

# La deontologia medica come “motore” della Costituzione

Elisabetta Pulice\*

MEDICAL ETHICS AS THE “ENGINE” OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT: The paper addresses the issue of whether and how the code of medical ethics (CME) has acted as – and can still be considered the “engine” of constitutional principles. Starting from the role of medical councils as public-interest bodies entrusted with functions that ultimately affect the protection of fundamental rights together with the professional practice itself, the paper analyses the historical evolution of the CME towards a wider protection of fundamental rights and, at the same time, towards the regulation of many sensitive and controversial bioethical issues. The essay then focuses on some of the most significant fields in which the updated versions of the CME, which has been repeatedly amended in parallel with the developments in bioethics and the leading cases at national and European level, performed a pivotal role in protecting, promoting and implementing constitutional rights and principles, especially by complementing or even predated other sources of law. Antinomies and tensions between medical ethics and constitutional principles, as well as some inconsistencies of the current Italian model, which prevent the CME from properly acting as an “engine” of constitutional principles are also stressed.

KEYWORDS: Medical ethics; Constitutional law; biolaw; professional autonomy and responsibility; fundamental rights

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una premessa: autonomia regolamentare, disciplinare e professionale della dimensione deontologica a tutela dei diritti fondamentali – 2.1. Il ruolo degli Ordini professionali e della potestà disciplinare – 2.2. Evoluzione dei contenuti e delle funzioni del codice deontologico – 3. Deontologia e Costituzione: sinergie e attuazione in concreto dei principi costituzionali – 3.1. Sintonie tra deontologia e principi costituzionali nella tutela dei diritti fondamentali in ambito medico – 3.2. Diritto all’autodeterminazione e strumenti di tutela della scelta libera e consapevole – 3.3. Indipendenza, autonomia e responsabilità del medico nel rapporto tra diritto e scienza – 3.4. Deontologia e pluralismo: la clausola di coscienza – 4. Profili di criticità e occasioni mancate – 5. Quale valore giuridico per una deontologia “costituzionalmente orientata”? Le questioni ancora aperte

## 1. Introduzione

Il Codice di deontologia medica (CDM), per sua stessa definizione, impegna il medico «in armonia con i principi etici di umanità e solidarietà e civili di sussidiarietà [...] nella tutela della salute individuale e collettiva» e svolge tale compito «vigilando sulla dignità, sul decoro,

\* PhD, Assegnista di ricerca in diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento. [Elisabetta.pulice@unitn.it](mailto:Elisabetta.pulice@unitn.it). Contributo sottoposto a referaggio.

sull'indipendenza e sulla qualità della professione».

I doveri del medico sono, infatti, come precisato fin dai primissimi articoli, «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». Ed è proprio «[a] fine di tutelare la salute individuale e collettiva» che il medico esercita «attività basate sulle competenze, specifiche ed esclusive», così come previste negli obiettivi formativi dei corsi di laurea e ampliate dallo sviluppo delle conoscenze, abilità tecniche e non tecniche, innovazioni organizzative e gestionali in sanità, insegnamento e ricerca» (art. 3).

Il codice specifica poi che tali attività sono «legittimate dall'abilitazione dello Stato e dall'iscrizione agli Ordini professionali nei rispettivi Albi», inclusa la prescrizione e la diagnosi a fini preventivi, terapeutici e riabilitativi, definite come competenze dirette, esclusive e non delegabili del medico, che impegnano la sua autonomia e responsabilità (artt. 3 e 13).

Già da questi primi articoli emerge la strumentalità del codice deontologico, dei doveri, dei principi, delle competenze, dell'autonomia e responsabilità professionali in esso disciplinati, alla tutela dei diritti fondamentali della persona ed è quindi da questo primo nucleo di regole deontologiche che si partirà per analizzare il ruolo della deontologia come “motore” della Costituzione.

La crescente sintonia tra le norme del CDM, così come progressivamente riformulate nelle versioni del codice, e le posizioni più avanzate della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale rappresenta, infatti, uno degli aspetti che ha permesso alla dimensione deontologica di porsi come fonte in grado (almeno potenzialmente) di “uscire” dalla dimensione meramente interna alla categoria e di mettere “in moto”, sul piano concreto della pratica medica, alcuni rilevanti principi costituzionali.

In ambiti delicati e controversi dal punto di vista non solo giuridico ma anche etico e professionale, la compiuta attuazione di valori di primario rilievo costituzionale richiede, infatti, tanto la cooperazione di diversi saperi e fonti di disciplina quanto il ragionevole bilanciamento degli interessi e diritti di tutti gli attori coinvolti. Da questo punto di vista, il ruolo di “motore” della deontologia medica si è espresso, e continua a esprimersi, principalmente attraverso due funzioni che il CDM è in grado di svolgere – con intensità e portata variabile – in relazione alle altre fonti di disciplina che intervengono in ambito medico. Come si avrà modo di precisare, il CDM integra le norme giuridiche, e in particolare quella legislativa, con principi e doveri ulteriori, attraverso norme più flessibili e (almeno potenzialmente) attente alla variabilità del caso concreto. La cornice giuridica posta a tutela di valori costituzionalmente rilevanti si arricchisce così di regole di condotta che possono esprimersi in maniera più duttile su ulteriori profili rispetto a quelli raggiungibili tanto dalla fonte legislativa, per sua natura generale e astratta, quanto da altre fonti di codificazione del sapere scientifico, che inevitabilmente richiedono una valutazione di adeguatezza per il singolo caso.

In diversi ambiti, il CDM si è però posto anche come unica disciplina normativa, svolgendo una funzione di impulso a fronte dell'inerzia legislativa.

Entrambe queste funzioni devono essere contestualizzate nel modello italiano di rapporti tra diritto e deontologia e, più nello specifico, delle relazioni e reciproche competenze tra autorità e prerogative statali, da un lato, e competenze attribuite alle istituzioni ordinistiche, dall'altro.

La deontologia – nella dimensione normativa nella quale la si prende in considerazione in questa sede, quindi come *regole di disciplina* concretizzate nel codice deontologico<sup>1</sup> e non come meri principi di etica medica – si pone, infatti, nell’intersezione tra dimensione giuridica e dimensione etica, tra ruolo delle istituzioni statali e ruolo degli Ordini professionali.

È nell’interazione, sul piano sia formale sia sostanziale, delle competenze e delle scelte di queste dimensioni che le regole deontologiche possono concretizzare il loro ruolo, ponendosi come “motore” o come “freno” nell’attuazione dei principi giuridici.

Alla luce della complessità che emerge dalla richiamata intersezione, l’analisi del ruolo della deontologia come possibile “motore” della Costituzione verrà quindi preliminarmente contestualizzata nel quadro dei rapporti tra diritto e deontologia e tra Stato e Ordini professionali che caratterizza l’ordinamento italiano.

## 2. Una premessa: autonomia regolamentare, disciplinare e professionale della dimensione deontologica a tutela dei diritti fondamentali

In molteplici ambiti delle società contemporanee, l’autoregolamentazione professionale risponde a una pluralità di esigenze di tutela, esprimendosi, con frequenza crescente, in forme di codificazione dell’etica variamente denominate e inserite in modelli regolamentari con diversa struttura e portata pratica<sup>2</sup>. La maggiore complessità, anche dal punto di vista tecnologico, delle attività professionali e dei rapporti con i destinatari delle stesse, così come le evoluzioni del comune sentire etico in ambito sociale e professionale svolgono indubbiamente un ruolo importante nel sollecitare una categoria professionale ad assumere doveri fondati su regole di condotta e principi etici, tali da tutelare i diritti dei destinatari, riequilibrando le asimmetrie e favorendo così la credibilità e la fiducia nella figura professionale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> 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».

<sup>2</sup> La stessa terminologia utilizzata varia da “codici deontologici”, “codici di condotta”, “codici etici”, ecc. La letteratura giuridica sulle diverse forme di autoregolamentazione è ampia. Per un approfondimento si vedano, ad esempio, G. ALPA E P. ZATTI (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006; H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell’onestà, Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2008; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2007. A fronte della richiamata varietà, parte della dottrina ha ritenuto necessario tenere distinte le diverse tipologie (cfr., ad esempio, R. DANOVI, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, VIII ed., Milano, 2008), mentre altri Autori hanno considerato la distinzione 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, 1373). Analogamente, 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, 101). Sulle diverse tipologie di deontologie che si sono affermate nel tempo, affiancandosi a quelle tradizionali, si veda inoltre J. MORET-BAILLY, D. TRUCHET, *Droit des déontologies*, PUF, coll. Thémis, 2016, dove si sottolinea, tra l’altro, come esse rispondano «à une aspiration générale à la vertu professionnelle et à la transparence, caractéristiques du regard porté aujourd’hui sur la démocratie».

<sup>3</sup> Per un approfondimento sulle problematiche attuali della deontologia si veda, ad esempio, 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. Sull’evoluzione del fenomeno deontologico

Rispetto alle diverse tipologie di codificazione dell'etica professionale, la deontologia medica presenta, inoltre, due specificità che per gli obiettivi del presente contributo è essenziale sottolineare fin da subito.

Come nella maggior parte delle professioni intellettuali c.d. regolamentate<sup>4</sup>, la deontologia medica è innanzitutto inserita in una struttura ordinistica preordinata a vigilare sul decoro e sulla qualità dell'esercizio professionale, ad assicurare la conoscenza, la discussione periodica, ma anche l'effettività del CDM nel momento di una sua violazione.

In secondo luogo, la peculiarità e la delicatezza delle posizioni soggettive sulle quali l'attività medica incide e le caratteristiche stesse dell'oggetto da disciplinare<sup>5</sup> conferiscono al CDM ulteriori specificità, che lo distinguono dalle altre deontologie professionali, permettendogli di acquisire rilevanza giuridica come fonte di regolamentazione dell'attività medica e, più in generale, come fonte del biodiritto. Sul piano della rilevanza del CDM, la dottrina ha ad esempio sottolineato come il codice abbia «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»<sup>6</sup>. In che modo tali profili e obiettivi definiscono, non solo la possibilità, ma la funzione stessa di tutela e promozione dei valori costituzionali che la deontologia è chiamata a svolgere? E come si inserisce tale funzione nel quadro dell'ordinamento costituzionale italiano?

