



Diritto dell'emergenza Covid-19 e recovery fund class="voce">

Elementi per un rapporto tra allocazione delle risorse sanitarie e diritto alla salute come problema biogiuridico nell'emergenza del COVID-19

di [Aldo Rocco Vitale](#)

21 dicembre 2020

Elementi per un rapporto tra allocazione delle risorse sanitarie e diritto alla salute come problema biogiuridico nell'emergenza del COVID-19

di Aldo Rocco Vitale

Discorrendo con Platone intorno alle idee e usando “tavolità” e “coppità” invece di tavola e coppa, Diogene disse: «Io, o Platone, vedo la tavola e la coppa; ma non vedo le idee di tavola e coppa.»

E Platone: «È giusto. Hai gli occhi per vedere la coppa e la tavola, ma non hai la mente per vederne le idee.»

Diogene Laerzio, Vite dei filosofi, Laterza, Bari, 2010, Vol. I, pag. 222.

Sommario: 1. Introduzione - 2. Il problema - 3. Conclusioni.

1. Introduzione

«La civiltà giudaico-cristiana è esaurita; è una potenza che ha fatto il suo tempo. La stessa collassata collassa ancora di più, è nell'ordine del suo essere»:[\[1\]](#) così Michel Onfray ha sintetizzato il tramonto dell'influenza cristiana all'interno del mondo occidentale contemporaneo, potendosi estendere tale tendenza nei confronti di ogni premessa non soltanto di carattere teologico-religioso, nonostante proprio di origine teologico-religiosa sia il processo di secolarizzazione che ha condotto alla presente situazione,[\[2\]](#) ma anche soltanto trascendente con una parallela eclisse dell'influenza del pensiero metafisico,[\[3\]](#) andamento generale massimamente presente anche e soprattutto nel mondo del diritto che non soltanto è oramai del tutto secolarizzato,[\[4\]](#) ma – talvolta abbandonato alla solitudine nelle mani di un legislatore culturalmente sempre più inadeguato,[\[5\]](#) e talvolta forgiato a immagine e somiglianza della magistratura in quella sempre incandescente fucina del “crezionismo giudiziario” –[\[6\]](#) alla ricerca spasmodica di un fondamento post-metafisico.[\[7\]](#)

In questa direzione Tristram Engelhardt ha precisato che «poiché la cultura laica dominante del nostro tempo si colloca dopo Dio, la riflessione morale laica non può che occuparsi di ogni cosa come se essa non venisse da nessuna parte, non andasse da nessuna parte e non avesse alcuno sbocco finale. Deve trattarsi, cioè, di una morale e di una struttura politica costruite come se moralità, vita morale, strutture politiche e stati fossero in ultima analisi privi di significato [...]. Tutto è in definitiva privo di senso».[\[8\]](#)

Proprio questa carenza di senso, del resto, costituisce la sfida intellettuale attualmente più ardua per il mondo contemporaneo agitato dal vortice dell'ideologia, e all'un tempo lo sprone per un ritorno ai più sicuri lidi del pensare, cioè del filosofare, ovvero del tentare di investigare razionalmente – cioè senza apriorismi, senza schemi ideologici, senza pregiudizi, ovvero con autentico spirito critico – la realtà, poiché come ha chiosato Jean-François Lyotard «c'è bisogno di filosofare perché abbiamo perso l'unità. L'origine della filosofia è la perdita dell'uno, è la morte del senso».[\[9\]](#)

In fondo, se per Hans-Georg Gadamer «l'istinto metafisico è troppo radicato nell'uomo per lasciarsi cancellare del tutto, anche ammesso che la metafisica abbia perduto per sempre il rango di "scienza prima"»,[\[10\]](#) ciò che qui s'intende non è una banale rivendicazione di un presunto diritto della metafisica, ma la più seria e difficile proposta di un recupero di una metafisica del diritto come tale in grado di riflettere quell'esigenza di razionalità oggi mancante a cui più sopra si è accennato.

Se infatti, per Martin Heidegger, la metafisica è il terreno in cui affondano le radici dell’albero della filosofia,[\[11\]](#) la metafisica del diritto, oggi, pare il solo terreno fertile da cui può (ri)nascere il bocciolo del suo senso fino ad ora smarrito, così da evitare l’illusione che il “diritto del vuoto”, parallelamente alla “società del vuoto”,[\[12\]](#) possa continuare autoreferenzialmente a legittimare se stesso.

In questa direzione vi sono ambiti in cui il diritto positivo da solo non riesce a dirimere determinate problematiche –[\[13\]](#) in modo razionale senza cioè abbandonare il fenomeno giuridico al mero volontarismo,[\[14\]](#) o, consequenzialmente e peggio,[\[15\]](#) al nichilismo –[\[16\]](#) che possono presentarsi all’attenzione del giurista (sia esso legislatore, interprete o applicatore del diritto), così come accade, per esempio, con i “nuovi temi” biogiuridici.[\[17\]](#)

A tal proposito occorre riconoscere che all’intenso agire di veri e propri processi mareali di ordine concettuale, che si sono succeduti nel corso degli ultimi decenni, sono soggette anche altre dimensioni della realtà oltre quella strettamente giuridica, come, per esempio, l’invecchiamento.

