigibilità del comportamento può essere posta a fondamento dell'esclusione della sola antigiuridicità penale, come nello stato di necessità dell'ordinamento italiano (art. 54 c.p.) ovvero come causa di esclusione della colpevolezza, come avviene negli ordinamenti di matrice tedesca o angloamericana. Per un quadro riassuntivo v., di recente, I. COCA VILA, *Conflicting Duties in Criminal Law*, in *New Criminal Law Review*, 2019, pp. 34 ss. anche in riferimento al pensiero di G.B. FLETCHER.

²³ Cfr. il rapporto FNOMCeO e SIAARTI del 31 ottobre 2020 https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/10/DOCUMENTO-FINALE-FNOMCEO_SIAARTI_22-OTTOBRE-2020_x.pdf p. 3 secondo cui l'età biologica non può mai costituire un criterio dirimente.

Uno degli interrogativi sollevati all'inizio riguarda la possibilità di “rinchiudere” la libertà di scelta del medico entro il perimetro di regole o linee guida *ex ante* che impongano o escludano determinati criteri di scelta²⁴.

Nella dottrina italiana il conflitto di doveri terapeutici del medico, in caso di c.d. *scelte tragiche*, viene sciolto nell'ambito dell'adempimento di un dovere ma in una dimensione extralegale, presupponendo risolto il conflitto a livello costituzionale di eguaglianza e di dignità umana, respingendo ogni criterio utilitaristico o di privilegio, prediligendo il criterio oggettivo della maggiore idoneità clinica o, in caso di parità, della maggiore urgenza o, a parità di urgenza, della priorità temporale della domanda²⁵.

Nella dottrina straniera la questione è oggetto di ulteriore approfondimento, perché – si dice – la libertà di scegliere chi vive e chi muore non è la stessa nei casi di conflitto tra dovere di azione e dovere di omissione, poiché, in linea di principio, i medici non sono autorizzati a creare o aumentare un rischio per la vita (escluse, ovviamente, le situazioni in cui questo rischio è insito nel trattamento stesso).

Così, in una situazione in cui è impossibile salvare la vita di tutti i pazienti, il medico può scegliere di salvare l'uno e lasciare morire l'altro, ma non potrebbe causare la morte dell'uno per salvare l'altro. L'ordinamento non può consentire al medico di decidere chi vive e chi muore quando ciò autorizza il compimento di un'azione per causare la morte²⁶.

4. Lo stato di necessità aggressivo: un trionfo delle dottrine utilitariste?

Nella maggioranza dei casi, il conflitto fra beni giuridici “vita” – dove l'unica possibilità è uccidere qualcuno per salvare gli altri – dà luogo ad un altro fenomeno che si inquadra nell'“autodifesa” che si ha allorché taluno non è costretto a subire un'azione offensiva sia perché non ha realizzato un'aggressione illecita o volontariamente causato una situazione di pericolo sia perché è estraneo alla relazione fra offesa e difesa²⁷.

In questo caso, muovendo lungo il solco delle cause di elisione dell'antigiuridicità penale, si riconosce l'esclusione della responsabilità penale del medico per aver scelto la vita di

²⁴ Il Consiglio di etica clinica tedesco emanò il 7 aprile 2020 una raccomandazione *ad hoc* intitolata “solidarietà e responsabilità nella crisi del coronavirus” (*Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*) consultabile in <https://www.ethikrat.org/pressekonferenzen/der-deutsche-ethikrat-zur-corona-krise>

²⁵ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11^a ed., Cedam, Padova, 2020, p. 291. V., altresì, T. ZIMMERMANN, *Wer stirbt zuerst?* in *Legal Tribune Online*, 23.03.2020.

²⁶ V. la decisa presa di posizione del BVerfG, 30 marzo 2013 – 2 BvF 1/05 in <https://openjur.de/u/620606.html>, 2013, § 2.