Una risposta emerge dalle decisioni della stessa Corte costituzionale che, nella sentenza con la quale ha inaugurato il filone giurisprudenziale sui limiti che le acquisizioni scientifiche e sperimentali pongono alla discrezionalità legislativa<sup>7</sup>, sottolinea come «[l']autonomia del medico nelle scelte professionali e l'obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità»<sup>8</sup> configurino un punto di incrocio dei principi a fondamento dell'attività medica. Per quanto qui più interessa, inoltre, la Corte richiama il ruolo dei «poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione» come strumenti po-

---

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.

<sup>4</sup> Una precisa definizione di "professione regolamentata" ci proviene attualmente dall'art. 3 della Direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, in base alla quale per "professione regolamentata" si intende una «attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali; in particolare costituisce una modalità di esercizio l'impiego di un titolo professionale riservato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative a chi possiede una specifica qualifica professionale».

<sup>5</sup> Si fa riferimento in particolare alle caratteristiche individuate in C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014. Per un approfondimento sull'oggetto del biodiritto si veda, inoltre, dello stesso Autore, *Il biodiritto e il suo oggetto*, in *Id.*, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 7 e ss.

<sup>6</sup> F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 277-289. Sulla rilevanza "esterna" del CDM si vedano anche E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 925; *Id.*, *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA E P. ZATTI (a cura di), *op. cit.* e G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2, 2007, 551. Sul ruolo che da tale rilevanza emerge nell'ambito della responsabilità civile e penale si tornerà *infra*.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla sentenza n.282 del 2002. Su tali orientamenti della Corte costituzionale si ritornerà *infra*.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 282 del 2002, p.to 4 del Considerato in diritto.

sti a presidio, unitamente ai rimedi predisposti dall’ordinamento, 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»<sup>9</sup>.

Tale pronuncia sintetizza così alcuni profili chiave del ruolo della deontologia come possibile “motore” della Costituzione, sui quali ci si concentrerà nei prossimi paragrafi: l’autonomia e responsabilità del medico, le scelte basate sulle accreditate conoscenze scientifiche e sperimentali, nel rispetto del consenso del paziente, sono considerate come «regola di fondo» della pratica dell’arte medica, quindi risposte in grado di delimitare la discrezionalità del legislatore nel definire «le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni»<sup>10</sup>. La definizione di tali principi nel CDM e i poteri di controllo e disciplinari delle istituzioni ordinistiche svolgono inoltre un ruolo essenziale nella tutela dei diritti fondamentali della persona in sinergia con quelli statali.

L’ampiezza – l’esistenza stessa – del ruolo della deontologia come “motore” di alcuni principi costituzionali è però legata alle evoluzioni recenti del CDM. Si tratta, in particolare, di un percorso che, similmente a quanto avvenuto in altri ordinamenti europei, ha portato la riflessione deontologica ad ampliare progressivamente il nucleo tradizionale dei codici di deontologia medica con articoli espressione di una più chiara (almeno sul piano formale) attenzione ai diritti fondamentali della persona assistita e, parallelamente, con regole volte a prendere posizione su un crescente numero di problematiche delicate e controverse dal punto di vista tanto etico-professionale quanto giuridico.

È nella richiamata struttura ordinistica e in tale evoluzione che devono quindi essere contestualizzate le sinergie tra regole deontologiche e principi costituzionali con le quali il CDM è riuscito a porsi come “motore” della Costituzione.

## 2.1. Il ruolo degli Ordini professionali e della potestà disciplinare

Benché per lungo tempo sia mancata nel nostro ordinamento una definizione legislativa della natura degli Ordini professionali, 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»<sup>11</sup>. Anche la Corte costituzionale li ha in più occasioni configurati come «enti pubblici ad appartenenza necessaria»<sup>12</sup> preordinati «alla tutela di pregnanti interessi di rilievo costituzionale»<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Cons. Stato, V sez, 23 maggio 1997, n. 527 e Corte Cass. Pen. Sez. VI, 1 aprile 2003, n. 28306. Tra le pronunce più recenti, si vedano inoltre Cass. Civ., sez. prima, sentenza 14 ottobre 2011, n. 21226 e Cons. Stato, IV sez., 16 marzo 2004, n. 1344.

<sup>12</sup> Corte cost., sentenza n. 405 del 2005.

<sup>13</sup> Corte cost., sentenza n. 173 del 2019.

Nel 2018, la legge sul riordino delle professioni sanitarie (c.d. legge Lorenzin<sup>14</sup>) ha precisato la natura degli ordini professionali, sottolineandone l'autonomia regolamentare anche in riferimento all'emanazione del codice deontologico, seppur in maniera ancora lontana dalla definizione dei rapporti tra diritto e deontologia prevista in altri ordinamenti europei<sup>15</sup>.

Gli ordini professionali sono attualmente definiti 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»<sup>16</sup>. Tra i loro compiti, oltre alla verifica del possesso dei titoli abilitanti all'esercizio professionale e alla tenuta degli albi (lett. d), merita di essere menzionato il ruolo nel promuovere e assicurare «l'indipendenza, l'autonomia e la responsabilità delle professioni e dell'esercizio professionale, la qualità tecnico-professionale, la valorizzazione della funzione sociale, la salvaguardia dei diritti umani e dei principi etici dell'esercizio professionale indicati nei rispettivi codici deontologici, al fine di garantire la tutela della salute individuale e collettiva» (lett. c). Per espressa previsione legislativa, inoltre, le istituzioni ordinistiche sono dotate di «autonomia patrimoniale, finanziaria, regolamentare e disciplinare e sottoposti alla vigilanza del Ministero della salute» (lett. a).

La tutela di interessi pubblici e dei diritti della persona assistita è, pertanto, alla base della rilevanza "esterna", quindi sul piano dell'ordinamento giuridico generale, della deontologia, ma è al tempo stesso fondamento e obiettivo della rilevanza "propria" del CDM, ossia quella che gli deriva dagli strumenti della responsabilità disciplinare, interni alla categoria benché definiti dalla legislazione. In ragione della funzione di tutela di interessi pubblici delle regole deontologiche, la loro violazione può portare, infatti, a sanzioni, previste dalla legge, che incidono sull'esercizio professionale del singolo medico, fino alla possibile radiazione e conseguente impossibilità di esercitare legittimamente la professione stessa.

In questa prospettiva, lo strumento disciplinare si pone all'intersezione 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. Tali potestà rappresentano, quindi, un primo, generale, canale attraverso il quale la dimensione deontologica può esplicare il suo ruolo di attuazione di valori di rilievo (anche) costituzionale.

A tal fine merita di essere sottolineato che la funzione del CDM a presidio dei principi, interessi e diritti tutelati nelle sue norme si estende – pur nei limiti recentemente definiti dalla Corte costituzionale per l'esercizio di funzioni pubbliche<sup>17</sup> – anche a comportamenti non strettamente legati all'ambito dell'esercizio professionale. Il primo articolo del CDM precisa, infatti, che il Codice «regola anche i comportamenti assunti al di fuori dell'esercizio professionale quando ritenuti rilevanti e incidenti sul decoro della professione», mentre in base all'art. 68 «il medico che opera in strutture pubbliche o

<sup>14</sup> 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".

<sup>15</sup> Per un approfondimento, anche in prospettiva comparata, dei diversi profili affrontati in tale contributo, si permetta il riferimento a E. PULICE, *Deontologia e diritto. Modelli comparati, criticità e prospettive in ambito biomedico*, Napoli, in corso di pubblicazione.

<sup>16</sup> Legge n. 3/2018, art. 4, che modifica il D. Lgs.c.p.s. 13 Settembre 1946, n. 233, ratificato dalla legge 17 aprile 1956, n. 561. La definizione è attualmente contenuta nella nuova versione dell'art. 1, co. 3., lett. a).

<sup>17</sup> Cfr. *infra* Corte cost., sentenza n. 259/2019.

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 sanitarie<sup>18</sup> nonché dalla giurisprudenza disciplinare<sup>19</sup>.

A dimostrazione della rilevanza del ruolo degli Ordini, ma anche della necessità di definire in maniera più puntuale le sfere di competenza tra istituzioni ordinistiche e altri poteri dello Stato, la Corte costituzionale si è recentemente pronunciata sul ricorso con cui la Regione Emilia-Romagna ha sollevato conflitto di attribuzione nei confronti dell’OMCeO di Bologna per la radiazione di un medico assessore regionale alle politiche per la salute<sup>20</sup>.

Per quanto più interessa la rilevanza della dimensione deontologica sul piano costituzionale, va sottolineato come nel decidere su una richiesta di tutela da parte della Regione della sua sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita contro gli atti ritenuti invasivi dell’Ordine, la Corte confermi la natura di potere dello Stato dell’istituzione ordinistica<sup>21</sup>. L’atto posto in essere dall’Ordine, infatti, «è riferibile allo Stato «inteso non come persona giuridica, bensì come sistema ordinamentale (sentenza n. 72 del 2005) complesso e articolato, costituito da organi, con o senza personalità giuridica, ed enti distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporto di strumentalità in vista dell’esercizio, in forme diverse, di tipiche funzioni statali» (sentenza n. 31 del 2006)»<sup>22</sup>.

## 2.2. Evoluzione dei contenuti e delle funzioni del codice deontologico

Nel loro nucleo essenziale, gli scopi principali del CDM possono individuarsi, da un lato, in finalità volte alla disciplina dei rapporti “interni” alla categoria e alla tutela della stessa e, dall’altro, in finalità

<sup>18</sup> Art. 4, legge n. 3 del 2018.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Nel caso di specie, che ha portato anche a un’indagine in sede penale, la radiazione, a fine 2018, del medico riguardava un illecito deontologico da lui commesso nell’esercizio della sua funzione di assessore regionale e, nello specifico, la proposta di una delibera i cui contenuti sono stati giudicati contrari al CDM in quanto prevedevano la possibilità di impiegare infermieri sulle ambulanze anche in assenza di un medico. Le diverse posizioni e prospettive hanno a lungo animato il dibattito in ambito sanitario, come riportato da *Quotidiano Sanità*. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, le “lettere al direttore” del Presidente dell’Omceo di Bologna, Antonio Pizza (QS. 16.01.2019) e dell’ex Presidente dell’Omceo di Firenze, Antonio Panti (QS. 17.01.2019). Per un approfondimento in prospettiva sia medica sia giuridica e per i profili di criticità di tale decisione dell’Ordine di Bologna, si permetta il rinvio a G.R. GRISTINA, E. PULICE, *Il sistema sanitario di emergenza italiano tra prove e rischi di corporativismo: il “caso Bologna”. Parte I Le prove – Parte II Deontologia e diritto*, in *Recenti Progressi in Medicina*, 110, 2019, 168-187.