Se Cicerone preferiva «essere meno a lungo vecchio, che esser vecchio prima di esserlo»,[\[18\]](#) oggi si assiste ad una sempre più radicale opera di ristrutturazione complessiva della vecchiaia, non soltanto perché l’età media si è allungata o perché i progressi tecnico-scientifici consentono di “cronicizzare” – al fine di conviverci – quegli stati patologici che si presentano con l’avanzare dell’età e che magari un tempo erano annoverabili tra le cause prime di mortalità, ma anche e soprattutto perché tali recenti mutazioni riflettono la nuova prospettiva antropologica dominante sul senso della vita e, quindi, della morte,[\[19\]](#) oltre che dell’invecchiamento che di quest’ultima è sempre il mesto ambasciatore.

Arricchendosi la capacità dell’uomo di controllare la dimensione biologica, di scrutare i segreti del corpo, di scoprire i misteri della vita umana attraverso il potenziamento della biologia e della biomedicina, l’idea di poter controllare ogni aspetto dell’esistenza biologica si è fatta strada sempre più, fino alle sue logiche conseguenze, ritendo per un verso di poter ritardare la morte per il più lungo tempo possibile, e per altro verso perfino di eliminarla anche a costo di perdere tutto ciò che contraddistingue l’umanità, cioè la caducità e la mortalità dell’uomo.[\[20\]](#)

L’ambizione di una parte crescente del mondo scientifico, ben oltre ogni prospettiva distopica, ma pur sempre all’interno di quel vastissimo orizzonte dischiuso dai paradigmi della nuova antropologia rimodellata dalle più dinamiche frange di quella sempre più influente corrente di pensiero che è l’estropianesimo attuale,[\[21\]](#) di cancellare radicalmente l’invecchiamento tramite i mezzi tecnologici,[\[22\]](#) traduce quella forma neanche tanto implicita di vera e propria guerra

tecnico-culturale contro la morte – e probabilmente contro la stessa natura in quanto tale – che il mondo contemporaneo sta ormai conducendo da tempo.[\[23\]](#)

Sarebbe quanto mai opportuno comprendere se, in prospettiva, la vecchiaia possa diventare un problema maggiore di ciò che oggi rappresenta, se cioè possa essere dapprima teorizzato un “diritto a non invecchiare”, imponendosi, gradualmente con il tempo, perfino un “dovere di non invecchiare”, fino ad arrivare a considerare la vecchiaia perfino come una colpa, intanto sicuramente in senso morale e sociale, poi, chissà, magari, anche in senso giuridico.[\[24\]](#)

Occorre chiedersi, tuttavia, se la vecchiaia come colpa rappresenti una futuribile prospettiva per ora soltanto “fantascientifica”, o se invece vi siano attualmente degli elementi prodromici sul punto che disvelano i riflessi problematici di carattere giuridico riguardo alle politiche e alle prassi biomediche odierne nei confronti della popolazione meno giovane i cui diritti fondamentali possono essere messi in discussione già oggi in tempo di emergenza da pandemia Covid-19, specialmente in riferimento al rapporto tra allocazione delle scarse risorse sanitarie e tutela del diritto alla salute.

2. Il problema

Su “La Stampa” dello scorso 24 ottobre 2020 è stata pubblicata la notizia secondo cui l’Accademia Svizzera delle Scienze Mediche e la Società Svizzera di Medicina Intensiva hanno elaborato un protocollo secondo cui vengono individuate quattro tipologie di pazienti destinati a non essere ricoverati per Covid-19 nei reparti di Terapia Intensiva: 1) età superiore a 85 anni; 2) età superiore a 75 anni accompagnata da almeno uno dei seguenti criteri: cirrosi epatica, insufficienza renale cronica stadio III, insufficienza cardiaca di classe NYHA superiore a 1 e sopravvivenza stimata a meno di 24 mesi; 3) arresto cardiocircolatorio ricorrente, malattia oncologica con aspettativa di vita inferiore a 12 mesi, demenza grave, insufficienza cardiaca di classe NYHA IV; 4) malattia degenerativa allo stadio finale.[\[25\]](#)

La questione svizzera, lungi dall’essere di carattere locale, rappresenta una esemplificazione particolare di un problema generale che si sta ciclicamente riproponendo in ogni ordinamento giuridico chiamato a interrogarsi sulla gestione legale della allocazione delle limitate risorse nei sistemi sanitari nazionali posti sotto pressione a causa della pandemia da coronavirus in atto.[\[26\]](#)

Il problema, sicuramente, non è nuovo, essendo senza dubbio tanto risalente quanto ricorrente nella letteratura delle cosiddette “questioni bioetiche”,[\[27\]](#) ma la diffusione del Covid-19 lo ha reso un tema ancor più attuale e sicuramente tanto “virale” quanto vitale,[\[28\]](#) come dimostrano

le recenti linee guida redatte dalla SIAARTI in Italia per stabilire i criteri di priorità attraverso le quali scegliere i pazienti da sottoporre alle cure di terapia intensiva e con cui si è deciso di effettuare tale selezione utilizzando il criterio dell'età, cioè favorendo i più giovani.[\[29\]](#)

Del resto, sul numero del 23 marzo 2020 del noto *New England Journal of Medicine*,[\[30\]](#) è stato pubblicato un contributo dal significativo titolo “Fair allocation of scarce medical resources in the time of Covid-19” nel quale gli autori – come sta accadendo un po’ dovunque nel mondo – si sono interrogati su quale sia la modalità migliore di allocazione delle scarse risorse sanitarie in un periodo di emergenza pandemica quale è quella attuale causata dalla diffusione del letale virus Covid-19.