²⁷ Sull'autodifesa v. G. RUGGIERO, *Difesa legittima e legittimità della difesa: fragile equilibrio di un'evoluzione discutibile*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 2 s.

un uomo per salvarne un'altra, ma altresì si riconosce a tutti i potenziali sacrificati il diritto alla legittima difesa contro la condotta necessitata del medico²⁸.

Come si concretizzano questi orientamenti sullo sfondo della situazione pandemica qualora, come successo in alcuni Paesi europei, di fronte alla mancanza di macchine per la ventilazione, i medici si vedono obbligati a scegliere fra pazienti?

L'imponderabilità del bene vita rimane in ogni caso il punto di partenza di ogni decisione o di (malaugurate) linee-guida in modo che da nessuna di esse possa trasparire l'idea che un vita abbia maggior valore dell'altra, mostrando inaccettabile la raccomandazione della SIAARTI secondo la quale, in mancanza di strumenti di terapia intensiva o di respirazione assistita, gli unici disponibili dovranno essere allocati seguendo il criterio della maggior probabilità di sopravvivenza e, secondariamente, di chi può avere più anni di vita salvata «in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone»²⁹.

Non dissimilmente, pur se in forma meno esplicita, anche le raccomandazioni della dell'Associazione tedesca interdisciplinare per la medicina intensiva e di urgenza (DIVI: *Deutsche Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin*)³⁰ del 25.3.2020 dove si fa viepiù riferimento alla "maggior speranza di vita" e, ulteriormente, si pone un limite di età all'ingresso in TI, riservando risorse (che potrebbero essere scarsissime) a chi ha più probabilità di sopravvivenza o nella prospettiva di salvare più vite possibili³¹.

Se, come detto, la regola è quella di salvare quanti più anni di vita possibile (*triage*), in caso di grandi differenze di età anche il trattamento di soggetti anziani con una buona probabilità di sopravvivenza dovrebbe essere differito a favore dei più giovani. Breve: per un sessantenne con un'aspettativa di vita residua statistica di 20 anni, che morirà sicuramente senza trattamento (e che con il trattamento ha il 70% di probabilità di sopravvivenza), l'uso delle risorse risulta in 14 anni aritmetici (70% di 20). Questo paziente dovrebbe cedere il posto a un ventenne con un'aspettativa di vita residua statistica di 60 anni, che sopravvive senza cure con notevole probabilità (70%) e con certezza a seguito del trattamento (100%). Questo perché l'impiego delle risorse sanitarie si traduce in 18 anni in più (60 meno 42, ovvero il 70% di 60).

Una prospettazione del genere si rivela, tuttavia, inaccettabile nella sua assolutezza e merita qualche ulteriore approfondimento.

Nel campo della medicina d'emergenza e dei disastri, si suole dividere i pazienti in quattro categorie, differenziate in base al grado di urgenza del trattamento³².

²⁸ Cfr. T. HÖRNLE, *Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?* in *Triage in der Pandemie*, cit., pp. 149 ss.

²⁹ Cfr. A. BRECH, *Triage und Recht*, cit., p. 52

³⁰ E. HILGENDORF, *Mit Rechtsfragen nicht die Ärzte belasten*, in *Legal Tribune Online*, 27.3.2020.

³¹ T. RÖNNAU-K. WEGNE, *Grundwissen – Strafrecht: Triage*, in *Juristische Schulung*, cit., pp. 403 ss.

³² T. SCHNEIDER-B. WOLCKE-R. BÖHMER, *Taschenatlas Notfall & Rettungsmedizin*, 4^a ed., Berlin, 2010, p. 11 ss.; A. BRECH, *Triage und Recht*, cit., pp. 52 ss.; S. DÖNICKE, *Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin*, cit., p. 22.

Nella categoria I i pazienti sono classificati “in pericolo acuto di morte”; nella categoria II sono inquadrati i pazienti gravemente feriti o gravemente malati; nella categoria III i pazienti lievemente feriti o lievemente malati e nella categoria IV i pazienti che non hanno possibilità di sopravvivenza. Per i pazienti di categoria I è previsto un “trattamento immediato”; per i pazienti di categoria II un trattamento posticipato (*aufgeschobene Behandlungsdringlichkeit*); per i pazienti di categoria III un trattamento successivo di tipo ambulatoriale (*spätere (ambulante) Behandlung*) e per i pazienti della IV categoria si raccomanda un trattamento (in sospeso) di osservazione (*betreuende (abwartende) Behandlung*)³³.

