

Inerzia del legislatore  
e *triage* secondo il

*Bundesverfassungsgericht*: una falsa  
vittoria?\*

[BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16 Dezember  
2021 - 1 BvR 1541/20]

Irene Domenici\*\*

**SOMMARIO:** 1. La questione di “chi decide”: il *triage* tra etica medica e diritto. – 1.1. Le raccomandazioni dell’Associazione interdisciplinare tedesca per la medicina intensiva e d’emergenza (DIVI). – 1.2. Il dibattito nella dottrina giuridica. – 2. Il *triage* secondo il *Bundesverfassungsgericht*. – 3. Una soluzione deludente: tra “grandi assenti” e perdurante apertura alla discriminazione. – 4. «Senza indugio»? Quando la reazione del legislatore si fa aspettare.

#### ABSTRACT

Il contributo analizza la decisione del 16 dicembre 2021 con la quale il Bundesverfassungsgericht ha affermato il dovere del legislatore di prendere misure in materia di allocazione delle risorse di terapia intensiva durante la pandemia da COVID-19. La pronuncia presenta alcuni punti deboli alla luce del dibattito sul *triage* nella dottrina giuridica tedesca. In particolare, si nota come l’ambiguità del criterio della prospettiva del successo clinico e la mancanza di indicazioni precise per l’azione del legislatore impattino negativamente sulla rilevanza pratica della decisione, trasformandola in una falsa vittoria per i pazienti con disabilità o comorbidità. Le soluzioni presentate dal Ministero della Salute per una regolamentazione legislativa del *triage* sono brevemente discusse in conclusione.

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Dottoranda presso il Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Monaco di Baviera, domenici@mpisoc.mpg.de.

*The paper analyses the decision of 16 December 2021 in which the Bundesverfassungsgericht declared the legislature's duty to take measures regarding the allocation of intensive care resources during the COVID-19 pandemic. Some shortcomings of the decision are noted in light of the debate on triage in German legal scholarship. In particular, it is observed that the ambiguity regarding the criterion of clinical prospect of success and the lack of precise indications for the action of the legislature negatively influence the practical relevance of the decision, turning it into a false victory for patients with disabilities or comorbidities. The solutions presented by the Ministry of Health for a legislative regulation of triage are briefly discussed in the conclusions.*

## 1. La questione di “chi decide”: il triage tra etica medica e diritto

### 1.1. Le raccomandazioni dell'Associazione interdisciplinare tedesca per la medicina intensiva e d'emergenza (DIVI)

Allo scoppiare della pandemia da COVID-19 la Germania era uno dei paesi europei con il più alto numero di posti letto in terapia intensiva. La situazione di partenza del sistema sanitario tedesco era, a tal proposito, nettamente migliore di quella italiana<sup>1</sup>. Inoltre, alcune misure adottate a uno stadio relativamente precoce della diffusione del virus hanno permesso, in meno di un anno, di aumentare i posti di terapia intensiva con ventilatori da circa 22.000 a circa 28.000 unità<sup>2</sup>. Durante la pandemia, le capacità di trattamento in terapia intensiva sono state costantemente monitorate grazie al registro delle terapie intensive della Associazione interdisciplinare tedesca per la medicina intensiva e d'emergenza (*Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin*, di seguito, per comodità espositiva, DIVI)<sup>3</sup>, strumento creato nell'aprile 2020 con l'ordinanza del Ministro Federale per la Salute sul mantenimento e sulla garanzia delle capacità di terapia intensiva negli ospedali<sup>4</sup>.

Nonostante questi sforzi, sostenuti dal governo e dal legislatore allo scopo di prevenire la necessità di effettuare selezioni tra i pazienti da ammettere in terapia intensiva, in alcuni

<sup>1</sup> Per un confronto sul triage durante le prime fasi della pandemia in Italia e in Germania, si rimanda a I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, in *European Journal of Health Law*, 2022, vol. 29, n. 1, pp. 112-120.

<sup>2</sup> Cfr. J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München, C. H. Beck, 2021, p. 144; I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, cit., p. 117.

<sup>3</sup> Consultabile al link <https://www.intensivregister.de/#/index> (ultima consultazione: 9.7.2022), il registro monitora quotidianamente il numero di posti liberi in terapia intensiva in tutta la Germania.

<sup>4</sup> *Verordnung zur Aufrechterhaltung und Sicherung intensivmedizinischer Krankenhauskapazitäten*, Bundesanzeiger Amtlicher Teil, 09.04.2020 V4.

*Länder* si sono avuti vari casi di *triage*<sup>5</sup>. Se inizialmente si trattava di casi isolati, la rapida diffusione del virus ha gradualmente aumentato la pressione sulle terapie intensive tedesche e portato a un progressivo aumento delle situazioni di *triage*<sup>6</sup>. Già nel marzo 2020, al fine di far fronte alla situazione di incertezza sulle priorità da assegnare in caso di scarsità di risorse, la DIVI e altre sette associazioni mediche specializzate hanno emanato delle raccomandazioni etico-cliniche sull’allocazione delle risorse di terapia intensiva nel contesto della pandemia da COVID-19<sup>7</sup>. Pur non essendo giuridicamente vincolanti, queste raccomandazioni sono state, di fatto, lo strumento più autorevole e influente nell’indirizzare il comportamento dei medici di terapia intensiva in mancanza di altre indicazioni legislative o governative<sup>8</sup>.

