

Autonomia e responsabilità medica: la scelta deontologicamente (dis)orientata

*Elisabetta Pulice**

MEDICAL AUTONOMY AND RESPONSIBILITY: PROFESSIONAL ETHICS -(DIS)ORIENTED CHOICES

ABSTRACT: Starting from the difficulties in balancing the need for certainty with flexibility in the regulation of medical practice, the paper analyses the role of medical ethics in defining, safeguarding and governing medical autonomy and responsibility. Convergences, divergences and mutual relationships between professional ethics and law are discussed, with consideration and evaluation of the challenges the role of this source of (soft)law is facing. Reflecting upon a more broader context of medical responsibility, which does not simply correspond to legal liability, the aim of this paper is, on the one hand, to clarify the framework for the potential but controversial role of the code of medical ethics, and on the other hand, to highlight specific elements and devices that should be taken into consideration in shaping a more coherent model of relationships between law, scientific evidence and medical ethics.

KEYWORDS: Code of medical ethics; medical autonomy; medical responsibility; biolaw; scientific evidence

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Deontologia e diritto: convergenze e antinomie – 3. Autonomia e responsabilità del medico nelle scelte diagnostico-terapeutiche: il ruolo della deontologia medica – 3.1. La rilevanza riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale – 3.2. Le scelte del codice deontologico – 3.3. La clausola di coscienza in equilibrio tra autonomia e responsabilità – 4. Rilevanza giuridica delle norme deontologiche – 5. Scelta orientata o disorientata dalla deontologia?

1. Introduzione

Le sfide poste in medicina dal rapporto tra autonomia e responsabilità professionale interessano gli snodi più delicati della regolamentazione di un'attività nella quale l'elevata complessità tecnico-scientifica, l'incidenza sui diritti fondamentali e la variabilità del caso concreto richiedono un difficile equilibrio tra certezza e flessibilità.

Le istanze di determinatezza permeano in maniera specifica il diritto penale a fronte di un'attività il cui esercizio è difficile, rischioso e fortemente orientato dal sapere scientifico. La scienza e la tecnica svolgono un ruolo essenziale nell'individuazione di fonti precostituite in grado di conferire, per quanto possibile, un livello considerevole di oggettività e determinatezza ai doveri del professionista, orientando così anche le valutazioni del giudice. Forme codificate del sapere tecnico-scientifico e dei

* *PhD in Studi Giuridici Comparati ed Europei (Università di Trento e Université Paris Ouest Nanterre La Défense)*, Ricercatrice presso il Laboratorio dei Diritti Fondamentali (LDF), Torino. Mail: elisabetta.pulice@unitn.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

marginari di rischio assumono quindi rilevanza crescente come fonti in base alle quali articolare un giudizio di responsabilità.

Anche in ambiti diversi da quello penale, la certezza del diritto è posta a tutela dei diritti tanto dei pazienti quanto dei professionisti. La definizione dei margini di autonomia e liceità delle condotte dei professionisti sanitari è, inoltre, un elemento fondamentale per garantire, nel concreto, il principio dell'autodeterminazione individuale nella relazione di cura, evitando distorsioni dovute ad atteggiamenti di medicina difensiva, se non addirittura forme di discriminazione fondate sulle condizioni cliniche del paziente¹.

Allo stesso tempo, però, le peculiarità dell'attività medica e dell'oggetto da disciplinare nei vari ambiti della sua regolamentazione sono difficilmente inquadrabili in regole standardizzate, predeterminate e inderogabili.

La disciplina giuridica del rapporto tra autonomia e responsabilità richiede anzitutto fonti sufficientemente flessibili e duttili in grado di integrare con principi, definizioni e doveri etico-professionali spazi di scelta e attività che né la legge, per sua natura generale e astratta, né altre fonti del diritto strettamente inteso riescono a disciplinare compiutamente.

Se è ormai da ritenersi consolidata la necessità del dialogo e della ragionevole integrazione tra le dimensioni giuridica, tecnico-scientifica ed etico-professionale, i rispettivi confini e margini di rilevanza non sono sempre facili da predeterminare o da ricostruire nella specificità dei casi concreti.

Il coinvolgimento dei diritti fondamentali della persona, in un contesto caratterizzato da molteplici interessi, ruoli ed esigenze di tutela, richiede inoltre un rapporto tra autonomia e responsabilità tale da permettere che l'attività professionale sia concretamente rivolta al bene e all'autodeterminazione della persona assistita, indipendentemente dalla – e se necessario in contrasto con la – cornice definita dalle fonti e dagli strumenti di codificazione del sapere tecnico-scientifico presi in considerazione dal diritto.

La regolamentazione dell'attività medica deve essere altresì in grado di tenere conto e tutelare il pluralismo valoriale, che si esplica tanto nell'incontro tra due autonomie e responsabilità nell'alleanza terapeutica quanto nel rapporto tra la dimensione individuale (singolo medico) e collettiva (équipe, struttura sanitaria) della coscienza, dei convincimenti tecnico-scientifici e della responsabilità professionale.

Considerata la crisi del ruolo del medico nell'incertezza tra autonomia e responsabilità, alla luce delle difficoltà del diritto nel fornire una guida concreta e coerente ai professionisti sanitari, il presente contributo si propone di riflettere su quale possa essere il ruolo della fonte che per sua intrinseca natura si pone all'intersezione tra dimensione giuridica, dimensione etica e sapere tecnico-scientifico, quindi tra stato, categoria professionale e comunità scientifica: il codice di deontologia medica.

Nel quadro delle sfide normative fin qui brevemente delineato, il codice deontologico e la rilevanza che, direttamente o indirettamente, gli è riconosciuta dall'ordinamento giuridico, lasciano infatti intravedere potenzialità significative, la cui concreta attuazione dipende però dai rapporti, tanto formali quanto sostanziali, con le altre fonti di disciplina e dal ruolo del sistema ordinistico.

¹ Si pensi al rifiuto dei trattamenti sanitari e all'esenzione di responsabilità sia civile sia penale precisata con la legge 219 del 2017. Sui profili penali della condotta del medico in ambito biogiuridico si veda, ad esempio, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015.

La prospettiva sarà quindi quella delle relazioni tra la deontologia e il “resto del diritto” avendo come punto di riferimento un concetto di responsabilità medica che non coincide con la colpa, civile o penale, ma che attiene al ruolo del medico, all’autonomia e indipendenza professionale.

Più precisamente, l’interrogativo che ci si pone è capire se, e in che misura, il codice deontologico possa porsi come intermediario tra diritto e medicina, come fonte (effettiva e credibile) in grado di orientare la condotta del medico in sintonia sia con i principi costituzionali sia con la riflessione etico-professionale. In che misura, e in presenza di quali condizioni, quindi, un diverso modello dei rapporti tra deontologia e diritto possa contribuire a delineare in maniera più coerente i rapporti tra autonomia e responsabilità professionale, soprattutto negli spazi in cui la specificità del caso concreto, l’evoluzione terapeutica e l’incidenza delle convinzioni morali più profonde dei soggetti coinvolti rendono insufficienti o inadeguate altre forme di regolamentazione dell’attività medica.

2. Deontologia e diritto: convergenze e antinomie

Prima di analizzarne le convergenze e antinomie con il diritto, preme definire cosa si intenda in questa sede per “deontologia” e perché possa essere utile interrogarsi sul suo ruolo nell’orientare la scelta in ambito medico.

Innanzitutto, com’è noto, il codice deontologico razionalizza – positivizzandoli – i principi dell’etica professionale, che assumono così, tramite lo strumento della responsabilità disciplinare o la concretizzazione di clausole generali dell’ordinamento giuridico, una rilevanza specifica sul piano sia professionale sia giuridico².

L’analisi non riguarderà quindi generici principi di etica medica, ma il ruolo che essi assumono nella dimensione normativa, nella forma di regole di disciplina che deriva loro dalla concretizzazione nel codice deontologico³, così come voluta ed elaborata dalla categoria professionale⁴.

² Alla codificazione della deontologia come «passaggio significativo dalla mera individuazione dei problemi etici a un vero e proprio diritto deontologico» fa riferimento, ad esempio, R. DANOVÌ nel saggio introduttivo “*Dalle regole alla codificazione*” nel *Commentario al codice deontologico forense da lui curato*, II. ed., Milano, 2004, p. 4.

³ In base alla “Definizione” contenuta nel suo primo articolo, «il codice di deontologia medica [...] identifica le regole, ispirate ai principi di etica medica, che disciplinano l’esercizio professionale». Il testo del codice è reperibile sul sito della FNOMCeO: <https://portale.fnomceo.it/codice-deontologico/>

⁴ I principi enunciati nei documenti e nelle carte di etica medica e di bioetica elaborati a livello europeo e internazionale rientrano nel nucleo di contenuti tradizionale dei codici deontologici in molti ordinamenti giuridici. Storicamente, infatti, tale nucleo affonda le proprie radici nei principi fondamentali dell’etica medica risalenti al Giuramento di Ippocrate, così come elaborato e attualizzato in epoca moderna (si pensi, ad esempio, alla Dichiarazione di Ginevra della World Medical Association, il cui testo, adottato nel 1948 e rivisto più volte nel corso degli anni, è stato poi inserito nei codici deontologici di molti ordinamenti). La riflessione deontologica è stata inoltre influenzata, a partire dagli anni ‘60 e soprattutto dagli anni ‘90 in poi, tanto dallo sviluppo scientifico e tecnologico in medicina quanto dal contestuale mutamento culturale e giuridico, quindi dagli stessi elementi che la dottrina tradizionalmente pone all’origine della bioetica (cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, p. 8 e SINGER- KUHSE, *What is Bioethics? A Historical Introduction*, in *Id. A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998, p. 3). Le nuove prospettive e le inedite esigenze di tutela hanno così influenzato le scelte della categoria professionale nel precisare e ampliare i contenuti dei codici deontologici, secondo specificità proprie sia delle sue dinamiche interne sia dell’ordinamento giuridico di riferimento. In particolare, si è consolidato il ruolo di guida e di indirizzo delle normative deontologiche, unitamente alla loro funzione di controllo della qualità