Se e in quale misura questa classificazione, basata sull’urgenza del trattamento, sia particolarmente utile per risolvere il conflitto di doveri ai sensi del diritto penale, può essere determinato solo esaminando gli aspetti rilevanti per determinare la priorità dei doveri.

Nella discussione in corso, i criteri generalmente riconosciuti dal diritto penale per specificare l’ordine di precedenza dei doveri (in conflitto) non sono sempre presentati con la chiarezza che si vorrebbe³⁴ e che ne giustifica una trattazione – seppur breve – a seguire. In generale, la priorità dei doveri dovrebbe dipendere dal rapporto di valore degli interessi in conflitto da salvare³⁵. Nel caso di due obblighi di garanzia in conflitto, occorre confrontare il significato astratto degli interessi giuridici da tutelare. A tal riguardo, vengono in rilievo altresì il grado e la prossimità del pericolo nei confronti degli interessi protetti (a che riguarda l’urgenza del trattamento) che, tuttavia, non può essere generale ed astratto, poiché tutti i pazienti che necessitano di cure intensive acute hanno una pretesa identica alla protezione del bene “vita”³⁶.

Se quanto emerso dall’esame – anche critico – delle proposte sapienziali di recente avvicendatesi sulla pandemia 2020-2021, nella dottrina straniera continuano ad agitarsi incertezze. È controverso – ad esempio – se, in caso di conflitto di doveri, un criterio di priorità possa derivare dalla natura delle rispettive funzioni di salvataggio (priorità del dovere del garante rispetto al dovere generale di fornire assistenza)³⁷.

È inoltre discusso se nella valutazione debba essere compreso un precedente comportamento colposo delle persone da soccorrere e di come vada valutato così come la possibilità di salvataggio di un maggior numero di persone possa svolgere un ruolo decisionale decisivo per giustificare la priorità accordata a taluno o taluni gruppi di persone, facendo

³³ Per questa classificazione v. P. SEFRIN-J.W. WEIDRINGER-W. WEISS, *Katastrophenmedizin: Sichtungskategorien und deren Dokumentation*, in *Deutsches Ärzteblatt*, 2003, pp. 2057-2058.

³⁴ A. BRECH, *Triage und Recht*, cit., p. 351; K. SCHOLTEN, *Triage – Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2011, p. 59 s. C. SOWADA, *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2020, p. 456.

³⁵ D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, cit., p. 629.

³⁶ D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, cit., p. 630 e nt. 48.

³⁷ D. STERNBERG-LIEBEN, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, cit., p. 634.

sorgere l'ulteriore questione se la selezione dei pazienti possa essere orientata all'ottimizzazione del numero di sopravvissuti.

5. Conclusioni

Può – quindi – il discorso giuridico sinora svolto essere presentato come risultato di una “riflessione etica”?

Per quanto sinora detto circa l'imponderabilità del bene vita la risposta appare recisamente negativa³⁸. Tuttavia, le libertà e le capacità di scelta del medico, in una situazione di straordinarietà non possono essere oggetto di pre-valutazione da parte di linee guida perché, da un lato, queste non possiedono una vera e propria cogenza ed imperatività come le norme giuridiche e, dall'altro, al pari di queste, devono conformarsi all'assetto di interessi costituzionali *a fortiori* non derogabili da una fonte sub-primaria³⁹.

Tra questi interessi protetti viene in risalto la dignità umana (argomentando *ex art. 2 Cost.*) come valore che proibisce una qualsiasi giustificazione utilitaristica di una eventuale raccomandazione secondo cui una probabilità di sopravvivenza più lunga ha maggior valore di una vita più breve: proprio una tale libertà di scelta del medico non può essere inquadrata altrimenti che nello “stato di necessità”, per il quale vale altresì il broccardo “*necessitas non habet legem*” ovvero “*Not kennt kein Gebot*” in aperto conflitto con regole di legge e/o di c.d. *soft law*.