Alla vetustà della tematica, tuttavia, si contrappone la novità della soluzione proposta, almeno da parte degli autori del suddetto contributo pubblicato su “NEJM”, cioè la possibilità non soltanto di sospendere la ventilazione per i pazienti Covid-19 che non hanno lunghe prospettive di vita, ma di poterla sospendere perfino senza il loro consenso e per di più senza che ciò possa essere considerato eticamente, giuridicamente e deontologicamente problematico.[\[31\]](#)

In senso contrario si è espresso, invece, il Comitato Nazionale per la Bioetica italiano ribadendo che il criterio clinico è l'unico eticamente accettabile in quanto «il più adeguato punto di riferimento, ritenendo ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, eticamente inaccettabile».[\[32\]](#)

In un successivo documento lo stesso CNB, inoltre, ha avuto modo di evidenziare la necessità etica e giuridica di una maggior tutela degli anziani – insieme ai disabili, ai minori, alle altre categorie di pazienti non-Covid – come categoria più fragile da salvaguardare.[\[33\]](#)

Negli anni, del resto, si è accentuata la rilevanza della dimensione economico-finanziaria all'interno delle problematiche relative alla sanità con evidenti riflessi anche sul piano della tutela effettiva di un diritto costituzionalmente rilevante e tutelato quale è il diritto alla salute, abbandonando un approccio giuridico “salutecentrico” in favore di un approccio sempre più “econometrico”.[\[34\]](#)

Sul punto la letteratura scientifica e la giurisprudenza sono pressoché illimitate, ma – con il dovuto spirito di sintesi maturato all'ombra della consapevolezza di una palese non esaustività enciclopedica delle presenti osservazioni – si può senza dubbio evidenziare il paradosso per cui proprio nell'epoca, quale è quella attuale, in cui per un verso, come già detto, si respinge la morte quale “economia della vita”,[\[35\]](#) pur essendo la morte all'un tempo reclamata come diritto,[\[36\]](#)

per altro verso la morte sia divenuta lo strumento con cui garantire e ottimizzare l'efficienza della “vita dell'economia” alla base di un dato sistema sanitario, come, del resto, aveva già intuito Ivan Illich sottolineando che «la morte approvata dalla società è quella che avviene quando l'uomo è diventato inutile non solo come produttore, ma anche come consumatore».[\[37\]](#)

Si assiste, insomma, ad una vera e propria *interversio morum*, per cui si attribuisce un costo (*rectius*, un prezzo) a ciò che ha una dignità,[\[38\]](#) cioè sostanzialmente la vita umana, che si estrinseca dapprima in una economicizzazione del diritto in genere e di quello alla salute in particolare,[\[39\]](#) concludendosi infine in un acrobatico capovolgimento assiologico che sottomette il valore giuridico al valore contabile e che a sua volta confluisce in una vera e propria *interversio iuris*, per cui il diritto alla salute si rovescia silenziosamente in un singolare “dovere di morire” socialmente ed economicamente giustificato, tanto da potersi e doversi chiedere con Michael Sandel se vogliamo una società in cui ogni cosa ha un prezzo, oppure ci sono certi beni morali e civici che i mercati non onorano e che i soldi non possono comprare.[\[40\]](#)

L'improduttività e l'inattitudine al consumo dell'uomo non più produttivo e non più consumatore a causa della vecchiaia, della malattia o della disabilità,[\[41\]](#) segnano, infatti, nell'epoca post-capitalistica dell'espansione del mercatismo (o turbocapitalismo), inteso quale sublimazione totalizzante e ultimativamente totalitaria del vecchio capitalismo,[\[42\]](#) la consunzione di alcuni diritti come quello alla salute la cui tutela, in certe condizioni, diventa economicamente non vantaggiosa e quindi ridimensionabile, comprimibile o, perfino, sopprimibile.