Le raccomandazioni, aggiornate nell’aprile 2020<sup>9</sup> e basate sui «principi etici più giustificabili in una situazione di scelte tragiche»<sup>10</sup>, distinguevano due situazioni: quella in cui decidere a quale paziente assegnare un trattamento di terapia intensiva (cosiddetto “*triage ex-ante*”) e quella in cui decidere a quali pazienti revocare un trattamento già iniziato per poterlo assegnare a nuovi pazienti sopraggiunti (cosiddetto “*triage ex-post*”). Per entrambi gli scenari, le linee guida prevedevano che, in caso di risorse insufficienti, la prioritizzazione dei pazienti dovesse basarsi sul criterio della prospettiva di successo clinico<sup>11</sup>. Inoltre, si raccomandava che queste decisioni venissero prese nel rispetto del “principio dei multipli occhi”, ossia coinvolgendo almeno due medici, un membro del personale infermieristico

<sup>5</sup> Sul punto I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, cit., p. 118.

<sup>6</sup> Così A. FREUND, *Corona: Notärzte warnen vor Triage in Deutschland*, in *DW*, 22.11.2021, al link <https://p.dw.com/p/43LFj> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>7</sup> DEUTSCHE INTERDISZIPLINÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV- UND NOTFALLMEDIZIN, *Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie*, 25.3.2020, disponibile al link <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/viewdocument/3435/covid-19-ethik-empfehlung> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>8</sup> In tal senso A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2022, vol. 31, n. 7, p. 244; T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, in *Medizinrecht*, 2022, vol. 40, n. 3, p. 218.

<sup>9</sup> Scopo dell’aggiornamento era, innanzitutto, quello di precisare che le comorbidità preesistenti avrebbero rilevato nella valutazione della probabilità di successo clinico solo laddove avessero influenzato la probabilità di sopravvivenza rispetto alla malattia attuale, come risulta da . DEUTSCHE INTERDISZIPLINÄRE VEREINIGUNG FÜR INTENSIV- UND NOTFALLMEDIZIN, *Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und der Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie, Version 2*, 17.4.2020, <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/viewdocument/3436/covid-19-ethik-empfehlung-v2> (ultima consultazione: 9.7.2022). Per una traduzione in inglese della versione aggiornata si veda G. MARCKMANN, G. NEITZKE, J. SCHILDMANN, A. MICHALSEN, J. DUTZMANN, C. HARTOG, S. JÖBGES, K. KNOCHEL, G. MICHEL, M. PIN, R. RIESSEN, A. ROGGE, J. TAUPITZ, U. JANSSENS, *Decisions on the allocation of intensive care resources in the context of the COVID-19 pandemic: Clinical and ethical recommendations of DIVI, DGINA, DGAI, DGIIN, DGNI, DGP, DGP and AEM*, in *Medizinische Klinik Intensivmedizin und Notfallmedizin*, 2020, Suppl. 3, pp. S115 ss.

<sup>10</sup> G. MARCKMANN ET AL., *Decisions on the allocation of intensive care resources in the context of the COVID-19 pandemic*, cit., p. S116. Qui e nel resto del contributo, le traduzioni di citazioni testuali dall’inglese o dal tedesco sono sempre dell’autrice.

<sup>11</sup> *Ibid.*

e, se necessario, un esperto di etica clinica<sup>12</sup>. La valutazione della prospettiva di successo clinico individuale avrebbe dovuto tenere conto della gravità della malattia attuale, nonché delle comorbidità e dello stato di salute generale preesistenti. In particolare, si raccomandava di valutare lo stato di salute generale sulla base di una “scala di fragilità clinica”<sup>13</sup>.

In risposta alle proteste provenienti da associazioni di rappresentanza di gruppi con età avanzata, disabilità o comorbidità, le raccomandazioni sono state aggiornate con la precisazione che le comorbidità e lo stato di salute generale avrebbero rilevato solo in quanto capaci di influenzare la probabilità di sopravvivere alla malattia attuale<sup>14</sup>. Tuttavia, nonostante tale precisazione, le linee guida sono rimaste oggetto di aspre critiche. Alcuni Autori, ad esempio, hanno fatto correttamente notare come la mera dichiarazione secondo cui lo stato di salute preesistente debba essere usato solo in relazione al successo clinico rispetto alla malattia attuale non sia sufficiente, di per sé, a scongiurare discriminazioni indirette sulla base dell'età o della disabilità<sup>15</sup>.

È stata criticata altresì la circostanza per cui le raccomandazioni abbiano considerato lecito il “*triage ex-post*”. Si ritiene, infatti, che l'interruzione di un trattamento sanitario già iniziato, a beneficio di un paziente sopravvenuto, imponga all'individuo un inesigibile sacrificio della propria persona a vantaggio di altri<sup>16</sup>.

## 1.2. Il dibattito nella dottrina giuridica

Le raccomandazioni della DIVI hanno sollevato perplessità nella dottrina giuridica, non solamente per il loro contenuto, ma anche – e in primo luogo – per quanto riguarda l'opportunità di lasciare una scelta così rilevante per i diritti fondamentali dell'individuo in capo ad un'associazione professionale di medici priva di legittimazione democratica e di competenza nel prendere decisioni normative<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> *Ibid*, pp. S116-S117.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. S117.

<sup>14</sup> Così W. LÜBBE, *Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht: Prämissen und Fehlschlüsse*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 285.

<sup>15</sup> Cfr. J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, cit., p. 154; S. HUSTER, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, in *Medizinrecht*, 2022, vol. 40, n. 3, p. 221; A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 244.

<sup>16</sup> Si vedano, tra tutti, H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage: Verfassungsrechtliche Grundlegungen und Regelungsoptionen im Lichte des Triage-Beschlusses des BVerfG*, in *JuristenZeitung*, 2022, vol. 77, n. 4, p. 179; R. MERKEL, *Steine statt Brot: Zum Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13.1.2022, p. 8; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, in *JuristenZeitung*, 2022, vol. 77, n. 3, p. 155; D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2022, vol. 41, n. 3, p. 136.