In molti ambiti nei quali il diritto è messo in relazione con l'esercizio di attività professionali complesse⁵, quanto più ampia è la sfera di diritti, interessi e attori sui quali tali attività incidono, tanto più

dell'esercizio professionale. Parallelamente, l'approccio adottato da molti ordinamenti ha caratterizzato in una duplice prospettiva i rapporti tra diritto e deontologia. Da un lato, attraverso il riconoscimento statale di forme di autonomia a organismi professionali a base associativa, cui è stato conferito, direttamente o indirettamente, il compito di elaborare regole deontologiche, garantirne il rispetto e, in generale, vegliare sulla qualità e il corretto esercizio della professione, anche attraverso poteri sanzionatori. Dall'altro lato, tramite la delimitazione legislativa e il controllo dei poteri pubblici relativamente a struttura, poteri, funzionamento e composizione di tali organismi. La deontologia è stata così inserita, pur con modalità e portata diverse nei vari ordinamenti, in una specifica dimensione normativa e vincolante per gli iscritti agli albi di riferimento. In riferimento alle strutture ordinistiche italiane, anche prima di un'espressa definizione legislativa (come «enti pubblici non economici» che «agiscono quali organi sussidiari dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale», art. 4 legge n.3 del 2018, cd. "legge Lorenzin"), la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione ne avevano individuato la «ragion d'essere nel fatto che determinate professioni, a causa di inderogabili esigenze di tutela della collettività, possono essere esercitate solo previo accertamento pubblico delle capacità professionali, e richiedono la sottoposizione dei professionisti a un regime di responsabilità disciplinare sotto il profilo deontologico», sottolineando inoltre come ciò possa essere perseguito «affidando i relativi compiti alla stessa comunità professionale, obbligatoriamente costituita e rappresentata da appositi Ordini o Collegi, e sottoponendo gli Ordini stessi a vigilanza statale» (Cons. Stato, V sez, 23 maggio 1997, n. 527 e Corte Cass. Pen. Sez. VI, 1 aprile 2003, n. 28306). La deontologia e la sua evoluzione sono quindi strettamente legate alla riflessione bioetica, ma si distinguono da quest'ultima sul piano culturale, metodologico e su quello delle istituzioni che ne sono espressione. Su questi aspetti e sulle evoluzioni del codice deontologico si veda, ad esempio, P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in *La professione. Medicina scienza etica e società*, 2010. Per un'analisi storico-filosofica della nascita della deontologia medica, si rimanda invece a S. PATUZZO, *Introduzione* a Percival Thomas, (1803), *Medical Ethics*, a cura di S. PATUZZO, *Etica Medica, ovvero un Codice di Istituzioni e Precetti adattati alla Condotta Professionale dei Medici e dei Chirurghi*, traduzione italiana di Giada Goracci, Milano, 2015 e ID. *Il primo Codice di deontologia medica italiano. Nuove ricerche*, in *Professione & Clinical Governance. La cultura della salute fra etica, economia e diritto*, n. 2, 2012, p. 33-39.

⁵ Va infatti sottolineato come le questioni legate al ruolo del codice di deontologia medica si inseriscano nel crescente interesse per la codificazione dell'etica professionale che caratterizza molte società contemporanee, soprattutto a fronte di una maggiore complessità delle attività professionali da regolare e dei rapporti con i destinatari delle stesse. Molteplici sono i settori nei quali si assiste all'adozione di codici etici, deontologici, regole di condotta, direttive di comportamento, codici di disciplina. Sul perché, come sottolineato da B.G. MATTARELLA in *Le regole dell'onestà, Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2008, «la codificazione dell'etica» sia ormai diventata «un fenomeno del nostro tempo» (p.139) e sull'evoluzione del fenomeno deontologico tra etica professionale e diritto, si veda, tra gli altri, C. SARTEA, *L'emergenza deontologica, Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2009. Per un approfondimento sulle problematiche attuali della deontologia cfr., inoltre, J. MORET-BAILLY, *Que signifie la déontologie aujourd'hui?*, *Actes du Colloque de l'Association Française de droit de la santé, « Déontologie et santé »*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2018. A fronte della varietà di denominazioni concretamente adottate, in alcuni casi la dottrina ritiene sia necessario tenere distinte le diverse tipologie (cfr., ad esempio, R. DANOVÌ, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, VIII ed., Milano, 2008), mentre in altri la distinzione è stata ritenuta più di natura formale che sostanziale, essendo «criteri, principi e contenuti (...) tendenzialmente uniformi», così ad esempio, S. CASSESE, *I codici di condotta*, in *Documenti Giustizia*, 7-8, 1994, p.1373. Similmente, rispetto alla varietà delle codificazioni dell'etica è stato affermato che «ces codes sont assimilables aux codes de déontologies stricto sensu en raison de leur communauté d'objets et de fonctions» (J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, Aix-en-Provence, 2001, p. 101).

Indipendentemente dalle considerazioni di ordine terminologico, va però sottolineato come l'etica e l'autoregolamentazione professionale si esprimano secondo modelli e con portata pratica non inquadrabili in classificazioni omogenee. La pluralità di esigenze di tutela cui cerca di rispondere l'autoregolamentazione professionale e la complessità dei rapporti con la dimensione giuridica sono infatti legate a molteplici fattori, alcuni

grandi sono la risonanza e le implicazioni delle scelte contenute nei codici deontologici che le disciplinano. Ciò vale a maggior ragione in ambito sanitario, dove la definizione dei margini di scelta, autonomia e responsabilità coinvolge, come anticipato, una pluralità di saperi, sensibilità e componenti normative.

La crescente attenzione critica dedicata alla deontologia dalle diverse fonti e discipline che concorrono a regolamentare l'attività medica deriva, inoltre, non solo dalle specificità del suo oggetto, ma anche, e soprattutto, dalle peculiarità che il codice deontologico ha assunto nell'evoluzione più recente dei suoi contenuti⁶.

Due sono i percorsi di riforma del codice di deontologica medica che, a partire dagli anni Novanta, lo hanno portato ad assumere inediti ruoli come disciplina normativa proiettata anche "all'esterno" e non più confinata a una dimensione meramente corporativa. Pur con ampiezza e contenuto variabili, il codice deontologico ha infatti progressivamente esteso gli ambiti di intervento, prendendo posizione su un numero crescente di questioni eticamente, professionalmente e giuridicamente sensibili e controverse⁷. Tale estensione è stata accompagnata da una considerevole apertura, almeno sul piano formale, alla tutela dei diritti fondamentali della persona assistita, con significative assonanze con i principi costituzionali⁸. In molti ordinamenti europei, queste due contestuali evoluzioni dei contenuti hanno reso i codici deontologici dei possibili punti di riferimento normativo, in casi di vuoto legislativo, ma anche per espressa delega o rinvio da parte del legislatore.

dei quali intrinsecamente legati al fenomeno deontologico, altri alle evoluzioni del comune sentire etico in ambito sociale e professionale, altri alla crescente complessità tecnica delle attività da disciplinare, altri ancora all'approccio del diritto rispetto alle nuove istanze che emergono in specifici ambiti. Per una panoramica tanto dei profili comuni a molte deontologie, che rispondono «à une aspiration générale à la vertu professionnelle et à la transparence, caractéristiques du regard porté aujourd'hui sur la démocratie», quanto delle diverse tipologie di deontologia che si sono progressivamente affiancate a quelle tradizionali, si rimanda a J. MORET-BAILLY, D. TRUCHET, *Droit des déontologies*, PUF, coll. Thémis, 2016.

⁶ Cfr., ad esempio, P. BENCIOLETTI, *op. cit.*, E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, p. 925; ID., *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA e P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006, 74 e ss; A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 248.

⁷ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle norme di materia di procreazione medicalmente assistita, dichiarazioni anticipate di trattamento, accanimento diagnostico-terapeutico (attualmente disciplinato attraverso il concetto di "procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati"), rifiuto consapevole di alimentarsi, ruolo delle evidenze scientifiche, fino alle norme su linee guida e protocolli inserite nella versione più recente del codice, su cui si tornerà *infra*.

⁸ Anche in questo caso sono molte le disposizioni del codice che presentano assonanze con i principi costituzionali. Assumono particolare rilievo le norme riguardanti la centralità del paziente, il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, la tutela dei soggetti fragili, il diritto all'autodeterminazione (soprattutto alla luce della significativa evoluzione della norma sul consenso, che, partendo dal semplice riferimento a un generico "valido" consenso nella versione del 1978, ha progressivamente precisato la disciplina, caratterizzando come esplicito, consapevole e informato il consenso richiesto, inserendo il dovere di informare in maniera comprensibile, per promuovere la massima partecipazione della persona alle scelte diagnostico-terapeutiche, fino a definire, nella versione del 2014, il tempo della comunicazione quale tempo di cura). Altre sintonie con la giurisprudenza costituzionale emergono dalle norme in materia di autonomia e responsabilità professionale, che verranno approfondite *infra*.

L'analisi comparata⁹ mostra come tale ruolo segua diverse articolazioni dei rapporti tra deontologia e diritto, le cui influenze sull'ampiezza della tutela dei diritti non sono però ricostruibili secondo modelli costanti e predeterminati, ma variano, anche all'interno dello stesso ordinamento, in base all'ambito da disciplinare e alle reciproche posizioni assunte dalle due dimensioni normative.

In alcuni casi, infatti, la riflessione deontologica anticipa quella giuridica, rispondendo all'esigenza di porsi come concreta, spesso unica, guida pratica per il professionista¹⁰. La disciplina della procreazione medicalmente assistita (PMA) del codice di deontologia medica (CDM) italiano prima della legge n. 40 del 2004, ma anche le versioni del codice in vigore prima dei correttivi introdotti dalla giurisprudenza costituzionale alla rigidità, spesso irragionevolezza, della disciplina nazionale ne sono un esempio. In maniera ancora più evidente, le risposte contenute nel codice deontologico in materia di scelte di fine vita, nutrizione artificiale, autonomia della persona e dichiarazioni anticipate di trattamento rappresentano norme attraverso le quali la riflessione deontologica ha colmato, con una disciplina attenta ai diritti della persona assistita, vuoti o incertezze legislative in ambiti controversi dal punto di vista professionale, etico e giuridico.

Rileggere, inoltre, alcune norme del CDM¹¹ alla luce della recente disciplina del consenso (inteso come spazio decisionale nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza,

⁹ Per un'analisi in tale prospettiva, si permetta il rinvio, anche per ulteriore bibliografia di riferimento, a E. PULICE, *Deontologia e diritto. Modelli comparati, criticità e prospettive in ambito biomedico*, Napoli, in corso di pubblicazione. Va inoltre rilevato come il percorso di reciproca influenza tra dimensione etico-professionale e dimensione giuridica non trovi qualificazioni uniformi sul piano dottrinale. Mentre per alcuni profili può farsi riferimento alla deontologia come strumento che permette «il difficile e delicato passaggio dal discorso etico al discorso giuridico» (QUADRI, *Codice di deontologia medica*, cit. p. 938), in altri casi sembra emergere una diversa direzione di tali rapporti, come affermato, ad esempio, da J. MORET-BAILLY in *La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale)*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, 1074-1083.