A questo punto in dottrina si è discusso in relazione alla possibile diversità di situazioni fra il sanitario che omette la condotta doverosa nei confronti di un paziente, verso il quale ricopre il ruolo di “garante” *ex art. 40*, comma II, c.p. e il caso in cui egli ponga in essere una condotta attiva di ‘sottrazione’ dei macchinari per destinarli a colui che si reputa maggiormente idoneo alla sopravvivenza⁴⁰.

Mentre nel primo caso, il conflitto di doveri opera secondo gli schemi precedentemente illustrati, lasciando inalterato il dolo, nel secondo caso lo stato di necessità opera al di là del conflitto di doveri ma restando sempre nell'orbita della non illiceità penale della condotta realizzata. Le preoccupazioni e le critiche sollevate a proposito delle raccomandazioni SIARTI da parte di alcuni autori, secondo cui il criterio dirimente dell'età del paziente sa-

³⁸ <https://thebill.com/opinion/healthcare/490034-how-hospitals-will-decide-who-lives-and-who-dies-in-our-coronavirus-crisis>

³⁹ Cfr. T. WALTER, *Lasst das Los entscheiden!* in *Zeit Online*, 2.4.2020; ID., *Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, pp. 656 ss.; E. HOWEN, *Die »Triage«-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in *Juristen Zeitung*, 2020, p. 449 ss. secondo la quale il mancato rispetto del criterio di selezione raccomandato dell'aspettativa di vita sarebbe privo di significato dal punto di vista del diritto penale in considerazione della libertà di scelta già consolidato in caso di conflitto di doveri di pari rango.

⁴⁰ C. JÄGER-J. GRÜNDEL, *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2020, p. 159.

rebbe contrario alla “comprensione etica” generalmente accettata⁴¹, possono essere fugate da una lettura orientata alla gerarchia delle fonti di dette “regole”, dato che esse non possono in alcun caso porsi in contrasto con le norme generali dell’ordinamento⁴².

In particolare, l’art. 54 c.p. mette ben in rilievo che il giudizio di proporzionalità (tra fatto e pericolo) è un giudizio di sintesi fra i requisiti della costrizione, della necessità e della attualità del pericolo di un danno grave alla persona. La semplice età (precedenza ad un paziente più giovane) non può essere l’unico fattore da prendere in considerazione pena l’illiceità, sia della linea guida, sia della condotta dell’agente.

La regola di *soft law* – qualora possa valere qualcosa nel diritto penale – deve in ogni caso trovare conforto normativo in una regola di rango superiore non potendo fungere da norma scriminante come l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere, le cui fonti possono essere o una legge dello Stato o un ordine legittimo dell’autorità. Non sembra, tuttavia, che le linee guida possano rientrare nel campo degli ordini, per quali ultimi vale sempre il potere-dovere del destinatario di valutarne la legittimità.

Solo nel caso in cui il sanitario abbia ritenuto – per errore – esistente una situazione di necessità (fuori, quindi, dalla ritenuta vincolatività delle linee guida) allora potrà vedersi applicata la più favorevole disciplina della scriminante putativa contemplata al comma IV dell’art. 59 c.p. con conseguente imputazione per colpa del delitto commesso e con tutte le conseguenze risarcitorie, patrimoniali e non patrimoniali, previste dall’ordinamento italiano.

⁴¹ W. LÜBBE, *Ein Kommentar zu den anlässlich der Corona-Krise publizierten Triage-Empfehlungen der italienischen SIAARTI-Mediziner*, in <https://verfassungsblog.de/corona-triage>, 15 marzo 2020.

⁴² R. MERKEL, *Eine Frage von Recht und Ethik*, FAZ v 04.04.2020, p. 13; R. MERKEL-S. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, in *Juristen Zeitung*, 2020, pp. 704 ss.