<sup>17</sup> Si nota qui un elemento di parziale divergenza rispetto al dibattito italiano. Forse a causa della maggiore tragicità e urgenza della situazione nelle terapie intensive del nord Italia nelle prime fasi della pandemia, poche voci nella dottrina italiana si sono espresse a favore di un intervento legislativo in materia di *triage*. Al contrario, si è considerato legittimo l'intervento della Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) tramite il documento del 6 marzo intitolato “Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”. Pur avendo il documento raccol-

La dottrina tedesca, infatti, si è mostrata particolarmente divisa, soprattutto in merito all'individuazione del soggetto legittimato a decidere quali criteri applicare nelle situazioni di *triage*. Se una parte – maggioritaria – della dottrina riteneva che il legislatore fosse costituzionalmente obbligato a regolare il *triage*<sup>18</sup>, altra parte insisteva sul fatto che, al contrario, la Legge Fondamentale (*Grundgesetz*, GG) vietasse un simile intervento normativo<sup>19</sup>.

Questa seconda posizione è stata sostenuta, in particolare, dal Consiglio di Etica tedesco (*Deutscher Ethikrat*) nella raccomandazione intitolata “Solidarietà e responsabilità durante la crisi del Coronavirus”<sup>20</sup>. In quest’ultima si sottolinea come allo Stato sia costituzionalmente vietata qualsiasi valutazione relativa alle vite umane, con la conseguenza che l’azione del legislatore nello stabilire i criteri di *triage* sarebbe limitata; lo Stato, infatti, non potrebbe emanare legittimamente linee guida astratte e vincolanti per l’allocazione di risorse scarse<sup>21</sup>. Per tale motivo, si renderebbe necessario «combinare diversi livelli di concretizzazione normativa»<sup>22</sup>, vale a dire permettere alle associazioni mediche di fornire indicazioni concrete che esulino dalla capacità normativa del legislatore.

Se alcuni Autori hanno considerato questa conclusione «grottesca»<sup>23</sup>, altri invece l’hanno sostenuta e corroborata con argomentazioni di diritto costituzionale<sup>24</sup>. Tali argomentazioni partono dal presupposto che, poiché per il legislatore ogni vita umana deve avere lo

---

to numerose critiche, volte soprattutto a mettere in discussione l’opportunità del criterio dei “più anni di vita salvata” (vedasi in particolare l’opinione del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 4.4.2020, disponibile al link [https://bioetica.governo.it/media/4248/p136\\_2020\\_-covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica.pdf](https://bioetica.governo.it/media/4248/p136_2020_-covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica.pdf), ultima consultazione 1.8.2022), la dottrina ha ritenuto «evidente che i criteri con cui allocare le scarse risorse di terapia intensiva in un tempo di emergenza sanitaria non possano che essere stabiliti a livello medico-scientifico», M. PICCINNI, A. APRILE, P. BENCIOLINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, F. MARIN, L. ORSI, E. PALERMO FABRIS, A. PISU, D. PROVOLO, A. SCALERA, M. TOMASI, N. ZAMPERETTI, D. RODRIGUEZ, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”*, in *Recenti Progressi in Medicina*, 2020, vol. 111, n. 4, p. 216.

<sup>18</sup> *Inter alia*, si rimanda a B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage: Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19-Patienten in der Intensivmedizin*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 291 ss; H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit.; J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, cit.; I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, cit.; R. POSCHER, *Die Abwägung von Leben gegen Leben: Triage und Menschenwürdegarantie*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 44 ss.

<sup>19</sup> Cfr. S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 3 ss; R. MERKEL, S. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, in *JuristenZeitung*, 2020, vol. 75, n. 14, pp. 704 ss.

<sup>20</sup> DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis: Ad Hoc Recommendation*, accessibile al link <https://www.ethikrat.org/en/press-releases/press-releases/2020/solidarity-and-responsibility-during-the-coronavirus-crisis/> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 4.

<sup>22</sup> *Ibid*.

<sup>23</sup> T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 218.

<sup>24</sup> R. MERKEL, S. AUGSBERG, *Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, cit.

stesso valore, due vite non potrebbero mai essere legittimamente soppesate l'una contro l'altra<sup>25</sup>. In particolare, la *Grundgesetz* stabilirebbe un dovere fondamentale di parità di trattamento tra gli individui che impedirebbe al legislatore la formulazione di criteri di selezione per decidere a chi dare la priorità in un caso di *triage*<sup>26</sup>.

La posizione contraria, secondo la quale spetterebbe proprio – ed esclusivamente – al legislatore occuparsi di regolare le decisioni di *triage*, si fonda sulla *Wesentlichkeitstheorie* (teoria dell'essenzialità) elaborata dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>27</sup>. Secondo questa teoria, basata sulla lettura combinata del principio dello stato di diritto (Art. 20.3 GG) e del principio di democrazia (Artt. 2 e 20.1 GG), tutte le decisioni relative a materie essenziali dovrebbero essere assunte da un organo legislativo democraticamente eletto<sup>28</sup>. Tra queste materie rientrano, innanzitutto, le misure essenziali per la realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo. In relazione alla questione del *triage*, che tocca fundamentalmente i diritti alla vita, alla dignità e all'eguaglianza, spetta al legislatore occuparsi di stabilire, perlomeno, una legislazione quadro contenente i principi essenziali della materia, potendo semmai rimandare a fonti secondarie il compito di definire i dettagli<sup>29</sup>. In ogni caso, il legislatore non potrebbe accontentarsi di demandare la regolazione di una questione così essenziale ad associazioni mediche non legittimate democraticamente<sup>30</sup>; ciò anche in quanto la decisione sui criteri applicabili in situazioni di *triage* richiederebbe una valutazione normativa di natura puramente giuridica, che non può, pertanto, essere affidata alle valutazioni etiche proprie dei singoli membri delle associazioni mediche<sup>31</sup>.

Questa posizione è rinforzata da chi osserva che l'illegittimità del bilanciamento tra due vite non verrebbe meno a seguito di una legge sul *triage*. Alcuni Autori, infatti, hanno sostenuto che il diritto alla vita e quello alla dignità vietino soltanto ponderazioni pura-

<sup>25</sup> Così S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, cit., pp. 12-13. Nella giurisprudenza del BVerfG, si vedano le decisioni BVerfG, 15.2.2006 – 1 BvR 357/05 e BVerfG, 25.2.1975 – 1 BvF 1/74.