¹⁰ È stato inoltre sottolineato come proprio la necessità di (ri)prendere posizione in ambiti tradizionalmente lasciati alla medicina e alla riflessione deontologica, rispetto all'incidenza di altre fonti e saperi scientifici, sia stata per la categoria professionale una spinta per innovare i contenuti dei codici deontologici ponendosi come interlocutori del diritto. Nel 1989, ad esempio, M. BARNI denunciava la «crescente insufficienza delle vecchie norme deontologiche a fornire risposte adeguate a nuovi problemi, specie a quelli imposti allo scienziato, al medico, nel trovarsi ormai sulla soglia dei grandi misteri della vita, della morte, del dolore» con riferimento alle, allora nuove, prospettive di riforma del codice di deontologia medica, citato da P. BENCIOLINI nel già richiamato articolo *“La deontologia dai galatei ai codici deontologici”* (p. 9).

¹¹ Si pensi alla norma sulle procedure diagnostiche e gli interventi terapeutici « clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita » (art. 16); alla definizione dell'ampio contenuto dell'informazione, che deve essere “comprensibile ed esaustiva” e vertere «sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura»; alla qualità della comunicazione e alla previsione del rifiuto di essere informati (Art. 33); alle norme sul consenso e sul dissenso informati (art. 35); agli articoli che richiamano la terapia del dolore e il divieto di abbandono del paziente (art.39), specificando che il controllo efficace del dolore «si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato» (art. 16); alla relazione di cura «costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità» e nella quale il medico «persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura» (art. 20).

l'autonomia e la responsabilità del medico), della relazione di cura e fiducia, dei doveri di informazione e del diritto del paziente di rifiutarla, del divieto di trattamenti inutili o sproporzionati e della terapia del dolore, introdotta dalla legge 219/17, mostra chiaramente come molti principi attualmente affermati a livello legislativo fossero già consolidati non solo nella giurisprudenza e nei principi costituzionali, ma anche nelle disposizioni del codice deontologico.

In altri casi, la normativa deontologica integra quella giuridica.

Ciò può avvenire per una delega espressa del legislatore alla fonte deontologica, come è avvenuto, ad esempio, nell'ordinamento francese per la procedura collegiale, obbligatoria per interrompere i trattamenti di sostegno vitale in caso di paziente non più in grado di esprimere la propria volontà. La definizione della procedura collegiale, ora estesa anche alla sedazione profonda e continua e alla decisione di disattendere le DAT¹², è stata affidata dalla cd. *loi Leonetti* del 2005 sul fine vita al codice di deontologia medica¹³. La fonte deontologica definisce quindi le condizioni, i tempi e i soggetti coinvolti nell'esercizio di uno spazio decisionale, in tal caso collegiale, tanto delicato quanto controverso¹⁴, che impegna direttamente l'autonomia e responsabilità dei professionisti.

In altri casi, l'integrazione tra diritto e dimensione deontologica, pur in assenza di un esplicito richiamo legislativo per singole discipline, può essere espressione di uno specifico assetto dei rapporti reciproci tra fonti statali e professionali. Ne sono un esempio le direttive dell'ordine dei medici tedesco, la Bundesärztekammer (Camera federale dei medici), in materia di PMA, che definiscono sul piano concreto e operativo molti profili della disciplina¹⁵, la cui cornice giuridica è delineata nei suoi tratti essenziali dalla legislazione penale in materia di protezione dell'embrione¹⁶.

¹² L'estensione dell'applicabilità della procedura collegiale è stata introdotta nel 2016 con la *loi Claeys-Leonetti* di riforma della disciplina del fine-vita (*Loi n. 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*). Nonostante le questioni di fine vita siano disciplinate in un testo diverso dalla legge di bioetica e non rientrino quindi, almeno formalmente, nella revisione attualmente in discussione, la "prise en charge de la fin de vie" è stata inserita tra i nove temi scelti dal CCNE per gli Stati generali della bioetica avviati a gennaio 2018. Cfr. B. BEVIÈRE-BOYER, N.-J. MAZEN (a cura di), *Éthique et droit du vivant - II Actualités*, «Revue générale de droit médical», n. 68- septembre 2018, Rubriques ; L. NICOLAS-VULLIERME, A. CHEYNET DE BEAUPRE, D. DE SAINT-AFFRIQUE, *De l'opportunité d'une nouvelle loi sur la fin de vie ?*, « Médecine et droit », Vol 2018 - n° 152 - octobre 2018, 105-111.

¹³ La procedura collegiale è attualmente prevista dall'articolo L. 1110-5-1 del *Code de santé publique (CSP)*. Dopo l'entrata in vigore della legge Leonetti, l'ordine professionale ha quindi modificato, su istanza del legislatore, l'articolo 37 del codice di deontologia medica. Nell'ordinamento francese la disciplina completa dei profili menzionati emerge pertanto dal combinato disposto delle disposizioni legislative del CSP e delle norme del codice di deontologia medica francese, che dal 2004 – a dimostrazione di un'altra forma di integrazione tra le due fonti – è inoltre incluso nella parte regolamentata dello stesso CSP (artt. 4127-37 ss CSP, così come ulteriormente modificati a seguito della riforma del 2016).

¹⁴ Per un'analisi critica alla luce delle prime applicazioni di tale procedura, si veda, ad esempio, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Droits des patients et pouvoir médical. Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie?*, in J.-M. LARRALDE, (dir.), *La libre disposition de soi*, Bruxelles, 2009, pp. 173-197.

¹⁵ La prima direttiva con tale portata, in molti casi richiamata o allegata ai codici deontologici dei *Länder*, è stata la (*Muster-)**Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, in *Deutsche Ärzteblatt*, 19.05.2006, sostituita nel 2018 con la *Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion*, in *Deutsches Ärzteblatt*, 11.05.2018.

¹⁶ Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG) del 13 dicembre 1990 (BGBl. I S. 2746), da ultimo modificata dalla legge del 21 novembre 2011 (BGBl. I S. 2228). Si veda inoltre il regolamento adottato

L'integrazione del CDM francese nella parte regolamentare del Code de la Santé Publique (CSP), quindi di un codice statale, è un altro esempio di integrazione tra le norme deontologiche e le norme di altre fonti del diritto (in particolare legislative) che interessano la stessa materia.

Indipendentemente dai rapporti formali tra fonti o dai vuoti legislativi, anche quando il diritto interviene in maniera adeguata e strumenti di codificazione del sapere tecnico-scientifico (come, ad esempio, le linee guida) forniscono le necessarie regole di condotta, la variabilità del caso concreto richiede l'integrazione di tali discipline con principi etico-professionali applicabili con ragionevole flessibilità alle specificità dei singoli casi. In ambito medico, inoltre, le decisioni sono basate sull'incontro di due autonomie e responsabilità, quelle del medico e quelle del paziente. Proprio tale incontro nella cd. "alleanza terapeutica" rappresenta un ambito nel quale il diritto, e in particolare la fonte legislativa, può arrivare solo fino a un certo punto e spetta alla deontologia precisare e definire ulteriormente, nel concreto, i doveri del professionista. Tra deontologia e diritto il rapporto è quindi di integrazione e perfezionamento in ragione della possibilità della disciplina deontologica di completare con compiti più specifici e articolati il quadro dell'impegno professionale delineato, in termini generali e, di norma, astratti, dal diritto. In tale prospettiva, le richiamate assonanze tra codice deontologico e principi costituzionali sono precondizioni per la considerazione delle norme deontologiche nel quadro giuridico di riferimento a tutela di diritti fondamentali in ambito sanitario¹⁷.

In altri casi, invece, la deontologia può porsi in contrasto con il diritto oppure esprimere un modello diverso del ruolo del medico e della disciplina deontologica rispetto a quanto previsto dal diritto in specifiche tematiche¹⁸.

A titolo esemplificativo, nell'ordinamento italiano tale contrasto sarebbe stato evidente se fosse entrato in vigore il disegno di legge Calabrò sul fine vita¹⁹, ma dubbi sui conflitti tra obblighi giuridici e

nel 2013 in materia di diagnosi preimpianto: Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (Präimplantationsdiagnostikverordnung - PIDV).

¹⁷ Su alcuni esempi relativi alla giurisprudenza italiana si tornerà *infra*.

¹⁸ I contrasti possono emergere in due opposte direzioni rispetto alla tutela dei diritti della persona assistita: la deontologia, infatti, potrebbe prevedere una tutela più ampia di quella conferita dal diritto oppure imporre, attraverso il codice deontologico, delle resistenze interne alla categoria professionale, tali da limitare l'ampiezza degli spazi decisionali e di autonomia (tanto del paziente quanto del medico) riconosciuti e disciplinati dal diritto.

¹⁹ Sul ddl Calabrò e su come nella disciplina prevista sarebbe venuto meno «il significato più pieno ed autentico del principio del consenso quale scelta morale» cfr. C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato "Calabrò" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, p. 2 e Id., *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 152. Con riferimento alle limitazioni dei principi dell'alleanza terapeutica tanto nell'espressione di volontà relativa ai trattamenti di nutrizione e idratazione artificiale quanto nella fase dell'*embriotransfer* prima degli interventi della Corte costituzionale (su cui *infra*), si veda inoltre M. BARNI, *Dall'atto medico al testamento biologico, la rivincita della deontologia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 31, 825 ss. Proprio un ambito tanto controverso come quello delle decisioni di fine-vita permette però di evidenziare come la percezione di quali siano le norme e i principi in contrasto tra loro nel rapporto tra diritto e deontologia sia condizionata dalla complessità etica della questione da disciplinare. La contrarietà alla deontologia di determinate norme o di specifici comportamenti dipende, infatti, in maniera significativa dalla prospettiva assiologica scelta dall'interprete e dalle relative convinzioni morali. Così, ad esempio, nel caso Welby, da un lato la condotta del dott. Riccio è stata giudicata legittima dall'ordine dei medici, similmente a quanto ritenuto, seppur con un inter argomentativo diverso, sul piano giurisprudenziale; dall'altro lato, è stato da alcuni medici evidenziato come alcuni articoli del CDM dovessero essere interpretati, per non risultare *contra legem*, secondo i principi

deontologici sono stati sollevati dalle istituzioni ordinistiche anche in riferimento al decreto ministeriale del 9 dicembre 2015 sull'appropriatezza prescrittiva, prima dei correttivi successivamente introdotti²⁰.

Interessante ricordare, da questo punto di vista, che in base alla versione del Giuramento di Ippocrate precedente alla riforma del 2014²¹, il medico si impegnava a osservare «le norme deontologiche che regolano l'esercizio della medicina e quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della [...] professione».