L'homo oeconomicus,[\[43\]](#) cioè colui il quale antepone l'ottimizzazione economica dinnanzi al valore della vita e del diritto in sé considerato, prende il posto dell'*homo juridicus*,[\[44\]](#) cioè colui il quale riconosce non soltanto la dignità e l'autonomia epistemica della fenomenologia giuridica che non può essere piegata o piagata dal mondo tecnico come dal calcolo dell'utile economico, ma che soprattutto, prendendola sul serio, individua la fondamentalità di alcuni diritti umani – come quello alla salute – non tanto in una loro mitica o mistica inattingibilità ontologica, quanto piuttosto nella concretezza della loro contraddistintiva intangibilità costitutiva originaria meta-ordinamentale.[\[45\]](#)

I riflessi più strettamente giuridici non possono essere considerati minoritari, venendo in rilievo non soltanto la lesione del diritto fondamentale alla salute da cui discende il diritto all'assistenza sanitaria, ma anche il principio di uguaglianza per cui «l'obiettivo dell'eguale trattamento delle generazioni richiede che sia assegnato un uguale peso a livello di benessere individuale in

ciascun momento del tempo»,[\[46\]](#) nonché il principio di autodeterminazione come valore costituzionalmente garantito.[\[47\]](#)

Con l'adozione di un approccio di carattere inizialmente economicistico e,[\[48\]](#) via via perfino utilitaristico,[\[49\]](#) si rischia, infatti, non soltanto la radicale soppressione del diritto alla salute, ma anche una sovversione del diritto di autodeterminazione così rilevante nell'odierno clima giuridico, come del resto indicato, pur tra i vari chiaroscuri, dalla stessa Corte Costituzionale con la recente sentenza 242/2019 sul cosiddetto “caso Cappato-DJ Fabo”.[\[50\]](#)

Per quanto sia ovvio che ad una situazione di emergenza si debba far fronte con norme e comportamenti emergenziali, occorre sottolineare che la gestione dell'emergenza non può mai travalicare i principi generali del diritto e dell'ordinamento, i diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti e tutelati, lo spirito di giustizia in se stessa considerata.

Così, occorre tener presente che la eventuale carente disponibilità delle risorse – con il problema relativo alla esatta loro allocazione tanto in un quadro macro-allocativo quanto in un quadro micro-allocativo –[\[51\]](#) non può mai rappresentare la legittimazione di una compressione o perfino di una soppressione del diritto alla salute prima e del diritto alla vita poi di coloro che, sebbene meno giovani, hanno necessità di accedere ai servizi sanitari essenziali – come le terapie intensive – al fine di veder concretamente tutelati i suddetti diritti.

Il diritto alla salute, infatti, se è davvero un diritto fondamentale, come del resto affermano norme sovranazionali e la stessa Costituzione,[\[52\]](#) nonostante qualche contraria opinione,[\[53\]](#) non può trovare limitazioni di carattere economico-contabilistico che ne comportino non soltanto una minore tutela o una (de)gradazione della stessa, ma neanche, a maggior ragione, un vero e proprio totale sacrificio, nemmeno in un contesto di carattere emergenziale come quello odierno.

In questa direzione occorre tenere presente il contributo della giurisprudenza, almeno di quella costituzionale,[\[54\]](#) che ha avuto modo di esprimersi più volte sulla natura, la portata e l'importanza del diritto alla salute.[\[55\]](#)

Per la Corte Costituzionale, infatti, il diritto alla salute è «riconosciuto e garantito dall'art. 32 della Costituzione come un diritto primario e fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela».[\[56\]](#)

Dalla ricostruzione che del diritto alla salute compie la Corte Costituzionale si possono ricavare i tre elementi costitutivi che lo determinano: 1) si articola in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale

assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana; 2) è un diritto *erga omnes* immediatamente garantito dalla Costituzione e dunque azionabile e tutelabile direttamente dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti; 3) conferisce in concreto il diritto ai trattamenti sanitari dei quali la determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi è rimessa all'attuazione messa in essere da parte del legislatore.

Da ciò si evince, tuttavia, che dato il rilievo costituzionale e la fondabilità pre-costituzionale del diritto alla salute, esso non possa essere controbilanciato da un generico e collettivo interesse di carattere economico o contabilistico, proprio in considerazione della palese primazia che con tutta evidenza l'ordinamento gli attribuisce.

Cesare Mirabelli, del resto, non a caso ha puntualizzato che «il contemperamento con le esigenze di natura finanziaria ed organizzativa deve, in ogni caso, garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie indispensabili, assicurando tempestivamente le cure più idonee per lo stato di salute della persona. Deve essere, dunque, sempre garantita la compiuta attuazione del diritto alla salute, non essendo ammissibile che vi siano situazioni prive di tutela per un bene che è essenziale della persona».[\[57\]](#)

Si considerino, peraltro, le due prospettive fondamentali – cioè poste “segretamente” alla sua base – del suddetto approccio, cioè, da un lato il paternalismo,[\[58\]](#) e, ancor più problematicamente, dall'altro lato l'eugenetica,[\[59\]](#) binari cooperanti di un unico deragliamento giuridico qualora sia intrapresa la rotta ove essi conducono.