<sup>26</sup> In tal senso S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, cit., p. 11.

<sup>27</sup> *Inter alia*, BVerfG, 21.4.2015 - 2 BvR 1322/12 -, par. 52 ss.

<sup>28</sup> Cfr. B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage*, cit., p. 296; H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 172; J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, cit., p. 161; I. DOMENICI, F. ENGESER, *The Institutional Tragedy of Pandemic Triage Regulation in Italy and Germany*, cit., p. 110.

<sup>29</sup> Vedasi B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage*, cit., pp. 291 ss e H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 173. *Contra* S. AUGSBERG, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, cit., pp. 31-33.

<sup>30</sup> Sul punto R. POSCHER, *Die Abwägung von Leben gegen Leben*, cit., p. 78; M. KUBICIEL, *Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion*, in E. HILGENDORF, E. HOVEN, F. ROSTALSKI (a cura di), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2021, pp. 222-223.

<sup>31</sup> Come osservano A. BRADE, M. MÜLLE, *Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2020, vol. 39, n. 24, p. 1796: «la medicina è una disciplina principalmente descrittiva, che solo difficilmente può offrire risposte a domande profondamente normative ed etiche come quelle sollevate dal triage». Vd. anche B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage*, cit., pp. 291: «è la legge, informata dai fatti medici rilevanti, a stabilire il quadro di riferimento per l'azione ammissibile, perché lecita, e a prescrivere i principi normativi essenziali, e non un discorso etico pre-giuridico o gli atteggiamenti, le intuizioni morali o gli interessi istituzionali dei medici che agiscono».

mente utilitaristiche di una vita contro l'altra, o strumentalizzazioni a favore di terzi<sup>32</sup>. Non si escluderebbe, in tale prospettiva, che lo Stato possa decidere di salvare una delle vite applicando criteri altrimenti conformi a Costituzione<sup>33</sup>.

La dottrina è invece, pur con varie eccezioni<sup>34</sup>, relativamente omogenea nel giudicare penalmente e costituzionalmente illecita la pratica del “*triage ex-post*”. Come si è visto poc'anzi, infatti, si ritiene che costituisca una strumentalizzazione della persona a favore di terzi – e, pertanto, una pratica contraria al principio di dignità – costringere un paziente a sacrificarsi per il bene di un altro sopraggiunto<sup>35</sup>.

## 2. Il triage secondo il Bundesverfassungsgericht

A fronte dell'incertezza giuridica e della permanente inerzia del legislatore, le raccomandazioni della DIVI si erano affermate come le direttive più influenti nella pratica delle terapie intensive tedesche<sup>36</sup>. Questa situazione destava preoccupazioni tra i gruppi di pazienti con disabilità, comorbidità o età avanzata. In particolare, si temeva che il criterio della prospettiva di successo clinico assieme alla valutazione dello stato di salute generale dei pazienti tramite “scale di fragilità” potessero comportare automaticamente l'assegnazione di priorità inferiore a individui con comorbidità o disabilità.

Tali preoccupazioni hanno portato nove ricorrenti a sollevare un ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) di fronte al giudice costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG). Il ricorso era volto a chiedere alla Corte di dichiarare l'incostituzionalità dell'omissione legislativa in materia. L'impugnazione dell'inerzia legislativa viene considerata ammissibile in un ricorso costituzionale nei casi in cui si possa dedurre, dalla Legge Fondamentale, un corrispondente dovere di agire da parte del legislatore. Nel caso di specie, i ricorrenti sostenevano che il legislatore avesse violato, con la sua inattività, il divieto di discriminazione sulla base della disabilità ai sensi dell'Art. 3.3 GG, nonché dell'Art. 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Il pericolo di discriminazione, secondo i ricorrenti, sarebbe derivato proprio dall'applicazione diffusa – in mancanza di precisazioni legislative – delle raccomandazioni

<sup>32</sup> Cfr. R. POSCHER, *Die Abwägung von Leben gegen Leben*, cit., pp. 80-81.

<sup>33</sup> COSÌ H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 172.

<sup>34</sup> Autorevoli, tra tutti, T. HÖRNLE, *Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?*, in T. HÖRNLE, S. HUSTER, R. POSCHER (a cura di), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 149-186 e T. HÖRNLE, E. HOVEN, S. HUSTER, T. WEIGEND, *Wer darf weiterleben? Warum die Ex-post-Triage erlaubt und geregelt werden muss*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28.7.2022, no. 173, p. 6.

<sup>35</sup> Si vedano i contributi citati alla nota 16.

<sup>36</sup> Come nota lo stesso *Bundesverfassungsgericht* nella decisione qui in commento, BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 8. Una traduzione ufficiale in inglese della decisione è disponibile al link [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/12/rs20211216\\_1bvr154120en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/12/rs20211216_1bvr154120en.html) (ultima consultazione: 9.7.2022).

etico-cliniche delle società mediche, per le quali comorbidità e disabilità rappresentavano automaticamente un fattore di svantaggio nell'assegnazione di risorse di terapia intensiva in situazioni di estrema scarsità<sup>37</sup>.

I ricorrenti chiedevano altresì, in attesa della decisione sulla quesitone principale, un'ingiunzione temporanea volta a obbligare il governo federale a costituire provvisoriamente una commissione di esperti, con rappresentanti di persone con disabilità, incaricata di stilare una regolamentazione delle situazioni di *triage*<sup>38</sup>.