Un caso di contrasto tra le due dimensioni emerge in maniera evidente dalla posizione del codice deontologico tedesco rispetto all'assistenza medica al suicidio, definita come contraria alla deontologia, sia prima sia dopo l'approvazione nel 2015 della norma del codice penale²² che punisce invece l'assistenza al suicidio solo in forma commerciale (*geschäftsmäßig*), intesa nel senso di assistenza organizzata e continuativa²³. Anche nei casi non ritenuti rilevanti dal diritto penale, quindi, l'assistenza medica al suicidio può portare a sanzioni sul piano della responsabilità disciplinare per violazione del

dell'ordinamento giuridico, ritenendo che il principio di autodeterminazione del paziente tutelato dalla deontologia non potesse prevaricare il principio dell'invulnerabilità della vita umana sancito dalla Costituzione, quale fondamento tanto della professione medica quanto dello stato di diritto. Si veda sul punto la *Lettera* sottoscritta da 180 medici della provincia di Cremona contro la decisione dell'ordine professionale di ritenere legittimo il comportamento del dott. Riccio, citata anche in L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018, p. 123. Per un approfondimento sulle incertezze giurisprudenziali del processo in cui era imputato il dott. Riccio per la scelta di interrompere la ventilazione meccanica a Piergiorgio Welby si veda, tra gli altri, S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 95.

²⁰ Si veda, ad esempio, il ricorso presentato al TAR del Lazio nel 2016 dall'Ordine provinciale dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Milano, le cui motivazioni, basate sull'asserita contrarietà del decreto tanto alla Costituzione quanto al codice deontologico, sono reperibili al seguente link: <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato3497344.pdf>

²¹ L'attuale codice di deontologia medica è stato adottato il 18 maggio 2014. Per un commento, in prospettiva interdisciplinare, sulla riforma cfr. il *Forum sul Nuovo Codice di Deontologia Medica* in *BioLaw Journal*, 2, 2015, p. 7 ss. <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=issue&op=view&path%5B%5D=5>

²² Con l'approvazione, il 6 novembre 2015, del disegno di legge n. 18/5373 in materia di suicidio assistito è stato infatti inserito il nuovo paragrafo 217 (*Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*) nel codice penale tedesco (StGB), che prima di tale data né disciplinava né espressamente vietava l'assistenza al suicidio.

²³ A differenza tanto del legislatore, che esclude la punibilità nel caso di aiuto fornito in maniera episodica e individuale da persone vicine al paziente, quanto della giurisprudenza che apre alla possibilità di considerare ammissibili determinate forme di assistenza al suicidio legate a singole situazioni eccezionali, la categoria professionale ha riformato nel 2011 il paragrafo 16 della (*Muster-)**Berufsordnung* (del codice deontologico adottato a livello federale dalla *Bundesärztekammer*, recepito, anche se non in maniera uniforme, dalla maggior parte dei codici deontologici dei *Länder*), prevedendo espressamente l'assistenza medica al suicidio come contraria alla deontologia medica. In altri ordinamenti, invece, le categorie professionali, pur ammettendo le difficoltà per i professionisti sanitari e per lo stesso ruolo da attribuire loro, hanno adottato una posizione diversa da quanto avvenuto in Germania rispetto alle scelte legislative in materia di fine vita. Si pensi, ad esempio, alla posizione e all'apporto della Dutch Medical Association rispetto all'adozione della normativa olandese che ha reso non punibile, a determinate condizioni, l'eutanasia o agli ordini professionali di Belgio e Lussemburgo che, pur considerando inizialmente le pratiche eutanasiche come contrarie all'etica professionale e nonostante le resistenze riscontrate, hanno adeguato la disciplina deontologica alle scelte del legislatore.

codice deontologico²⁴. La posizione assunta dalla categoria professionale finisce così per definire l'ampiezza e la concreta realizzabilità di un diritto riconosciuto, a determinate condizioni, dal legislatore.

Anche nell'ordinamento italiano, benché il codice di deontologia medica non abbia lo stesso valore giuridico riconosciuto ai codici deontologici dei singoli Länder, la scelta di considerare una determinata pratica come contraria alla deontologia, definendo i margini di autonomia e responsabilità disciplinare, può influire sull'adesione dei professionisti e quindi, direttamente o indirettamente, anche sul diritto della persona assistita²⁵.

Per tutti i profili fin qui delineati è pertanto ormai difficile ritenere i codici deontologici come documenti di autoregolamentazione con una portata pratica meramente interna alla categoria professionale.

3. Autonomia e responsabilità del medico nelle scelte diagnostico-terapeutiche: il ruolo della deontologia medica.

Il ruolo dell'autonomia e responsabilità del medico rappresenta un terreno significativo per analizzare le relazioni tra deontologia e diritto e i diversi modelli di cui possono essere rispettivamente espressione²⁶. Tali aspetti sono influenzati tanto dalle posizioni assunte dalla categoria professionale quanto dalla rilevanza a esse accordata dal diritto.

3.1. La rilevanza riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale

Dal punto di vista giuridico, è la stessa Corte costituzionale a definire «l'autonomia e la responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» come la «regola di fondo» della pratica dell'arte medica, non spettando «di norma» al legislatore il potere di «stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»²⁷.

²⁴ Cfr. i documenti e i pareri pubblicati dalla *Bundesärztekammer* come guida pratica per i medici a seguito dell'entrata in vigore della riforma del codice penale in materia di suicidio assistito (si veda in particolare il *Deutsches Ärzteblatt* del 17 febbraio 2017).

²⁵ Si pensi, oltre agli esiti del procedimento disciplinare, alla clausola di coscienza e, quale esempio specifico di possibile rilevanza del contrasto con il codice deontologico, al rinvio alla deontologia contenuto nella legge 219/2017, su cui si tornerà brevemente *infra*.

²⁶ Per i modelli giuridici elaborati in ambito penale si rimanda ai contributi di ANTONIO VALLINI e ANDREA PERIN nel presente numero. Il ruolo delle linee guida e l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di responsabilità dei professionisti sanitari sono stati ampiamente affrontati dalla dottrina, non solo penalistica, e rimangono questioni altamente complesse e controverse. Per un approfondimento si vedano, tra i molti, C. BRUSCO, *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Torino, 2018; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017; G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Torino, 2017; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, 1765 ss. Per un raffronto con la deontologia medica cfr. R. C. ROSSI, *I risvolti deontologici della Legge Gelli*, in F. GELLI F., M. HAZAN, D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017.

²⁷ Corte cost., sent. del 2002, p.to 4 del Considerato in diritto

Sono noti e ampiamente dibattuti gli orientamenti della Corte relativi ai limiti che le acquisizioni scientifiche e sperimentali pongono alla discrezionalità legislativa²⁸. In altri casi, come visto per le linee guida nella normativa in materia di responsabilità medica, il legislatore utilizza valutazioni e fonti tecnico-scientifiche come condizioni preliminari per l'accertamento della colpa professionale. Si tratta di profili che, come noto, si inseriscono nel più ampio e complesso rapporto tra scienza e diritto, la cui portata e le cui implicazioni interessano molteplici ambiti e diversi livelli di regolamentazione (nazionale, sovranazionale, normazione privata, ecc.)²⁹.

In tale contesto, preme sottolineare come la rilevanza del codice deontologico non sia legata solo alla sua natura di fonte tecnico-professionale, ma anche – e più nello specifico – alla sua funzione di indirizzo, garanzia, tutela e controllo del ruolo riconosciuto all'autonomia e responsabilità del medico nelle scelte fondate su acquisizioni tecnico-scientifiche, come punti di riferimento nella valutazione della legittimità della disciplina legislativa.

Il mancato riconoscimento al medico della «possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto» ha portato, ad esempio, la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge 40/2004³⁰.

²⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla citata sentenza n. 282 del 2002 e alla sentenza n. 338 del 2003, ma anche alle sentenze n.151 del 2009 e n. 162 del 2014 in materia di PMA. Per un'analisi approfondita della giurisprudenza costituzionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e per un'articolata trattazione, da molteplici punti di vista, della possibilità di enucleare uno "statuto costituzionale della legge a contenuto tecnico-scientifico" si veda A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, p. 143 ss. Sui limiti che le acquisizioni scientifiche e sperimentali pongono alla discrezionalità legislativa, cfr., tra gli altri, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*. Nota a: Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, in *Forum Di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 6/2014; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali il contributo della giustizia costituzionale*, Milano, 2005, 1-22. Per una prospettiva comparata si veda S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015, Id., *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw Journal*, 1, 2016, 39-79: <http://www.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=issue&op=view&path%5b%5d=7>. In materia di PMA cfr., inoltre, A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015. Sui rapporti tra medicina e giurisprudenza si veda, ad esempio, L. CHIEFFI (a cura di), *La Medicina nei Tribunali*, Bari, 2016.

²⁹ Per un approfondimento, in prospettiva sia nazionale che europea, sulla pluralità di questioni sollevate dalle norme a contenuto tecnico scientifico e sulla relativa varietà di fonti e formanti, si rinvia nuovamente A. IANNUZZI, *op. cit.*

³⁰ Corte cost., sent. n.151 del 2009, p.to 6.1 del Considerato in diritto. Proprio rispetto a questa pronuncia è stato, ad esempio, affermato come la Corte abbia riconosciuto uno «spazio incompressibile di autonomia e responsabilità del medico» (G. M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana*, in FNOMCeO (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del Paese*, Roma, 2010, p. 30).

In linea con tali orientamenti, tra i principi precisati nella prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata alla luce della quale devono essere intese le disposizioni del d.l. n. 78 del 2015 recanti indicazioni di appropriatezza prescrittiva (delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale) e le relative condizioni di erogabilità, la Corte costituzionale ha sottolineato come dette disposizioni «non vietano certamente al medico le prescrizioni ritenute necessarie nel caso concreto e non pregiudicano quindi la sua prerogativa di operare secondo “scienza e coscienza”»³¹. In tale sentenza la Corte richiama la necessità di tenere conto «della dinamica evolutiva terapeutica e della specificità del paziente» ricordando come, in base al più volte affermato “carattere personalistico” delle cure sanitarie, non sia possibile precludere al medico «la possibilità di valutare, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, il singolo caso sottoposto alle sue cure, individuando di volta in volta la terapia ritenuta più idonea ad assicurare la tutela della salute del paziente». Le disposizioni in materia di controlli dell’operato del medico vanno quindi intese come «un semplice invito a motivare scostamenti rilevanti dai protocolli», al fine di rendere «trasparente, ragionevole ed informata la consentita facoltà di discostarsi»³², che non potrà essere censurata sulla base di un sindacato di natura meramente politico-finanziaria. In riferimento al ruolo della dimensione deontologica, è inoltre interessante sottolineare come la Corte, nel considerare legittime, «nei sensi di cui in motivazione», le norme impugnate, precisi che quello istituito dalla norma non sia «un controllo burocratico bensì un sindacato che deve essere gestito [...] secondo le regole deontologiche dell’esercizio della professione medica»³³.