Plasmare la tutela del diritto alla salute, infatti, anche se in tempi emergenziali pandemici, secondo criteri utilitaristici o economicistici, significa re-introdurre una mentalità paternalistica, non più clinicamente giustificata, ma contabilisticamente fondata, come precisa, tra i tanti, John Wyatt secondo il quale «il vecchio modo paternalista di assegnazione e ripartizione delle spese relative all'assistenza sanitaria sotto il controllo diretto dei medici professionisti è stato adesso soppiantato da una nuova forma di paternalismo in cui sono degli economisti, esperti in spesa sanitaria, dei funzionari governativi, oppure dei burocrati ministeriali che stanno sempre di più prendendo il controllo della salute pubblica, nel nome di una pianificazione razionale ed efficiente delle spese».[\[60\]](#)

Limitare la tutela del diritto alla salute, anche se in tempi emergenziali pandemici, in virtù di una selezione dei pazienti in base alla loro età anagrafica, significa praticare una “politica” sostanzialmente eugenetica tesa a favorire i più “forti” ed eliminare i più “deboli”, cioè non soltanto contravvenire alla reale natura del diritto,[\[61\]](#) e, all'un tempo, alla vocazione

umanitaria della stessa medicina,[\[62\]](#) ma anche e soprattutto violare apertamente e frontalmente alcune specifiche normative internazionali che vietano in modo esplicito ogni eventuale, diretta o indiretta, prassi eugenetica.[\[63\]](#)

In tal senso si pensi all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,[\[64\]](#) all'articolo 11 della Convenzione di Oviedo,[\[65\]](#) ed implicitamente anche all'articolo 14 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo nella misura in cui vieta la discriminazione in base a qualunque altra condizione rispetto a quelle esplicitamente elencate.[\[66\]](#)

Confondendo il concetto di guarigione con quello all'assistenza sanitaria, dietro il filtro dell'ottimizzazione delle risorse, si finisce, insomma, per negare la cura di cui hanno diritto persone sofferenti, e pur probabilmente inguaribili, come gli anziani affetti da Covid-19 che si escludono aprioristicamente dalle terapie intensive, dimenticando non soltanto il senso del diritto e dell'etica medica, ma anche la preziosa lezione di Georges Canguilhem secondo il quale, infatti, «imparare a guarire significa imparare a conoscere la contraddizione tra la speranza di un giorno e lo scacco inevitabile alla fine. Senza mai dire di no alla speranza».[\[67\]](#)

Il baluardo un tempo gagliardo e oggi in rovina dell'umanesimo marxista,[\[68\]](#) avrebbe potuto costituire una valida alternativa critica nei confronti di simili prassi di espansionismo post-capitalistico oramai totalizzante e acriticamente accettato proprio da parte di molti, anche influenti, giuristi di ogni ordine e grado.

Del resto, anche la roccaforte dell'etica cristiana, oggi disarmata e collabente a causa dell'apice del processo suicidario che l'occidente oramai da decenni ha mosso verso se stesso,[\[69\]](#) avrebbe potuto rappresentare un antibiotico contro quella virulenta carica pandemica costituita dall'antigiuridismo attuale sempre più capillarmente diffuso e di cui sono divenuti silente veicolo proprio gli stessi giuristi che supinamente e sociologicamente accettano logiche paleamente antigiuridiche un tempo risolutamente e coraggiosamente respinte.

Alcuni interrogativi sorgono, dunque, in modo spontaneo e inevitabile: in una situazione di emergenza come quella imposta dalla pandemia del coronavirus i diritti fondamentali, come quello alla salute e all'autodeterminazione, possono essere davvero ridimensionati, affievoliti o perfino negati? Il diritto all'autodeterminazione che sta vivendo una nuova stagione di vitalità e riconoscimento prima giudiziario e poi legale può incontrare nell'emergenza sanitaria l'unica vera forza in grado di contrastarne l'espansionismo? L'approccio economicistico è davvero l'unico in grado di poter dare una soluzione all'emergenza sanitaria? La prospettiva utilitarista è davvero compatibile con la struttura della Costituzione e dell'ordinamento giuridico italiani

informati dal principio personalistico? Il calcolo economico dei costi-benefici può davvero assurgere a cifra ermeneutica dell'intera realtà giuridica? E' l'economia che deve regolare il diritto o, piuttosto, è il diritto che deve regolare l'economia? E' il risultato economico che deve disciplinare la vita delle persone e dei soggetti di diritto o è il principio di intangibilità della persona che deve disciplinare il risultato economico?

Con tutta evidenza, dunque, per comprendere il rapporto tra allocazione delle scarse risorse sanitarie e tutela del diritto alla salute nell'emergenza pandemica da Covid-19, invece di rinchiudersi nell'angolo di rigidi e statici – e francamente più semplici(stici) – rigori economici e contabili, si dovrebbe trovare il coraggio intellettuale e culturale di adottare una prospettiva dinamica, cioè ricorrere alla triangolazione di economia, diritto ed etica, come tale la sola in grado non tanto e non solo di rispettare lo statuto dell'economia, del diritto e della medicina, ma l'unica in grado di non violare arbitrariamente i diritti fondamentali dei singoli e di intere categorie di soggetti fragili che l'ordinamento dovrebbe primariamente tutelare per conservare oltre che la propria intrinseca giuridicità, la propria auspicabile umanità.

3. Conclusioni

«Sopprimo soltanto un mezzo uomo e non me ne vorrete per questo»:[\[70\]](#) così – nel celebre racconto di Albert Camus “La morte felice” – lo stanco, malato, privo di gambe, bisognoso di assistenza e di cure e soprattutto vecchio Zagreus incoraggia il giovane tentennante Mersault, lautamente ricompensato a tal fine, affinché esegua la prestazione, porti a termine il contratto stipulato, cioè sopprima il proprio stesso committente.