La decisione sull'ingiunzione temporanea, pronunciata il 16 luglio 2020,<sup>39</sup> ha dichiarato il ricorso costituzionale non manifestamente infondato o inammissibile. Si trattava già di un'indicazione importante circa l'intenzione della Corte di affrontare seriamente i temi essenziali sottesi alla questione del triage, sollevati nel procedimento principale<sup>40</sup>. Il BVerfG, tuttavia, non ha accordato l'ingiunzione. Questa decisione, infatti, si basava su un ragionamento che si potrebbe definire di "ponderazione delle conseguenze di un provvedimento errato". In altre parole, la Corte ha ponderato gli svantaggi derivanti dalla concessione di un'ingiunzione temporanea a fronte di un ricorso poi considerato infondato, con quelli che si sarebbero verificati qualora l'ingiunzione non venisse concessa ma il ricorso venisse successivamente accolto. I giudici costituzionali hanno ritenuto che, nel primo caso, si sarebbe verificata un'ingiustificata interferenza con la separazione dei poteri dello Stato, accompagnata da costi organizzativi e finanziari; nel secondo scenario, invece, che vi sarebbero state conseguenze di minore entità e gravità. Questa previsione si basava principalmente sulla considerazione secondo cui la mancata concessione di un'ingiunzione temporanea non avrebbe causato danni irreversibili per i ricorrenti, in quanto l'«incidenza dell'infezione al momento della decisione e le capacità di trattamento medico intensivo in Germania non rendono probabile che si verifichi una situazione di triage»<sup>41</sup>.

L'apprezzamento delle condizioni delle terapie intensive in Germania da parte dei giudici costituzionali è stato giudicato, correttamente, come troppo ottimista: infatti, la diffusione del virus e il suo impatto sulle terapie intensive erano, in quel periodo, in costante aumento e, oltretutto, difficili da prevedere<sup>42</sup>.

Nel giudizio sulla questione principale, reso il 16 dicembre 2021, la Corte stessa ha avuto modo di ammettere, implicitamente, di aver sottovalutato la situazione. Nell'affermare l'ammissibilità del ricorso, il BVerfG, infatti, ha riconosciuto che i ricorrenti avessero dimostrato che «al momento della presentazione del ricorso, esistevano già rischi reali e

<sup>37</sup> BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 22.

<sup>38</sup> BVerfG, 16.7.2020 - 1 BvR 1541/20 -, par. 10.

<sup>39</sup> BVerfG, 16.7.2020 - 1 BvR 1541/20 -, parr. 1-12.

<sup>40</sup> Cfr. A. BRADE, M. MÜLLE, *Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?*, cit., p. 1797.

<sup>41</sup> BVerfG, 16.7.2020 - 1 BvR 1541/20 -, par. 9.

<sup>42</sup> Come evidenziato, ad esempio, da A. BRADE, M. MÜLLE, *Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?*, cit., p. 1797.

non solo teorici che potessero verificarsi carenze di risorse per la terapia intensiva e che ciò potesse portare a svantaggi sulla base della disabilità nell'assegnazione di tali risorse<sup>43</sup>. In questo scenario, caratterizzato dalla mancanza di un intervento del legislatore, le raccomandazioni etico-cliniche delle associazioni mediche lasciavano aperta la possibilità che si verificassero situazioni discriminatorie.

Il BVerfG ha dichiarato poi la questione fondata. Tale conclusione si basa su un ragionamento articolato in tre fasi<sup>44</sup>.

La Corte ha inizialmente rilevato l'esistenza di una dimensione oggettiva dell'Art. 3.3, secondo periodo, GG, per il quale nessuno può essere discriminato a causa della propria disabilità. L'esistenza di una dimensione oggettiva implica che tale disposizione produca effetti in tutte le aree del diritto. Pertanto, si applica anche nei confronti di soggetti terzi privati, quali potrebbero essere, nel sistema sanitario tedesco, i medici che operano nei reparti di terapia intensiva<sup>45</sup>.

Successivamente, il BVerfG ha enucleato dalla predetta norma costituzionale un dovere in capo al legislatore di proteggere gli individui con disabilità da possibili discriminazioni o svantaggi<sup>46</sup>.

Infine, la Corte ha dichiarato che questo dovere di protezione si risolve in un concreto dovere di agire laddove sorgano dei pericoli nei confronti di interessi costituzionali fondamentali, come la protezione del diritto alla vita<sup>47</sup>. Si è tuttavia specificato che il concreto dovere di agire è da considerarsi violato soltanto nei casi in cui le misure di protezione: a) non siano state affatto prese; b) siano palesemente inadeguate; c) siano insufficienti a raggiungere la soglia di protezione necessaria<sup>48</sup>. Nel caso di specie, i giudici hanno confermato il rischio che i criteri di allocazione delle risorse in terapia intensiva applicati nella pratica potessero andare a particolare svantaggio dei pazienti con disabilità<sup>49</sup>. Le raccomandazioni della DIVI, infatti, non avrebbero offerto una protezione sufficiente contro possibili situazioni discriminatorie. Oltre a non essere giuridicamente vincolanti, esse rischiavano di condurre all'assegnazione di una priorità inferiore a persone con una situazione di preesistente fragilità legata alla disabilità. Le scale di misurazione della fragi-

<sup>43</sup> BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 77.

<sup>44</sup> Per questa ricostruzione si veda anche A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., pp. 242 ss.

<sup>45</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 95. Vd. A. BRADE, M. MÜLLE, *Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?*, cit., p. 1794 e T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 218.

<sup>46</sup> Per «disabilità», secondo l'Art. 3.3 frase 2 GG, si intende «una menomazione a lungo termine che influisce sulla capacità dell'individuo di condurre una vita indipendente» (BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 90). Pertanto, si possono includere in questa definizione pazienti che soffrono di comorbidità particolarmente gravi.

<sup>47</sup> A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 242; T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 218.

<sup>48</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 98.