Per la giurisprudenza costituzionale, quindi, «(l’)autonomia del medico nelle scelte professionali e l’obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità»³⁴ configurano un punto di incrocio dei principi a fondamento dell’attività medica. In questo contesto, inoltre, «i poteri di vigilanza sull’osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione» sono considerati, unitamente ai rimedi predisposti dall’ordinamento, strumenti a tutela dell’osservanza in concreto dei due diritti della persona malata all’incrocio dei quali si pone la pratica terapeutica: «quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell’arte medica; e quello ad essere rispettato come persona»³⁵.

3.2. Le scelte del codice deontologico

Tra le norme principali del codice di deontologia medica (CDM) italiano in materia di autonomia, responsabilità e acquisizioni scientifiche rileva innanzitutto la norma generale dell’articolo 4, che individua nei principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità i fondamenti dell’esercizio pro-

³¹ Corte cost., sent. n. 169 del 2017, p.to 8 del Considerato in diritto. Su questi profili, cfr., tra gli altri, P. GIANGASPERO, *Ancora una variazione sul tema di tecnica, scienza e diritto: indicazioni di erogabilità e appropriatezza terapeutica, diritto alla salute, prescrizioni mediche “in scienza e coscienza” e vincoli alle Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, 4/2018.

³² Corte cost., sent. n. 169 del 2017, p.to 8 del Considerato in diritto.

³³ Ibid. Sulle regole deontologiche in materia di appropriatezza, autonomia e responsabilità del medico nella prescrizione cfr. *infra*.

³⁴ Corte cost., sent. 282 del 2002, p.to 4 del Considerato in diritto.

³⁵ Ibid.

fessionale e richiama il ruolo della deontologia, cui si deve ispirare l'attività del medico senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura³⁶.

Il medico deve inoltre segnalare all'Ordine professionale territorialmente competente «ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti in contrasto con il Codice» (art.2)³⁷.

Nel 2014 i concetti di autonomia e responsabilità sono stati anticipati anche nell'art. 3 (“Doveri generali e competenze del medico”), che sottolinea la competenza esclusiva e non delegabile del medico e l'impegno della sua autonomia e responsabilità nella diagnosi ai fini preventivi, terapeutici e riabilitativi, richiamando altresì il ruolo del CDM e delle istituzioni ordinistiche nel legittimare tali attività.

Tale norma va letta unitamente a un altro paragrafo dello stesso articolo, in tema di competenze professionali, significativamente inserito dopo il comma che esplicita i doveri del medico rispetto ai diritti fondamentali della persona³⁸. In base al secondo comma, infatti, «al fine di tutelare la salute individuale e collettiva, il medico esercita attività basate sulle competenze, specifiche ed esclusive, previste negli obiettivi formativi degli Ordinamenti didattici dei Corsi di Laurea [...] integrate e ampliate dallo sviluppo delle conoscenze in medicina, delle abilità tecniche e non tecniche connesse alla pratica professionale, delle innovazioni organizzative e gestionali in sanità, dell'insegnamento e della ricerca»³⁹.

Già dal combinato disposto di queste norme di portata generale emerge quindi la strumentalità delle competenze specifiche ed esclusive del medico, integrate e ampliate come precisato, rispetto alla tutela dei diritti fondamentali (costituzionalmente garantiti), nonché l'impegno diretto dell'autonomia e responsabilità del professionista e il ruolo degli Ordini professionali e del CDM.

Con la più recente riforma del 2014, la categoria professionale ha però inserito anche delle norme specifiche sul ruolo di indirizzo e orientamento di linee guida e protocolli, in particolare nella disposizione tradizionalmente dedicata ai doveri professionali in materia di prescrizione nel rapporto con le accreditate conoscenze scientifiche.

L'articolo 13 (“Prescrizione a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione”) riprende innanzitutto – a sottolinearne evidentemente l'importanza – il principio della competenza, diretta, specifica, esclusiva e non delegabile del medico e dell'impegno diretto della sua autonomia e responsabilità, già formulato dall'art. 3.

³⁶ Art. 4 (“Libertà e indipendenza della professione. Autonomia e responsabilità del medico”): «l'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità. Il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale, senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura».

³⁷ Nella versione del 2006 tale dovere di segnalazione era ripetuto anche nell'articolo 4 (“Libertà e indipendenza della professione”), che precisava, inoltre, il dovere del medico di «operare al fine di salvaguardare l'autonomia professionale». Il concetto di responsabilità era previsto, ma in altre disposizioni più specifiche del codice. Nella versione attualmente in vigore, indipendenza, libertà, autonomia ma anche responsabilità, oltre a essere previste in varie norme del CDM, sono congiuntamente individuate come principi generali a fondamento dell'attività medica. Sul sito [biodiritto.org](http://www.biodiritto.org/images/CDM_testo_a_confronto_2006-2014.pdf) è disponibile il confronto tra i testi del codice deontologico del 2006 e del 2014: http://www.biodiritto.org/images/CDM_testo_a_confronto_2006-2014.pdf

³⁸ Art. 3, co.1 «doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera».

³⁹ Art. 3 co. 2, assente nella versione del 2006 dello stesso articolo, che riguardava infatti solo i “doveri del medico”.

Vengono poi inseriti due paragrafi specificamente dedicati a linee guida, protocolli e percorsi, concretizzando così i principi di autonomia e responsabilità del medico nella valutazione della loro applicabilità, tollerabilità ed efficacia alla specificità del singolo caso.

Tali disposizioni sono anticipate dalla regola generale in base alla quale «la prescrizione deve fondarsi sulle evidenze scientifiche disponibili», nonché «sull'uso ottimale delle risorse e sul rispetto dei principi di efficacia clinica, di sicurezza e di appropriatezza»⁴⁰.

Rispetto alle linee guida diagnostico-terapeutiche, il CDM precisa che il medico «tiene conto» di quelle «accreditate da fonti autorevoli e indipendenti quali raccomandazioni» e «ne valuta l'applicabilità al caso specifico»⁴¹.

La natura di “raccomandazioni” e soprattutto la scelta della formula “tenerne conto”⁴² sottolineano il potere, ma anche il dovere di discostarsene, seppur – è da ritenersi – con adeguata motivazione, coerentemente con l'imposizione del dovere di valutarne l'applicabilità alle specificità del caso concreto. In riferimento ai protocolli diagnostico-terapeutici o ai percorsi clinico- assistenziali, l'articolo precisa che la loro adozione «impegna la diretta responsabilità del medico nella verifica della tollerabilità ed efficacia sui soggetti coinvolti»⁴³.

Con la più recente riforma la categoria professionale ha così preso posizione sul ruolo, complesso e controverso, tanto per il professionista sanitario quanto per il giurista, di forme codificate del sapere tecnico-scientifico. E lo fa, da un lato, riconoscendo il ruolo di detti strumenti e rimarcando la rilevanza delle evidenze scientifiche⁴⁴ (non più definite come “acquisizioni scientifiche” e sulle quali la prescrizione deve “fondarsi” e non più solo “ispirarsi”) ma, dall'altro, rafforzando gli spazi di autonomia, indipendenza e responsabilità del medico nella loro valutazione e applicazione.

Il modello che emerge dalla lettura del CDM sembra quindi sottolineare un diverso grado di rilevanza nella pratica clinica tra il generale principio delle conoscenze scientifiche, sulle cui evidenze deve *fondarsi* la scelta del medico, e il ruolo di fonti precostituite, delle quali il medico deve *tenere conto* e

⁴⁰ Regola da leggere unitamente all'art. 6, in base al quale «Il medico fonda l'esercizio delle proprie competenze tecnico-professionali sui principi di efficacia e di appropriatezza, aggiornandoli alle conoscenze scientifiche disponibili e mediante una costante verifica e revisione dei propri atti». Considerata la menzionata rilevanza del tema e i relativi dibattiti sul rapporto tra obblighi giuridici e deontologici, vale la pena sottolineare come la riforma del 2014 abbia esplicitato, e inserito in più norme del CDM, anche il concetto di “appropriatezza”, modificando inoltre da «appropriato» a «ottimale» l'uso delle risorse cui è tenuto il medico.

⁴¹ Art 13, co.3. La scelta del termine “raccomandazioni” rappresenta un elemento in comune tra CDM e legge Gelli-Bianco (Art. 6). Sul punto cfr. M. BILANCETTI, *Profili penalistici della l. 8 marzo 2017 n. 24*, 3, 2017.

⁴² Altri articoli del CDM adottano formule più stringenti e, sul piano letterale, il legislatore usa la formula “attnersi” in riferimento alle linee guida (cfr., ad esempio, l'art. 5 della legge n. 24 del 2017, cd. legge “Gelli-Bianco”).

⁴³ Art. 13 co. 4. Era invece più generica nel riferimento ad altre fonti di codificazione del sapere tecnico-scientifico, ma più specifica nel richiamo al bene del paziente, la precedente versione dell'art. 13, in base alla quale «le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche tenuto conto dell'uso appropriato delle risorse, sempre perseguendo il beneficio del paziente secondo criteri di equità».

⁴⁴ Sul rilievo dello «stretto ancoraggio a standard di professionalità elevati, da commisurare sulle evidenze scientifiche disponibili» quale modalità indicata ai medici dalla deontologia per «sventare la lesione del bene protetto», sulla natura cautelare dell'art. 13 CDM e sul relativo ruolo nel definire “l'agente modello” in ambito penale, cfr. M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 145 ss.

rispetto alle quali è invece espressamente richiamata la sua responsabilità di verifica nel caso concreto, contro una loro applicazione acritica.

3.3. La clausola di coscienza in equilibrio tra autonomia e responsabilità

Nel contesto di pluralismo valoriale e normativo che caratterizza l'attività medica, ulteriore elemento rilevante per definire il possibile impatto di una scelta orientata dalla deontologia è il rifiuto di prestazione professionale, riconosciuto come diritto del medico attraverso la cd. "clausola di coscienza" di cui all'articolo 22 CDM, significativamente rubricato fino al 2014 "autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica", a dimostrazione dello stretto legame tra i due profili.

Benché si tratti, com'è noto, di un istituto diverso dall'obiezione di coscienza legislativamente riconosciuta, la clausola di coscienza è espressione del ruolo della deontologia, quindi degli spazi di autonomia e responsabilità, così come disciplinati nel codice deontologico, quali limiti rispetto a richieste, di varia natura, rivolte al medico.

In base al citato articolo, il medico può rifiutare la propria opera professionale quando gli vengano richieste prestazioni «in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici». Il codice deontologico tutela quindi l'autonomia del medico in riferimento non solo ai suoi convincimenti professionali, ma anche a possibili conflitti con le proprie convinzioni morali.

Tale diritto trova però un primo limite nella tutela della salute della persona assistita e nella responsabilità del professionista di metterla nelle condizioni di ottenere la prestazione cui ha diritto. Il medico può infatti rifiutare la propria opera professionale «a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona» e deve comunque fornirle «ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». La clausola di coscienza deve inoltre rispettare i limiti posti dall'ordinamento generale ed è soggetta all'interpretazione che la stessa categoria professionale dà ai concetti di "coscienza" e di "convincimenti tecnico-scientifici", alla loro ampiezza e alle condizioni per la loro concreta rilevanza a fondamento di un rifiuto deontologicamente legittimo⁴⁵.