Considerare Zagreus soltanto un mezz'uomo per dimezzare la rilevanza morale della sua soppressione, significa sostanzialmente dimezzare la sua umanità, cioè, in definitiva, disumanizzarlo, pur senza comprendere, che una tale operazione costituisce una diretta violazione della dignità umana in quanto, con le parole di Abraham Heschel, «l'annullamento morale conduce allo sterminio fisico».[\[71\]](#)

Come ha giustamente osservato Dietrich Bonhoeffer, dunque, «la distinzione tra vita degna e vita indegna distrugge presto o tardi la vita stessa»,[\[72\]](#) e, inevitabilmente, anche il diritto.

Il diritto, infatti, non è economico, e non può e non deve essere economico. Il diritto è e deve rimanere giuridico per non tradire se stesso e la sua funzione, poiché il diritto non conosce e non può conoscere il servilismo in quanto è espressione della libertà e non della necessità, in quanto dovrebbe essere epifania del giusto e non imposizione dell'utile, in quanto riflesso dell'umanità degli esseri umani e non del loro tornaconto.

Subordinare il diritto alle pretese economiche o di altra natura ad esse simili, significa subordinare la libertà dello spirito allo spirito della necessità, significa soggiogare il diritto come espressione della costitutiva relazionalità naturale dell'uomo alla mera datità del mondo e del numero, significa escludere ciecamente la fondabilità sostanziale del fenomeno giuridico e quindi paradossalmente negare radicalmente il diritto, proprio in quanto giuristi, e l'umanità proprio in quanto esseri umani.

Oltre ogni ulteriore considerazione, non rimane, dunque, che chiedersi: siamo davvero pronti a vivere in un mondo inesorabilmente e irrevocabilmente privato dell'umanità e del diritto?

[1] Michel Onfray, *Decadenza. Vita e morte della civiltà giudaico-cristiana*, Ponte alle Grazie, Milano, 2017, pag. 601-602.

[2] «Il concetto di secolarizzazione non ha senso al di fuori del Cristianesimo»: Jacques Derrida, *Quel che il Signore disse ad Abramo*, Castelvecchi, 2005, pag. 30.

[3] «Sono stati “dimenticati” non solo i problemi specifici della trascendenza, ma in generale i problemi di fondo della filosofia e della metafisica. Non pochi filosofi si occupano oggi di questioni di carattere formale, connesse con il problema del “metodo” e del “linguaggio”, tralasciando per lo più la considerazione di ciò che con il metodo e con il linguaggio si dovrebbe raggiungere, ossia dei contenuti»: Giovanni Reale, *Radici culturali e spirituali dell'Europa*, Raffaello Cortina, Milano, 2003, pag. 140.

[4] Thomas Gutmann, *Secolarizzazione del diritto e giustificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

[5] <https://espresso.repubblica.it/palazzo/2017/09/27/news/impreparati-incompetenti-immaturi-il-ceto-politico-non-e-mai-stato-così-ignorante-1.310776>

[6] «Gli spazi della discrezionalità interpretativa sono già fin troppo ampi, a causa dell'odierno caos legislativo, da sconsigliare che li si ampli ulteriormente teorizzando e legittimando il crezionismo della giurisdizione, destinato inevitabilmente a degenerare nel dispotismo giudiziario»: Luigi Ferrajoli, *Contro il crezionismo giudiziario*, Mucchi Editore, Modena, 2018, pag. 24-25.

[7] Valentin Petev, *Per un'ontologia post-metafisica del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

[8] Tristram Engelhardt, *Dopo Dio. Morale e bioetica in un mondo laico*, Claudiana, Torino, 2014, pag. 48.

[9] Jean-François Lyotard, *Perché la filosofia è necessaria*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2013, pag. 23.

[10] Hans-Georg Gadamer, *La responsabilità del pensare. Saggi ermeneutici*, V&P, Milano, 2002, pag. 130.

[11] Martin Heidegger, *Che cos'è la metafisica?*, Adelphi, Milano, 2001, pag. 91.

[12] «La “società del vuoto” può legittimare se stessa. Il nulla su cui galleggia non è il baratro su cui sprofonda, ma lo spazio aereo della sua libertà. Perché ciò sia possibile, sopportabile, occorre la priorità del sogno sulla realtà. Il sacro post-moderno è il luogo della grande illusione, il ritorno dell’Eden perduto in cui Dio e il serpente si fondono nell’uomo “divino” elevato al di là del bene e del male»: Massimo Borghesi, *Secolarizzazione e nichilismo*, Cantagalli, Siena, 2005, pag. 24.

[13] «La dottrina del positivismo giuridico conosce molte varianti, tutte però concordi nel negare autentico valore teoretico al tema della giustizia o comunque nel qualificarlo alla stregua di un tema extra-giuridico[...]. Ridotto ad un insieme di norme tecniche [...] il diritto viene pensato dai positivisti alla stregua di uno degli strumenti sistematici dell’ordine sociale, il che indubbiamente esso è, purché però non si dimentichi che un ordine, in quanto tale, può anche essere, al limite, atrocemente ingiusto, come quello concentrazionario di un Lager. La dottrina giuspositivistica potrà anche ritenere che il regolamento interno di un campo di concentramento sia autentico diritto, ma dovrà pur riconoscere come sensata l’opinione assolutamente contraria di tutti coloro che sono in esso incarcerati»: Francesco D’Agostino, *CORSO BREVE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 53.