<sup>49</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 110.

lità, come proposte dalla DIVI, attribuiscono automaticamente una possibilità di successo clinico inferiore a persone disabili o dipendenti dall'assistenza altrui<sup>50</sup>. In particolare, si temeva che una percezione stereotipata o generalizzata della disabilità, derivata anche dall'insufficiente sensibilizzazione del personale sanitario, potesse influire negativamente sull'assegnazione di prospettive di successo clinico al singolo paziente<sup>51</sup>. In tal senso, le raccomandazioni venivano accusate di essere una «porta d'ingresso per la discriminazione delle persone con disabilità»<sup>52</sup>.

In questo contesto, l'omissione legislativa generava un rischio concreto di violazione dei diritti fondamentali. Pertanto, il dovere di proteggere si traduceva in un mandato concreto di attuare misure efficaci volte a garantire la protezione giuridica contro possibili discriminazioni nell'allocazione delle risorse sanitarie divenute scarse. Il dovere concreto di agire derivava altresì dal fatto che i pazienti con disabilità si trovavano in una situazione di particolare vulnerabilità, in quanto non avevano modo di tutelarsi da soli da una decisione del personale medico sull'allocazione delle risorse di terapia intensiva, necessitando in tal senso dell'intervento dello Stato<sup>53</sup>.

Una volta stabilita l'esistenza di un dovere concreto di agire da parte del legislatore, il BVerfG si è occupato di delinearne i confini. In particolare, la Corte ha sottolineato che il legislatore gode di un ampio margine di discrezionalità nelle modalità di adempimento degli obblighi di protezione dei diritti fondamentali<sup>54</sup>.

Spetta quindi al legislatore valutare la situazione e decidere come soddisfare in concreto il dovere derivante dall'Art. 3.3, secondo periodo, GG. Nondimeno, la decisione ha fornito alcune indicazioni sui criteri e sulle modalità di adempimento del dovere di agire. Innanzitutto, la Corte ha ammesso che il riferimento al criterio della prospettiva di successo clinico non sia di per sé incostituzionale<sup>55</sup>; il suddetto parametro dovrebbe, tuttavia, essere valutato esclusivamente in relazione alla probabilità di sopravvivenza a breve termine alla malattia attualmente in corso<sup>56</sup>. Inoltre, i giudici hanno ricordato al legislatore che le misure dovrebbero tenere in considerazione la limitatezza delle capacità umane e materiali

<sup>50</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 118.

<sup>51</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 113. Vd. J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage – effektive Abwehr aus Karlsruhe? Zugleich Besprechung von zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, in *Medizinrecht*, 2022, vol. 40, n. 3, p. 183; A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 243; H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 177; M. HONG, *Die Corona-Triage und das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung als Schutzpflicht*, in *Verfassungsblog*, 30.12.2021, <https://verfassungsblog.de/die-corona-triage-und-das-verbot-der-diskriminierung-wegen-der-behinderung-als-schutzpflicht/> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>52</sup> BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 118.

<sup>53</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 109. Vd. H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 173.

<sup>54</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 99.

<sup>55</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 118.

<sup>56</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 118.

del sistema sanitario, già sotto pressione a causa della pandemia in corso; dovrebbe altresì essere rispettata la responsabilità ultima del personale medico per tutte quelle valutazioni che richiedono competenza ed esperienza clinica.

Dati tali parametri, il legislatore – secondo la Corte – dispone di diverse alternative<sup>57</sup>. In primo luogo, esso potrà decidere di stabilire criteri sostanziali da adottare nelle decisioni allocative. Altrimenti potrà optare per dei criteri procedurali: tra questi, il BVerfG ha menzionato il “principio dei multipli occhi” o l’obbligo di documentazione del processo decisionale. I giudici hanno anche segnalato la possibilità di adottare misure per la formazione del personale medico e infermieristico, volte a scongiurare l’applicazione generalizzata di idee stereotipate sulla disabilità nelle situazioni di *triage*.

A seguito di queste indicazioni, il dispositivo della decisione ha ordinato al legislatore di adottare «senza indugio»<sup>58</sup> misure necessarie a scongiurare qualsiasi discriminazione sulla base della disabilità nell’allocazione delle risorse di terapia intensiva durante la pandemia.

### 3. Una soluzione deludente: tra “grandi assenti” e perdurante apertura alla discriminazione

Confrontando la decisione emanata dal BVerfG con la discussione dottrinale che l’ha preceduta, si possono immediatamente notare due “grandi assenti”. Da una parte, appare discutibile che la pronuncia non faccia alcuna menzione della *Wesentlichkeitstheorie*, pilastro su cui si basava la maggior parte della dottrina per propugnare l’obbligo di intervento da parte del legislatore<sup>59</sup>. Dall’altra, appare ancor più incomprensibile il fatto che la Corte non prenda in considerazione la differenza tra “*triage ex-ante*” e “*triage ex-post*”. Come evidenziato da diversi commenti critici alla decisione, la mancata presa di posizione sulla questione del “*triage ex-post*” incide negativamente sulla capacità del legislatore di attuare misure efficaci<sup>60</sup>. Si osserva, infatti, che la situazione in cui si rende necessario un “*triage ex-post*” è quella più rilevante per la pratica medica, in quanto solo in un numero limitato di casi i pazienti si presentano tutti contemporaneamente all’ammissione in terapia intensi-

<sup>57</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 126 ss.

<sup>58</sup> BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 130.

<sup>59</sup> Critici su questo punto in particolare J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 182; S. HUSTER, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 222; T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2022, vol. 75, n. 6, p. 363; D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 135.

<sup>60</sup> Così T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, cit., p. 366; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 155; D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 136.

va<sup>61</sup>. Molto più probabile risulta, invece, il caso di un paziente che si presenti in ospedale quando i posti sono tutti occupati.