In tale contesto, vale la pena fare almeno un cenno al richiamo contenuto nella legge 219/17, in materia di consenso e DAT, alla deontologia come limite (insieme alle norme di legge e alle buone pratiche clinico-assistenziali) alle richieste del paziente. Nello stesso comma, infatti, da un lato, si afferma che il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente» di rifiutare o rinunciare al trattamento sanitario, chiarendo (per la prima volta anche legislativamente) che «in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità sia civile sia penale»; dall'altro, viene però precisato che il medico «non ha obblighi professionali» in caso richieste contrarie a dette fonti⁴⁶.

⁴⁵ Per un approfondimento sulle funzioni e i limiti della clausola di coscienza, sulle diverse concezioni in merito alla sua natura di diritto più ampio o più specifico rispetto all'obiezione di coscienza, ma anche sul suo ruolo a garanzia dell'autonomia diagnostico-terapeutica del medico, rafforzato dal livello di responsabilizzazione richiesto, si vedano, tra gli altri, M. SAPORITI, *La coscienza disubbediente*, Milano, 2014, p. 137 ss; C. CASONATO e F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, p. 70 e ss. e L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, p. 182 ss., entrambi in E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, L. LENTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol: I diritti in medicina*, Milano, 2011.

⁴⁶ Legge n. 219 del 22 dicembre 2017, art. 1 co. 6. La letteratura sulla legge è molto vasta. A titolo esemplificativo, per approfondimenti in prospettiva interdisciplinare, si vedano i contributi pubblicati nel *Forum: la legge*

L'ambiguità della formulazione⁴⁷ ha sollevato numerosi dibattiti e dubbi interpretativi, con particolare riferimento alla possibilità di ritenere che, in forza del combinato disposto tra art.1. co. 6 della legge e art. 22 CDM, tale rinvio alla deontologia consenta al medico di opporre un'opzione di coscienza alle scelte del paziente⁴⁸.

Il richiamo alla deontologia rivela certamente un'attenzione del diritto rispetto alla dimensione etico-professionale espressa dai professionisti sanitari coinvolti nelle scelte diagnostico-terapeutiche, quindi al riconoscimento e alla tutela dell'autonomia professionale del medico. Va però ricordato come tale dimensione sia espressa, e tutelata dal CDM, in termini sia di "scienza" sia di "coscienza", di scelte che devono essere sia clinicamente sia eticamente fondate⁴⁹. Si tratta, da un lato, di componenti delle quali una disciplina giuridica rispettosa del pluralismo valoriale deve, con le cautele e i limiti ricordati, tenere conto. Dall'altro lato, l'espressa previsione legislativa della contrarietà alla deontologia come limite alle richieste del paziente e agli obblighi del medico, pur non assimilabile all'obiezione di coscienza, può lasciar spazio a forme di resistenza della categoria professionale, tali da

n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto*, n. 1/2018.

⁴⁷ È stato evidenziato come un comma tanto «confuso» sia forse «la conseguenza di un percorso lungo e faticoso su tematiche tanto sensibili, spesso ritenute in biblico tra il rifiuto e la rinuncia ai trattamenti salva vita e l'eutanasia» (L. D'AVACK, *op. cit.*, p. 145).

⁴⁸ Sul punto le posizioni in dottrina non sono univoche. Si è, ad esempio, sostenuto come l'art. 1, co. 6 possa consentire «l'obiezione di coscienza in tutti i casi previsti dal codice deontologico che pare, anche se attraverso una clausola di coscienza generale, non escluderla» (L. D'AVACK, *op. cit.*, p. 146). Il venir meno degli obblighi professionali del medico potrebbe quindi risultare «scontato se le richieste sono riferite a trattamenti *contra legem*, discutibile se le richieste sono contrarie alla deontologia professionale e si traduce in un'obiezione se i trattamenti sanitari richiesti sono suscettibili di essere considerati in forza dell'art. 22 del codice deontologico o considerati in base al valore non solo scientifico, ma anche morale che questi rappresentano». Similmente in G. GRISTINA, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell'articolo 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, nel Forum citato, il «nucleo di ambiguità tra la pretesa di una vincolatività dei suoi dettami e la possibilità che viene offerta, in una lettura "pro-life", di rifugiarsi nell'obiezione di coscienza, come peraltro garantito dall'art. 22 del CDM» sarebbe sostenuto «proprio dal richiamo che la norma di legge fa alla norma deontologica nel comma 6 dell'art. 1». Tale lettura non è invece condivisibile per D. PARIS, secondo il quale «è fondamentale distinguere fra esercizio dell'autonomia professionale del medico e obiezione di coscienza vera e propria». Solo la prima, quindi il «diritto/dovere di rifiutare una prestazione che appare inappropriata alla luce dei criteri oggettivi propri dell'arte medica, non alla luce delle proprie convinzioni morali» è tutelata dalla legge e in questo senso è da considerarsi ragionevole il rinvio alla deontologia. Per l'Autore non può ritenersi invece tutelata dalla legge 219/17 l'obiezione di coscienza. Seguendo una diversa lettura si riterrebbe altrimenti che la legge possa consentire agli ordini professionali di «autoesentarsi dall'attuazione della nuova legge, alle condizioni da essi stessi stabilite nel codice deontologico» con un evidente «stravolgimento della gerarchia delle fonti» (D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?* nel citato Forum, pp. 31 e 33).

⁴⁹ Si tratta di due componenti che connotano i fondamenti della disciplina deontologica e che vengono esplicitati, seppur con formule diverse, in diverse norme del CDM. Oltre alla richiamata clausola di coscienza, si pensi, ad esempio, ai concetti di «clinicamente inappropriati» ed «eticamente non proporzionati» impiegati per definire i trattamenti e le procedure diagnostiche che non devono essere intraprese né continuate ai sensi dell'art. 16 del CDM.

incidere, in maniera indiretta ma non per questo meno incisiva, sulla concreta attuazione della normativa⁵⁰.

La scelta di richiamare espressamente la deontologia, inoltre, può risultare problematica per il riferimento a una fonte difficile da inquadrare dal punto di vista giuridico, soggetta a evoluzioni, anche rilevanti, e a incertezze interpretative sul piano dei contenuti.

È importante in ogni caso sottolineare che, indipendentemente dal rapporto specifico tra le rispettive fonti, il rinvio alla deontologia o il riferimento a una scelta deontologicamente fondata significa fare “entrare”, direttamente o indirettamente, nella disciplina giuridica tutti i principi e i doveri che, in base al CDM, devono orientare la condotta del medico. L’integrazione può completare in maniera ragionevole la disciplina, ma in alcuni casi il bilanciamento potrebbe non essere semplice da ricostruire o da attuare sul piano concreto.

4. Rilevanza giuridica delle norme deontologiche.

Delineato il quadro dei possibili ruoli della deontologia nelle assonanze e divergenze con il diritto, è necessario comprendere quale sia nel concreto la portata delle norme deontologiche, quindi dei richiamati spazi di autonomia, soprattutto per i profili di responsabilità professionale.

Rispondere a tale domanda significa provare a ricostruire, almeno nelle ipotesi principali, il ruolo del codice di deontologia medica sul piano formale dei rapporti con le altre fonti del diritto⁵¹. Si tratta,

⁵⁰ L’ambiguità e inopportunità dell’enunciato e il rischio che venisse utilizzato per logiche di medicina difensiva o di convenienza erano state sottolineate già con riferimento al disegno di legge da C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *La Rivista il Mulino on line*, 21 aprile 2017. Cfr. inoltre C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2, 123 ss.

⁵¹ La natura della codificazione deontologica, come anticipato, non segue modelli uniformi e solleva dibattiti in riferimento alla sua concreta portata giuridica in molti ordinamenti europei. La diversità emerge non solo in prospettiva comparata, ma anche tra deontologie differenti all’interno dello stesso ordinamento giuridico. In alcuni casi, ad esempio, la codificazione dell’etica professionale può essere imposta dall’ordinamento giuridico o inserirsi in rapporti legislativamente definiti con altre fonti del diritto. Si pensi, nel contesto italiano, alle peculiarità, rispetto ad altre professioni, del codice deontologico dei giornalisti, in ragione del legame con una specifica fonte giuridica, il codice privacy, cui è allegato (per un approfondimento sui codici di autoregolamentazione legati al codice privacy nell’ordinamento italiano, si rimanda, tra gli altri, a H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009) o ai meccanismi di adozione previsti per il codice etico dei magistrati cui l’Associazione nazionale magistrati ha ritenuto di dare attuazione pur dubitandone la legittimità prevedendo «indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari» (cfr., ad esempio, L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. ÉPINEUSE, R. SABATO (a cura di) *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006).

Inoltre, anche nell’ambito delle professioni sanitarie, norme di etica o di disciplina di una professione sono contenute in regolamentazioni provenienti da enti diversi, variamente nominati, che possono coincidere con gli ordini professionali (quali enti pubblici sussidiari o associazione private, in base alla qualificazione interna di ogni ordinamento) o essere diretta espressione di poteri pubblici statali. Si pensi, ad esempio, alle direttive dell’Accademia svizzera delle scienze mediche (ASSM) e alla disciplina legislativa dei doveri professionali (cfr. ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES (ASSM) e FÉDÉRATION DES MÉDECINS SUISSES (FMH), *Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Un guide pratique*, 2° éd., Berne, 2013). In alcuni modelli, infine, i codici deontologici, pur provenienti da organi professionali vengono integrati nell’ordinamento giuridico statale. Efficace, da questo punto di vista, la distinzione elaborata in dottrina tra *déontologies étatiques* e *déontologies extra-étatiques*

come noto, di una questione non facilmente risolvibile nell'ordinamento italiano poiché manca una norma che espressamente definisca la natura del codice e lo inserisca nella gerarchia delle fonti. Nelle leggi italiane istitutive degli ordini professionali⁵², infatti, la deontologia non era nemmeno menzionata e solo con la legge 42 del 1999, per la professione infermieristica, il codice deontologico è stato espressamente indicato come uno degli elementi che ne definiscono l'ambito di attività e responsabilità.

Nel 2018, la legge sul riordino delle professioni sanitarie (cd. legge Lorenzin⁵³) ha definito in maniera più precisa la natura degli ordini professionali⁵⁴ e la relativa autonomia regolamentare anche in riferimento all'emanazione del codice deontologico, ma non si tratta di una disciplina in grado di chiarire con la necessaria certezza i rapporti tra il codice deontologico e le altre fonti del diritto, come avviene in altri ordinamenti⁵⁵.