[14] «Ciascuno di noi non si trova in un diritto, ma sceglie il proprio diritto»: Natalino Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, Bari, 2011, pag. 13.

[15] «Nichilismo e formalismo sono stretti da un’intima fraternità: l’uno conduce all’altro»: Natalino Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, bari, 2005, pag. 26.

[16] «Parlare in sé di diritto e torto è cosa priva di ogni senso»: Friedrich Nietzsche, *Genealogia della morale*, Adelphi, Milano, 2007, pag. 65.

[17] La letteratura sul punto è praticamente sterminata: a titolo di esempio cfr. i recenti: Salvatore Amato, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino,

2020; Francesco D'Agostino, *Bioetica. Questioni di confine*, Studium, Bologna, 2019; Carla Faralli, *Diritti, diritti e nuove tecnologie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; Aldo Rocco Vitale, *Introduzione alla bioetica. Temi e problemi attuali*, Il Cerchio, Fano, 2019.

[18] Cicerone, *La vecchiezza*, Bur, Milano, 2005, pag. 169.

[19] «Come concepiamo la vita e come concepiamo la morte sono soltanto due aspetti di un atteggiamento di fondo unitario»: Georg Simmel, *Metafisica della morte e altri scritti*, SE, Milano, 2012, pag. 9.

[20] «Una specie che riesce a creare artificialmente la propria immortalità, e che cerca di trasformarsi in mera informazione, rimane una specie umana?»: Jean Baudrillard, *L'illusione dell'immortalità*, Armando Editore, Roma, 2007, pag. 31.

[21] «The first fully developed transhumanist philosophy was defined by the “Principles of Extropy”, the first version of which was published in 1990. The concept of “extropy” was used to encapsulate the core values and goals of transhumanism. Intended not as a technical term opposed to entropy but instead as a metaphor, extropy was defined as the extent of a living or organizational system’s intelligence, functional order, vitality, and capacity and drive for improvement[...]. The Principles of Extropy include the concept of practical optimism or dynamic optimism which tempers an optimistic sense of radical possibility with an insistence that we actively create the future we desire»: Max More – Natasha Vita-More, *The transhumanist reader*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2013, pag. 35.

[22] Secondo il noto biochimico Aubrey de Grey, per esempio, si potrebbe e si dovrebbe attuare il piano cosiddetto “SENS”, cioè *Strategies for Engineered Negligible Senescence* (ovvero, Strategie per una Senescenza Ingegnerizzata Trascurabile), con cui arrestare biologicamente il fenomeno dell'invecchiamento. Cfr. Aubrey de Grey – Michael Rae, *La fine dell'invecchiamento. Come la scienza potrà esaudire il sogno dell'eterna giovinezza*, D Editore, Roma, 2018.

[23] «La lotta contro la morte continua a progredire nelle direzioni che già avevo messo in luce vent'anni fa; da allora la speranza nel prolungamento della vita ha fatto progressi ovunque nel mondo e in Francia la durata media della vita è aumentata di una decina d'anni. La morte, insomma, continua a battere in ritirata. Eppure, sebbene nei Paesi più avanzati in campo medico il cancro e le malattie cardiovascolari assorbano ancora la maggior parte delle risorse e dell'attenzione pubblica, la ricerca ha tentato di aprire nuove brecce sul fronte della morte o ha previsto l'avvento di nuove tecniche per lottare contro la senescenza. E soprattutto assistiamo al progressivo delinearsi, negli Stati Uniti, di una vera e propria mobilitazione contro la vecchiaia e

la morte: nascono addirittura associazioni che hanno lo scopo dichiarato di abolire la morte, la gente matura comincia a protestare contro la senescenza e anche i giovani a ribellarsi all'assurdità della morte»: Edgar Morin, *L'uomo e la morte*, Meltemi, Roma, 2002, pag. 342.

[24] Il tema, senza dubbio colorato di tratti da distopia orwelliana, è comune a quello dell'opera di narrativa dello scrittore svedese Carl-Henning Wijkmark, *La morte moderna*, Iperborea, Milano, 2008, pag. 47.

[25] <https://www.lastampa.it/esteri/2020/10/24/news/la-svizzera-sceglie-rianimazione-negata-agli-anziani-malati-di-coronavirus-1.39453134>

[26] Per una panoramica nei vari Paesi cfr.:
<http://bioetica.governo.it/italiano/comunicazione/covid-19-il-dibattito-a-livello-internazionale/i-pareri-per-paese/>

[27] John Harris, *QALYfying the value of life*, in “Journal of Medical Ethics”, 1987, 13, 117-123; Laura Palazzani, *Teorie della giustizia e allocazione delle risorse sanitarie*, in “Medicina e morale”, 1996/5, 901-921; Adriano Bompiani, *Economia ed etica nello sviluppo del Sistema sanitario italiano*, in “Medicina e morale”, 1996/5, 923-934; Liss Per-Erik, *Hard choices in public health: the allocation of scarce resources*, in “Scandinavian Journal of Public Health”, 2003, 31, 156-157; AA.VV., *Principles for allocation of scarce medical interventions*, in “The Lancet”, 2009, 373, 423-431.