Ma non si esauriscono qui gli aspetti problematici della pronuncia. Particolarmente delicata è la questione del criterio della prospettiva di successo clinico. Quest'ultimo viene dichiarato ammissibile e «costituzionalmente inoppugnabile»<sup>62</sup> da parte della Corte; tuttavia, la predetta valutazione non tiene in considerazione che il criterio in sé tende sempre a essere svantaggioso per le persone con disabilità o comorbidità<sup>63</sup>. Anche limitando l'operatività della prospettiva di successo clinico alla possibilità di sopravvivenza alla malattia in corso – come richiesto dal BVerfG – e non considerando, quindi, la prospettiva o qualità di vita a lungo termine, appare evidente che le comorbidità o disabilità preesistenti incidono sulla probabilità di sopravvivenza attuale al COVID-19. Una separazione netta tra la prospettiva della malattia in corso e lo stato di salute generale del paziente è, pertanto, difficilmente realizzabile dal punto di vista clinico<sup>64</sup>; e sembra ingenuo, da parte della Corte, ritenere il contrario. In altre parole, permettendo ai medici di continuare ad applicare un criterio basato sul successo clinico, è inevitabile che le persone con disabilità continueranno ad essere indirettamente discriminate<sup>65</sup>. In tal senso, la “porta” della discriminazione, dischiusa dalle raccomandazioni della DIVI, viene lasciata aperta dalla decisione del BVerfG.

Da questo punto di vista, l'accoglimento del ricorso costituzionale rappresenta una «falsa vittoria»<sup>66</sup> per le persone con disabilità o comorbidità, le quali, nella perdurante rilevanza della prospettiva di successo clinico, verranno discriminate nell'assegnazione di risorse di terapia intensiva, in quanto le loro possibilità di sopravvivenza alla malattia in corso continueranno a essere lievemente inferiori a quelle di altri pazienti<sup>67</sup>. Peraltro, nessuna valutazione viene offerta dal BVerfG su altri criteri ritenuti alternativamente leciti dalla dottrina, tra cui, ad esempio, quello dell'urgenza, della causalità o dell'ordine di arrivo<sup>68</sup>.

<sup>61</sup> In tal senso E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 155; D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 136.

<sup>62</sup> Cfr. BVerfG, 16.12.2021, - 1 BvR 1541/20 -, par. 116 e 118. Vd. S. HUSTER; *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 222; J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 183; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 154.

<sup>63</sup> Così D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 135.

<sup>64</sup> Sul punto T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 219; R. LEHNER, *Problem erkannt, Problem gebannt? Zur Triage-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Verfassungsblog*, 30.12.2021, <https://verfassungsblog.de/problem-erkannt-problem-gebannt/> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>65</sup> Vedasi R. LEHNER, *Problem erkannt, Problem gebannt? Zur Triage-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit.; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 154.

<sup>66</sup> T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, cit., p. 363. Nelle parole di R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit., i ricorrenti hanno ricevuto «pietre al posto del pane».

<sup>67</sup> In tal senso T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, cit., pp. 363-364.

<sup>68</sup> Si veda al riguardo D. KRANZ, D. RITTER, *Die Triage-Entscheidung des BVerfG und die Folgen*, cit., p. 136. Sull'ammissibilità di questi tre criteri vd. H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., pp. 177-178 e B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN; *Gleichheit vor der Triage*, cit., pp. 291 ss.

Le suddette considerazioni hanno spinto parte della dottrina a esprimere il proprio disappunto e la propria delusione per la tanto attesa decisione del BVerfG<sup>69</sup>. Non solo la possibilità di discriminazione rimane aperta, ma l'ampio margine di discrezionalità lasciato al legislatore mette in pericolo l'operatività stessa del dovere di agire in protezione delle persone con disabilità<sup>70</sup>. La Corte, infatti, non è dell'opinione che il legislatore debba necessariamente prevedere dei criteri sostanziali per il *triage*<sup>71</sup>; al contrario, dichiara essere sufficiente l'intervento sulla formazione del personale sanitario per evitare discriminazioni basate su visioni stereotipate della disabilità.

Vi è, in generale, l'impressione che il BVerfG non si sia dimostrato all'altezza della elevata discussione dogmatica condotta dalla dottrina tedesca<sup>72</sup>.

Nondimeno, la decisione è sicuramente lodevole nella misura in cui chiarisce che la questione del *triage* sia di natura puramente giuridica e che la sua risoluzione non possa essere lasciata alle intuizioni etiche delle associazioni mediche<sup>73</sup>: a tal proposito, il BVerfG contraddice, fondamentalemente, l'opinione del Consiglio di Etica tedesco<sup>74</sup>. Inoltre, si potrebbero senz'altro rinvenire alcune giustificazioni alla mancanza di indicazioni più concrete o di estese riflessioni teoriche nella decisione, tra cui, ad esempio, la pressione temporale sulla Corte<sup>75</sup> o la volontà di quest'ultima di limitarsi all'esame delle motivazioni sollevate dai ricorrenti.

#### 4. «Senza indugio»? Quando la reazione del legislatore si fa aspettare

Come sopra menzionato, l'ordine del BVerfG rivolto al legislatore era prendere misure adeguate «senza indugio». In questo senso, parte della dottrina aveva auspicato una rea-

<sup>69</sup> Si rimanda a S. HUSTER; *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., pp. 221 ss; R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit. Molto severo S. HUSTER, *Much Ado about Nothing: Die Triage-Entscheidung des BVerfG ist eine einzige Enttäuschung*, in *Verfassungsblog*, 29.12.2021, <https://verfassungsblog.de/much-ado-about-nothing/> (ultima consultazione: 9.7.2022) che la definisce «una delle cose più deprimenti che si siano dovute leggere da Karlsruhe da molto tempo a questa parte».

<sup>70</sup> Cfr. J. SACHS, *Grundrechte: Schutzpflicht zugunsten Behinderter*, in *Juristische Schulung*, 2022, vol. 62, n. 3, p. 284.

<sup>71</sup> Come notano R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit.; J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 184; T. WALTER, *Keine Verpflichtung zu einem Triagegesetz – und kaum Vorgaben dafür*, cit., p. 363.