Dal punto di vista strettamente formale il codice di deontologia medica italiano rimane quindi un regolamento interno alla categoria professionale, del quale nemmeno la giurisprudenza di legittimità è riuscita, almeno finora, a chiarire in maniera univoca la natura.

La Corte di Cassazione ha sostenuto, ad esempio, che «le disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini (o dai collegi) professionali, se non recepite direttamente dal legislatore, non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge»⁵⁶, definendo le norme deontologiche come «precetti extragiuridici ovvero regole interne alle categorie e non già [...] atti normativi»⁵⁷. Nonostante il significativo mutamento giurisprudenziale con il quale la Corte ha iniziato a considerare le norme deontologiche «norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria»⁵⁸ fino a defi-

(J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, cit.), che permette di delineare alcuni utili elementi classificatori in riferimento al tipo di ingresso della normativa deontologica nell'ordinamento giuridico generale.

⁵² D. Lgs.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233 e D.P.R. 5 aprile 1950, n. 221.

⁵³ Legge 11 gennaio 2018, n. 3 “Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute”.

⁵⁴ Cfr. *supra* nota n. 4.

⁵⁵ Benché, come detto, i rapporti formali tra il CDM e le altre fonti del diritto non risolvano tutti i problemi interpretativi che le numerose intersezioni tra dimensione deontologia e dimensione giuridica pongono, in alcuni ordinamenti la definizione legislativa della natura del CDM e della competenza dei diversi attori coinvolti nella sua emanazione conferisce un maggiore livello di certezza almeno per la ricostruzione del quadro giuridico di riferimento. In Germania, ad esempio, il codice deontologico di ogni Land assume la forma – e quindi la stessa posizione nella gerarchia delle fonti – della fonte del diritto (Satzung) tipica degli enti di diritto pubblico cui appartengono gli ordini professionali. Cfr., tra i molti, R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, J. PRÜTTING, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2018; il capitolo *Ärztliches Standesrecht* in H.-P. RIES ET AL., *Arztrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2012, p. 87 e ss. In Francia il codice deontologico è adottato come decreto del Primo Ministro per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato (décret en Conseil d'Etat), pubblicato sul Journal Officiel e, dal 2004, inserito nel CSP. Cfr., tra i molti, V. CABROL, *La codification de la déontologie médicale*, in *Revue générale de droit médical*, 2005, vol. 16, pp. 103-123; E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003. Per ulteriori dettagli, in prospettiva comparata, sulle procedure di codificazione deontologica in questi ordinamenti e sulle relative problematiche si consenta il riferimento a E. PULICE, *La deontologia come fonte del diritto. La codificazione dell'etica medica in Francia, Germania e Italia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2017.

⁵⁶ Cass. Sez. un. 10 luglio 2003, n. 10842.

⁵⁷ Cass. Sez. III civ. 10 febbraio 2003, n. 1951.

⁵⁸ Si tratta della sentenza n. 8225 del 6 giugno 2002, con la quale la Corte precisa altresì che le norme deontologiche costituiscono specificazione delle clausole generali contenute nella legge professionale (similmente a

nirle nel 2007 «fonti normative integrative di precetto legislativo [...]interpretabili direttamente dalla corte di legittimità»⁵⁹, nel 2013 è stato negato il «carattere normativo» del codice deontologico⁶⁰.

Per tutti i profili richiamati nel presente contributo, è tuttavia innegabile che le norme deontologiche, o la loro violazione, assumano rilevanza per l'ordinamento giuridico, anche al di fuori della categoria professionale.

La deontologia ha innanzitutto una forma di rilevanza "propria" attraverso la responsabilità disciplinare e il relativo procedimento. La violazione delle norme deontologiche può infatti portare a sanzioni, previste dalla legge, che incidono sull'esercizio dell'attività professionale del singolo, proprio per la loro funzione di tutela di interessi pubblici. Lo strumento disciplinare e il ruolo dell'ordine professionale si pongono così nel punto di incontro tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali sui quali incide l'attività medica e la sfera di autonomia e indipendenza che l'ordinamento riconosce alla categoria professionale.

L'ulteriore aspetto che in questa sede interessa sottolineare è come la violazione della deontologia possa avere effetti sul singolo professionista (fino alla sospensione o alla radiazione) anche per comportamenti non strettamente legati all'ambito dell'esercizio professionale⁶¹. In base all'art. 68 CDM, inoltre, «il medico che opera in strutture pubbliche o private [...] è soggetto alla potestà disciplinare dell'Ordine indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro». La competenza delle istituzioni ordinistiche a vigilare, irrogando sanzioni disciplinari, sugli iscritti agli albi «in qualsiasi forma giuridica svolgano la loro attività professionale» è ribadito anche dalla legge sul riordino delle professioni sanitarie⁶² e dalla giurisprudenza⁶³.

Nonostante la difficoltà di ricostruire il quadro della giurisprudenza disciplinare e dei principali ambiti di intervento, la radiazione, a fine 2018, di un medico iscritto all'albo per un illecito deontologico commesso nell'esercizio della sua funzione di assessore regionale (nello specifico per la proposta di una delibera i cui contenuti sono stati giudicati contrari al CDM) mostrano l'estensione alla quale può arrivare la responsabilità del medico per scelte adottate in (asserita) violazione della deontologia⁶⁴.

quanto affermato del 2004 e, in particolare, nella sentenza della Sezioni Unite del 23 marzo 2004, n. 5776 e nella sentenza della III sezione civile, la n.13078 del 14 luglio).

⁵⁹ Le Sezioni Unite hanno pronunciato tale principio di diritto con riferimento al codice deontologico forense. Considerate le similitudini tra i due modelli, il principio è da ritenersi applicabile anche al CDM: «le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative di precetto legislativo, che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, come tali interpretabili direttamente dalla corte di legittimità» (Cass. civ. Sez. Unite, 20-12-2007, n. 26810). Cfr., inoltre, la sentenza n. 16145 del 2008, in materia di codice deontologico dei giornalisti.

⁶⁰ Cass. civ. Sez. Unite, sentenza 25 giugno 2013, n. 15873. Anche in questo caso si trattava del codice deontologico forense. La sentenza è citata anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 180 del 2018 in materia di astensione degli avvocati nei processi con detenuti. Cfr. inoltre Cass., Sez. III, 29 settembre 2015, n. 19246.

⁶¹ Nel primo articolo del CDM viene precisato che il Codice: «regola anche i comportamenti assunti al di fuori dell'esercizio professionale quando ritenuti rilevanti e incidenti sul decoro della professione».

⁶² L. 11.01.2018 n. 3, art. 4.

⁶³ Cfr., ad esempio, CCEPS 15.12.14, n.43 e, in riferimento a fatti commessi per servizio o per fatto di servizio da sanitari in rapporto di impiego, Id. 23.03.15, n.12 e 7.7.2017, n. 75 e Cass., III civ., 31.05.2006, n. 13004.

⁶⁴ La decisione è stata adottata dall'Ordine dei medici di Bologna e ha sollevato aspri dibattiti, le cui diverse posizioni e prospettive sono riportate sul sito Quotidiano Sanità. Cfr., ad esempio, le "lettere al direttore" del Pre-

Il codice deontologico ha, inoltre, una rilevanza “esterna” indiretta, quindi in via interpretativa attraverso il riferimento ad altri principi, concetti, clausole e norme dell’ordinamento giuridico. La norma deontologica, infatti, proprio perché si inserisce, esplicitamente o implicitamente, tra le fonti che disciplinano l’attività medica, può “entrare” nelle valutazioni giurisprudenziali della condotta del professionista.

La disciplina contenuta nel codice deontologico può così definire nel concreto il contenuto della disciplina giuridica attraverso il ruolo della giurisprudenza. Può, ad esempio, svolgere un ruolo nella concretizzazione di clausole generali e come parametro di valutazione della colpa nei giudizi di responsabilità professionale, sia civile sia penale⁶⁵. Si pensi all’individuazione giudiziale della condotta diligente⁶⁶ e della correttezza professionale o al ruolo della relazione terapeutica, quindi della relativa disciplina deontologica nell’individuazione della posizione di garanzia e della norma che impone al soggetto di tenere un determinato comportamento positivo la cui omissione assume rilevanza per il diritto penale.

È stato inoltre evidenziato il ruolo tipizzante del codice deontologico, dal quale il principio di determinatezza riceverebbe una «mediazione interpretativa importante a favore di una regola cautelare da concretizzare sulla falsariga dell’agente modello»⁶⁷.

Sempre in ambito penale, si pensi alla possibilità, sostenuta da parte della dottrina, benché ancora controversa, di classificare le regole deontologiche – in particolare le norme di natura cautelare o

sidente dell’Omceo di Bologna, Antonio Pizza (QS. 16.01.2019) e dell’ex Presidente dell’Omceo di Firenze, Antonio Panti (QS. 17.01.2019). La stessa questione, ossia la delega, a determinate condizioni, di alcune specifiche competenze agli infermieri nell’ambito dell’organizzazione dei servizi di emergenza, ha portato alla sospensione di alcuni medici che avevano dato attuazione ai protocolli legati alla delibera. La decisione è stata motivata prevalentemente, seppur con argomentazioni controverse e solo in parte condivisibili, sulla violazione della deontologia medica e sui rischi che, secondo l’ordine professionale, le normative contestate avrebbero potuto comportare per la salute dei cittadini. Per un commento critico, cfr. G. GRISTINA e G. BERTOLINI, *Possiamo ancora immaginare un nuovo ruolo per i medici italiani?*, in *Recenti Prog Med* 2016, 107, 213-217.

⁶⁵ Cfr., ad esempio, F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 277-289, secondo il quale il CDM ha «un’intrinseca finalità di interesse pubblico e in particolare di tutela degli interessi degli utenti, incidendo l’attività medica su beni oggetto di garanzia di livello costituzionale, come la vita e la salute», sottolineando come da ciò discenda che «il codice deontologico acquista rilevanza giuridica esterna, con efficacia erga omnes, in particolare nel campo del diritto civile e del diritto penale. Infatti, pur non essendo reputato dai più come fonte del diritto in senso proprio, viene a risaltare indirettamente in sede di interpretazione e applicazione del diritto». Sulla rilevanza “esterna” del CDM e sul relativo ruolo nell’ambito della responsabilità professionale, si vedano anche E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit. e G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2, 2007, 551.

⁶⁶ Quindi, ad esempio, alla lettura del principio in base al quale «nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata» di cui all’art. 1176 cc. anche alla luce delle norme deontologiche dettate dalla categoria per disciplinare l’attività stessa.