<sup>21</sup> Corte cost., sentenza n. 259 del 2019. Secondo la Corte non spettava «allo Stato, e per esso alla Commissione dell’Ordine provinciale dei medici chirurghi e degli odontoiatri di Bologna» adottare la radiazione (p.to 7, corsivo aggiunto). La Corte ha precisato, inoltre, i limiti della potestà disciplinare dell’Ordine, escludendo che possa estendersi ad atti «ascrivibili a un *munus pubblico*» (p.to 6) e ha annullato la sanzione della radiazione poiché nel sanzionare il medico/assessore, l’Ordine ha di fatto sindacato le scelte politico-amministrative della Giunta in materia di organizzazione dei servizi sanitari, su cui non ha competenza, invadendo così la competenza assegnata dalla Costituzione alla Regione (articoli 117, terzo comma, e 118 della Costituzione) in materia di organizzazione sanitaria.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.to 4 del Considerato in diritto.

volte a disciplinare l'impatto che l'attività medica può avere sui diritti della persona e della collettività. Tale nucleo, fondato sui principi dell'etica medica risalenti alle moderne versioni del Giuramento di Ippocrate, è stato progressivamente precisato e ampliato in ragione dell'influenza di diversi fattori, quali gli sviluppi tecnico-scientifici, gli accadimenti storici, la nascita della riflessione bioetica e l'evoluzione degli strumenti giuridici a tutela dei diritti umani in ambito biomedico.

Nella riflessione sulle potenzialità del CDM come fonte di attuazione in concreto di principi costituzionali, tale nucleo rileva sia perché esprime il ruolo tradizionale della deontologia medica, così come si è consolidato in epoca moderna<sup>23</sup>, sia perché consente di individuare alcuni dei presupposti della disciplina deontologica la cui valorizzazione ha costituito la base per l'evoluzione più recente. Si tratta di principi comuni a molti codici deontologici europei e che già di per sé ne sottolineano l'importanza sul piano del biodiritto. Si pensi, ad esempio, alla centralità del paziente e al perseguimento del suo bene come scopo principale del medico, alla tutela della vita e della salute, all'indipendenza, autonomia e responsabilità del medico, al principio di eguaglianza, al rispetto della dignità umana, al dovere di astenersi dal recare offesa o danno, alla competenza e alla diligenza nell'esercizio della professione.

Ciò che in questa sede preme inoltre sottolineare è come, a partire dal secondo dopoguerra, la reazione della classe medica e della comunità internazionale ai rischi dell'uso di conoscenze mediche e sperimentazioni scientifiche in condotte contrarie ai diritti fondamentali – rese evidenti nel Terzo Reich, ma non sconosciute ad altre esperienze<sup>24</sup> – sia partita anche da una rinnovata riflessione sul ruolo e sui doveri del medico e, quindi, dalla valorizzazione di strumenti di natura deontologica.

Non a caso il primo compito della Associazione Medica Mondiale (di seguito WMA), costituita nel settembre 1947 a un mese dalla chiusura del processo ai medici nazisti e volta a prevenire il riaffiorare di condotte contrarie all'etica medica, è stata l'adozione nel 1948 della Dichiarazione di Ginevra<sup>25</sup>. Il testo mirava ad aggiornare il Giuramento di Ippocrate, le cui garanzie si erano rivelate non più sufficienti, ed è stato adottato dai codici deontologici di molti paesi<sup>26</sup>. Particolarmente rilevante, conside-

<sup>23</sup> Per un approfondimento sull'evoluzione del codice deontologia medica si veda P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in *La professione. Medicina scienza etica e società*, 2010. Cfr. inoltre M. BARNI (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999. Per un'analisi storico-filosofica della nascita della deontologia medica, si rimanda invece a S. PATUZZO, *Introduzione a Percival Thomas, (1803), Medical Ethics*, in S. PATUZZO (a cura di), *Etica Medica, ovvero un Codice di Istituzioni e Precetti adattati alla Condotta Professionale dei Medici e dei Chirurghi*, trad. it. 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*, 2, 2012, 33-39.

<sup>24</sup> Si pensi all'eugenetica positiva, alle pratiche di sterilizzazione avvenute negli USA anche dopo la Seconda guerra mondiale e agli studi sperimentali sulla sifilide condotti dagli anni '30 al 1972 a danno della popolazione di colore a Turkeseggee in Alabama. Cfr., ad esempio, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 11; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001.

<sup>25</sup> Il testo integrale, nell'ultima versione del 2018, è reperibile sul sito della WMA: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/> (ultimo accesso 6/12/19). L'accento è posto sulla salute e sul benessere del paziente, sul rispetto dell'autonomia e dignità del paziente, della vita umana, sul principio di non discriminazione, sul segreto professionale e sugli altri valori legati alla tradizione medica, alla qualità dell'esercizio professionale e ai rapporti con i colleghi.

<sup>26</sup> Ne sono un esempio i codici deontologici adottati in Germania, dove l'obbligatorietà del c.d. "Genfer Gelöbnis" (Giuramento di Ginevra) risultava particolarmente importante per ridare credibilità alla classe medica e per

rato il contesto, era il richiamo al rispetto delle leggi dell'umanità, che il medico deve rispettare, impegnandosi a non usare, nemmeno sotto minaccia, le proprie conoscenze per violarle. Nell'attuale versione il riferimento è al rispetto dei diritti umani e delle libertà civili. Il secondo compito della WMA è stato l'adozione, l'anno dopo, di un codice di etica medica, poi rivisto e aggiornato più volte. La struttura e i principi di tali testi mostrano *in nuce* i contorni e la rinnovata attenzione ai diritti della persona e all'indipendenza professionale, che la deontologia medica ha iniziato ad assumere, facendo proprio, almeno dal punto di vista simbolico, il ruolo di garanzia di tali diritti e principi, *in primis* quello del consenso, dai rischi cui la medicina aveva dimostrato di poterli porre.

Ancora prima della rivoluzione biomedica e della nascita della bioetica, la categoria professionale ha quindi cercato di inserire nei suoi strumenti di autoregolamentazione il riconoscimento dei diritti umani come guida e al tempo stesso limite dell'azione del medico.

Si trattava però ancora di una dimensione statica di tutela, di mere affermazioni di principio, ancorate alla prevalente prospettiva dei doveri del medico e quindi non tradotte in una disciplina del rapporto medico-paziente in grado di tutelare pienamente, e nella loro innegabile dimensione dinamica, i diritti e gli interessi della persona.

È invece a partire dagli anni '60 ma soprattutto dagli anni '90, con l'influenza dello sviluppo scientifico e tecnologico in medicina, da un lato, e del contestuale mutamento culturale e giuridico, dall'altro (quindi degli stessi elementi tradizionalmente posti dalla dottrina all'origine della bioetica<sup>27</sup>), che la riflessione deontologica, dopo una prima inerzia, ha iniziato la sua evoluzione più significativa. Tale percorso è stato poi ulteriormente incrementato dall'impatto che sulle versioni più recenti del CDM hanno avuto i principi giuridici elaborati a livello internazionale ed europeo in ambito biomedico<sup>28</sup>.

Alla luce delle nuove istanze e spazi di scelta derivanti dal cambiamento della funzione della medicina – da mera cura della malattia alla più generale missione di promozione e tutela della persona – , la deontologia è stata così chiamata a precisare e ampliare il suo ruolo di indirizzo e controllo della qualità dell'esercizio professionale, sia nella sua dimensione tecnico-scientifica sia in quella di promozio-

---

consentirle di ricostituirsi come categoria professionale in grado di divenire fonte autonoma di disciplina deontologica. In Italia, invece, è una moderna versione del Giuramento di Ippocrate e non la Dichiarazione della WMA ad essere allegata, dopo un periodo di assenza, al CDM. Anche in Francia, ad esempio, il CDM ha un'autonoma versione rivista del Giuramento di Ippocrate, alla quale però è stata recentemente affiancata anche la Dichiarazione di Ginevra della WMA. L'aggiornamento costante dei principi condensati nel Giuramento professionale sembra sottolineare come essi siano non solo espressione, ma anche guida dell'evoluzione della riflessione deontologica. Nell'esperienza italiana la loro importanza emerge anche dal fatto che prima dell'inserimento del Giuramento nel 1978, nel codice del 1958 la sezione, anteposta alle norme deontologiche e contenente affermazioni di carattere generale e di sintesi dei principi più rilevanti, poi confluite nel Giuramento, fosse definita “Fondamenti”. Cfr. P. BENCIO LINI, *op. cit.* Nell'attuale versione del CDM, il Giuramento è “parte costitutiva” del Codice (art. 1).

<sup>27</sup> Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 8 e SINGER-KUHSE, *What is Bioethics? A Historical Introduction*, in ID. *A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998, 3. Sui legami, ma anche sulle differenze tra riflessione bioetica e dimensione deontologia, si veda nuovamente P. BENCIO LINI, *op. cit.*

<sup>28</sup> Si pensi, ad esempio, per quanto riguarda il principio del consenso, al Capitolo II della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina adottata il 4 aprile 1997 nell'ambito del Consiglio d'Europa e all'art. 3 (rubricato «Diritto all'integrità della persona» e inserito nel capo dedicato alla «Dignità») della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza nel 2000, poi adattata nel 2007 a Strasburgo e avente, attualmente, lo stesso valore giuridico dei Trattati.

ne e tutela dell'autonomia decisionale (di medico e paziente) e della responsabilità professionale. La credibilità della professione richiedeva – e tuttora richiede – da un lato, un'evoluzione consapevolmente adeguata alla mutata percezione culturale e giuridica del rapporto terapeutico e, quindi, al superamento del tradizionale modello paternalistico e, dall'altro, una disciplina sufficientemente efficace rispetto alle inedite possibilità di violazione dei diritti fondamentali e dell'indipendenza della professione.