<sup>72</sup> Vedasi E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 154; S. HUSTER; *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., p. 222; J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 185.

<sup>73</sup> Così T. GUTMANN, *Das Recht der Triage – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20*, cit., pp. 217-218. *Contra* E. FALETTI, *Triage e divieto legislativo di discriminazione dei disabili: una Weltanschauung tedesca*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2022, n. 2, p. 495 il quale sostiene che siano «più confacenti al caso fonti informali come le linee guida o fonti di natura secondaria».

<sup>74</sup> Cfr. DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis*, cit., p. 4.

<sup>75</sup> In tal senso M. HONG, *Die Corona-Triage und das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung als Schutzpflicht*, cit.

zione rapida e concentrata, soprattutto sulla definizione “negativa” dei criteri di selezione illeciti, nonché sui criteri procedurali<sup>76</sup>. Un tentativo del legislatore di stabilire criteri di selezione positivi era, invece, considerato improbabile o addirittura futile<sup>77</sup>.

Entrambe le previsioni sono state smentite. Da una parte, la reazione del legislatore non è stata decisamente «senza indugio». Il primo disegno di legge del Ministro della Salute è circolato tra i media – senza essere mai reso pubblico – solo all’inizio di maggio 2022<sup>78</sup>. Come prevedibile, tale circostanza ha immediatamente destato reazioni critiche. La bozza conteneva un divieto esplicito di considerare come criteri di allocazione la disabilità, la condizione di fragilità, l’età, l’origine etnica, la religione, il genere o l’orientamento sessuale<sup>79</sup>. L’aspetto problematico della proposta era, tuttavia, il fatto che il “*triage ex-post*” fosse esplicitamente consentito. Si prevedeva, infatti, che tre medici esperti di medicina intensiva potessero, di comune accordo, decidere di interrompere il trattamento di un paziente al fine di poterlo garantire a un paziente sopravvenuto con maggiori possibilità di sopravvivenza<sup>80</sup>.

A seguito delle varie critiche sopravvenute, il Ministro della Salute si è distanziato dalla bozza sostenendo l’inaccettabilità, dal punto di vista etico, del “*triage ex-post*”<sup>81</sup>. Una nuova proposta è stata successivamente presentata nel giugno 2022<sup>82</sup>. Essa mantiene la menzione dei criteri di selezione da considerare illeciti, ma esclude la possibilità di effettuare un “*triage ex-post*”<sup>83</sup>; rende esplicito, inoltre, il criterio della probabilità di sopravvivenza alla malattia attuale e prevede che la decisione debba essere presa di comune accordo da due medici esperti in terapia intensiva<sup>84</sup>.

Il percorso verso l’approvazione della legge sul *triage* si prospetta, tuttavia, ancora lungo, soprattutto alla luce delle critiche avanzate da più parti anche nei confronti della seconda

<sup>76</sup> Si vedano A. TABBARA, *Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 245; H. G. DEDERER, M. PREISS, *Gesetzliche Regelung der pandemiebedingten Triage*, cit., p. 178; J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 184; E. HILGENDORF, *Anmerkung*, cit., p. 156; R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit.

<sup>77</sup> Cfr. J. TAUPITZ, *Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage*, cit., p. 184; R. MERKEL, *Steine statt Brot*, cit.

<sup>78</sup> Cfr. M. AMOS, *Ex-post oder doch nicht? Streit um den Entwurf zur Triage*, in *Legal Tribune Online*, 10.5.2022, accessibile al link <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/triage-entwurf-gesundheitsministerium-lauterbach-kritik-bmj-buschmann/> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Si veda C. GEINITZ, *Lauterbach distanziert sich von eigenem Gesetzentwurf*, in *Frankfurter Allgemeiner Zeitung*, 9.5.2022, accessibile al link <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/triage-lauterbach-distanziert-sich-von-gesetzentwurf-18017880.html> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>82</sup> Cfr. *Neuer Gesetzentwurf: „Ex-Post“-Triage gestrichen*, in *Ärztblatt*, 13.6.2022, accessibile al link <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/135074/Neuer-Gesetzentwurf-Ex-Post-Triage-gestrichen> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>83</sup> *Ibid.* A testimonianza del fatto che un compromesso sul *triage* sia difficilmente raggiungibile, critiche sono arrivate anche alla decisione di escludere del tutto la liceità del “*triage ex-post*”, vedasi. M. SCHWINN, *„Patienten, die dann neu kommen, würden in vielen Fällen sterben“*, in *Süddeutsche Zeitung*, 23.6.2022, accessibile al link <https://www.sueddeutsche.de/politik/triage-gesetz-1.5606963> (ultima consultazione: 9.7.2022).

<sup>84</sup> Cfr. *Neuer Gesetzentwurf: „Ex-Post“-Triage gestrichen*, cit.

proposta<sup>85</sup>. Questo ritardo confermerebbe i timori espressi in relazione alla pronuncia del BVerfG. La mancanza di indicazioni più specifiche e l'ambiguità sul criterio della prospettiva di successo clinico hanno lasciato il legislatore in una posizione complessa. In tal senso, la decisione del BVerfG rischia di perdere completamente di rilevanza pratica e di affermarsi definitivamente come una “falsa vittoria” per i pazienti con disabilità e comorbidità.

---

<sup>85</sup> Vedasi T. REISS, *Erfolgsaussicht: Ein „geeignetes“ Triagekriterium?: Wie der neue Gesetzesentwurf die Frage mittelbarer Diskriminierung umgeht*, in *Verfassungsblog*, 21.07.2022, <https://verfassungsblog.de/erfolgsaussicht-triage/> (ultima consultazione: 1.8.2022) e T. HÖRNLE, E. HOVEN, S. HUSTER, T. WEIGEND, *Wer darf weiterleben?*, cit.