⁶⁷ M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 147, secondo il quale con «la penetrazione delle regole deontologiche delle quali possa predicarsi una funzione cautelare [...] si assiste pertanto a un’ipotesi di diritto soft che, interagendo con un diritto hard, com’è per eccellenza il diritto penale, finisce per rendere più forte la tipicità colposa, esposta a una costitutiva fragilità, adeguandola a uno scenario dei rapporti medico-paziente meno paternalistico di una volta e più esigente nel richiedere al sanitario l’adempimento di doveri di informazione, aggiornamento e competenza».

precauzionale contenute nel CDM – quali “discipline” di cui all’art. 43 c.p. Nonostante i molti dubbi e problemi interpretativi, anche con riferimento alla stessa natura cautelare delle norme deontologiche, è stato ad esempio sostenuto come per il codice di deontologia medica – in ragione della richiamata specificità e rilevanza esterna delle sue norme e della maggiore vincolatività che esse hanno rispetto ad altre regole provenienti da organismi tecnico-scientifici – tali ricostruzione possa sollevare meno dubbi⁶⁸.

Sul punto è stato anche sottolineato come «(n)el diritto penale le norme deontologiche rappresentano ‘elementi normativi delle fattispecie’, in particolare nell’ambito dei reati colposi, posto che l’art. 43 c.p. definisce la colpa come inosservanza fra l’altro di “discipline”; e non è dubbio che i codici deontologici delle professioni e in specie quello medico costituiscono nei loro rispettivi ambiti modelli organici e dettagliati di ‘disciplina’»⁶⁹.

Interessante richiamare, a dimostrazione della rilevanza che le norme deontologiche possono avere nei giudizi di responsabilità, la sentenza con la quale la Corte di Cassazione si è pronunciata nel giugno 2018 in materia di contenzione (caso Mastrogiovanni)⁷⁰. La Corte cita innanzitutto sia il codice di deontologia medica sia il codice deontologico degli infermieri nell’analizzare la natura della contenzione, escludendone la riconducibilità alla categoria dell’“atto medico” e limitandone le condizioni di liceità. L’aspetto che però merita maggiore attenzione per i profili che qui interessano è l’estensione della responsabilità a carico degli infermieri (esclusa in primo grado). La Corte, infatti, nell’escludere la scriminante (art 51 c. 3 c.p.) basata sull’esistenza di un rapporto di subordinazione gerarchica tra medici e infermieri, prende in considerazione il contenuto del codice deontologico della professione infermieristica e il rapporto tra questo e la fonte legislativa statale.

Più nello specifico, secondo i giudici il richiamo alla scriminante risulta improprio anche in considerazione «delle precise disposizioni del codice deontologico degli infermieri (art. 30 e 33), che richiedono a questi ultimi un comportamento attivo nella verifica della legittimità della contenzione» sotto il profilo sia sostanziale sia formale. Dopo aver richiamato diversi principi della disciplina deontologica rilevanti in materia di contenzione e di obblighi di protezione del paziente, la Corte precisa che «si tratta di veri e propri obblighi giuridici – autonomi rispetto a quelli previsti a carico del medico – in virtù di quanto prescritto dall’art. 1 della legge 10 agosto 2000 n. 251» che, al comma 10, prevede che “gli operatori delle professioni sanitarie dell’area delle scienze infermieristiche e della professione sanitaria ostetrica svolgono con autonomia professionale attività dirette alla prevenzione, alla cura e salvaguardia della salute individuale e collettiva, espletando le funzioni individuate dalle norme

⁶⁸ C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi. Dir. pen. cont.- Riv. trim.* 2013, 4, 51-71, p. 57 ss. e Id., *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, Torino, 2018, p. 56 ss e p. 63. Sulla natura cautelare di alcune norme del CDM, cfr. nuovamente anche M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 144 ss. e G. IADECOLA, *op. cit.*, p. 555. Sulla possibilità di considerare le norme deontologiche come “discipline” di cui all’art. 43 cp, cfr. anche, tra gli altri, A. PIZZORUSSO, che in *Il “codice etico” dei magistrati italiani*, in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. EPINEUSE, R. SABATO (a cura di), *op. cit.*, p. 62, afferma «non sembra possibile escludere che norme come quelle comprese in un codice etico possano rientrare fra quelle la cui violazione può costituire (o concorrere a costituire) la colpa, ai sensi dell’art. 43, c.p., laddove esso parla di “inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”».

⁶⁹ F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 279.

⁷⁰ Cass., sez. V, sent. 20 giugno 2018, n. 50497.



istitutive dei relativi profili professionali nonché dagli specifici codici deontologici ed utilizzando metodologie di pianificazione per obiettivi dell'assistenza"».

I doveri deontologici, che assumono natura di obblighi giuridici attraverso la previsione legislativa, nel quadro dell'autonomia professionale riconosciuta ai professionisti possono acquisire quindi rilevanza tale da impedire l'esclusione della loro responsabilità penale.

5. Scelta orientata o disorientata dalla deontologia?

Nel quadro fin qui delineato, tornando all'interrogativo iniziale, ci si deve ora chiedere se la scelta deontologicamente orientata possa avere spazi ed effettività concreti nel complicato intreccio di fonti che incide sulla regolamentazione dell'attività medica, ponendosi come disciplina credibile nelle sfide attualmente poste dal rapporto tra autonomia e responsabilità professionale.

Se si affronta la questione alla luce delle richiamate potenzialità della deontologia, la risposta può essere affermativa.

Il codice deontologico, nel garantire e promuovere la qualità, la correttezza, le competenze e la formazione del medico a tutela dei diritti fondamentali della persona, coniuga la centralità delle accreditate conoscenze scientifiche con principi etico-professionali attenti alla specificità dei singoli casi concreti.

La deontologia, inoltre, può tenere conto di tutte queste dimensioni in una fonte definita dalla riflessione deontologica interna alla categoria professionale, supportata da una struttura ordinistica preordinata ad assicurarne la conoscenza, la discussione periodica, ma anche l'effettività nel momento di una sua violazione. Tale capacità di porsi al punto di incrocio tra scienza, etica e diritto attraverso un'elaborazione normativa fondata sulla competenza ed esperienza professionale le permette di integrare a più livelli la regolamentazione giuridica dell'attività medica.

L'apporto tecnico-scientifico ed etico-professionale può così porsi in dialogo con il diritto nel definire la cornice normativa di riferimento di una determinata pratica. La deontologia può però svolgere un ruolo anche nello spazio normativo che, tra la cornice di principi generali e astratti e la disciplina della relazione di cura, è caratterizzato dall'intervento di varie fonti di codificazione della scienza e della tecnica. Le regole deontologiche possono così assumere rilevanza nell'interpretazione in concreto delle linee guida, colmando – sia nella pratica quotidiana del professionista sanitario sia nelle valutazioni del giurista – lo spazio lasciato inevitabilmente libero dal ruolo delle «buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida» cui il medico deve, in base alla legge, attenersi «salve [appunto] le specificità del caso concreto»⁷¹.

È infine nel nucleo essenziale dell'alleanza terapeutica, nella complementarità delle autonomie e responsabilità che la caratterizzano, che emerge uno spazio di ineludibile rilevanza della deontologia, per come razionalizzata nel codice deontologico.

Se si affronta, invece, la questione contestualizzandola nelle criticità che il modello di deontologia italiano ancora presenta, la risposta, sul piano concreto e attuale, non può che essere negativa.

⁷¹ Art. 5 legge 24/2017. Cfr. supra nota n. 26.



Sono ancora molti, infatti, i profili rispetto ai quali sembra non più rimandabile una riflessione che coinvolga, non solo in termini di dialogo, ma anche di concreto impegno, tutti gli attori coinvolti (dalla categoria professionale ai giuristi, dalla comunità scientifica a quella sociale).

L'assenza di una definizione dei rapporti formali tra CDM e fonti del diritto non permette, ad esempio, di superare le menzionate incertezze interpretative e l'incoerenza di una fonte che, pur scarsamente considerata a livello legislativo, assume crescente rilevanza sul piano giurisprudenziale, con riflessi in alcuni casi concreti anche in termini di responsabilità professionale.

La scarsa conoscenza (sia interna sia esterna) del codice deontologico e un procedimento disciplinare la cui regolamentazione, in attesa dell'attuazione della nuova legge, è ancora ferma nelle linee essenziali agli anni cinquanta incidono sull'effettività della fonte deontologica, quindi sulla sua credibilità sia per i professionisti sia per le altre formanti giuridiche. La definizione delle garanzie e dei limiti dello strumento disciplinare rappresenta, infatti, un ulteriore ambito controverso, che la scarsa trasparenza e prevedibilità delle decisioni (in alcuni casi difficili da ricostruire perché poco accessibili, in altri con effetti tali da portare a sanzioni molto severe attraverso una controversa estensione dei poteri dell'ordine) non aiuta certo a superare.

Il codice deontologico è, inoltre, una fonte che, nonostante le potenzialità ricordate, trova nel principio democratico il suo limite tanto formale quanto sostanziale proprio perché espressione di un'unica categoria professionale. È quindi fondamentale, per poter sostenere un ruolo della deontologia sul piano concreto, lavorare sulla credibilità, trasparenza ed effettività del codice tanto nella sua applicazione quanto nel momento di una sua violazione.

La piena adesione e valorizzazione della deontologia passa altresì dal livello di apertura e condivisione che la categoria professionale riesce ad avere nella fase di elaborazione del codice, affinché la deontologia non sia solo un elemento di pluralismo normativo e assiologico, ma anche uno strumento per la tutela e ragionevole gestione di tali pluralismi, tanto nell'elaborazione normativa quanto nella pratica quotidiana.

Si tratta di alcuni degli elementi sui quali avviare una riflessione congiunta per costruire un modello diverso, che permetta di rendere la scelta orientata dalla deontologia una scelta anche "costituzionalmente orientata", in sintonia con i principi dell'ordinamento, evitando altresì che la pluralità di normative e fonti disorienti il medico.

Superare le richiamate criticità è una condizione essenziale per rendere i codici deontologici intermediari concreti e credibili tra diritto e medicina, nell'ottica di un bilanciamento più coerente tra i modelli di autonomia e responsabilità che le due dimensioni esprimono.

In tale contesto potrebbe così inserirsi in maniera più efficace una riflessione sui rapporti tra linee guida e deontologia in grado di coniugare, per quanto possibile, esigenze di certezza e flessibilità, contro il rispetto acritico di fonti precostituite che, benché potenzialmente più rassicurante sul piano della colpa professionale, tradisca nel concreto il perseguimento degli scopi più autentici della professione. Un modello che permetta, quindi, ai professionisti sanitari, come nel caso presentato dal dott. Beggio⁷², non solo di essere in grado, ma anche di essere messi nelle condizioni di assumersi, con il necessario livello di serenità rispetto a logiche "difensive", la responsabilità di contraddire o anticipare la letteratura scientifica per una migliore tutela dei diritti della persona assistita.

⁷² Cfr. il contributo di GIACOMO BEGGIO nel presente volume.