Sul piano dello sviluppo tecnico-scientifico (e dei relativi rischi, scelte e potenzialità), la reazione della categoria professionale italiana, similmente a quanto avvenuto in altri ordinamenti europei, è stata quella di prendere posizione integrando gli originari testi deontologici con un numero crescente di disposizioni specificatamente dedicate ad alcune delle questioni più sensibili e dibattute. Tra le tematiche con le quali la riflessione deontologica si è confrontata rientrano, ad esempio, l'interruzione volontaria di gravidanza e la fecondazione assistita, l'accanimento terapeutico, le direttive anticipate, il rifiuto consapevole di nutrirsi, gli interventi sul genoma, le indagini predittive, la sperimentazione, fino ai più recenti articoli in materia di medicina potenziativa ed estetica.

Sul piano del cambiamento culturale, professionale e giuridico, l'evoluzione del CDM ha portato a un incremento delle norme a tutela dei diritti della persona assistita, progressivamente costruite attorno alla valorizzazione dell'alleanza terapeutica. Proprio la scelta di dare centralità a tale alleanza è stata definita il «frutto più prezioso di intelligenze, di culture, di esperienze e sofferenze che hanno profondamente caratterizzato e talvolta condizionato i profili etici, civili e sociali di grandi questioni attinenti a diritti costituzionalmente protetti»<sup>29</sup>.

Attraverso queste due linee evolutive, che hanno consolidato e ampliato il richiamato nucleo essenziale di regole deontologiche, si sono così espresse alcune delle più significative forme di rilevanza del CDM in riferimento ai principi costituzionali.

### 3. Deontologia e Costituzione: sinergie e (possibile) attuazione in concreto dei principi costituzionali.

L'evoluzione fin qui brevemente delineata ha permesso al CDM di porsi, nella sua specifica dimensione normativa e vincolante per gli iscritti all'albo, come fonte di regolamentazione dell'attività medica con intrinseca rilevanza giuridica, indipendentemente dai rapporti formali con le altre fonti del diritto che intervengono sullo stesso ambito e che, come si vedrà, rimangono invece tuttora controversi.

I canali attraverso i quali tale attività può esprimersi mettendo "in moto" principi costituzionali sono principalmente due e possono articolarsi in almeno tre livelli normativi.

La deontologia può infatti disciplinare in maniera diretta un ambito della pratica medica o porsi come disciplina del caso concreto, impegnando il medico ad applicare una regolamentazione definita da altre fonti nel rispetto dei principi generali del CDM.

<sup>29</sup> A. BIANCO, *Per un nuovo professionalismo medico fondato sull'alleanza terapeutica*, in FNOMCEO (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del paese*, 2010, 8. In riferimento al codice del 2006, si veda, ad esempio, M. BARNI, *Un codice deontologico di chiara sostanza medico-legale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2007, 543, dove si parla di viraggio «(d)alla medicina difensiva all'autonomia responsabile»; cfr. inoltre A. FIORI, *Il compleanno di un codice di deontologia medica tra ippocratismo e modernità, tra arte medica e scienza medica*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2008, 381-389.

Il primo dei tre livelli normativi menzionati, quello più generale, attiene alla disciplina giuridica di un determinato settore. Così, ad esempio, le regole deontologiche possono definire alcuni elementi, consentendo o limitando determinate pratiche in assenza di una previsione legislativa oppure precisando procedure e regole essenziali per attuarle. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle direttive dell'ordine professionale tedesco sulla procreazione medicalmente assistita, allegata al codice deontologico, al divieto di suicidio assistito che nello stesso ordinamento ha definito i confini del concretamente lecito e praticabile prima dell'intervento legislativo, alla regolamentazione della procedura collegiale francese essenziale per interrompere i trattamenti di sostegno vitale nel caso di paziente incosciente, alle risposte in materia di fine vita nell'ordinamento italiano a fronte dell'iniziale inerzia del legislatore<sup>30</sup>.

Il secondo livello normativo attiene al rapporto tra le norme del CDM e le altre fonti, di regolamentazione del sapere scientifico (ad esempio linee guida e buone pratiche) o comunque di disciplina, che, nell'ambito del quadro giuridico generale di riferimento, specificano ulteriormente principi e regole dell'attività medica. In questo caso il ruolo della deontologia si esprime nell'interpretazione in concreto di tali strumenti e nel garantirne la valutazione e applicazione in aderenza alle specificità del caso concreto e alla tutela del bene del paziente.

Il livello che, infine, esprime un ambito di rilevanza propria e ineludibile della deontologia è quello dei principi che regolano l'alleanza terapeutica e, quindi, l'incontro tra le due autonomie e responsabilità (del paziente e del medico), nel quale vengono concretamente attuati i principi e gli strumenti predisposti, a livello generale, per la tutela dei diritti fondamentali.

In tutti questi livelli, dall'analisi comparata emerge come la deontologia possa integrare la disciplina giuridica – per rinvio espresso del legislatore o per un assetto predefinito dei reciproci rapporti tra le due dimensioni – oppure anticiparne la regolamentazione in caso di vuoti legislativi oppure, ancora, porsi in contrasto con la stessa.

Con riferimento alle antinomie è importante fin da subito sottolineare che nei conflitti con il diritto la deontologia può porsi, a seconda dei casi, come fonte che valorizza i diritti e le libertà o come fonte che invece ne restringe potenzialmente la tutela. In ogni ordinamento i rapporti tra diritto e deontologia sfuggono infatti a modelli predeterminati valevoli per ogni ambito di riferimento.

In questa sede ci si concentrerà prevalentemente sulle sintonie tra deontologie e principi costituzionali, per poi esprimere alcuni rilievi critici su profili di potenziale contrasto.

### 3.1. Sintonie tra deontologia e principi costituzionali nella tutela dei diritti fondamentali in ambito medico

Provando a sintetizzare gli ambiti nei quali la riflessione deontologica italiana si è posta in sintonia con i principi costituzionali, le norme più rilevanti possono essere ricostruite attorno ad alcuni diritti e principi che tradizionalmente caratterizzano lo stato di derivazione liberale nella disciplina delle questioni mediche e, in particolare, i principi personalista, pluralista, di eguaglianza, il diritto alla salute nella sua accezione più ampia e nella dimensione sia individuale sia collettiva, l'autodeterminazione della persona.

<sup>30</sup> Per un approfondimento in prospettiva comparata cfr. *supra* nota n. 15.

Gli articoli del CDM che espressamente richiamano i diritti fondamentali sono già stati menzionati e, in particolare, l'art. 3 dal quale emerge la centralità, senza discriminazione alcuna, della persona intesa nel suo complesso, quindi non solo nella tutela della sua vita e salute psico-fisica, ma anche nel rispetto della sua dignità, libertà e nel trattamento del dolore e sollievo delle sofferenze<sup>31</sup>. Da questo punto di vista merita di essere sottolineata anche la versione in vigore fino al 2014 dell'articolo 20, dove era espressamente previsto che «(i)l medico deve improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona». L'inserimento di questo articolo risale al codice del 1995 (l'allora art. 17), che aveva anche modificato in «valori etici fondamentali» l'originaria formulazione dell'art. 4 riferita alla sola coscienza del medico. Nel CDM del 2014 la norma è stata sostituita da un'apprezzabile disciplina della relazione di cura, che è evidentemente preordinata al rispetto dei diritti della persona nell'esercizio dell'attività medica. Ciò nonostante, non pare convincente, almeno dal punto di vista simbolico, la scelta di eliminare completamente in fase di riforma del CDM un richiamo così esplicito al rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Sui principi più strettamente legati all'autodeterminazione e al consenso si tornerà nel prossimo paragrafo. In riferimento al diritto alla salute è interessante invece sottolineare l'evoluzione nel CDM del richiamo al concetto di "salute" (art. 3), in sintonia non solo con l'accezione consolidata dalla giurisprudenza e dottrina costituzionale italiana, ma anche con quanto elaborato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. Il primo codice deontologico a precisare espressamente il concetto di salute è stato quello del 1995, che però lo limitava all'"accezione biologica". A dimostrazione della mutata percezione della salute, la categoria professionale ha scelto di eliminare tale riferimento nel codice del 1998, facendo progressivamente propria un'accezione più ampia del concetto di salute, che unisce i risvolti di natura psicologica a quelli legati alla dimensione meramente biologica. A partire da questa versione del CDM è stato inoltre inserito il titolo "Tutela della salute collettiva", con il quale si chiudeva il codice del 2006 e che è tuttora presente in quello del 2014, il quale però anticipa il riferimento alla dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute già nel suo primo articolo<sup>32</sup> e nel citato articolo 3<sup>33</sup>. La versione del 2006<sup>34</sup>, in vigore fino a maggio 2014, precisava anche espressamente i contenuti del diritto alla salute, sottolineando che «la salute è intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona». Probabilmente il fatto che ormai tale ampia accezione possa essere sottintesa ha portato ad escludere la precisazione nell'attuale CDM.

Il principio di non discriminazione è ripreso in diversi articoli del CDM. In particolare, l'art. 6, nell'imporre al medico l'ulteriore compito di perseguire l'uso ottimale delle risorse pubbliche e priva-

<sup>31</sup> La tutela di tali principi è ripresa in altre norme del codice, come ad esempio quelle sul fine vita su cui si tornerà *infra* e quelle in materia di ricerca biomedica e sperimentazione che coinvolga l'essere umano, che devono ispirarsi «al principio di salvaguardia della vita, dell'integrità psico-fisica e nel rispetto della dignità della persona» (art. 48). Nelle precedenti versioni del CDM, l'art. 4, nell'imporre al medico di attenersi nell'esercizio della professione «alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici della professione» sottolineava ulteriormente il dovere di assumere «come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona».

<sup>32</sup> CDM, art.1, co. 2

<sup>33</sup> CDM, art. 3, co. 2.