[28] Cfr. Antonio D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in “Rivista di biodiritto”, 2/2020, 14 marzo 2020; Caterina Di Costanzo, Vladimiro Zagrebelsky, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in “Rivista di biodiritto”, 2/2020, 15 marzo 2020.

[29] «L'allocazione in un contesto di grave carenza (shortage) delle risorse sanitarie deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico: si tratta dunque di privilegiare la maggior speranza di vita»: SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinics per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 06/03/2020 disponibile presso il seguente indirizzo internet: <http://www.siaarti.it/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI.aspx>

[30] DOI: 10.1056/NEJMsb2005114

[31] Proprio per la preoccupazione suscitata da un tale orientamento il New York Times ha riportato l'allarme divampato nelle associazioni che rappresentano le persone affette da disabilità che in una simile prospettiva si vedrebbero negato il diritto all'assistenza sanitaria:

<https://www.nytimes.com/2020/03/23/us/coronavirus-washington-triage-disabled-handicapped.html>

in questo senso anche una dichiarazione dell'ONU:

<https://www.onuitalia.it/covid-19aggiornamenti-sul-lavoro-delle-nazioni-unite-onu-il-nuovo-coronavirus-mette-a-rischio-i-gruppi-piu-vulnerabili/>

[32] CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 8 aprile 2020, pag. 2.

[33] «Fra i gruppi con particolari vulnerabilità citati, una considerazione speciale va riservata agli *anziani e alle anziane*, in primo luogo perché hanno pagato e stanno ancora pagando il prezzo più alto in vite umane. Ciò è vero soprattutto per quelli confinati nelle RSA, i più fragili: il fatto di essere ricoverati in istituzioni sociosanitarie, senza occasioni di uscita, da fattore di potenziale protezione si è trasformato in ulteriore pericolo. Hanno cioè pagato prima e più di altri il prezzo dell'impreparazione generale del sistema sanitario nell'individuare le filiere del contagio, nell'informare correttamente gli addetti all'assistenza sulle misure di prevenzione, infine nel fornire a questi ultimi gli strumenti di protezione individuale per impedire il contagio. L'incapacità di fronteggiare il coronavirus nelle RSA si è innestata sulle precedenti inefficienze e storture dell'assistenza agli anziani, ancora diffuse, nonostante in Italia non manchino le buone esperienze. In particolare, è emersa una cultura dell'abbandono, coniugata a un'attitudine autoritaria nel gestire la vita delle persone fragili. Si auspica che questa dolorosa vicenda sia occasione per ripensare e ridisegnare il sistema di presa in carico degli anziani più fragili, con una scelta verso la domiciliarità, come luogo della cura e della protezione; nell'immediato, si assicuri l'adozione di misure di prevenzione adeguate su tutto il territorio nazionale, prevedendo linee guida di prevenzione specifiche per le residenze sociosanitarie per anziani»: CNB, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020, pag. 16.

[34] «La ricerca del superamento del conflitto anacronistico tra etica medica e principi economici, a parere del sottoscritto, deve imboccare due vie. La prima è costituita dal contesto istituzionale giuridico e organizzativo in cui il medico opera. Tale contesto dovrebbe essere tale da indurre o incoraggiare il medico a tener conto delle implicazioni economiche del proprio comportamento[...]. La seconda strada da battere chiama direttamente in causa gli economisti sanitari impegnati in attività formative a livello universitario e post-universitario. In fondo, il passo da far compiere al medico è apparentemente molto semplice. Si tratta di cambiare il

quesito, che ogni medico di coscienza si pone, e che può essere espresso come segue: quale decisione produce le migliori conseguenze per il benessere del mio paziente, nel seguente quale decisione comporterebbe le migliori conseguenze per la collettività se la mia decisione fosse assunta da tutti i colleghi che agiscono in circostanze assimilabili?»: Antonio Brenna, *Considerazioni su medicina, economia ed etica*, in AA.VV., *Economia sanitaria. Linee e tendenze di ricerca in Italia*, a cura di George France – Ermanno Attanasio, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 456-457.

[35] Si pensi in tal senso alla consapevolezza della coappartenenza reciproca della vita e della morte già nota dalla sapienza classica, oggi purtroppo eccessivamente obliata, e magistralmente condensata dalle eterne parole di Eraclito:«Immortali mortali, mortali immortali, viventi la loro morte e morienti la loro vita»: AA.VV., *I presocratici. Testimonianze e frammenti*, Laterza, Bari, 1981, pag. 210, n. 62.

[36] *Ex plurimis* cfr.: Aldo Rocco Vitale, *L'eutanasia come problema biogiuridico*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

[37] Ivan Illich, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Red, Milano, 2005, pag. 205.