<sup>34</sup> Per un'analisi del codice del 2006 si rinvia nuovamente a M. BARNI, *Un codice deontologico di chiara sostanza medico-legale*, cit.

te precisa che ciò debba avvenire «salvaguardando l'efficacia, la sicurezza, e l'umanizzazione dei servizi sanitari contrastando ogni forma di discriminazione nell'accesso alle cure». Dal punto di vista delle scelte lessicali, oltre all'apprezzabile passaggio dai termini “malato” e “paziente” all'uso più frequente del concetto di “persona”, già avviato nel 2006, l'attuale versione del CDM ha eliminato ogni riferimento al concetto di “cittadino”. Emerge quindi anche in questa prospettiva una scelta più adatta alla vocazione della medicina di tutelare i diritti di tutte le persone indipendentemente dal loro *status*, in sintonia con il pluralismo tipico delle società moderne e con la lettura più avanzata delle tutele dei diritti fondamentali previste a livello costituzionale<sup>35</sup>.

Tra le principali novità inserite nel 2006, e ulteriormente precisate nel 2014, rientra anche la tutela dell'ambiente nel quale la persona vive e lavora. Nell'attuale codice sono stati aggiunti i livelli di istruzione e di equità sociale che il medico è tenuto a considerare «quali determinanti fondamentali della salute individuale e collettiva». A dimostrazione del richiamato ruolo del CDM nell'imporre doveri ulteriori in attuazione, nel concreto e nella loro dimensione dinamica, di valori di primaria importanza per l'ordinamento giuridico, la norma (art. 5) non si limita a prevedere la mera considerazione di questi fattori, ma anche l'ulteriore compito del medico di collaborare «all'attuazione di idonee politiche educative, di prevenzione, e di contrasto alle disuguaglianze alla salute [e di promuovere] l'adozione di stili di vita salubri, informando sui principali fattori di rischio»<sup>36</sup>.

Dal 2006 sono stati inseriti i riferimenti all'efficacia (e dal 2014 anche all'appropriatezza) delle cure e all'uso appropriato delle risorse, divenuto “uso ottimale” nel nuovo codice<sup>37</sup>. L'art. 14 fa inoltre riferimento alla sicurezza del paziente<sup>38</sup>, che, a dimostrazione della capacità del CDM di individuare profili essenziali di tutela, il legislatore ha poi definito nel 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco) «parte costitutiva del diritto alla salute [...] perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività»<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Da questo punto di vista, da un lato, la precedente versione del CDM imponeva, in maniera ancora più esplicita, al medico di attivarsi «al fine di garantire a tutti i cittadini stesse opportunità di accesso, disponibilità, utilizzazione e qualità delle cure», collaborando alla «eliminazione di ogni forma di discriminazione in campo sanitario»; dall'altro, la permanenza del termine “cittadino” (introdotto nel 1998) in molte norme rappresentava un limite sul quale correttamente è intervenuta la riforma del 2014.

<sup>36</sup> Inoltre «Il medico, sulla base delle conoscenze disponibili, si adopera per una pertinente comunicazione sull'esposizione e sulla vulnerabilità a fattori di rischio ambientale e favorisce un utilizzo appropriato delle risorse naturali, per un ecosistema equilibrato e vivibile anche dalle future generazioni».

<sup>37</sup> Articolo 6 (Qualità professionale e gestionale): «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. Il medico, in ogni ambito operativo, persegue l'uso ottimale delle risorse pubbliche e private [...]».

<sup>38</sup> Art. 14 (Prevenzione e gestione di eventi avversi e sicurezza delle cure): «Il medico opera al fine di garantire le più idonee condizioni di sicurezza del paziente e degli operatori coinvolti, promuovendo a tale scopo l'adeguamento dell'organizzazione delle attività e dei comportamenti professionali e contribuendo alla prevenzione e alla gestione del rischio clinico [...]».

<sup>39</sup> Art. 1, legge n. 24 del 2017 materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie.

### 3.2. Diritto all'autodeterminazione e strumenti di tutela della scelta libera e consapevole

Uno dei principali ambiti nei quali la deontologia ha svolto, e può continuare a svolgere, una funzione di “motore” di principi costituzionali è quello legato alla concretezza e ampiezza del diritto all'autodeterminazione e del principio del consenso informato.

Per contestualizzare il possibile ruolo del CDM rispetto a questi principi, ampiamente ricostruiti in sede giurisprudenziale ancora prima di trovare espressa disciplina legislativa nella legge n. 219/17, è utile richiamare nuovamente quanto precisato dalla Corte costituzionale.

Come sottolineato nella sentenza n. 438 del 2008, diritti fondamentali di ogni persona sono, infatti, quello di essere curata, ma anche quello di «ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»<sup>40</sup>. Il consenso informato, che «deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute» e trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, svolge quindi una funzione di sintesi dei due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute<sup>41</sup>.

Rispetto a tale ricostruzione e considerato il quadro giuridico di riferimento, che definisce l'ampiezza e i limiti della libera scelta individuale, il ruolo del CDM si esprime sia nella determinazione degli strumenti<sup>42</sup> posti a presidio di tali scelte, sia nella loro concreta attuazione nell'alleanza terapeutica.

Questi ruoli e, più in generale, le reciproche influenze tra la dimensione del diritto e *dei* diritti, quella tecnico-professionale e quella deontologica assumono rilevanza particolare nelle scelte di fine vita, dove si intersecano in maniera estremamente delicata le complessità del pluralismo valoriale legato tanto alla scelta morale del paziente quanto al ruolo del medico.

Proprio in tale ambito il ruolo del CDM come “motore” dei menzionati diritti e principi è emerso nella sua portata più concreta. Nella protratta inerzia del legislatore, il CDM ha infatti rappresentato a lungo l'unica risposta normativa a molte questioni del fine vita, svolgendo una funzione di guida, nel concreto della pratica medica, in sintonia con i principi elaborati dalla giurisprudenza e fondati sulla Costituzione.

<sup>40</sup> Corte cost., sentenza n. 438/2008, p.to 4 del Considerato in diritto.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Si pensi, per rimanere a quanto espressamente previsto dalla legge n. 219/17, al consenso informato, alla relazione di fiducia e alla comunicazione medico-paziente, al diritto e dovere di informazione, alla terapia del dolore e alla sedazione palliativa profonda continua, alle direttive anticipate e alla pianificazione condivisa delle cure. Ancora prima dell'entrata in vigore di tale disciplina, il ruolo del CDM nel dare contenuto a tali strumenti era stato sottolineato dalla giurisprudenza. Così, ad esempio, è stato richiamato il ruolo della deontologia medica nel chiarire «la portata del “circuito informativo” che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso» (Corte di Cass., sez. un., sentenza n. 2437/2009). Non è questa la sede per approfondire le tematiche, le novità e i nodi critici della legge n. 219/17, sui quali la letteratura giuridica è molto ampia. A titolo meramente esemplificativo, per approfondimenti in prospettiva interdisciplinare sugli strumenti menzionati, si rimanda ai contributi pubblicati nel *Forum: la legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di bioDiritto*, 1, 2018.

Molti dei principi attualmente esplicitati nella legge n. 219/17 erano così già stati anticipati in dettagliate norme del CDM. Si pensi, ad esempio, alla relazione di cura «costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità», 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); alle norme sul consenso e sul dissenso informati (art. 35); al valore della volontà anticipatamente espressa (art. 38); al rifiuto consapevole di alimentarsi (art. 53); alla definizione della qualità e dell'ampio contenuto dell'informazione (art. 33); alla norma che vieta le procedure diagnostiche e gli interventi terapeutici «clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati» (art. 16); 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).

Un'analisi particolare merita, in tale contesto, l'evoluzione delle norme del CDM sul consenso informato, poiché mostra la crescente e progressiva attuazione, attraverso la formulazione delle norme deontologiche, dei richiamati diritti fondamentali di cui il consenso esprime la sintesi.

Mentre il codice del 1978 prevedeva semplicemente che il medico non dovesse intraprendere «alcun atto medico che comporti un rischio per il paziente senza il consenso valido del malato» (art. 29), la versione del 1989 ha iniziato ad ampliare la tutela, non limitandosi a imporre un «consenso valido», ma prevedendo anche come questo consenso dovesse essere: consapevole ed esplicito. La norma stabiliva, inoltre, che «in ogni caso, in presenza di esplicito rifiuto il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e curativo, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà del paziente». La previsione rimaneva tuttavia ancorata all'ipotesi di eventuale rischio per il paziente<sup>43</sup>. Il codice del 1995 ha poi introdotto il principio della necessaria informazione, mentre la centralità della figura del paziente e del dovere del medico di fornirgli adeguata informazione ha trovato espressione nel codice del 1998. Ai sensi dell'art. 30, il medico doveva infatti «fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate». La disciplina dell'informazione è così divenuta progressivamente più analitica, anche attraverso la previsione del dovere del medico di informare il paziente tenendo conto delle sue capacità di comprensione «al fine di promuoverne la massima *adesione* alle proposte diagnostico-terapeutiche» e il principio in base al quale «ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta». Il codice del 2006, pur contenendo una disciplina molto simile, aveva ulteriormente sottolineato l'accento sull'alleanza terapeutica e sul diritto all'autodeterminazione. Il fine dell'informazione, infatti, non era più solo l'adesione del paziente alle proposte diagnostico-terapeutiche, ma anche la promozione della sua «massima *partecipazione* alle scelte decisionali»<sup>44</sup>.

Il CDM aveva inoltre preso posizione sul rischio che il consenso e il rapporto terapeutico si trasformassero in un insieme di meri adempimenti burocratici. Nel 2006 era stato infatti precisato che «il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità del-

<sup>43</sup> L'art. 40 prevedeva infatti che il consenso dovesse essere «consapevole ed esplicito allorché l'atto medico comporti rischio o permanente diminuzione dell'integrità fisica».

<sup>44</sup> Art. 33 (corsivi aggiunti).

le prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sull'integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo» (art. 35). Il codice del 2014, pur non avendo mantenuto tale inciso né l'esplicito riferimento alla massima partecipazione del paziente alle scelte decisionali, equipara, come già sottolineato, il tempo dedicato all'informazione e il tempo dedicato alla cura<sup>45</sup> e permette, attraverso la nuova formulazione dell'art. 20 unitamente all'ampliamento dei contenuti dell'informazione (art. 33), di mantenere la centralità dell'alleanza di cura anche nell'attuale versione.

### 3.3. Indipendenza, autonomia e responsabilità del medico nel rapporto tra diritto e scienza

Del ruolo, all'incrocio di principi e diritti fondamentali dell'attività medica, dell'autonomia e responsabilità del medico nel compiere scelte fondate sulle accreditate conoscenze scientifiche si è già detto. Il rapporto tra diritto e sapere tecnico-scientifico solleva però ulteriori, e più specifici, profili nei quali il ruolo della deontologia è richiamato a tutela, sul piano concreto, di principi costituzionali. Da questo punto di vista vanno considerati gli orientamenti della Corte costituzionale sulle valutazioni della discrezionalità legislativa in rapporto alle acquisizioni scientifiche e sperimentali<sup>46</sup>, ma anche l'uso che, in materia di responsabilità medica, legislatore e corti fanno delle fonti di codificazione del sapere tecnico-scientifico nell'accertamento e valutazione della colpa professionale<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Questa norma è stata ripresa letteralmente dal legislatore nella legge n. 219/17, il cui art. 1, co. 8 stabilisce che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

<sup>46</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla citata sentenza n. 282 del 2002, alla sentenza n. 338 del 2003 e alle sentenze n. 151 del 2009 e n. 162 del 2014 in materia di PMA. La letteratura giuridica sulla giurisprudenza costituzionale in materia di valutazioni tecnico-scientifiche è molto vasta. Per un'articolata trattazione, da molteplici punti di vista, della possibilità di enucleare uno "statuto costituzionale della legge a contenuto tecnico-scientifico" si veda, ad esempio, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 143 ss; ID., *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 3, 2019, 143-158. Sui limiti che le acquisizioni scientifiche e sperimentali pongono alla discrezionalità legislativa, cfr. inoltre, tra gli altri, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016; 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; ID., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015; 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. Più in generale, sui rapporti tra medicina e giurisprudenza, si veda, ad esempio, L. CHIEFFI (a cura di), *La Medicina nei Tribunali*, Bari, 2016.

<sup>47</sup> Si pensi, ad esempio, alle complesse – e tuttora controverse – questioni legate al ruolo delle linee guida e all'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di responsabilità dei professionisti sanitari, ampiamente affrontate dalla dottrina, non solo penalistica. Si vedano, tra i molti, A. VALLINI, *Codifier l'incodifiable: la legge "generale e astratta" e l'irriducibile singolarità dell'atto medico. Dai dilemmi di Critobulo al Sistema nazionale linee guida*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2019, 183-206; A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *BioLaw Journal – Rivista di biodiritto*, 1, 2019, 207-235; 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, G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle re-*

Sul piano del CDM, lo «stretto ancoraggio a standard di professionalità elevati, da commisurare sulle evidenze scientifiche disponibili» risulta innanzitutto essere la modalità indicata ai medici dalla deontologia per «sventare la lesione del bene protetto»<sup>48</sup>, come emerge, ad esempio, dall’art. 13.

È inoltre importante sottolineare come, nel rapporto tra diritto e scienza, il CDM assuma rilevanza sia nella sua natura di fonte tecnico-professionale sia – e più nello specifico – per la sua funzione di indirizzo, garanzia, tutela e controllo del ruolo riconosciuto all’autonomia e responsabilità del medico nelle scelte fondate su acquisizioni tecnico-scientifico, che la giurisprudenza costituzionale considera come punti di riferimento nella valutazione della legittimità della disciplina legislativa.

Com’è noto, il mancato riconoscimento al medico, da parte del legislatore, della «possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento»<sup>49</sup> o la considerazione che disposizioni di legge «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”»<sup>50</sup> diventano argomentazioni a fondamento, rispettivamente, dell’illegittimità o legittimità delle scelte legislative.

Ad ulteriore dimostrazione del ruolo del CDM a tutela dei diritti del paziente, anche in riferimento alle regole sull’appropriatezza prescrittiva, la Corte costituzionale ha ricordato che in base al “carattere personalistico” delle cure sanitarie è necessario non 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». I giudici costituzionali hanno così considerato legittime le disposizioni impugnate, precisando, in particolare, 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»<sup>51</sup>.

---

*sponsabilità 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 *Cassazione penale*, 2017, 1765 ss. Per un raffronto con la deontologia medica cfr. R. C. ROSSI, *I risvolti deontologici della Legge Gelli*, in F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017. Sulle questioni sollevate dalle norme a contenuto tecnico scientifico e sulla relativa varietà di fonti e formanti, cfr., ad esempio, A. IANNUZZI, *op. cit.*

<sup>48</sup> M. CAPUTO, *op. cit.*, 145 ss., cui si rinvia anche per la natura cautelare dell’art. 13 CDM e il relativo ruolo nel definire “l’agente modello” in ambito penale.

<sup>49</sup> Il riferimento è alla sentenza n.151 del 2009 (p.to 6.1 del Considerato in diritto) con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 14, commi 2 e 3, della legge 40/2004, in riferimento al limite numerico di embrioni e all’obbligo di contestuale impianto, rimarcando così, quello che è stato definito 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*, cit., 30).

<sup>50</sup> Corte cost., sent. n. 169 del 2017, p.to 8 del Considerato in diritto, con la quale la Corte ha precisato alcuni principi della 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. 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.

<sup>51</sup> *Ibid.*

Anche in materia di linee guida, il legislatore, similmente agli orientamenti giurisprudenziali, ha ribadito come il medico debba attenersi alle «buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida» facendo però, appunto, «salve le specificità del caso concreto»<sup>52</sup>.

È in sintonia con tali ricostruzioni che può quindi essere letta la scelta della categoria professionale di ampliare le norme del CDM che, in più ambiti, tutelano e disciplinano l'indipendenza, autonomia e responsabilità del medico e di prendere posizione sul complesso e controverso ruolo delle forme codificate del sapere tecnico-scientifico. Nel 2014 sono stati infatti inseriti nell'art. 13 due paragrafi specificamente dedicati a linee guida, protocolli e percorsi.

In particolare, il CDM, da un lato, riconosce il ruolo di tali strumenti rimarcando, come anticipato, la rilevanza delle “evidenze scientifiche” (non più definite come “acquisizioni scientifiche” e sulle quali la prescrizione deve “fondarsi” e non più solo “ispirarsi”) e, dall'altro, rafforza gli spazi di autonomia, indipendenza e responsabilità del medico nella loro valutazione e applicazione<sup>53</sup>.

Il CDM mette così in “moto” i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione in concreto degli strumenti di codificazione del sapere scientifico, colmando – sia nella pratica quotidiana del professionista sia nelle valutazioni del giudice – lo spazio lasciato inevitabilmente libero per la valutazione della loro applicabilità, tollerabilità ed efficacia alla specificità del singolo caso, a tutela del bene del paziente.

La potenzialità della deontologia di definire nel concreto il contenuto della disciplina giuridica è posto a fondamento anche del ruolo riconosciuto alle norme del CDM nelle valutazioni giurisprudenziali della condotta del professionista, in particolare come parametri di valutazione della colpa civile e penale. Su considerazioni legate alla richiamata specificità delle norme deontologiche, alla loro rilevanza esterna e alla maggiore vincolatività che le caratterizza rispetto ad altre regole elaborate da organismi tecnico-scientifici, si basa inoltre la possibilità, sostenuta da parte della dottrina, di riconoscere natura cautelare ad alcune norme del CDM e, quindi, la loro possibile rilevanza come “discipline” ex art. 43 c.p., la cui violazione è fonte di colpa penale specifica<sup>54</sup>.

Sul piano dei principi costituzionali in ambito penale, può essere quindi interessante richiamare il ruolo tipizzante del CDM evidenziato da alcuni autori. Da tale ruolo il principio di determinatezza riceverebbe, infatti, una «mediazione interpretativa importante a favore di una regola cautelare da

<sup>52</sup> Art. 5 legge 24/2017.

<sup>53</sup> In riferimento alle linee guida diagnostico-terapeutiche, il CDM precisa infatti che il medico «tiene conto» di quelle «accreditate da fonti autorevoli e indipendenti quali raccomandazioni» e «ne valuta l'applicabilità al caso specifico» (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. La natura stessa di “raccomandazioni” e soprattutto la scelta della formula “tenerne conto” sottolineano quindi 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. Rispetto ai protocolli diagnostico-terapeutici o ai percorsi clinico-assistenziali, il CDM precisa che la loro adozione «impegna la diretta responsabilità del medico nella verifica della tollerabilità ed efficacia sui soggetti coinvolti».

<sup>54</sup> C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi. Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2013, 4, 51-71, 57 ss. e ID., *La responsabilità sanitaria civile e penale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco*, cit., 56 ss e 63. Sulla natura cautelare di alcune norme del CDM, cfr. nuovamente anche F. ANGIONI, *op. cit.*, 279; M. CAPUTO, *op. cit.*, 144 ss. e G. LADECOLA, *op. cit.*, 555.

concretizzare sulla falsariga dell’agente modello»<sup>55</sup>. L’interazione delle norme deontologiche cui può essere riconosciuta natura cautelare con il diritto penale finirebbe così «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»<sup>56</sup>.

### 3.4. Deontologia e pluralismo: la clausola di coscienza

Le richiamate norme deontologiche a tutela dell’autodeterminazione individuale sono fondamentali per garantire la pluralità di posizioni, scelte valoriali e convinzioni morali che ogni persona esprime nelle decisioni sulla propria salute e sulla propria vita, in attuazione, quindi, della delicata interazione tra i principi personalista e pluralista che caratterizzano lo stato costituzionale di diritto.

In tale prospettiva, il CDM contiene però anche una norma espressamente dedicata alla tutela dell’autonomia non solo professionale ma anche personale del medico. Si tratta, in particolare, della c.d. clausola di coscienza, quindi del diritto del medico di rifiutare la propria opera professionale quando gli vengano richieste prestazioni «in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici». Il CDM tutela pertanto l’autonomia del medico in riferimento non solo ai suoi convincimenti professionali, ma anche a possibili conflitti con le proprie convinzioni morali.

Non è questa la sede per analizzare i dibattiti sollevati dal richiamo alla deontologia e, quindi, anche alla clausola di coscienza dalla legge n. 219/17, che pur sottolineano la complessità del bilanciamento tra i diversi diritti e interessi in gioco<sup>57</sup>. Basti qui ricordare, da un lato, che la clausola di coscienza è istituito diverso dall’obiezione di coscienza legislativamente prevista e, dall’altro, che i limiti che essa pone alle richieste del paziente devono rispettare i limiti posti dall’ordinamento generale<sup>58</sup>.

Ciò che preme invece sottolineare è come l’inserimento nel CDM della clausola di coscienza, se opportunamente bilanciata con la tutela del paziente e con l’impatto che può avere sugli altri professionisti<sup>59</sup>, sia uno strumento fondamentale a tutela del pluralismo valoriale che caratterizza la categoria e, più in generale, l’ambito medico. La clausola, in particolare, protegge la scelta del medico, ri-

<sup>55</sup> M. CAPUTO, *op. cit.*, 147.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> A titolo esemplificativo, per approfondimenti in prospettiva interdisciplinare, si vedano i contributi pubblicati nel citato *Forum: la legge n. 219 del 2017* e, in particolare, le diverse posizioni espresse da G. GRISTINA e D. PARIS. Su tali profili si veda inoltre, tra gli altri, L. D’AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L’opportunità e i limiti dell’intervento del diritto*, Torino, 2018, 146 ss.

<sup>58</sup> 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, 137 ss; C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell’orizzonte del diritto*, 70 e ss. e L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, 182 ss., entrambi in E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, L. LENTI (a cura di), *Trattato di biodiritto, vol: I diritti in medicina*, Milano, 2011; C. BENHIDA, C. GAUDILLÈRE, A.-L. POURQUIER, Y. ABADOU, E. COUTAREL, *La clause de conscience*, in *Droit Déontologie & Soins*, 11, 2011, 164-166.

<sup>59</sup> Per un’analisi critica nella prospettiva dell’applicazione pratica della clausola di coscienza, si veda, ad esempio, W. CHAVKINA, L. LEITMAN, K. POLIN, *Conscientious objection and refusal to provide reproductive healthcare: A White Paper examining prevalence, health consequences, and policy responses*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 123, 2013, 41-56.

conosciuta in termini sia di “scienza” sia di “coscienza”, quindi come scelta che, similmente a quanto avviene per molte norme del CDM, deve essere sia clinicamente sia eticamente fondata e accettata<sup>60</sup>. Il bilanciamento con i diritti del paziente emerge, almeno sul piano della lettera dell’articolo 22 e nonostante le difficoltà che possono sorgere sul piano attuativo, dai limiti che il diritto di rifiutare la prestazione incontra nel «grave e immediato nocumento per la salute della persona» e nel dovere di fornirle «ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione».

L’ampiezza e le condizioni per la concreta rilevanza, a fondamento di un rifiuto deontologicamente legittimo, dei concetti di “coscienza” e di “convincimenti tecnico-scientifici” dipendono però inevitabilmente dall’applicazione e interpretazione fornita dalla categoria professionale, in un coordinamento con altre fonti del diritto e interessi costituzionalmente rilevanti spesso difficile da ricostruire.

#### 4. Profili di criticità e occasioni mancate

Nonostante siano molte le potenzialità del CDM nel tutelare e promuovere, nella pratica medica, i principi costituzionali, significative sono ancora le incoerenze e gli ambiti nei quali la deontologia non riesce a porsi in sintonia con tali principi.

Tanto per i punti di forza quanto per le debolezze del modello italiano di deontologia, le ragioni del ruolo in concreto del CDM sono dovute all’intreccio di molteplici fattori, alcuni dei quali legati alle specificità dell’ambito da disciplinare, altri alla sensibilità o inerzia della categoria professionale, altri ancora alla definizione o mancata definizione dell’autonomia regolamentare e disciplinare delle istituzioni ordinistiche e dei rapporti tra le dimensioni deontologico-professionale e giuridico-statale. Provando a sintetizzare alcuni profili rilevanti sul piano dei contenuti del CDM, si possono individuare almeno tre ordini di rilievi critici.

Il primo attiene alla prospettiva della riforma del CDM e, in particolare, alla sua più recente versione del 2014<sup>61</sup>. Le modifiche delle regole deontologiche, benché influenzate da eventi esterni alla professione, tra i quali l’evoluzione, o mancata evoluzione, della normativa giuridica in un determinato ambito di disciplina, sono infatti espressione delle scelte interne alla categoria, che riguardano non solo i contenuti dei singoli articoli, ma lo stesso ruolo che la deontologia e la professione intendono assumere rispetto al diritto e alle nuove sfide in ambito medico.

Nonostante apprezzabili novità, dalla lettura del codice sembrano emergere alcune occasioni mancate, se non addirittura potenziali passi indietro, che riguardano sia risposte che il CDM dovrebbe invece dare nel guidare l’esercizio professionale e nel definire il ruolo del medico nella società, sia la concreta promozione dell’autonomia della persona.

Un esempio è rappresentato dall’art. 38 in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento. L’ambito è attualmente disciplinato dalla legge e, come detto, è stato certamente fondamentale l’intervento del CDM che già dal 2006, nel silenzio del legislatore, aveva stabilito il dovere del medico di “tenere conto” delle volontà anticipatamente espresse dalla persona. Tuttavia, la modifica intro-

<sup>60</sup> Si pensi, ad esempio, all’art. 16 CDM.

<sup>61</sup> Un’analisi interdisciplinare dei profili apprezzabili e di quelli problematici della riforma è contenuta nel *Forum: Il Nuovo Codice di Deontologia Medica* e nella relativa *Introduzione*, in *BioLaw Journal – Rivista di bio diritto*, 2, 2015, 7-59, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

dotta nel 2014 sembra contraddire la tradizionale flessibilità che conferisce alla deontologia potenzialità ulteriori rispetto ad altre fonti giuridiche. La sostituzione del riferimento a quanto espresso «in modo certo e documentato» con quanto espresso «in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successiva a un’informazione medica di cui resta traccia documentale» rivela, infatti, una scelta di maggiore rigidità e, quindi, di limite rispetto alla più ampia tutela possibile dell’espressione dell’autonomia decisionale della persona<sup>62</sup>.

Anche rispetto ai minori, i riferimenti inseriti negli articoli 33 e 35 – che impongono al medico di «garantire al minore elementi di informazione utili» per permettergli di comprendere le sue condizioni di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici proposti «al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale», e di «tenere in adeguata considerazione» le sue opinioni «in tutti i processi decisionali che lo riguardano» – non sembrano compensare la più ampia tutela venuta meno nella nuova formulazione dell’art. 38. Nella precedente versione non era infatti previsto solo il dovere di «coinvolgere» il minore, ma anche quello di «tenere conto della sua volontà». Era inoltre definito l’obbligo del medico di dare adeguate informazioni al minore «compatibilmente con l’età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto»<sup>63</sup>.

Le richiamate scelte di eliminare precisazioni rilevanti, come ad esempio quelle relative al concetto di “salute”, alla finalità dell’informazione, alla tutela dei diritti fondamentali, benché bilanciate da altre previsioni, non hanno forse colto pienamente l’occasione che la riforma offriva di incrementare ulteriormente delle garanzie, nel solco dell’evoluzione iniziata a partire dagli anni ’90.

Più in generale, occorre sottolineare le scelte di limitare il contenuto di alcune norme deontologiche al richiamo del “rispetto dell’ordinamento”. Ne è un esempio l’articolo 44 sulla procreazione medicalmente assistita, che prevedeva la disciplina di un numero maggiore di principi, limiti e doveri rispetto a quelli ricavabili dall’attuale formulazione. Un’eccessiva “giuridicizzazione” della deontologia, sia nei termini utilizzati sia nel rischio di “appiattimento” alla norma giuridica, porta con sé una, almeno implicita, rinuncia della categoria professionale di porsi in dialogo con il diritto, razionalizzando la propria riflessione deontologica in doveri e principi ulteriori che, come visto, possono invece offrire un’attivazione e integrazione nel concreto della tutela di principi costituzionali.

Il secondo ordine di rilievi critici riguarda il procedimento disciplinare.

Contrariamente alle evoluzioni sul piano sostanziale della rilevanza dei contenuti del CDM, la normativa riguardante lo strumento chiamato a garantirne l’effettività è rimasta, infatti, ancorata al modello definito negli anni ’50. Le lacune più significative riguardano le garanzie per il medico incolpato. Benché la “legge Lorenzin” abbia precisato, per la prima volta e solo nel 2018, alcuni criteri per la graduazione delle sanzioni disciplinari<sup>64</sup>, la regolamentazione risulta lontana da una compiuta attuazione dei principi costituzionali. Rilevano, in particolare, la mancanza di regole precise con riferimento alla motivazione delle decisioni di primo grado e al relativo deposito, alla trasparenza del procedimento disciplinare, alla chiarezza riguardo all’interpretazione e alla rilevanza che le commissioni disciplinari potrebbero conferire a determinate norme del CDM, quindi all’ampiezza e alla portata concreta dei doveri deontologici, nonché la conoscibilità stessa delle decisioni disciplinari all’esterno

<sup>62</sup> Sull’art. 38 si vedano, ad esempio, i contributi di F. GIARDINA e di D. MAZZON e A. GIANNINI nel citato *Forum*.

<sup>63</sup> Cfr., ad esempio, F. GIARDINA nel medesimo *Forum*.

<sup>64</sup> Legge n. 3/2018, art. 4.3. lett. I).

dell'ordine di riferimento. Profili di illegittimità sono inoltre legati alla mancanza di pubblicità delle udienze disciplinari, contrariamente a quanto previsto sul piano costituzionale, alle scelte adottate da altri ordinamenti europei<sup>65</sup> e dalle decisioni in materia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>66</sup>. Il terzo rilievo critico attiene invece alla tutela del pluralismo interno alla categoria professionale. Va innanzitutto sottolineato come, nonostante la rilevanza "esterna" del CDM, le norme deontologiche siano espressione della riflessione di un'unica categoria professionale e trovino quindi nel principio democratico un limite sia sostanziale sia formale. Almeno sul piano interno, risulta pertanto fondamentale che l'elaborazione del CDM riesca a coinvolgere concretamente tutti gli iscritti, secondo metodi democratici in grado di garantire un'ampia adesione<sup>67</sup>, tutelando al tempo stesso le minoranze. È inoltre auspicabile che i processi di riforma del CDM riescano a prevedere forme di confronto interdisciplinare, che coinvolgano esponenti della comunità sociale e di altre figure professionali rilevanti negli ambiti disciplinati dal codice. Su entrambi questi profili il modello italiano risulta invece ancora carente.

Le difficoltà nel garantire in maniera ragionevolmente adeguata il pluralismo valoriale interno alla categoria professionale possono emergere però anche – e con conseguenze potenzialmente più rilevanti – dagli stessi contenuti delle norme deontologiche e dalla loro attuazione.

Né è un esempio il dibattito sul suicidio medicalmente assistito alla luce dell'apertura della Corte costituzionale alla non punibilità, a determinate condizioni, di tale assistenza.

Benché dopo il riconoscimento della tutela della coscienza del medico nella sentenza della Corte costituzionale<sup>68</sup>, la posizione della categoria si sia leggermente mitigata<sup>69</sup>, rimane nel CDM il divieto di «effettuare [o] favorire atti finalizzati a provocarne la morte» di cui all'art. 17. Come noto, il parere della Consulta deontologica nazionale della FNOMCeO<sup>70</sup> del 14 marzo 2019, inviato al Comitato Nazionale per la Bioetica e ripreso in occasione dell'audizione presso la Camera dei Deputati del 30 maggio 2019<sup>71</sup> prevedeva che «ove il legislatore ritenga di modificare l'art. 580 c.p. e, quindi, di non ritenere più sussistente la punibilità del medico che agevoli "in qualsiasi modo l'esecuzione" del suicidio, restano valide e applicabili le regole deontologiche attualmente previste nel Codice».

<sup>65</sup> Proprio alla luce delle decisioni della Corte EDU, l'ordinamento francese ha, ad esempio, previsto la pubblicità delle udienze dei procedimenti disciplinari. Cfr., tra gli altri, E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003; L. BERTIN, *Réforme de l'Ordre de Médecins. Mise en place de la nouvelle juridiction disciplinaire*, in *Médecine et Droit*, 89, 2007, 173-181.

<sup>66</sup> La disciplina italiana è, ad esempio, contraria ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU nelle decisioni *Diennet c. France*, del 26 settembre 1995, req.18160/9; *Gautrin et autres c. France*, del 20 maggio 1998, Req. N. 21257/93 à 21260/93; *Albert e Le Compte v. Belgium*, Application n. 7299/75;7496/76; *Le Compte, Van Lauten and De Meyere v. Belgium*, Application n. 6878/75; 7238/75.

<sup>67</sup> Si vedano, invece, le contestazioni di alcuni Ordini provinciali rispetto all'adozione del CDM del 2014.

<sup>68</sup> Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude, in presenza di determinate condizioni, la punibilità di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi: <https://bit.ly/359qmWG> (ultimo accesso 6/12/19).

<sup>69</sup> "Sentenza suicidio assistito. Gli Ordini dei medici pronti a valutare modifiche al Codice Deontologico" su QS del 23 novembre 2019: <https://bit.ly/2YEmURq> (ultimo accesso 6/12/19).

<sup>70</sup> FNOMCeO, Protocollo N. 4979/2019 del 22-03-2019. <https://bit.ly/2UoBMBf> (ultimo accesso 29/07/19).

<sup>71</sup> FNOMCeO, Audizione presso le Commissioni Riunite Giustizia e Affari Sociali della Camera dei Deputati del 30 maggio 2019. <https://bit.ly/2ZB5Aj7> (ultimo accesso 29/07/19).

Un codice deontologico che mantenga un divieto assoluto di aiuto al suicidio si pone innanzitutto in contrasto con i principi costituzionali, così come definiti dalla Corte costituzionale, cui anche la fonte deontologica è subordinata. È infatti l'assolutezza del divieto che, secondo la Corte, finisce per «limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»<sup>72</sup>. La chiusura del CDM al suicidio assistito risulta, inoltre, contraria al principio pluralista e, quindi, alla tutela della pluralità di posizioni espresse anche all'interno della categoria medica.

In materia di aiuto medico al morire, la deontologia perde così un'occasione per porsi come credibile fonte di tutela dei diversi diritti in gioco, attivando gli strumenti e le caratteristiche proprie della sua disciplina, che in altri ambiti le hanno invece permesso, come visto, di essere “motore” di principi costituzionali.

Scegliendo una posizione di chiusura, la deontologia rinuncia quindi a dialogare con il diritto e a integrare il quadro giuridico con principi ritenuti essenziali sul piano deontologico, come fatto, invece, da altre categorie professionali in Europa. L'ordine dei medici belga, ad esempio, a fronte dell'emanazione della legge sull'eutanasia nel 2002, pur sottolineando le difficoltà per la classe medica, ha pubblicato un parere<sup>73</sup> nel quale ha ribadito che, qualora una legge intervenga nel rispetto del principio democratico e della coscienza del medico su un determinato ambito, l'ordine non possa né ignorarla né contraddirla. La categoria professionale ha poi adottato, negli anni, diversi pareri per prendere posizione dal punto di vista deontologico su varie questioni sensibili nell'ambito disciplinato dalla legge. È quindi auspicabile che anche il CDM italiano non perda questa occasione di confronto con il diritto, soprattutto in previsione dell'intervento legislativo sollecitato dalla stessa Corte costituzionale, in una logica di reciproca integrazione, perfezionamento e collaborazione tra le due dimensioni normative nell'attuazione di valori di primario rilievo costituzionale.

## 5. Quale valore giuridico per una deontologia “costituzionalmente orientata”? Le questioni ancora aperte

L'analisi fin qui condotta ha permesso di individuare, nonostante alcuni profili di significativa criticità, una dimensione deontologica in tendenziale sintonia con i principi costituzionali e capace di attivare sul piano concreto, con una normativa più flessibile e ulteriori doveri etico-professionali, la tutela di diritti fondamentali.

Qual è però l'effettività di tali norme? E che valore assumono nel sistema delle fonti del diritto e, quindi, nel complessivo ordinamento costituzionale italiano?

Si tratta di domande che nel contesto italiano non trovano ancora una risposta univoca e un adeguato livello di certezza.

Sul piano sostanziale, il ruolo di “motore” della Costituzione ha aumentato l'attenzione del diritto e, in particolare, della giurisprudenza alle norme deontologiche, che hanno così acquisito crescente ri-

<sup>72</sup> Corte cost., sentenza n. 242 del 2019, p.to 2.3 del Considerato in diritto.

<sup>73</sup> Ordre de médecins, *Avis relatif aux soins palliatifs, à l'euthanasie et à d'autres décisions médicales concernant la fin de vie*, 22/03/2003. <https://bit.ly/2LfRjql> (ultimo accesso 29/07/19).

levanza giuridica. Ciò nonostante, sul piano formale, il CDM rimane un regolamento interno alla categoria professionale, la cui natura e posizione tra le fonti del diritto sono ancora controverse.

Da un lato, infatti, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione ha segnato il passaggio dalla considerazione delle norme deontologiche come principi «extra-giuridici ovvero regole interne alle categorie e non già [...] atti normativi»<sup>74</sup> alla loro definizione come «norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria»<sup>75</sup>, fino all'enunciazione nel 2007 del principio di diritto in base al quale esse sono «fonti normative integrative di precetto legislativo [...] interpretabili direttamente dalla corte di legittimità»<sup>76</sup>. Dall'altro lato, tale orientamento non è uniforme e la stessa Corte ha negato, ad esempio nel 2013, il «carattere normativo» del codice deontologico<sup>77</sup>.

Manca quindi nell'ordinamento italiano un'adeguata definizione del ruolo e della natura del CDM, che, similmente a quanto avviene in altri ordinamenti, permetta un maggiore livello di certezza, almeno per la ricostruzione del quadro giuridico di riferimento, nonostante le difficoltà che la fonte deontologica, per sua stessa natura, solleva nel rapporto con il diritto<sup>78</sup>.

Le richiamate criticità in materia di procedimento disciplinare e tutela del pluralismo, unitamente a una scarsa conoscenza del CDM, sia all'interno che all'esterno della categoria professionale, non permettono, inoltre, alla fonte deontologica di raggiungere il necessario livello di credibilità, trasparenza ed effettività per porsi in maniera stabile come guida concreta dell'agire medico in attuazione dei principi costituzionali. Si tratta di profili che dovrebbero invece caratterizzare sia la fase di elaborazione sia quella di attuazione del CDM, incluse le reazioni della categoria alla violazione delle norme deontologiche.

Lo stretto legame, consolidatosi nel tempo, tra tutela dei diritti fondamentali, credibilità, dignità e scopi autentici della professione rende non più attuabile, e nemmeno ipotizzabile sul piano teorico, un CDM in contrasto con i diritti della persona assistita o non adeguatamente sensibile alle nuove esigenze di tutela. Potersi porre come «motore» di principi costituzionali è quindi condizione e obiet-

<sup>74</sup> Cass. Sez. III civ. 10 febbraio 2003, n. 1951. Cfr. inoltre Cass. Sez. un. 10 luglio 2003, n. 10842.

<sup>75</sup> 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 quanto affermato del 2004 e, in particolare, nella sentenza della Sezione Unite del 23 marzo 2004, n. 5776 e nella sentenza della III sezione civile, la n.13078 del 14 luglio). Cfr., ad esempio, R. DANOVÌ, *Sulla giuridicità delle regole deontologiche*, in *Previdenza forense*, 2008, 116.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> Per ulteriori dettagli, in prospettiva comparata, sulle procedure di codificazione deontologica in diversi ordinamenti europei 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.

tivo irrinunciabile per ogni CDM che voglia essere concreto intermediario tra attività medica e diritto, anche, e soprattutto, nella sua dimensione costituzionale.

Le richiamate incoerenze e lacune pongono però tale significativo “motore” della Costituzione in un modello che rischia di limitarne, se non addirittura vanificarne, il ruolo e che deve quindi essere ripensato nelle sue linee essenziali al fine di creare un contesto nel quale poter compiutamente concretizzare e valorizzare tali potenzialità.

*Special Issue*

